

Leitsätze zum Referat von

Stephan Rixen, Bayreuth

Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft

I. Was ist eine vulnerable Gesellschaft?

(1) Vulnerabel ist eine Gesellschaft, wenn sie sich einer Großrisikolage wie einer Pandemie ausgesetzt sieht, die in jeder Hinsicht systemisch wirkt, also alle wechselwirkenden Subsysteme der Gesellschaft ohne Ausnahme über längere Zeit in ihrer Funktionsfähigkeit beeinträchtigt.

(2) Die gesamthafte Einbuße an Funktionsfähigkeit geht weit über andere systemische Risiken hinaus. Anders als diese schlägt die Pandemie viel intensiver bis auf die Mikroebene persönlicher Beziehungen durch und verändert die Lebensführung eines jeden Menschen in alltäglichen Details.

(3) Der schillernde Begriff des Risikos ist der Schlüssel zum Verständnis der Pandemie.

(4) Es geht um epidemische (Groß-)Lagen von nationaler Tragweite als Ausschnitt einer globalen Großlage, die Natur- und Zivilisationskatastrophe gleichermaßen ist. Die unübersichtlichen Auswirkungen der Infektion und der ständige Wandel der pandemischen Lage verweisen auf ein dynamisch sich veränderndes Wissensproblem.

II. Was ist resilientes Verwaltungsrecht?

1. Gesamtgesellschaftliche Resilienz

(5) „Resilienz“ meint ursprünglich Widerstandsfähigkeit in dem Sinne, dass das Individuum fähig wird, physische oder psychische Verletzlichkeit zu vermeiden oder, wo sie erfahren wird, ihre Folgen erträglich zu gestalten bzw. zu kompensieren. An einem gezielt gestärkten Selbst sollen die Erfahrungen individueller Vulnerabilität gewissermaßen abprallen (lat. resilire).

(6) Im Zentrum des Begriffs der gesamtgesellschaftlichen Resilienz steht die Kompetenz, gesamtgesellschaftliche Einbußen an Funktionsfähigkeit (Vulnerabilität) akut und langfristig zu verhindern und dort, wo sie nicht verhindert werden können, ihre Folgen so abzumildern oder zu kompensieren, dass der Wiedergewinn bzw. der Erhalt der gesamtgesellschaftlichen Funktionsfähigkeit möglich wird.

2. Vulnerabilität und Resilienz als Themen des öffentlichen Rechts

(7) Die Idee des resilienten Verwaltungsrechts knüpft der Sache nach bei Debatten an, die die Staatsrechtslehrervereinigung bereits beschäftigt haben („Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht“, „Verwaltungsvorbehalt“, „Gesetzgeber und Verwaltung“). Neu ist die Ausrichtung dieser bislang häufig um den technologischen Wandel kreisenden Debatten auf Pandemien.

3. Eine neue pandemiespezifische Staatsaufgabe

a) Regulierung von Risiken erster und zweiter Ordnung in der Pandemie

(8) Risikoregulierung bezieht sich nicht nur auf Risiken erster Ordnung (vereinfacht ausgedrückt: das Virus), sondern auch auf die Risiken zweiter Ordnung, die die Effekte der Pandemieregulierung in den Blick nehmen.

(9) Auch für die Risiken zweiter Ordnung gilt, dass häufig weder über das Schadensausmaß noch die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts verlässliche Auskünfte möglich sind, die das Niveau alltags-theoretischer Plausibilität überschreiten (Beispiel: Folgen der Pandemieregulierung für Kinder).

b) Jenseits von Gefahren-, Risiko- und Daseinsvorsorge

(10) Ein Risikomanagement, das Risiken erster und zweiter Ordnung gemeinsam in den Blick nimmt, lässt sich weder mit den Begriffen Gefahren- oder Risikovorsorge noch mit dem Begriff „Daseinsvorsorge“ adäquat erfassen.

c) Staatsaufgabe „Resilienzgarantie“

(11) Die Staatsaufgabe besteht darin, umfassende Resilienz angesichts einer gesamtgesellschaftlichen Großkrise herzustellen. Es geht mit anderen Worten um die gleichursprünglich im Sozialstaatsprinzip und in den Grundrechten wurzelnde Staatsaufgabe, für Resilienz zu sorgen: Der Staat muss in der pandemischen Krise eine Resilienzgarantie einlösen (Resilienzverantwortung).

III. Wie lässt sich die Resilienzgarantie verwaltungsrechtlich umsetzen?

1. Pandemieplanung als integrierte „preparedness“

(12) Geboten ist ein gemischt influenzierend-imperativer Pandemie-Regulierungsplan, der auf umfassende „preparedness“ ausgerichtet ist und – insbesondere durch Anleihen beim Katastrophenschutzrecht – die drei Dimensionen der Pandemieregulierung vorausschauend

gestaltet: den individuellen Gesundheitsschutz, den kollektiven Gesundheitsschutz und die Funktionsfähigkeit der gesellschaftlichen Teilsysteme, die von den Risiken zweiter Ordnung betroffen sind.

(13) Der Plan muss die unterschiedlichen Instrumente der Pandemieregulierung präzisieren und aufeinander beziehen, insbesondere Art und Ausmaß der freiheitsbeschränkenden Maßnahmen nach § 28a IfSG, „Gesamtkonzepte“, die ihnen zugrunde liegen, Hygienekonzepte, die sie konkretisieren, RKI-Informationen, die sie ermöglichen, digitale Ressourcen (insbesondere Apps) und öffentliche Güter wie das Gesundheitswesen (einschließlich des öffentlichen Gesundheitsdienstes, der Impfstoffbeschaffung und -verteilung), die alles infrastrukturell rahmen, aber auch die Art und Weise der Risikokommunikation, außerdem Entschädigungskonzepte, die einen verlässlichen Pandemie-Lastenausgleich gewährleisten.

2. Pandemietaugliche Rechtsgrundlagen

(14) Das (deutsche) Infektionsschutzgesetz ist nicht pandemietauglich. Das belegt beispielhaft der Klarstellungsbedarf bei den freiheitsbeschränkenden Maßnahmen zulasten mutmaßlicher „Störer“ und vor allem zulasten mutmaßlicher „Nichtstörer“.

3. Pandemisches Recht des sanften Selbstzwangs

(15) Angesichts des flächendeckenden Einsatzes influenzierend-appellativen Rechts in der Pandemie muss dieses Instrument generell als Thema des allgemeinen Verwaltungsrechts, jedenfalls aber als pandemiespezifisches Steuerungsmittel rechtsdogmatisch stärker reflektiert werden (Beispiele: persuasorische Normen wie Ausgehverbote, die mit zahllosen, meist höchst unbestimmten Ausnahmen einhergehen; rechtlich unverbindliche, medial rezipierte Gesundheitsinformationen des Robert Koch-Instituts, die in Rechtsnormen der Sache nach bloß nachvollzogen werden; Hygienekonzepte, deren Erstellung der privaten Verantwortung überlassen bleibt und die zugleich in „Corona-Verordnungen“ Tatbestandsvoraussetzung sind).

4. Pandemietaugliche Verwaltungsorganisation

(16) In der Pandemie ist deutlich geworden, dass auch die derzeitige föderale Struktur der Aufgabenerledigung die effektive Pandemieregulierung erschwert. Eine Stärkung der zentralstaatlichen Befugnisse drängt sich auf.

5. Administrative Gestaltungsräume

(17) Zur effektiven Pandemiebewältigung sind die administrativen (exekutivischen) Gestaltungsräume, insbesondere beim Erlass von Rechtsverordnungen, neu zu vermessen. Wer eine

multidimensionale Pandemie effektiv bewältigen will, muss einen weitreichenden Funktionsvorbehalt der Verwaltung anerkennen.

(18) Grundrechtsschützendes Gegengewicht dazu ist das pandemiespezifische Verhältnismäßigkeitsprinzip. Anders als in überschaubar geordneten Problemfeldern leitet es den Normgeber bei einer multipolaren Abwägung an, die gesamtgesellschaftliche Interessenkonflikte ausgleicht.

6. Parlamentarische Steuerung und gerichtliche Kontrolldichte

(19) Die parlamentsgesetzliche Vorsteuerung der Abwägung kann durch eine parlamentarische Nach- bzw. Begleitsteuerung bei der Verordnungsgebung ergänzt werden. Hierbei kann das Parlament – sei es informell durch regelmäßige Konsultationen, sei es formell etwa durch Zustimmungsvor- oder Aufhebungsvorbehalte – die Feinprogrammierung der Abwägungshierarchien auch im Zeitablauf beeinflussen („temporalisierte Verhältnismäßigkeit“). Das Parlament kann so die risikoethischen Vor- und Nachrangrelationen, um die es der Sache nach geht, mitdeterminieren. Aus Respekt vor der parlamentarischen Konkretisierungsarbeit wird die gerichtliche Kontrolldichte weiter zurückgenommen.

IV. Resümee: Vulnerabilität, Resilienz, Verwaltung

(20) Verwaltungsrecht in der vulnerablen Gesellschaft ist in erster Linie Verwaltungsrecht, nicht Verwaltungsrecht.

(21) Ohne die weitreichende Eigenständigkeit der Verwaltung in Großkrisen wie einer Pandemie lässt sich die verfassungsrechtlich geforderte Resilienzgarantie nicht realisieren.

(22) Über die konkrete Ausgestaltung des resilienten Verwaltungsrechts der vulnerablen Gesellschaft ist im weiten Rahmen der Verfassung in erster Linie politisch zu streiten. Auch in der Pandemie kann politische Klugheit nicht rechtlich erzwungen, sondern nur ermöglicht werden.