

Tristan Barczak

# Die Handlungsfähigkeit des demokratischen Verfassungsstaates in Krisenzeiten

Vortrag im Rahmen der 65 Bitburger Gespräche

Mainz, 13. / 14. 01. 2022

## I. Kritik der Krise

Die 65. Bitburger Gespräche standen – sowohl thematisch als auch tatsächlich – im Zeichen der Krise.<sup>1</sup> Krisenzeiten sind eine Herausforderung in politischer und gesellschaftlicher, ökonomischer wie auch juristischer Hinsicht. Dies gilt für einen demokratischen Verfassungsstaat wie denjenigen des Grundgesetzes allemal, der nicht vom Ausnahmezustand, sondern vom Normalzustand her denkt. Während krisenhafte Situationen regelmäßig schnelle Reaktionen, die Bündelung von Zuständigkeiten und Kompetenzen sowie einen flexiblen Einsatz von Personal und sachlichen Mitteln erfordern, lebt der demokratische Verfassungsstaat von einem schwerfälligen parlamentarischen Prozess ebenso wie von langwierigen gerichtlichen Verfahren. Das Austauschen von Argumenten sowie das Abwägen von Freiheitsrecht und kollidierendem Verfassungsgut lässt ihn in Krisenzeiten nicht wenigen als überfordert erscheinen. Kritische Zeiten sind nicht die Zeiten der Zweifler, Zögerer und Zauderer.<sup>2</sup> Bei der Frage nach der „Systemrelevanz“ hat der von Natur aus skeptische Rechtswissenschaftler regelmäßig das Nachsehen. Allein der Umstand, dass in Zeiten der Corona-Krise sowohl die Bedeutung des Verfassungsrechts als Argument als auch der Verfassungsrechtswissenschaft als diesem Argument verpflichtete Disziplin wiederholt in Beiträgen beschworen wurde, verdeutlicht die Ironie, dass sich ausgerechnet Verfassungsrechtlerinnen und Verfassungsrechtler über den wissenschaftlichen Rang und den praktischen Stellenwert ihres Fachs Gedanken machen.<sup>3</sup> Den Verfallserzählungen auf Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie konnten sie dabei allerdings nur begrenzt Einhalt gebieten. So akzeptiert das Leitbild des demokratischen Verfassungsstaates in Normalzeiten sein

---

<sup>1</sup> Mit Blick auf das Infektionsgeschehen der COVID-19-Pandemie fand die Veranstaltung am 13. und 14. Januar 2022 in einem hybriden Format statt: Neben den Referentinnen und Referenten waren der wissenschaftliche Leiter und Vorstandsmitglieder der GfR in Präsenz vor Ort. Darüber hinaus konnten mit dem Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D., Professor em. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Grimm, LL. M. (Berlin), Professor Dr. Friedhelm Hufen (Mainz) und Professor Dr. Oliver Lepsius, LL. M. (Münster) drei Podiumsgäste gewonnen werden, die ihre Expertise in die Diskussion der Referate zum Abschluss des jeweiligen Panels einbringen konnten und damit den Austausch zwischen den Teilnehmenden sowie den Referentinnen und Referenten förderten. Bei ihnen möchte ich mich auf diesem Weg ganz herzlich bedanken.

<sup>2</sup> Barczak, *Der nervöse Staat*, 2. Aufl. 2021, S. 691.

<sup>3</sup> Dazu nur *Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann*, JZ 2020, 861 ff. sowie die unterschiedlichen Rollenverständnisse der Verfassungsrechtswissenschaft in Krisenzeiten bei *Jestaedt/Kaiser* (Kritik ja, Verfassungskrise nein: Das staatliche Pandemiemanagement im Lichte des Verfassungsrechts, *VerfBlog*, 31.03.2021), *Krings* (Kritik ist kein Selbstzweck, *VerfBlog*, 202.04.2021) und *Volkman* (Herbeireden einer Verfassungskrise oder „Es läuft doch alles prima“?: Eine Erwiderung auf Matthias Jestaedt, Anna-Bettina Kaiser, Günter Krings und einige andere, *VerfBlog*, 03.04.2021).

mag, so schnell treten in Phasen allgemeiner Verunsicherung diejenigen hervor, die einen „starken Staat“ und ein Durchgreifen mit „harter Hand“ fordern, ohne sich dabei um Grundrechte und Gewaltenteilung, Föderalismus und Verfahrenssicherungen zu kümmern. Wer demgegenüber aus der krisentypischen Einigkeits- und Geschlossenheitsrhetorik ausbricht, muss befürchten, in einem zunehmend populistischen, sich tendenziell radikalierenden öffentlichen Diskurs Querdenkern, Impfskeptikern und Verschwörungstheoretikern als Stichwortgeber zu dienen oder jedenfalls als solcher abqualifiziert zu werden.<sup>4</sup>

Die Pandemie gilt als neuerlicher Beleg für die vielbeschworene „Stunde der Exekutive“<sup>5</sup> oder gar „des Leviathans“,<sup>6</sup> in der autoritäre Ideen und Maßnahmen auf fruchtbaren Boden fallen. Und selbst wenn der verzweifelt nach Vorbildern und Orientierung suchende Blick nur von wenigen bis nach Russland oder China schweift und auf deren „Autokratie-Vorteil“ bei der Pandemiebekämpfung verweist,<sup>7</sup> gehen die hierzulande getroffenen Freiheitseingriffe im ständigen Hoch-und-Runter der Neuinfektionen, Inzidenzen und Hospitalisierungsraten vielen nicht weit genug. Die Rede von einer „Staatsohnmacht“,<sup>8</sup> einer „Staatsdisruption“<sup>9</sup> oder gar einem „Staatsversagen“<sup>10</sup> waren dabei schon vor der COVID-19-Pandemie ebenso schnell bei der Hand wie das Narrativ der staatlichen „Wehrlosigkeit“.<sup>11</sup> Gleichgültig ob Pandemie oder Flüchtlingskrise, Naturkatastrophe oder Terrorismus: In Zeiten der Not geht mit *Carl Schmitt* regelmäßig auch der „walking dead“<sup>12</sup> der deutschen Verfassungstheorie um, nachdem man dessen Werk wissenschaftlich wie medial exhumierte und ihn zum „Mann der Stunde“<sup>13</sup> erklärt hat. Als rechtliche Bindungen nivellierendes Argument juristischer Rhetorik sowie als Aufmerksamkeit heischender Topos medialer Berichterstattung entfaltet dessen ausnahmezustandsaffines Souveränitätsdogma seit jeher eine ebenso effektheischende wie entgrenzende Wirkung in Krisenzeiten.

## II. Logik der Krise

Dass Krisenzeiten den Verfassungsstaat unbestreitbar vor eine besondere Herausforderung stellen, belegt ein Blick in die Verfassungsgeschichte. Die Frage nach der richtigen Bewältigung von Staatskrisen ist so alt wie der Staat selbst. Sucht man nach historischen Vorbildern für den Umgang mit krisenhaften Situationen, wandert der Blick vom Ausnahmeverfassungsrecht der römischen Republik über das englische Martial Law, die Konzepte eines Belagerungszustands in Frankreich und Preußen während der Epoche des Konstitutionalismus bis hin zur verhängnisvollen Diktaturgewalt des Reichspräsidenten nach Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung (WRV).

---

<sup>4</sup> Exemplarisch für eine solche Geisteshaltung der Tweet des ehemaligen stellvertretenden Vorsitzenden des Rechtsausschusses im Deutschen Bundestag, Heribert Hirte, im Nachgang einer Sachverständigenanhörung anlässlich der Regelung von Impfpriorisierungen: „Nu mal so: die von @welt zitierten #Kinggreen (AfD SV) und #Kießling dienen durch die Bank immer vielen #Querdenkern als Zitatgeber in den an uns Parlamentarier gerichteten Massenmails“; dazu Rixen, Heribert Hirte und die Wissenschaft: Wer künftig als Sachverständige\_r im Deutschen Bundestag auftritt, sollte auf der Hut sein, VerfBlog, 20.01.2022.

<sup>5</sup> Dazu *Barczak*, RuP 56 (2020), 458 ff.

<sup>6</sup> *Kinggreen*, Jura 2020, 1019 (1020).

<sup>7</sup> Tendenzen insoweit bei *Hamann*, RuP 56 (2020), 133 ff.

<sup>8</sup> So der Titel des Magazins *Der Spiegel* 3/2016.

<sup>9</sup> *Spahn*, in: ders. (Hrsg.), *Ins Offene: Deutschland, Europa und die Flüchtlinge*, 2015, S. 181 (182 f., 185, 189, 194); kritisch dazu *Kersten/Neu/Vogel*, *VerwArch* 107 (2016), 418 (444).

<sup>10</sup> So etwa *Isensee*, in: *GS Brugger*, 2013, S. 499 (520); *Hesse*, *ZSE* 13 (2015), 336 (354); ähnlich *Di Fabio*, *Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem*, 2016, S. 29 f.; kritisch hierzu *Möllers*, *SZ* v. 23./24.01.2016, S. 20; *Becker/Kersten*, *NVwZ* 2016, 580 (581): „Staatsversagen‘ oder ‚Ausnahmezustand‘ sind politische Übertreibungen. Sie entsprechen weder der politischen noch der rechtlichen Lage der Bundesrepublik“.

<sup>11</sup> Vgl. etwa das „Plädoyer für eine wehrhafte Verfassungsinterpretation“ von *Hillgruber*, *JZ* 2007, 209 ff.

<sup>12</sup> *Rixen*, RuP 56 (2020), 109 (109).

<sup>13</sup> Vgl. *Darnstädt*, *Der Globale Polizeistaat*, 2009, S. 29 ff.; *ders.*, *Der Spiegel* 39/2008, S. 160 f.; ferner *Thiele*, in: *Voigt* (Hrsg.), *Staatsdenken*, 2016, S. 267 (267).

„Der Ausnahmezustand ist“, so konstatierte *Rudolf Smend* im Jahr 1928, „ein besonders problematischer Gegenstand der Gesetzgebung, der Rechtsanwendung, der Rechtswissenschaft“.<sup>14</sup>

Die Probleme beginnen dabei schon auf terminologischer Ebene. Auch dies zeigt die aktuelle Situation paradigmatisch: Für die gefühlte oder tatsächliche „Krise“ existierte zunächst kein korrespondierender Rechtsbegriff. Die gern bemühten, aber mit besonderer Vorsicht zu genießenden Vokabeln „Staatsnotstand“ und „Ausnahmezustand“ helfen in der Pandemie genauso wenig weiter wie der von *Emmanuel Macron* proklamierte „guerre sanitaire“.<sup>15</sup> Ein solcher „Gesundheitskrieg“ entbehrt rechtswissenschaftlicher Relevanz und reiht sich ein in das problematische Vokabular der Bekämpfung vergleichbarer Bedrohungsphänomene, allen voran den „Krieg gegen den Terror“.<sup>16</sup> Nähert man sich dem Begriff der „Krise“ von seiner etymologischen Bedeutung (von griech. *krínnō*, *krísis*), so indiziert er Unsicherheit, Leiden bzw. schicksalhafte Prüfung und verweist auf Entscheidungen unter Zeitdruck im Hinblick auf eine unbekanntere Zukunft.<sup>17</sup> Diese und andere Definitionen taugen aus Sicht von Rechtswissenschaft<sup>18</sup> und forensischer Praxis<sup>19</sup> indes kaum als dogmatisches Konzept, sondern allenfalls als eine analytische Kategorie, um zu untersuchen, wie sich eine normative Ordnung zu widrigen Erscheinungsformen der Lebenswirklichkeit verhält. Indes verliert sich im inflationären Gebrauch des Krisenbegriffs auch dessen analytische Prägnanz. So viele Bereiche, Institutionen und Strukturprinzipien scheinen heutzutage aus den Fugen und in die Krise geraten zu sein, dass man den Überblick zu verlieren droht: von der Demokratie über den Rechtsstaat in Europa, vom Klima bis zur Schulbildung, von der Deutschen Bahn bis zur Sauerlandlinie. Von 18 Bundesligavereinen haben 17 pro Saison mindestens eine Krise und drei Trainerwechsel durchzustehen.

Für die Corona-Krise musste die gesetzliche Definition somit erst noch gefunden werden. Wenn die Infektions- und Bevölkerungsschutzgesetze von Bund und Ländern hierfür seit dem Frühjahr 2020 die Begriffe der epidemischen Lage von nationaler<sup>20</sup> bzw. landesweiter<sup>21</sup> Tragweite bereithalten, mag man darin zwar das rechtsstaatlich-demokratische begrüßenswerte Bemühen erkennen, die Rechtswirklichkeit tatbestandlich-bürokratisch kleinzuarbeiten und eine Trennlinie zwischen gesundheitspolizeilicher Ausnahme- und Normallage einzuziehen. Dass diese Trennlinie wenig trennscharf war, zeigte sich allerdings mit der formalen Aufhebung der epidemischen Lage nationaler Tragweite zum 25. November 2021.<sup>22</sup> Mehr noch: In der Aufhebung des epidemischen Notstands steckt – jenseits aller *Freedom-Day*-Symbolik – die Bestätigung eines von *Ulrich Beck*<sup>23</sup>

---

<sup>14</sup> *Smend*, in: Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht Berlin (Hrsg.), *Das Recht des Ausnahmezustands im Auslande*, 1928, S. 5 (5).

<sup>15</sup> Vgl. die „Adresse aux Français“ v. 16.03.2020 ([www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/16/adresse-aux-francais-covid19](http://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/16/adresse-aux-francais-covid19) [abgerufen am 30.03.2022]): «Nous sommes en guerre, en guerre sanitaire, certes: nous ne luttons ni contre une armée, ni contre une autre Nation. Mais l’ennemi est là, invisible, insaisissable, qui progresse. Et cela requiert notre mobilisation générale».

<sup>16</sup> Zur Kriegsmetapher in der Corona-Krise *Pasler*, in: Arnold/Flügel-Martinsen/Mohammed/Vasilache (Hrsg.), *Kritik in der Krise*, 2020, S. 49 ff.

<sup>17</sup> *Deutsch*, in: Jänicke (Hrsg.), *Herrschaft und Krise*, 1973, S. 90 (91); *Koselleck*, in: Michalski (Hrsg.), *Über die Krise*, 1986, S. 64 (64).

<sup>18</sup> Vgl. nur *Schwerdtfeger*, *Krisengesetzgebung*, 2018, S. 6 ff.; *Schorkopf*, *VVDStRL* 71 (2012), 183 (185); tendenziell anders *Finke*, *Krisen*, 2020, S. 83 ff. *et passim*.

<sup>19</sup> So verwendet beispielsweise das ESM-Urteil (vgl. BVerfGE 132, 195 Rn. 7) den Begriff der Krise allein als Attribut des Wortes „Krisenmechanismus“ bzw. „Krisenbewältigungsmechanismus“.

<sup>20</sup> § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG.

<sup>21</sup> Stellvertretend § 14 des Gesetzes zur Regelung besonderer Handlungsbefugnisse im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler oder landesweiter Tragweite und zur Festlegung der Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz (Infektionsschutz- und Befugnisgesetz – IfSBG-NRW) v. 14.04.2020, GV. NRW. S. 218b.

<sup>22</sup> Vgl. BT-Drucks. 20/15, S. 1. Zur „Epidemiebekämpfung ohne ‚epidemische Lage‘“ vgl. nur *Kießling*, *NVwZ* 2021, 1801 (1802 ff.).

<sup>23</sup> *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 43 ff.

formulierten und auch schon bei *Ernst Forsthoff*<sup>24</sup> proklamierten Befundes. Danach verlaufen die Gefahren und Risiken der modernen, von den Prozessen der Globalisierung, Digitalisierung und Medialisierung geprägten Gesellschaft zu unvorhersehbar und dynamisch, als dass ihnen im Nachhinein effektiv mit zeitlich begrenzten Mitteln aus dem Instrumentenkasten von Notstand und Ausnahmezustand begegnet werden könnte. Im Präventionsstaat der Gegenwart ist mit anderen Worten alles auf möglichst frühzeitige Prävention und möglichst umfassende Vorsorge angelegt; soweit diese den Ausbruch der Krise nicht zu verhindern vermag, muss jede nachträgliche Hilfe zu spät kommen. Kennzeichnend für diese neue Form des Notstands ist nicht die politische Deziision, nicht die einmalige Entscheidung eines Souveräns über den Ausnahmezustand,<sup>25</sup> sondern ein fortlaufendes Nachjustieren auf Gesetzes- und Verordnungsebene, das zwischen Wissen, Nicht-Wissen und unsicherem Wissen oszilliert.<sup>26</sup> In dem um sich greifenden Vorsorgedenken spiegelt sich die anthropologisch paradoxe Eigenart der Sicherheits- und Risikogesellschaft wider, dass der Mensch noch nie sicherer und risikofreier lebte und gleichzeitig noch nie so viel Angst hatte.<sup>27</sup> Das „Vor-die-Welle-Kommen“ hat sich dementsprechend zu einem ebenso sprichwörtlichen wie weithin erfolglosen Mantra der Pandemiebekämpfung entwickelt. In eine dauerhaft nervöse Alarmbereitschaft versetzt, sieht sich der Staat der Gegenwart in einem ständigen Wettlauf mit dieser gefühlten Unsicherheit. Der Nachweis von Tatsachen und die Begründung von Kausalität, Zurechnung und individueller Verantwortlichkeit tritt dabei mehr und mehr in den Hintergrund. Auf ein diffuses Infektionsgeschehen wird mit diffusen Eingriffen reagiert.<sup>28</sup> Wo die Angst überhandnimmt, wo es auf Wahrscheinlichkeiten nicht mehr ankommt, wo angeblich nicht mehr abgewartet werden kann, wo die bloße Möglichkeit der Gefährdung von Risikogruppen oder der Überlastung der Intensivstationen zum Einschreiten ausreicht, da zeigt sich der nervöse Staat.<sup>29</sup>

Demgegenüber war gerade das Moment des Abwartenkönnens, das Zuwarten auf eine konkretisierte, hinreichend wahrscheinliche Gefahrenlage, ein Wesenselement des liberalen Rechtsstaats.<sup>30</sup> Durch dieses Moment konnte der Bürger den Staat im Normalfall auf Distanz halten. Diese Distanz ist im nervösen Staat aufgehoben, für ihn gilt mit anderen Worten kein Social Distancing. Hier bilden die Rechtstreue und Nichtgefährlichkeit respektive Gesundheit des Bürgers nicht mehr die als selbstverständlich akzeptierte Normalität; nach einem solchen Staatsverständnis ist vielmehr jeder bis zum Nachweis seiner Unbedenklichkeit Ansteckungsverdächtiger, potenzieller Querdenker, möglicher Terrorist oder Klimasünder. In diesem Staatsverständnis, das zugleich Spiegelbild des gesellschaftlichen Selbstverständnisses ist, liegt meiner Meinung nach – mehr als in jeder gesetzesvertretenden Rechtsverordnung – das größte Risiko eines krisenbedingten Umbaus unseres freiheitlichen Verfassungsstaates. So sehr wir die Unbefangenheit unseres gesellschaftlichen Miteinanders schrittweise ablegen und mehr und mehr dazu neigen, uns nicht mit anderen zu versammeln, uns nicht zu Vereinigungen zusammenzuschließen, nicht im Kollektiv den eigenen Glaubensüberzeugungen gemäß zu handeln oder – schlichter – uns nicht mehr die Hand zu geben, so sehr schwindet unser Bewusstsein für das Verhältnis von Normalität und Ausnahme. Hier regiert die negative Freiheit über die positive und befördert die seit langem belegten Vereinzelungstendenzen in unserer Gesellschaft. Eine Rückkehr zum liberalen *Status quo ante* kann nur dann gelingen, wenn wir wieder lernen, bestimmte Lebensrisiken als Teil unserer Realität und Normalität zu akzeptieren und auf die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Gegenübers zu verzichten. Ob und wie gut dies gelingen wird, bleibt abzuwarten und ist derzeit noch nicht absehbar.

---

<sup>24</sup> *Forsthoff*, Merkur 14 (1960), 807 (820 f.).

<sup>25</sup> *Schmitt*, Politische Theologie (1922), 10. Aufl. 2015, S. 13.

<sup>26</sup> Statt aller *Dederer/Gierhake/Preiß*, COVuR 2021, 454 (456).

<sup>27</sup> *Walter*, APuZ 10–11/2021, 4 (4).

<sup>28</sup> *Trute*, GSZ 2020, 93 ff.

<sup>29</sup> *Barczak*, Der nervöse Staat, 2. Aufl. 2021, S. 518 ff.

<sup>30</sup> *Barczak*, Der nervöse Staat, 2. Aufl. 2021, S. 686.

### III. Phänomenologie der Krise

#### 1. Verfassungsprinzipien unter Bewährungsdruck

Nicht jede Bedrohung ist eine Krise, nicht jede Krise mündet in einen Notstand oder Ausnahmezustand. Die Übergänge sind fließend, die Szenarien dynamisch, die Erscheinungsformen vielgestaltig. Verspricht der Begriff der Krise danach wenig Erkenntnisgewinn, liegt es nahe, sich des Themas von der anderen Seite her zu nähern. So zäumt *Udo Di Fabio* in seinem Beitrag gewissermaßen „das Pferd von hinten auf“ und rückt die Handlungsfähigkeit des Staates als Begriff des Verfassungsrechts in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen (S. 15) Er zeigt auf, dass der Begriff der Handlungsfähigkeit im geltenden Verfassungsrecht kaum und in der Verfassungsrechtsprechung allenfalls fragmentarisch reflektiert wird, verfassungsrechtliche Wertungsspielräume aber gleichwohl anleiten kann.<sup>31</sup> Mit der Handlungsfähigkeit des Staates ist eine Grundfunktion von Verfassungen in den Fokus gerückt. So lesen wir etwa bei *Fritz Fleiner*: „Alles staatliche Leben steht unter einer geschriebenen oder ungeschriebenen Grundordnung, die wir Staatsverfassung nennen. Sie ist es, die den Staat mit Organen ausstattet und ihn willens- und handlungsfähig macht“.<sup>32</sup>

Ein Staat, der seine Handlungsfähigkeit und damit – plakativ gesprochen – die Möglichkeit zur Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit einbüßte, verlöre letzten Endes seine Existenzberechtigung. Ein solches Gemeinwesen hätte staatstheoretisch wie rechtspraktisch tatsächlich versagt.<sup>33</sup> Von einem *Failed State* in diesem Sinne sind wir weit entfernt. Gleichwohl geraten die Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes in Krisenzeiten unter Bewährungsdruck. Dies gilt, wie *Horst Dreier* in seinem Beitrag veranschaulicht, für Rechtsstaatlichkeit, Föderalismus und Demokratie in besonderem Maße (S. 23). Er betont, dass sich die aktuelle Krisensituation verfassungsrechtlich nicht in den Kategorien von „Ausnahmezustand“ oder „Staatsnotstand“ erfassen lasse. Gleichwohl sei es unbestreitbar, dass die zentralen Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes unter Bewährungsdruck standen und nach wie vor stehen. Insbesondere der Deutsche Bundestag habe es im Jahr 2020 lange Zeit versäumt, die Krisenreaktion in den parlamentarischen Prozess einzubinden oder gar gesetzgeberisch abzusichern. Insofern habe in dieser ersten Phase der Pandemie tatsächlich die „Stunde der Exekutive“ geläutet.

#### 2. Demokratische Institutionen in der Krise?

Das Grundgesetz eröffnet für Notzeiten keine Notausgänge, jedenfalls keine solchen, die es erlauben würden, von seinen grundlegenden Struktur- und Wertentscheidungen – und sei es auch nur temporär – abzuweichen. Stattdessen geht das Grundgesetz den Weg der verregelnden Normalisierung,<sup>34</sup> es folgt – in den Worten US-amerikanischer Verfassungsjuristen – einem sogenannten Business-as-usual-Modell.<sup>35</sup> Dies zeigt sich mustergültig am Konzept des Verteidigungsfalls, dessen legalistischer Perfektionismus seines Gleichen sucht und dessen überbordende, auf zahlreiche Artikel verstreute Regelungsstruktur in offenkundigem Kontrast zu

---

<sup>31</sup> Zur Handlungsfähigkeit, Handlungswilligkeit und den Handlungsmöglichkeiten des Deutschen Bundestages in der COVID-19-Pandemie etwa *Dreier*, DÖV 2021, 229 (240 ff.).

<sup>32</sup> *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 3.

<sup>33</sup> *Schultze*, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 5, 8. Aufl. 2021, Sp. 663 (663 f.) – „Staatsversagen (Politikwissenschaft)“.

<sup>34</sup> Statt vieler *Herdegen*, in: ders./Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), HdbVerfR, 2021, § 1 Rn. 29.

<sup>35</sup> *Gross*, Yale Law Journal 112 (2003), 1011 (1043); *ders./Ní Aoláin*, Law in Times of Crisis, 2006, S. 86: „Under the Business as Usual model of emergency powers, a state of emergency does not justify a deviation from the ‚normal‘ legal system. No special ‚emergency‘ powers are introduced either on an ad hoc or a permanent basis. The ordinary legal system already provides the necessary answers to any crisis without the legislative or executive assertion of new or additional governmental powers“.

der generalklauselhaften Kürze des Art. 48 Abs. 2 WRV steht.<sup>36</sup> Der Verteidigungsfall ist im Verfassungsstaat des Grundgesetzes kein Ausnahmezustand, sondern ein Sondernormalfall.<sup>37</sup> Minutiös arbeiten die Art. 115a ff. GG den Ausnahmefall in einen verfassungsstaatlichen Spezialfall um, indem am Grundsatz der Gewaltenteilung,<sup>38</sup> dem Prinzip der Bundesstaatlichkeit und Länderhoheit<sup>39</sup> sowie der Kontrollkompetenz der Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>40</sup> solange und soweit wie irgend möglich festgehalten wird.

Auch und gerade in kritischen Zeiten vertraut das Grundgesetz seinem Anspruch auf rechtsstaatliche Normativität sowie der ihm eigentümlichen Verknüpfung von Rechtsstaatlichkeit und parlamentarischer Demokratie. Dies gilt nicht nur für den Verteidigungsfall, sondern auch für die aktuelle Situation. Eine rechtsstaatliche Ordnung beansprucht nicht nur im Normalfall Geltung, sondern beinhaltet ihrem Wesen nach immer auch Entscheidungen für Not- und Krisenzeiten, den pandemischen Worst Case eingeschlossen. Als aus historischen Einsichten lernende Verfassung hat das Grundgesetz von einer Suspendierung oder Derogation bestimmter Freiheitsrechte im Krisenfall bewusst Abstand genommen. Es unterscheidet sich hierdurch von manchen vorkonstitutionellen, in der Tradition des Art. 48 Abs. 2 WRV stehenden Landesverfassungen<sup>41</sup> ebenso wie von der Europäischen Menschenrechtskonvention.<sup>42</sup> Anders als dies mancherorts zu lesen war, standen die Grundrechte demnach während der COVID-19-Pandemie weder „unter Quarantäne“<sup>43</sup> noch befanden sie sich in einem „Shutdown“.<sup>44</sup> Die Verfassung war weder temporär suspendiert noch hat sie den Weg in eine „Virokratie“,<sup>45</sup> „Gesundheitsdiktatur“<sup>46</sup> oder einen „faschistoid-hysterischen Hygienestaat“<sup>47</sup> freigemacht, wie dies bisweilen in der Staatsrechtslehre proklamiert wurde. Im Gegenteil: Gerade die Verfassungsgerichtsbarkeit wie auch die Parlamente auf Bundes-, Landes- und EU-Ebene haben sich in der Krise als ebenso resilient wie handlungsfähig erwiesen – ungeachtet aller durchaus berechtigten Kritik, sie hätten zu spät, zu langsam, zu wenig oder schlicht falsch entschieden. Die Herausforderungen, die sich dabei aus der Binnenperspektive der jeweiligen Institution stellen, skizzierten *Andreas Paulus* für das Bundesverfassungsgericht sowie *Katarina Barley* für das Europäische Parlament und die mitgliedstaatlichen Volksvertretungen (S. 43). Während *Paulus* im Rahmen seines Referats das Narrativ übermäßiger verfassungsgerichtlicher Zurückhaltung<sup>48</sup> gegenüber grundrechtsintensiven Maßnahmen der Pandemiebekämpfung durch den Verweis auf eine reichhaltige Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls relativierte und den Schleier des Beratungsgeheimnisses bei den Entscheidungen des Ersten Senats zur Bundesnotbremse<sup>49</sup> ein Stück weit lüftete, betonte *Barley* die Mittlerrolle des Europäischen Parlaments im Dialog mit denjenigen Mitgliedstaaten, deren Parlamente oder Regierungen tatsächlich ein Notstandsregime

---

<sup>36</sup> *Bettermann*, in: Fraenkel (Hrsg.), *Der Staatsnotstand*, 1965, S. 190 (227).

<sup>37</sup> Man könnte mit *Böckenförde* (NJW 1978, 1881 [1889]) auch von einer „Sonder-Normallage“ sprechen.

<sup>38</sup> Art. 115a Abs. 1 und 2 GG. Näher *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht*, 2020, S. 243.

<sup>39</sup> Art. 115c und Art. 115f GG.

<sup>40</sup> Art. 115g GG.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 48 BayVerf [Suspendierung von Grundrechten]; Art. 101 BremVerf [Notverordnungsrecht]; Art. 110, 125 HessVerf [Notverordnungsrecht; Notstand, Grundrechtseinschränkung]; Art. 111, 112 RhPfVerf [Notstandsverordnungen; Maßnahmen zum Bestandsschutz].

<sup>42</sup> Art. 15 Abs. 1 EMRK.

<sup>43</sup> *Gusy*, RuP 56 (2020), 139 ff.

<sup>44</sup> Vgl. aber *van Ooyen/Wassermann*, in: dies. (Hrsg.), *Corona und Grundgesetz*, 2021, S. 7 (9, 10) „Grundrechte-Shutdown“.

<sup>45</sup> *Isensee*, FAZ v. 04.06.2020, S. 7.

<sup>46</sup> Nur referierend *Fuchs*, DÖV 2020, 653 ff.

<sup>47</sup> *Heinig*, Gottesdienstverbot auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes: Verfassungsrechtliche Rechtfertigung und Grenzen, VerfBlog, 2020/3/17.

<sup>48</sup> Vgl. die drastische Kritik von *Lepsius*, JZ 2021, 955 (955): „alle dogmatischen Hebel bedient, um sich ‚Corona-Verfahren‘ vom Halse zu halten“, „zurückgezogen soweit es ging und dafür alle prozessualen Register gezogen“.

<sup>49</sup> Dazu noch 3.

in Kraft gesetzt und Freiheitsrechte suspendiert haben. Dies sei zum Teil aus Anlass, zum Teil aber auch nur bei Gelegenheit der Pandemie geschehen.

Das Grundgesetz geht auch in der Krise von einem *Checks and Balances* zwischen Legislative, Exekutive und Judikative aus. Es sperrt sich vehement gegen jede Form der Entnormativierung, Entparlamentarisierung oder Entjustizialisierung zum Zwecke der Krisenbewältigung.<sup>50</sup> Die proklamierte „Stunde der Exekutive“ ist verfassungsrechtlich, rechtssoziologisch sowie verfassungshistorisch ein Mythos: Sie vermochte stets nur dann zu schlagen, wenn das Parlament sie hierzu anhielt oder sich mit ihr abfand, indem es sich selbst entmächtigte. Einmal eingeläutet, liegt es in den Händen des Parlaments, die „Stunde der Exekutive“ wieder verstummen zu lassen. Letzteres fällt naturgemäß schwerer als Ersteres und bildet damit den eigentlichen Gradmesser für die Vitalität und Resilienz einer parlamentarischen Demokratie in kritischen Zeiten.<sup>51</sup>

### 3. Rechtsstaatliche Bewältigung von Krisen und der Einfluss der (digitalen) Medien

In einem Verfassungsstaat bedarf die Bewältigung von Krisen verfassungsrechtlicher Grundlagen und Grenzen. Die vielstimmig eingeforderte „Solidarität“ ist demgegenüber prinzipiell schrankenlos, ihr moralisierender Anspruch kennt kein Maß.<sup>52</sup> Der Solidarische tut das angeblich einzig Richtige, trägt Maske, wäscht die Hände, minimiert die Kontakte, bleibt auch als Geimpfter zu Hause, lässt seinen Laden zu, ist „faul wie die Waschbären“<sup>53</sup> und findet hiermit Bestätigung in den sozialen Netzwerken (#WirBleibenZuhause, #FlattenTheCurve, #Bleibtdahoam, #Coronasolidarität). Wer aus dem regierungsamtlich initiierten *Einer für alle, alle für einen* – oder wie es heute heißt: #FürMichFürUns<sup>54</sup> – ausbricht, zeigt hingegen unsolidarisches, illegitimes, deviantes Verhalten, gleichgültig ob er verreist, im Wald spazieren geht oder auf einer Parkbank ein Buch liest. Die Krise ist so gesehen auch die Stunde derer, „die mit dem Metermaß ihre Mitmenschen zum gebotenen Abstand nötigen oder den Notruf wählen, wenn andere sich die Hand geben“.<sup>55</sup>

In der historischen Skepsis des Grundgesetzes gegenüber jeder Form von Ausnahmezustand und dem beharrlichen Festhalten am verfassungsstaatlichen Normalfall liegt indes ein blinder Fleck. Eine Verfassung, die zumindest auf den ersten Blick keine klare Trennlinie zwischen Normallage und Ausnahmesituation kennt, hat auch der Vermischung beider Zustände wenig entgegenzusetzen.<sup>56</sup> Die Folge ist, dass verfassungsrechtliche Schranken-Schranken, die in und für Normalzeiten entwickelt wurden, auch in Ausnahmezeiten zum Tragen kommen und dabei ihre beschränkende Funktion zwangsläufig einbüßen. Misst man außerordentliche Maßnahmen wie Ausgangsbeschränkungen, Schulschließungen oder Quarantäneanordnungen an der Elle des Normalen, droht die Gefahr der Normalisierung des Außergewöhnlichen. Dies zeigt sich besonders deutlich am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Wo hochrangige Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit auf dem Spiel stehen, verliert die Rationalität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit

---

<sup>50</sup> Siehe Art. 115a Abs. 1 und 2, 115e, 115 f Abs. 2, 115h GG.

<sup>51</sup> Barczak, RuP 56 (2020), 458 (467 f.).

<sup>52</sup> Lessenich, Berliner Journal für Soziologie 30 (2020), 215 (224). Vgl. auch Lepsius, FAZ v. 07.12.2020, S. 11, der in diesem Kontext zutreffend von einer „Moralisierung des Grundrechtsgebrauchs“ spricht.

<sup>53</sup> So das moderne Heldenepos, abrufbar unter: [www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/besonderehelden-1-1811518](http://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/besonderehelden-1-1811518) (abgerufen am 30.03.2022).

<sup>54</sup> Vgl. die entsprechende Kampagne des Bundesministeriums für Gesundheit unter: [www.zusammengegencorona.de/fuermichfueruns/](http://www.zusammengegencorona.de/fuermichfueruns/) (abgerufen am 30.03.2022).

<sup>55</sup> Friedrich, Freiheit auf Bewährung?: Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip in der Pandemie, VerfBlog, 23.03.2020; vgl. auch Lepsius, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, VerfBlog, 06.04.2020: „Es ist eine Beleidigung des Verstandes, wenn sich eine Gesellschaft mit der Begründung zufrieden gibt, das Sitzen Einzelner auf Parkbänken im Münchener Olympiapark sei verboten, weil es der Gruppenbildung Vorschub leiste“.

<sup>56</sup> Barczak, Der nervöse Staat, 2. Aufl. 2021, S. 285 ff., 619 ff.

der ihm eigenen Zweck-Mittel-Relation ihre steuernde und begrenzende Kraft.<sup>57</sup> Dies hat sich bereits im Kontext der Terrorismusbekämpfung abgezeichnet und bestätigt sich in der Pandemie auf neuerliche und besonders eindrucksvolle Weise. Diesem Trugschluss ist auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Doppelbeschluss zur Bundesnotbremse vom 19. November 2021<sup>58</sup> aufgesessen. Man muss dabei nicht so weit gehen, den beiden Entscheidungen jede „Orientierungswirkung“ oder gleich insgesamt die Zitierfähigkeit abzusprechen, weil das Verfassungsgericht die Verhältnismäßigkeitsprüfung vollständig „auf Leerlauf gestellt“ habe.<sup>59</sup> Aber der Kern dieser Kritik ist berechtigt: Das Grundgesetz ist unbestritten eine Verfassung, die dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit schon aus historischen Einsichten in besonderem Maße verpflichtet ist. Wenn der Staat die Devise „Jeder Tote ist einer zu viel!“ allerdings wirklich ernst meinte, müsste diese zwangsläufig in die totale Entgrenzung führen.<sup>60</sup> Wenn jeder Todesfall „an, mit und wegen Corona“ als Scheitern des Staates oder ethisches Versagen einer solidarischen Gesellschaft betrachtet wird, muss die Vorsorge per se unzureichend sein und darf die Verbotspolitik prinzipiell niemals enden. Hier wäre ein Ende der offenen Gesellschaft absehbar.<sup>61</sup> In dem Versuch, jene verlorene Sicherheit wiederzugewinnen, derer er sich mit seiner Liberalität selbst beraubt hat, droht der Staat dann auch noch den letzten Rest an Freiheit in Vorschriften, Verboten und versicherheitlicher Vorsorge zu ersticken. Er würde in letzter Konsequenz tatsächlich seine Freiheitlichkeit aufgeben und in jenen Totalitätsanspruch zurückfallen, vor dem *Ernst-Wolfgang Böckenförde* in seinem bekannten Diktum gewarnt hat.<sup>62</sup>

In seinem Judikat zur Bundesnotbremse hat das Bundesverfassungsgericht die Handlungsformenwahl eines selbstvollziehenden, den Grundrechtseingriff unmittelbar bewirkenden Gesetzes verfassungsrechtlich nicht beanstandet, obschon mit dem Fehlen eines behördlichen Vollzugsakts insbesondere eine fachgerichtliche Prüfung dieses Akts einschließlich seiner gesetzlichen Grundlage unterbleibt.<sup>63</sup> Ob es sich dabei lediglich um einen prozessrechtlich selbst erzeugten Entscheidungsdruck handelt, um etwas zum Maßnahmenkatalog in der Sache sagen zu können,<sup>64</sup> oder – so eine mögliche gegenläufige Lesart – hierin erste Ansätze einer verfassungsrechtlich induzierten Handlungsformenlehre für Krisenzeiten zu erblicken sind, bleibt abzuwarten. Mit einer solchen befasst sich *Uwe Volkmann* in seinem Beitrag und beleuchtet die möglichen Handlungsformen von der Rechtsverordnung bis zum Maßnahmegesetz (S. 51). Er kritisiert, dass im Zuge der Pandemiebekämpfung die „Logik der Tat“ die „Logik der Form“ zunehmend verdrängt habe. In Gesetzesform gekleidete gesundheitspolizeiliche Verfügungen unterlaufen rechtsstaatliche Sicherungen in Gestalt der Handlungsformvorbehalte und der Garantie effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes. In der Zuweisung bestimmter definierter Rechtswirkungen liegt demgegenüber ein wesentliches Rationalitätspotenzial der staatlichen

---

<sup>57</sup> Wie hier *Kaiser*, RuP 57 (2021), 7 (13): „Überforderung“ des Verhältnismäßigkeitsprinzips; *Lepsius*, FAZ v. 07.12.2020, S. 11: „Ausdruck einer Hilflosigkeit“; *Volkmann*, FAZ v. 25.01.2021, S. 12: „keinerlei regulierende oder begrenzende Kraft“. Ein erfreuliches Gegenbeispiel bildete die strenge, „temporalisierte“ (*Rixen*, RuP 56 [2020], 109 [112 f.]) Verhältnismäßigkeitsprüfung des OVG Münster zum Lockdown im Kreis Gütersloh. Nachdem dieser zunächst für verhältnismäßig erachtet wurde (Beschl. v. 29.06.2020 – 13 B 911/20.NE –, juris), hielt das Gericht ihn vor dem Hintergrund eines verlangsamten Infektionsgeschehens kurze Zeit später für zu undifferenziert (Beschl. v. 06.07.2020 – 13 B 940/20.NE –, juris).

<sup>58</sup> BVerfG, NJW 2022, 139 Rn. 166 ff. – Bundesnotbremse I (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen); NJW 2022, 167 Rn. 109 ff. – Bundesnotbremse II (Schulschließungen).

<sup>59</sup> *Lepsius*, Nach BVerfG zur Bundesnotbremse: Zerstörerisches Potential für den Verfassungsstaat, LTO v. 03.12.2021, /www.lto.de/persistent/a\_id/46831/ (abgerufen am 30.03.2022).

<sup>60</sup> *Volkmann*, Der Ausnahmezustand, VerfBlog, 20.03.2020; *Wißmann*, Verfassungsbruch? Schlimmer: Ein Fehler: Die Aufkündigung der Moderne durch die Pandemiepolitik 2.0, VerfBlog, 06.02.2021.

<sup>61</sup> *Barczak*, Der nervöse Staat, 2. Aufl. 2021, S. 687.

<sup>62</sup> *Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 60.

<sup>63</sup> BVerfG, NJW 2022, 139 Rn. 134 ff., 138 ff., 151 – Bundesnotbremse I (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen); NJW 2022, 167 Rn. 108 – Bundesnotbremse II (Schulschließungen).

<sup>64</sup> Entsprechende Vermutungen bei *Lepsius*, Nach BVerfG zur Bundesnotbremse: Zerstörerisches Potential für den Verfassungsstaat, LTO v. 03.12.2021, www.lto.de/persistent/a\_id/46831/ (abgerufen am 30.03.2022).

Handlungsformen.<sup>65</sup> Ihre Auswahl liegt zwar grundsätzlich im Ermessen des jeweils handelnden Organs. Auch für diese Wahl bedarf es indes handlungsleitender Maßstäbe.

Krisenzeiten erzeugen Entscheidungsdruck. Nichtentscheiden, weil die Entscheidungsgrundlagen unsicher oder die Entscheidungsfolgen unabsehbar sind, ist keine Option – weder für die gesetzgebenden, noch für die ausführenden oder die rechtsprechenden Organe.<sup>66</sup> Gerade in Anbetracht hochkomplexer, dynamisch verlaufender und selbst von Experteninnen und Experten nur schwer prognostizierbarer Bedrohungsszenarien handelt es sich dabei freilich um Entscheidungen unter Unsicherheit und unter den Bedingungen des Nicht-Wissens.<sup>67</sup> Pragmatische Ansätze und das Prinzip von Trial and Error sind gerade in kritischen Zeiten gefragt und finden sich schon in *Ciceros* Staatsphilosophie zum Umgang mit Staatskrisen.<sup>68</sup> Dazu gehört auch das Eingeständnis der politisch Verantwortlichen, sich geirrt, verkalkuliert oder schlicht verrannt zu haben. Die Kommunikation und diskursive Rahmumgebung, das sogenannte *Framing*, spielen insofern eine entscheidende Rolle.<sup>69</sup> Gerade in Krisenzeiten stehen die Öffentlichkeitsarbeit der Regierung und die Berichterstattung der Medien in einer engen Wechselbeziehung. Krisenkommunikation ist tendenziell monothematisch und birgt die Gefahr, dass die Medien zur Unterstützung des Informationshandelns der Regierung in die Pflicht genommen werden oder jedenfalls ein entsprechender Anschein entsteht. Die Öffentlichkeitsarbeit der Regierung einerseits und die Berichterstattung der Medien andererseits dürfen aber, dies macht *Thomas Darnstädt* deutlich (S. 69), auch in Krisenzeiten nicht zu miteinander kommunizierenden Röhren verbunden werden. „Krisenkommunikation“ darf nicht Inhalt medialer Berichterstattung werden, sondern muss ihr Gegenstand bleiben.

#### 4. Krisenrecht im Rechtsvergleich

Angesichts grenzüberschreitender Bedrohungslagen drängt es sich auf, die rechtliche Reaktion nicht nationalstaatlich begrenzt, sondern Rechtsebenen übergreifend und im Rechtsvergleich zu denken. Entsprechend widmet sich *Eckhard Lübke* dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit als Bedingung für europäische Handlungsfähigkeit in Normal- und Krisenzeiten (S. 99). Der Beitrag betont den Stellenwert der Europäischen Union als „Demokratie- und Werteunion“, die sich indes seit langem in einem „an- und abschwellenden Krisenmodus“ befinde.

Demgegenüber eröffnet *Aurore Gaillet* französische Perspektiven auf Notstand und Ausnahmezustand (S. 83). Sie konstatiert eine für Frankreich typische Vermengung von politischer und strafrechtlicher Verantwortlichkeit der Entscheidungsträgerinnen und -träger. Die Sorge vor strafrechtlicher Verfolgung bis hin zu einem „Strafrechtspopulismus“ sei mit Blick auf eine effektive Krisenbewältigung hinderlich und trage die Gefahr zur Paralyse in sich. Der komparatistische Blick über den Rhein erweist sich dabei als besonders ertragreich: Frankreich ist nicht erst seit der Corona-Pandemie ein krisengeschütteltes Land. Insbesondere die Terroranschläge vom 13. November 2015 und das anschließend verhängte Notstandsregime des *État d'urgence*, des sogenannten Dringlichkeitszustands, haben Frankreich vor besondere rechtsstaatliche Herausforderungen gestellt.<sup>70</sup> Nachdem der Dringlichkeitszustand von der französischen Nationalversammlung insgesamt sechs Mal verlängert worden war, trat er zwar zum 1. November 2017 nach rund zweijähriger Dauer außer Kraft. Zeitgleich wurden jedoch zahlreiche der ursprünglich auf den Ausnahmezustand beschränkten Maßnahmen in das Sicherheitsrecht der

---

<sup>65</sup> Vgl. mit Blick auf die Handlungsformen der EU von *Bogdandy/Bast/Arndt*, ZaöRV 62 (2002), 77 (111).

<sup>66</sup> Statt aller *Harbarth*, JZ 2022, 157 (161 f.).

<sup>67</sup> Instruktiv *Spiecker gen. Döhm*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, 2022. Zur spezifischen Bedeutung von Expertenwissen in Krisenzeiten auch *Michaels*, KJ 53 (2020), 375 ff.

<sup>68</sup> Dazu nur *Müller*, in: Höffe (Hrsg.), *Ciceros Staatsphilosophie*, 2017, S. 47 (66).

<sup>69</sup> *Barczak*, *Der nervöse Staat*, 2. Aufl. 2021, S. 88 ff., m. w. N.

<sup>70</sup> Dazu *Barczak*, in: Ferreau/Brings-Wiesen (Hrsg.), 40 Jahre „Deutscher Herbst“, 2019, S. 165 (180 ff.); aus Rechtsschutzperspektive *Stelten*, *Gerichtlicher Grundrechtsschutz in Frankreich*, 2018, S. 192 ff.; *Weber*, *Notstandskontrolle*, 2019, S. 208 ff.

Normallage, namentlich die französische Strafprozessordnung, das Polizeirecht sowie den Zollkodex übertragen und stehen den französischen Sicherheitsbehörden somit dauerhaft und ohne Verhängung eines Dringlichkeitszustands zur Verfügung. Hier bestätigt sich auf besonders bemerkenswerte wie bedrückende Art und Weise die Vermutung, dass Notstandslagen zu einer normativen Zäsur führen und sich die neue Normalrechtsordnung nie als die Wiedergeburt der alten feiern lassen kann.<sup>71</sup>

#### IV. Erkenntnis der Krise

Damit sind wir bei der eigentlichen Gretchenfrage im Kontext der Bewältigung von Staatskrisen angelangt: Wie finden wir den Weg zurück in die Normalität? Eine Antwort auf diese Frage fällt aus den angeführten Gründen schwer; vorbereitete Wegweiser und präparierte Landkarten gibt es nicht. Was sich nach den „65. Bitburger Gesprächen“ indes abzeichnet, ist eine rote Linie, die sich als Gemeinsamkeit durch sämtliche Referate zieht. Danach fungiert die Krise wahlweise als „Lupe“, „Vergrößerungsglas“ oder „Spiegel der Erkenntnis“, der den Blick auf das Normale und Alltägliche lenkt. Grundlegende verfassungsrechtliche, staatstheoretische bis hin zu rechtsphilosophischen Fragen werden in Krisenzeiten aufgeworfen und müssen – notgedrungen – neu gedacht, anders gewendet und gegebenenfalls abweichend beantwortet werden, als dies in Normalzeiten der Fall wäre. Auf diese Weise sorgt die Verschiebung von Normalität und Ausnahme in Krisenzeiten jedoch zugleich für eine kontrafaktische Stabilisierung der Normallage.<sup>72</sup> Die umfassende Einschränkung von Freiheitsgrundrechten stabilisiert die Freiheit als solche; krisenbedingte Verschiebungen im Gefüge der Gewalten sowie im Verhältnis von Bund und Ländern stabilisieren – zumindest auf lange Sicht – den Wert der Gewaltenteilung und den Primat der Länderhoheit an sich. Diese kontrafaktische Stabilisierung der Normallage mag idealisiert erscheinen; ein ebenso kritischer wie konstruktiver Idealismus tut jedoch nicht zuletzt in Krisenzeiten und nicht nur für die Verfassungsrechtswissenschaft not.

---

<sup>71</sup> *Augsberg*, in: 48. ATÖR, Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 2009, S. 17 (29); wie dieser *Kretschmann/Legnaro*, KrimJ 50 (2018), 204 (208): „Derart bereitet der Ausnahmezustand eine neue Normalität vor, die sich qualitativ von den Normierungen vor seiner Ausrufung unterscheidet“.

<sup>72</sup> Zu der damit umschriebenen sozialen Grundfunktion von Normen *Luhmann*, Die soziologische Beobachtung des Rechts, 1986, S. 21 f.