

Ralf Michaels

Rechtliches Wissen in der Krise¹

I. Die Zeit der Expert*innen

Die Krise ist die Zeit der Expert*innen – der echten und der vermeintlichen. Wenn wir nicht genug wissen über das, wovon wir Angst haben, hoffen wir auf Expert*innen, die es wissen. Und wenn ein Problem so komplex ist wie eine weltweite Epidemie, dann braucht es viele Expert*innen, weil kein einzelner und keine einzelne Disziplin allein die Krise überblicken kann. Zu Anfang mag das Coronavirus primär als Frage der Virologie und der Medizin aufgefasst worden sein; spätestens seit Einsetzen der Pandemie hat es aber alle Bereiche und alle Disziplinen erfasst.

Gilt das auch für die Rechtswissenschaft?² Nach einer kurzen Anfangsphase, in der Jurist*innen das Feld ganz weitgehend den Virolog*innen und Ökonom*innen überließen, macht es nunmehr den Eindruck, als ob die Rechtswissenschaft sich anschicke, die gesamte Diskussion, wenn schon nicht zu übernehmen, dann zumindest maßgeblich zu beeinflussen. Juristische Zeitschriften entwerfen Sonderhefte zur Coronakrise, juristische Blogs rufen zu Beiträgen auf, Rechtswissenschaftler geben ihre Ansichten in den sozialen Medien zum Besten. Das Recht, so möchte man meinen, behauptet sich in der Krise.

Aber steckt das Recht nicht selbst in seiner eigenen Krise, die nun besonders deutlich wird? Es gibt im Moment zu viel und zu wenig Recht zur gleichen Zeit. Zu viel Recht: eine schnelle Abfolge von Gesetzesmaßnahmen und Allgemeinverfügungen, die in aller kürzester Zeit hochwichtige Dinge regeln. Und gleichzeitig gibt es zu wenig Recht: Angesichts der Krise pocht man auf das Primat der Politik. Juristen scheinen nur im Weg zu stehen. In verschiedenen Ländern – Ungarn, Israel, USA – machen die Staatschefs deutlich, dass sie die Krise zur Machterhöhung nutzen wollen und sich davon durch Juristen oder verfassungsrechtliche Argumente nicht abbringen lassen. Der österreichische Bundeskanzler meint, mit den Feinheiten des Rechts könne man sich jetzt nicht auseinandersetzen.³ Vollerorts wird – tatsächlich oder implizit – der Ausnahmezustand ausgerufen und genutzt als eine Situation, in der das Recht nicht mehr gelten soll.

1 Entstanden im Home Office, bewusst beschränkt auf online und zuhause erhältliche Quellen und auf dem Stand Mitte April belassen, ist der Beitrag (der etwas ausführlicher in einer Festschrift erscheinen wird) auch selbst Dokument der Krise, die er zum Thema hat.

2 Ja, meint *Björn Engelmann*, Es lebe der Diskurs! Die Rolle der Juristen in der Corona-Krise, JuWissBlog Nr. 57/2020 v. 15.4.2020, <https://www.juwiss.de/57-2020>.

3 Siehe *Alexander Somek*, Is the Constitution Law for the Court Only? A Reply to Sebastian Kurz, VerfBlog, 2020/4/16, <https://verfassungsblog.de/is-the-constitution-law-for-the-court-only/>.

1. Multidisziplinarität

In der Tat stellt die Krise das Recht vor wenigstens drei Herausforderungen, denen es nur unzulänglich gewachsen ist. Die erste Herausforderung folgt aus der Komplexität der Pandemie, die alle Disziplinen betrifft, und dem sich daraus ergebenden Streit der Fakultäten hinsichtlich optimaler Regelungen.⁴ Die verschiedenen Disziplinen, die alle mit der Coronakrise zu tun haben, haben ja jeweils ihre eigenen Rationalitäten.⁵ Teilweise führt das, nicht überraschend, zu unterschiedlichen Präferenzen:⁶ Virolog*innen und Statistiker*innen bevorzugen strikte Maßnahmen, Ökonom*innen hingegen verlangen zum Schutz der Wirtschaft, die Einschränkungen so gering wie möglich zu halten. Freilich, auch innerhalb jeder Disziplin gibt es Meinungsstreitigkeiten.

Schwieriger sind die Unterschiede in den Rationalitäten und Expertisen selbst. Was Virologen können, können eben nur Virologen. Ob das, was sie sagen, richtig ist, können wir als Nichtvirolog*innen nur eingeschränkt selbst nachprüfen.⁷ Dass der angeblich gesunde Menschenverstand und die Intuition versagen, haben wir spätestens dann merken müssen, als die Infektionszahlen tatsächlich exponentiell zu wachsen begannen.⁸ Statt Herdenimmunität betreiben wir Herdenrationalität: Wir glauben an die meistgeteilten Zeitungsartikel, und wir kaufen Toilettenpapier, weil es andere tun. Die herrschende Meinung als Richtigkeitskriterium. Richtigerweise müssten wir wohl darauf vertrauen, dass die innerdisziplinären Methoden zur Beurteilung jedenfalls halbwegs gut funktionieren und unsere Bedenken gegenüber der Abgeschlossenheit epistemischer Gemeinschaften zumindest teilweise überwinden.⁹

Für die Rechtswissenschaft ergeben sich drei Probleme. Erstens muss sie akzeptieren, dass sie im Streit der Fakultäten nur eine von vielen ist. Die Differenzierung Recht/Unrecht allein besagt noch nicht, was getan werden soll. Zweitens ist das notwendige Wissen enorm komplex und damit für das Recht schwierig zu verarbeiten. Drittens kommt der Rechtswissenschaft die besondere Rolle zu, auch im Streit der Fakultäten (oder der Rationalitäten) Entscheidungen zu treffen, weil alle gesellschaftlichen Fragen nicht nur potentiell zu rechtlichen Fragen werden, sondern auch gerichtlich überprüft

4 Siehe dazu aus systemtheoretischer Sicht *Dirk Baecker*, Corona I: Die pulsierende Gesellschaft (27.3.2020), <https://kure.hypotheses.org/839>; *Rudolf Stichweh*, An diesem Imperativ kann die Politik scheitern, FAZ, 7.4.2020.

5 Ebenso *Leopoldina*, Dritte Ad-hoc-Stellungnahme: Coronavirus Pandemie – Die Krise nachhaltig überwinden, 13.4.2020, <https://www.leopoldina.org/publikationen/detailansicht/publication/coronavirus-pandemie-die-krise-nachhaltig-ueberwinden-13-april-2020>, 12.

6 Dass Epidemiologen, anders als Ökonomen, an das Denken in trade-offs nicht gewohnt seien, erscheint indes zu simpel; so aber *Noah Feldman*, The Real Reason Epidemiologists and Economists Keep Arguing, Bloomberg, 2.4.2020, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-04-02/coronavirus-why-epidemiologists-and-economists-keep-arguing>.

7 Das hindert einige nicht daran, es trotzdem zu versuchen; siehe etwa *Tyler Cowen*, What does this economist think of epidemiologists?, 12.4.2020, <https://marginalrevolution.com/marginalrevolution/2020/04/what-does-this-economist-think-of-epidemiology.html>. Zu *Richard Epstein* siehe weiter unten im Text.

8 Siehe auch *Tilo Gräser*, Warnende Experten, 3.4.2020, <https://www.rubikon.news/artikel/warnende-experten>.

9 Das sieht mittlerweile selbst *Bruno Latour* so, dessen wissenschaftssoziologische Studien lange Zeit die Objektivität wissenschaftlicher Erkenntnisse in Frage stellten: *Bruno Latour*, Elend der Kritik – Vom Krieg um Fakten zu Dingen von Belang, 2007.

werden können.¹⁰ Ob die Rechtswissenschaft dazu in der globalen Krise in der Lage ist, ist deshalb zweifelhaft, weil die globale Krise zwei weitere Herausforderungen stellt: ihren globalen Charakter und die Geschwindigkeit und Größe der Pandemie.

2. Der globale Charakter der Pandemie

Eine Pandemie ist per definitionem global (was weder Gleichzeitigkeit noch Gleichheit bedeutet). Maßnahmen gegen die Pandemie sind aber national: Auf globaler Ebene kann die Weltgesundheitsorganisation allenfalls Koordinations- und Informationspolitik betreiben, nicht aber bindende Vorgaben machen.¹¹ Für Rechtsvergleicher*innen ist das attraktiv: Wie sonst nur im Labor lassen sich die Auswirkungen unterschiedlicher Regulierungen in unterschiedlichen Ländern messen und vergleichen, unter weitgehendem Ausschluss grenzüberschreitender Effekte.¹² Für Regulator*innen ist es dagegen problematisch, denn globale Probleme lassen sich naturgemäß langfristig nur schwierig national lösen: Die Krise mag „die Stunde der Nationalstaaten“ sein, weil diese die notwendigen Mittel und die notwendige Akzeptanz für Maßnahmen haben.¹³ Wenn man aber die Grenzen nicht dauerhaft verschlossen halten will, wird man sich mit der Pandemie als globales Problem auseinandersetzen müssen.

3. Geschwindigkeit und Ausmaß der Pandemie

Multidisziplinarität und Globalisierung sind nun nicht neue Probleme; sie sind auch nicht grundsätzlich unüberwindbar. Ein drittes Problem ist spezifisch für die Krise: ihre Geschwindigkeit und ihr Ausmaß. Das Virus hat sich rasend schnell ausgebreitet – schneller, als es der normalen Geschwindigkeit des Rechts entspricht. Denn Recht, zumal demokratisches Recht, ist von Natur aus langsam¹⁴ – Gesetze und Rechtsprechung müssen gefunden und verstanden, Argumente müssen gewogen und ausgetauscht, Parteien

10 *Gunther Teubner*, *Altera pars audiatur: das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*, in Pawlowski/Roellecke (Hrsg.), *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates*, ARSP-Beiheft 65 (1996), 199-220.

11 Vgl. schon *Walter Haas*, *Präventionsmaßnahmen in einer Pandemie und die Strategien ihrer Bekämpfung auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene*, in Michael Kloefer (Hrsg.), *Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung* (2011) 45-54; *Anika Klafki*, *International Health Regulations and Transmissible Diseases*, *German Yearbook of International Law* 61 (2018), 73-102.

12 Siehe etwa den *Oxford Covid-19 Government Response Tracker*, <https://www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/oxford-covid-19-government-response-tracker>; den *ICNL Covid-19 Civic Freedom Tracker*, <https://www.icnl.org/covid19tracker>, sowie die Länderberichte: „*Fighting Covid 19 – Legal Powers and Risks*“, <https://verfassungsblog.de/category/debates/fighting-covid-19-debates>.

13 *Leopoldina*, *Dritte Ad-hoc-Stellungnahme* (Fn. 4), 15.

14 *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, 457; *William E Scheuerman*, *Global Law in our High Speed Economy*, in: Richard P. Appelbaum u.a. (Hrsg.), *Rules and Networks: The Legal Culture of Global Business Transactions*, 2001, 103; *Wolfgang Merkel/Andreas Schäfer*, *Zeit und Demokratie: Ist demokratische Politik zu langsam?*, in Holger Straßheim/Tom Ulbricht (Hrsg.), *Zeit der Politik – Demokratisches Regieren in einer beschleunigten Welt*, 2015, 217-237. Zur Frage der Beschleunigungsmechanismen siehe *Christoph Henke*, *Über die Evolution des Rechts*, 2010, 165 ff.

und Betroffene müssen angehört und beteiligt werden. Zu all solchen Schritten bleibt angesichts einer sich fast täglich ändernden Fakten- und Erkenntnislage kaum Zeit. Das Recht ist mit dieser Geschwindigkeit überfordert: Es kann versuchen, neue Probleme nachzuvollziehen, riskiert aber ständig, dass seine Entscheidungen schon nicht mehr systemadäquat sind. Recht ist grundsätzlich konservativ: Es geht ganz weitgehend um Rechtsauslegung statt Rechtsschaffung, um Schutz gegen Maßnahmen, nicht die Begründung von Maßnahmen. Damit ist das Recht im liberalen Staat auch häufig antiregulatorisch: Es ist gut darin zu sagen, was nicht erlaubt ist, aber weniger gut darin zu sagen, was getan werden kann und soll, oder gar unterschiedliche Lösungen zuzulassen. Das ist schon in „normalen“ Zeiten gerade auch aus demokratischer Sicht nicht unproblematisch. In der Krise wird es angesichts ihres Ausmaßes fatal. In kleineren Fragen ist die Trägheit des Rechts ein nur relativ kleines Problem; sie mag sogar übermäßigen Aktionismus auszugleichen helfen. Ein Virus, das droht, Millionen Menschen zu töten, sieht da anders aus. Auf einmal erscheint das Bewahrungsinteresse des Rechts als Hindernis für von Gesellschaft und Politik als notwendig erachtete Einschnitte. Hier führt also genau das, was das Recht in normalen Zeiten legitimiert, nämlich der Schutz vor Eingriffen, plötzlich zu einem Legitimationsdefizit.

4. Ungewissheit

Schließlich das vielleicht größte Problem: die Ungewissheit. „So viel Wissen über unser Nichtwissen gab es noch nie“, paraphrasiert Habermas Sokrates, und die Wissenshistorikerin Lorraine Daston sieht uns sogar „in a moment of ground-zero empiricism, in which almost everything is up for grabs, just as it was for the members of the earliest scientific societies – and everyone else – circa 1660.“¹⁵ Mit solch epistemischer Unsicherheit kann das Recht schwer umgehen. „Da mihi facta, dabo tibi ius“ verspricht das Recht – was aber, wenn diese Fakten ganz unsicher sind, erst erzeugt werden müssen, sich ständig ändern?

Zur epistemischen Unsicherheit kommt nun auch noch eine normative Unsicherheit. Das Recht hat seine normativen Beurteilungskriterien am Normalfall gelernt und typischerweise nicht an der Krise erprobt. Es ist also nicht automatisch gesagt, dass die normativen Grundlagen des Rechts gegenüber der Krise adäquat sind. Das Recht kann sich seine Normativität nicht von anderen Disziplinen wie der Epidemiologie vorschreiben lassen; es muss sie aus sich selbst hervorbringen. Aber es verliert auch an Glaubhaftigkeit, wenn es nicht zur Anpassung bereit und damit auch grundsätzlich offen für normative Forderungen aus anderen Disziplinen ist.

II. Die Hybris des Rechts

Angesichts all dieser Herausforderungen könnte man vom Recht eine gewisse Bescheidenheit erwarten. An Selbstbewusstsein hat es der Rechtswissenschaft indes noch nie gefehlt; sie stellt den Anspruch, gewissermaßen als Königin der Wissenschaften eigenmächtig

15 Jürgen Habermas über Corona: „So viel Wissen über unser Nichtwissen gab es noch nie“, Frankfurter Rundschau, 10.4.2020; Lorraine Daston, Ground-Zero Empiricism, 10.4.2020, <https://critinq.wordpress.com/2020/04/10/ground-zero-empiricism/>.

tig entscheiden zu können. Dabei ergeben sich zwei unterschiedliche aber gleichermaßen problematische Rollen, die, ganz grob, bestimmten deutschen und US-amerikanischen Rollenbildern entsprechen: Juristen als Blockierer und Juristen als Superexperten.

1. Juristen als Blockierer

Die ersten juristischen Reaktionen auf die Pandemie befassten sich zuvörderst mit der Verfassungswidrigkeit staatlicher Maßnahmen. Sicher läuft der Staat in Panik Gefahr, Grundrechte übermäßig einzuschränken. Juristen müssen warnen und entgegenwirken. Indes passt die angelernte Subsumtionsfähigkeit des Juristen, gepaart mit der Tendenz, im Zweifel die Grundrechte hochzuhalten, für die Krisenzeit nicht immer. Dabei finden sich notwendige und absolut angemessene Kritiken am Ausnahmezustand in Ungarn¹⁶ sowie bedenkenswerte Bemerkungen zum Schutz wichtiger Grundrechte wie etwa der Versammlungsfreiheit.¹⁷ Die Krisensituation scheint jedoch in der Auslegung nicht immer berücksichtigt. Ist es zum Beispiel wirklich so, dass wir das (schon in der Normalsituation zweifelhafte) Prinzip „in dubio pro libertate“ auch dann noch heranziehen können, wenn der Zweifel Ausbreitungsrate und -wege des Virus und somit fundamentale Lebensbedingungen betrifft? Spricht nicht vielmehr die Unsicherheit dafür, einstweilen den Grundrechtsschutz zurückzustellen? In Normalzeiten verlangt man von den Regierenden volle Transparenz ihrer Entscheidungskriterien, aber ist nicht im Moment der Krise unter Umständen die Eindeutigkeit der Maßnahmen wichtiger? Lässt sich wirklich „das Erfahrungswissen aller Verfassungsorgane und der gesamten Zivilgesellschaft“¹⁸ auch praktisch in der gebotenen Geschwindigkeit zur Verfügung stellen? Besteht im Verbot des Buchlesens auf der Parkbank wirklich gleich ein Angriff auf den Rechtsstaat als solchen?

Dreierlei ist an solchen liberalen Argumenten zumindest verdächtig. Das erste Problem ist das Ausgehen von der Normalsituation. Gerade weil das Recht in Zeiten der Krise so wichtig ist, muss es, um relevant und gleichzeitig hilfreich zu sein, die Situation der Krise einarbeiten,¹⁹ muss flexibel sein, um nicht irrelevant zu werden. Das Recht der Normalsituation ist auf die Ausnahmesituation nicht ohne Anpassung anwendbar.

16 *Renáta Uitz*, Pandemic as Constitutional Moment, VerfBlog, 24.3.2020, <https://verfassungsblog.de/pandemic-as-constitutional-moment/>; *Kim Lane Scheppele*, Orban's Emergency, VerfBlog, 29.3.2020, <https://verfassungsblog.de/orbans-emergency/>; *Kriszta Kovács*, Hungary's Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers, VerfBlog, 6.4.2020, <https://verfassungsblog.de/hungarys-orbanistan-a-complete-arsenal-of-emergency-powers/>.

17 *Andreas Gutmann/Nils Kohlmeier*, Versammlungsfreiheit Corona-konform, VerfBlog, 8.4.2020, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-corona-konform/>; *Aidan Harker/Jonas Deyda/Katharina Söker/Laurens Brandt*, Versammlungsfreiheit in der Krise, VerfBlog, 14.4.2020, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-in-der-krise/>.

18 *Oliver Lepsius*, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, VerfBlog, 6.4.2020, <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>.

19 Siehe den Einwurf von *Armin Steinbach*, Krisenmanagement für Jurist_innen, VerfBlog, 5.4.2020, https://verfassungsblog.de/krisenmanagement-fuer-jurist_innen/.

Das zweite Problem ist die Selbstsicherheit der Jurist*innen im Angesicht der Krise.²⁰ Unsicherheit und Vorläufigkeit liegen uns deutschen Jurist*innen – anders als Naturwissenschaftler*innen – weniger als Subsumtion und das Finden der richtigen rechtlichen Lösung. Ergebnisoffenheit des Rechts erscheint regelmäßig als Legitimationsdefizit, auch wenn sie hier helfen würde.

Das dritte Problem schließlich ist die relative Unfähigkeit des Rechts, bei der Eingriffsintensität den Faktor Zeit einzubeziehen und zwischen vorläufigen und langfristigen Regelungen zu unterscheiden. Rechtsregeln in der Krise sind Experimente; sie lassen sich anpassen, zurücknehmen. Das Recht sollte den Prozess nicht unmöglich machen, wenn im Gegenzug die Regelungen den Charakter der Vorläufigkeit behalten.

Hybris zeigt sich auch bei einem weiteren Beispiel, der Triage. Angesichts der Knappheit von Behandlungsmöglichkeiten für Schwersterkrankte stellt sich als ganz reale Frage, was sonst hypothetisch gelehrt wird: Wie sollen Ärzt*innen auswählen, wer behandelt werden soll und wen man sterben lassen soll?²¹ In Italien gab es eine Regelung, die das Alter der Kranken als Kriterium miteinbezog,²² aus Frankreich wurde berichtet, dass alte Menschen teilweise nicht behandelt wurden, damit Plätze für Jüngere freigehalten werden können. In Deutschland hat der Ethikrat Grundsätze herausgegeben, die sowohl den Prozess (Vieraugenprinzip) als auch die Kriterien (klinische Erfolgsaussichten) sehr plausibel auflisten.²³ Indes droht der entscheidenden Ärztin weiterhin Bestrafung, wenn sie nicht „eine Gewissensentscheidung trifft, die ethisch begründbar ist und transparent – etwa von medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten – Kriterien folgt.“²⁴ Was nun die richtige ethische Begründung ist, und insbesondere, ob das Alter ein Kriterium sein kann, darüber gehen die Meinungen auseinander.

Wer recht hat, ist hier nicht entscheidend. Wiederum fällt zweierlei auf. Erstens ist die Ansicht, im Konflikt zwischen Ethik und Recht müsse das Recht sich bewahren,²⁵ zweifelhaft. Muss man wirklich auch in der Krise tragische Entscheidungen in Kauf nehmen, um die Fundamente des Rechts zu erhalten? Zum zweiten dem fragt sich, ob die Keule des Strafrechts hier adäquat ist. Bringt es mehr Nutzen als Schaden, wenn Ärzt*innen, auf die wir in der Extremsituation angewiesen sind, sich auch von Strafandrohungen leiten lassen? Glauben wir wirklich, dass Gerichte im Nachgang Güter wie das Leben und die Menschenwürde besser beurteilen können als die unmittelbar mit ihnen konfrontierte

20 Julian Krüper, Nix wissen macht nix: unsere fiebrige Lust am Pandemic Turn, VerfBlog, 2.4.2020, <https://verfassungsblog.de/nix-wissen-macht-nix-unsere-fiebrige-lust-am-pandemic-turn/>.

21 Alexander Brech, Triage und Recht – Patientenauswahl beim Massenansturm Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin (2008); Jochen Taupitz, Infektionsschutzrechtliche „Triage“: Wer darf überleben? – Zur Verteilung knapper medizinischer Güter aus juristischer Sicht, in Kloepfer (Fn. 11), 103-126; Tobias H. Witte, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall – Bevorratung, Verteilung und Kosten knapper Arzneimittel im Falle eines Seuchenausbruchs, 2013.

22 Kritisch dazu Weya Lübbe, Corona-Triage, VerfBlog, 15.3.2020, <https://verfassungsblog.de/corona-triage/>.

23 Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 27.3.2020, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>.

24 Ebd., 4.

25 Kritisch aus ärztlicher Perspektive Axel Heller/Ulrich Schuller/Barbara Schubert, Rückhalt für Ärzte, FAZ, 15.4.2020. Vgl. auch Joachim Hübner u.a., Rechtsfragen der Ressourcenzuteilung in der COVID-19-Pandemie. Zwischen Utilitarismus und Lebenswertindifferenz, Deutsche medizinische Wochenschrift 2020, doi: 10.1055/a-1146-1160.

Ärztin? Sollte das Recht nicht statt der paternalistischen „entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung“ in der Extremlage erwägen, dass es seinerseits der Extremlage nicht besser gewachsen ist?

2. Juristen als Superexperten

Ist die Rolle der deutschen Juristen eher die des Verweigerers, so beansprucht jedenfalls ein Teil der US-amerikanischen Jurist*innen umgekehrt die Rolle des Superexperten. *Tocqueville* bemerkte bekanntlich schon 1835, in den Vereinigten Staaten gebe es „kaum eine politische Frage, die nicht früher oder später zu einer gerichtlichen Frage wird.“²⁶ Einerseits zwingt das „die Parteien, im täglichen Meinungsstreit ihre Gedanken und ihre Sprache dem Rechtsleben zu entleihen.“ Andererseits fühlen sich Jurist*innen dazu berufen, alle Fragen selbst beantworten zu können. Insofern jedenfalls hat der amerikanische Rechtsrealismus mit seiner Betonung der Interdisziplinarität und der Folgenorientierung nicht nur positive Folgen gehabt. Er hat auch dazu geführt, dass amerikanische Juristen sich und ihre Kompetenz überschätzen.

In der Coronakrise führt diese selbsternannte Expertise nun zu tiefproblematischen Konsequenzen. Die von *Cass Sunstein*, Professor an der Harvard Law School, mitentwickelte Idee des „nudging,“ also einer scheinbar sanfteren Form der Regulierung durch Appell an das Unbewusste,²⁷ hat in England zur Bildung einer „nudging unit“ geführt, die ihrerseits maßgeblich für die abwartende und erst spät korrigierte Politik des Vereinigten Königreichs hinsichtlich des Coronavirus verantwortlich war.²⁸ *Sunstein* selbst schob die Furcht vor dem Coronavirus lange Zeit auf systematische Irrationalität, nämlich die Überschätzung höchst unwahrscheinlicher Ereignisse („probability negligence“).²⁹ Erst spät änderte er seine Ansicht (ohne seinen Meinungswandel selbst zu thematisieren).³⁰

Dramatischer noch ist der Fall von *Richard Epstein*, einem führenden Vertreter der ökonomischen Analyse und der Überlegenheit von Marktlösungen gegenüber staatlicher Regulierung. *Epstein* spekulierte Mitte März, am Virus würden in den USA nicht mehr als 500, weltweit nicht mehr als 50.000 Menschen sterben, die erheblichen Eingriffe seien daher nicht gerechtfertigt.³¹ Der Artikel war offenbar einflussreich für die abwartende Politik der US-Regierung.³² Schon Mitte März war die prognostizierte Zahl von 500 eher

26 *Alexis de Tocqueville*, Über die Demokratie in Amerika, Erster Teil, 1987, 405.

27 *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein*, Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness, 2008. Der Ökonom Thaler erhielt dafür 2017 den Nobelpreis.

28 *Tony Yates*, Why is the government relying on nudge theory to fight coronavirus?, *The Guardian*, 13.3.2020.

29 *Cass R. Sunstein*, The Cognitive Bias That Makes Us Panic About Coronavirus, *Bloomberg*, 28.2.2020, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-02-28/coronavirus-panic-caused-by-probability-neglect>.

30 *Cass R. Sunstein*, This Time the Numbers Show We Can't Be Too Careful, *Bloomberg*, 26.3.2020, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-03-26/coronavirus-lockdowns-look-smart-under-cost-benefit-scrutiny>.

31 *Richard A. Epstein*, Coronavirus Perspective, 16.3.2020, <https://www.hoover.org/research/coronavirus-pandemic>.

32 *Jet Heer*, All the President's Crackpots, *The Nation* 30.3.2020; *Virginia Heffernan*, Column: Trump's inexcusable coronavirus failures may stem from an inexcusable source, *L.A. Times*,

niedrig – Epstein berief sich auf einen Schreibfehler und erhöhte die Zahl auf 2500,³³ später auf 5000;³⁴ mittlerweile legt er eine „revidierte“ Form des Aufsatzes vor, in der er seine Zahlen zurückzieht, an seinem Argument aber unbeirrt festhält.³⁵

Epstein wurde heftig kritisiert.³⁶ Wissenschaftlich berief er sich auf zwei zweifelhafte Argumente: Viren würden über die Zeit milder, und Menschen passten sich von selbst an die Gefahr an.³⁷ Die schärfste Kritik, formuliert von einem Statistiker, war, *Epstein* arbeite unwissenschaftlich:³⁸ Er formuliere keine klare (und falsifizierbare) Frage, interessiere sich nicht wirklich für die Antwort, berufe sich nur auf Daten und Stimmen, die seine eigene Meinung unterstützten, sei nicht zur Revision seiner Theorie bereit und verliere sich in entscheidenden Aspekten in ungenauer Sprache. Insgesamt gehe es ihm nur darum, eine bereits vorhergefasste Meinung bestätigt zu sehen.

Das wären für Naturwissenschaftler*innen vernichtende Urteile. Für Anwält*innen sind es geradezu Auszeichnungen. Der Anwalt will die vorgefasste Meinung (die Position seines Mandanten) durch den Richter bestätigt sehen. Er beruft sich daher auf das, was diese Meinung stützt. Gutachtenfragen, die er stellt, dienen nicht der Ermittlung objektiver Erkenntnis; insofern jedenfalls interessiert er sich nicht für die Antwort. Und tatsächlich beruft sich *Epstein*, im Interview nach seiner Qualifikation in Fragen der Epidemiologie befragt, ausdrücklich auf seine juristische Ausbildung:³⁹

I'm trained in all of these things. I've done a lot of work in these particular areas. And one of the things that is most annoying about this debate is you see all sorts of people putting up expertise on these subjects, but they won't let anybody question their particular judgment. One of the things you get as a lawyer is a skill of cross-examination. I spent an enormous amount of time over my career teaching medical people about some

2.4.2020, <https://www.latimes.com/opinion/story/2020-04-02/coronavirus-donald-trump-richard-a-epstein-isaac-chotiner-rex-douglass>.

- 33 *Richard A. Epstein*, Coronavirus Overreaction, 23.3.2020, <https://www.hoover.org/research/coronavirus-overreaction>.
- 34 *Richard A. Epstein*, Coronavirus Perspective (Fn. 31) (“Correction & Addendum as of March 24, 2020”); siehe auch *Nick Gillespie*, Richard Epstein Cops to a ‘Stupid Gaffe’ in Controversial Coronavirus Essay That Caught Trump Administration Attention, Reason, 24.3.2020, <https://reason.com/2020/03/24/richard-epstein-cops-to-a-stupid-gaffe-in-controversial-coronavirus-essay-that-caught-trump-admin-attention/>.
- 35 *Richard A. Epstein*, Coronavirus Perspective – Revised, 6.4.2020, <https://www.hoover.org/research/coronavirus-perspective-revised>. Am 16. April sind für die USA über 30.000 Todesfälle gemeldet, mit stark steigender Tendenz.
- 36 Etwa *Jonathan Chait*, The Coronavirus and Conservatism’s War on Science, 30.3.2020, <https://nymag.com/intelligencer/2020/03/coronavirus-trump-war-science-richard-epstein-neil-ferguson.html>.
- 37 Siehe *Epsteins* Aussagen und die eingeschobenen Expertenkommentare in *Isaac Chotiner*, The Contrarian Coronavirus Theory That Informed the Trump Administration, 30.3.2020, <https://www.newyorker.com/news/q-and-a/the-contrarian-coronavirus-theory-that-informed-the-trump-administration>. Weiterhin im Interview mit *Jane Coaston*, The legal scholar who shaped Trump’s coronavirus response defends his theory, 31.3.2020, <https://www.vox.com/2020/3/31/21195449/richard-epstein-trump-coronavirus-theory-pandemic>.
- 38 *Rex Douglass*, How to be Curious Instead of Contrarian About COVID-19: Eight Data Science Lessons From ‘Coronavirus Perspective’ (Epstein 2020), 30.3.2020, https://rexdouglass.github.io/TIGR/Douglass_2020_How_To_Be_Curious_Instead_of_Contrarian_About_Covid19.nb.html.
- 39 *Chotiner* (Fn. 37).

of this stuff, and their great strengths are procedures and diagnoses in the cases. Their great weakness is understanding general-equilibrium theory.

Mit dieser Gleichsetzung von cross-examination – genauer, der Methode des Rechtsanwalts, durch geschickt gestellte Fragen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder einer Partei zu unterminieren⁴⁰ – und der wissenschaftlichen Methode steht *Epstein* nicht allein da.⁴¹ *John Wigmore*, ein Doyen des US-amerikanischen Beweisrechts zu Beginn des 20. Jahrhunderts, beschreibt cross-examination als „beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth;“⁴² der Supreme Court hat das wiederholt zitiert.⁴³ Indes, wie ein Kommentator zu *Wigmore* lakonisch hinzufügt, “truth is rarely what a trial lawyer is after.”⁴⁴ Gerade im Rahmen der Naturwissenschaften hat das US-amerikanische Beweisrecht mit der civil jury und dem Instrument der cross-examination besondere Schwierigkeiten. Die Wahrheit des Prozesses und die Wahrheit der Naturwissenschaften sind eben unterschiedliche Kategorien.⁴⁵ Die Expertise von Jurist*innen und die von Naturwissenschaftler*innen sind es auch.

III. Was weiß das Recht?

Hybris steht dem Recht also nicht an. Die Juristin weiß nicht besser als die Naturwissenschaftlerin, welche Maßnahmen gegen das Virus helfen. Sie weiß nicht besser als die Wirtschaftswissenschaftlerin, welche Maßnahmen für die Wirtschaft gut sind. Sie weiß nicht besser als die Politikerin, was gemacht werden soll. Sie kennt bestimmte Werte, die im Recht niedergelegt sind – die Grundrechte, die parlamentarische Demokratie, die Vertragsfreiheit. Aber sie weiß nur unvollständig, wie diese Werte gegen andere Interessen und Notwendigkeiten abgewogen werden können, die sich aus der Krise ergeben. Was also ist das rechtliche Wissen, das in der Krise helfen kann?

1. Rechtsstaat

Die offensichtlichste Expertise, die Jurist*innen maßgeblich einbringen, betrifft materielles Recht und den Rechtsstaat: Grundrechte, die durch Maßnahmen des Staates eingeschränkt werden, Verfassungsprinzipien, die der Diktatur und dem Autoritarismus entgegengesetzt werden können, und so weiter. Gerade in der Krise wird indes der Rechtsstaat in der Gesellschaft keineswegs uneingeschränkt von allen vorausgesetzt. Der (zurückgetretene oder entlassene) Direktor des *European Research Council* (ERC) etwa er-

40 Dazu *Haimo Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2011.

41 Siehe Trump’s Aggressive Advocacy of Malaria Drug for Treating Coronavirus Divides Medical Community, 6.4.2020, <https://www.nytimes.com/2020/04/06/us/politics/coronavirus-trump-malaria-drug.html>.

42 *John Wigmore/James Chadbourne*, Evidence in trials at common law, überarbeitete Aufl., 1974, § 1367, p. 32. Die Idee von der Wissenschaft erscheint auch in der Praktikerliteratur: *Larry Pozner/Roger J. Dodd*, Cross-Examination: Science and Techniques, 3. Aufl., 1993.

43 *Z.B. California v. Green*, 399 U.S. 149, 158 (1970); *Lilly v. Virginia*, 527 U.S. 116 (1999); *Stuart v. Alabama*, 139 S.Ct. 36 (2018) (Gorsuch diss.).

44 *David Berg*, Cross-examination, 1987, *Litigation* 14 No. 1, 25.

45 Dazu etwa *Debra Kalmuss*, Scholars in the Courtroom: Two Models of Applied Social Science, *American Sociologist* (16) 1981, 212; *Graham Burnett*, Cross-Examination?, *Isis* (98) 2007, 310.

hielt für seine Forderung, die Kompetenz- und Verfahrensregeln des ERC müssten im Krisenfall eben zurücktreten, recht weitreichenden Beifall.⁴⁶ Implizit darin ist die Idee, das Recht sei für den Normalfall da, im Extremfall müssten Maßnahmen gegen das Recht aufgrund der Notwendigkeit durchgesetzt werden. Die Antwort des ERC, der auf seine normalen Verfahren verwies, wirkte angesichts dieser Forderung seltsam blank, eben weil er nicht erklärte, warum diese Verfahren auch in der Krise gelten sollen.

Dass der Rechtsstaat gegen konkurrierende Rationalitätsansprüche bewahrt werden muss, erscheint richtig. Man kann das aber nicht seinerseits mit rechtsstaatlichen Argumenten begründen, ohne zirkulär zu argumentieren. Anders gesagt: Die Erfordernisse des außerhalb der Krisenzeit formulierten Rechts werden im gesellschaftlichen Diskurs gegen andere, durch die Krise in den Vordergrund geratene Erwägungen in Frage gestellt. Ob dieser Streit seinerseits durch das Recht entschieden werden kann, ist eine durchaus offene Frage. Dass Gerichte Zurückhaltung dabei zeigen, gegen staatliche Maßnahmen wegen Verfassungsverstöße vorzugehen, lässt sich vielleicht dadurch erklären.

Dabei kann die Juristin allerdings nicht genauso argumentieren wie außerhalb der Krise. Gerade wenn die Zukunft unsicher und das Risiko hoch ist, muss das Recht dem Gesetzgeber relativ breiten Beurteilungsspielraum zugestehen.⁴⁷ Zur Vermeidung des „quasi grundrechtsfreien Raums“, den *Christoph Möllers* feststellt,⁴⁸ muss das Recht sich an die Krise anpassen und einerseits der Politik den notwendigen Spielraum überlassen, andererseits dort Grenzen setzen, wo entweder Fundamentalinteressen bedroht sind oder aber ein Abwarten nicht möglich ist. Das bedeutet kein Nachgeben des Rechtsstaates, sondern umgekehrt ein Zeichen seiner Anpassungsfähigkeit an veränderte Situationen.

2. Technik

Ein mindestens ebenso wichtiges, aber oft unterschätztes Wissen ist das technische Wissen. Technisches Wissen ermöglicht es, notwendige Maßnahmen schnell und erfolgreich durchzuführen, politische Entscheidungen in juristische zu überführen, und zugleich ihre Vereinbarkeit mit dem Recht zu beurteilen.

Als Beispiel mag ein Beitrag von *Oliver Lepsius* dienen, der zur Verhinderung der Aushöhlung von Grundrechten auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit pocht.⁴⁹ Der Beitrag ist, auch wegen seiner Ergebnisse, heftig kritisiert worden. Das wichtigste daran sind aber nicht *Lepsius'* Resultate und nicht einmal seine Polemik, sondern seine Erinnerung daran, dass es bestimmte juristische Schritte gibt, die man einhalten muss, um auch in der Krise rational entscheiden zu können. Für die Bemessung eines Grundrechtseingriffs geht es darum, das Ziel klar zu benennen und dann die Mittel hinsichtlich der Geeignetheit, Erforderlichkeit, und Angemessenheit im engeren Sinne zu beurteilen. Diese Prüfungsschritte stellen eine juristische Technik dar, die sich indes für rationale Entschei-

46 *Mauro Ferrari*, Return to the Frontlines, to the Frontier, <http://prod-upp-image-read.ft.com/65f5a27e-78dd-11ea-af44-daa3def9ae03>, auch in <https://sciencebusiness.net/news/read-all-key-statements-ferraris-resignation-erc-post>; dort auch Abdruck der Stellungnahmen des ERC und der Kommission.

47 BVerfGE 7, 377 (412).

48 „Wir leben in einem quasi grundrechtsfreien Zustand“, Tagesspiegel 12.4.2020.

49 *Lepsius* (Fn. 18).

dungen insgesamt anbietet. Nicht umsonst fordert auch die *Leopoldina* in ihrer kürzlichen Stellungnahme, in dieser Weise zu entscheiden.⁵⁰

Vor allem kann die Juristin vielleicht erfolgreicher als andere auf dem Erfordernis der Angemessenheit im engeren Sinne bestehen.⁵¹ Sie kann das deshalb besonders gut, weil für sie diese Angemessenheit im engeren Sinne nur der letzte Schritt in einem vielstufigen Prüfungsschema ist und gerade nicht als umfassendes und damit viel zu abstraktes Kriterium für Entscheidungen herhalten muss.

3. Prozesse

Das dritte wichtige Wissen, das Jurist*innen beizutragen haben, ist die Erfahrung mit Prozessen. Darin liegt der richtige Kern in Richard Epsteins Berufung auf die cross-examination als relevante Expertise. Das Recht ist daran gewöhnt, dass man erst die andere Seite gehört haben muss, bevor man einem Experten recht geben kann. Das Recht kennt Beweislastverteilungen und widerlegliche Vermutungen, um mit unvereinbaren Behauptungen umzugehen. Das Recht kann naturwissenschaftliche Thesen nicht eigenständig bestätigen oder widerlegen, es kennt aber Verfahren dazu, auch solches Wissen zu verarbeiten, dessen Richtigkeit es selbst nicht nachprüfen kann. Es ist eine enorm wichtige Leistung, um das in Kakophonie geäußerte Wissen der Experten so zu übersetzen, dass es für Entscheidungen zur Verfügung steht. Das Recht sagt nicht selbst, was die (naturwissenschaftliche oder ökonomische) Wahrheit ist; es konstruiert seine eigene Wahrheit, macht aber dadurch rationale Entscheidung möglich.⁵² Dass der Rechtswissenschaft als Entscheidungswissenschaft das Entscheiden unter Unsicherheit seit jeher vertraut ist, ist dafür nützlich. Und es hilft, die Rechtswissenschaft als Kunst zu verstehen, als Juris-Prudenz, die nicht in mathematischer Form die richtige Lösung herbeirechnet, sondern die Argumentation rationalisiert.

Auch hier ist indes Hybris fehl am Platze. Damit das Recht solche Prozesse wirksam zur Verfügung stellen kann, muss es sich selbst zurücknehmen, kann insofern nicht selbst Partei sein. Das bedeutet insbesondere, dass die relevanten politischen Entscheidungen zwar in rechtlich geformten Prozessen erfolgen können, dadurch aber nicht ausschließlich zu rechtlichen werden. Das Recht kann eben nicht beanspruchen, die notwendige Entscheidung selbst mit Geltung für alle zu treffen.

4. Systemdenken

Das leitet über zum vierten juristischen Wissen, das in der Krise helfen kann. Die Krise ist ein Systemproblem und erfordert systemisches, disziplinenübergreifendes Denken.⁵³

50 *Leopoldina*, Dritte Ad-hoc-Stellungnahme (Fn. 5), 10-12.

51 Alexander Somek, Die Tyrannei der Ziele, Die Presse 18.4.2020, <https://www.pressreader.com/aus-tria/die-presse/20200418/282286732400923>.

52 Dazu etwa Andreas Thier, Die Wahrheit und nichts als die Wahrheit – Wirklichkeitskonstruktion und Wahrheitsanspruch im Recht, Zeitschrift für Kulturphilosophie 2014, 247-260; Ulfried Neumann, Wahrheit im Recht, in: Thomas Fischer (Hrsg.), Beweis, 2019, 27-40.

53 Zeynep Tufekci, It Wasn't Just Trump Who Got It Wrong, The Atlantic, 24.3.2020, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2020/03/what-really-doomed-americas-coronavirus-response/608596/>; Stichweb (Fn.4); *Leopoldina*, Dritte Ad-hoc-Stellungnahme (Fn. 4), 12.

Das Recht ist nicht die einzige Disziplin, die systemisch denkt und Konflikte zwischen anderen Funktionssystemen aufgrund seiner eigenen Rationalität verarbeitet. Es ist aber, in seiner Funktion der Konfliktlösung, dazu besonders geeignet.⁵⁴ Solches systemisches Wissen hilft zunächst einmal dabei, Einzelregelungen, von denen es gerade in der Krise viele gibt, in den Zusammenhang des Ganzen zu stellen. Systemisches Wissen hilft aber auch dabei, zwischen den unterschiedlichen Disziplinen zu vermitteln. Dazu ist das Recht, vielleicht kontraintuitiv, dann am besten in der Lage, wenn es sich selbst einer substantiellen Position enthält, weil es so die Streitschlichtung besonders gut erfüllen kann. Und systemisches Wissen hilft schließlich dabei, Konsistenz in den Maßnahmen zu erkennen und etwa zu fragen, ob das Öffnen von Schulen und Schließen von Kirchen miteinander vereinbar sind,⁵⁵ ohne dass die Juristin Pädagogin oder Theologin sein muss.

IV. Selbstbewusstsein und Bescheidenheit

Das Ergebnis ist beruhigend. Das Recht ist nicht die Königswissenschaft, die das Wissen über die Krise an sich reißen soll, es ist aber auch nicht irrelevant. Gerade wenn es auf Hybris verzichtet, kann es eine wichtige Rolle spielen. Das Recht hat eine Doppelfunktion. Zum einen muss es seine Fachexpertise neben diejenigen der anderen Disziplinen stellen. Entscheidungen in der Krise sind nicht nur Entscheidungen der Naturwissenschaft, der Wirtschaftswissenschaft, der Politik. Sie sind auch Entscheidungen des Rechts und über das Recht und den Rechtsstaat, und sie bedürfen der rechtlichen Formulierung. Zum anderen hat das Recht eine Expertise darin, zwischen unterschiedlichen Standpunkten und Rationalitäten zu vermitteln und Streitigkeiten zu einer Lösung hinzuführen.

Fähig ist das Recht dazu freilich nur, wenn es sich bescheiden gibt. Das Recht muss auf seinen Letztentscheidungsanspruch verzichten und anerkennen, dass es nur eine Stimme unter mehreren ist. Und es muss bereit sein, die Sondersituation der Krise zu erkennen und sich an diese anzupassen. Darin liegt ein Grund zum Selbstbewusstsein und zur Bescheidenheit zugleich – und auch die Hoffnung auf eine Selbstreflexion des Rechts, die nach dieser Krise zur nötigen Neuidentifizierung hilfreich sein mag.

54 Teubner (Fn. 10).

55 Interview mit Christian Hillgruber, Legal Tribune Online, 16.4.2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/religionsfreiheit-corona-gottesdienst-messe-kirchen-moscheen-verhaeltnismaessigkeit/>.