

Leginot: Prävinar 20.2.2025

Legitimation der Rechtsdurchsetzung durch die Verwaltung.

Thesen:

Legitimation der Rechtsanwendung wird durch die Gesetze begründet und begrenzt.

Die Arbeitsteilung zwischen Legislative und Exekutive bedingt auch im Notfall eine Arbeitsteilung der Legitimationsaufgaben. Sie verschiebt sich in der Krise, verbleibt aber partiell bei der Vollziehung.

Verrechtlichung der Legitimationsleistung ist nur eingeschränkt möglich.

1.

Krisenrecht ist vielfach Grundrechtseingriffsrecht. Es unterliegt dem Vorbehalt des Gesetzes. Doch sind Gesetze allein nur selten in der Lage, Krisensituationen vollständig selbst zu bewältigen. Dazu bedarf es vielmehr auch der Gesetzesvollziehung durch Exekutiven und Justiz. Ihr Vollzugsauftrag ist durch Gesetze begründet und begrenzt. Sie müssen das Recht anwenden, dürfen seine Grenzen aber nicht überschreiten. Zwischen den Zweigen der Staatsgewalt besteht eine Arbeitsteilung, welche erst in ihrer Gesamtheit Krisenprävention und Krisenmanagement hervorbringen kann. Ausgangshypothese ist daher:

Wo das Gesetzesrecht funktionsadäquat ist, kann es das Krisenmanagement sachgerecht effektivieren.

Wo es funktionsinadäquat ist, kann es das Krisenmanagement hingegen behindern.

2.

Die vorausgesetzte Arbeitsteilung wird in der Krise ein Stück weit verschoben. Zwar gilt die Verfassungsbindung beider Gewalten auch in der Notsituation. Not kennt auch Gebote! Daher gelten zentrale Grundsätze des Grundgesetzes (GG) – Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Übermaßverbot – auch in der Krise. Und sie gelten für alle Zweige der öffentlichen Gewalt. Aber gelten sie auch in gleicher Weise? Zur Erinnerung: Gesetzgebung ist auch Legitimationsübernahme zwischen den Gewalten, indem Vorentscheidungen der Parlamente die Vollziehung von Legitimationslasten befreit: Die Berufung auf das Gesetz ist ein zentrales Element von Legitimation. Zugleich ist aber festzuhalten: Sie ist nur ein Element, Legitimation und Rechtmäßigkeit sind nicht identisch. Soweit die rechtlichen Bindungen reichen, sind die ausführenden Instanzen daher von der Legitimationslast befreit. Wo solche Bindungen enden, reicht hingegen die Berufung auf das Gesetz nicht aus, hier muss die Vollziehung selbst legitimieren.

Soweit die rechtlichen Bindungen reichen ... Wie weit reichen sie denn? Das hängt primär vom Inhalt der anwendbaren Normen ab. Sie sind typischerweise

- abstrakt-generell, regeln eine unbestimmte Vielzahl von Fällen und richten sich an alle Menschen (Vollzugsstab und Bürgerinnen).

- auf Gleichbehandlung angelegt: Soweit sie reichen, gelten ihre Maßstäbe für und gegen Alle. Die Entscheidung für Rechtssetzung ist also eine Entscheidung gegen den „Flickenteppich“.
- auf die Regelung des „Wesentlichen“ gerichtet: Wesentliche Fragen müssen gesetzlich entschieden werden, unwesentliche dürfen legislativ entschieden werden, können aber auch von den Exekutiven geregelt werden. Was allerdings wesentlich ist, kann nicht allein rechtlich vorgegeben sein. Es kann auch lageabhängig sein.

3.

Das zeigt sich besonders deutlich am Zusammenspiel von Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitsgebot. Wenn der Gesetzgeber etwas regeln muss, muss das Gesetz zum Wesentlichen eigene Aussagen treffen. Anders ausgedrückt: Seine Inhalte müssen hinreichend bestimmt sein. Das Bestimmtheitsgebot richtet sich allerdings nicht binär nach dem Begriffspaar „bestimmt“ oder „unbestimmt“. Es richtet sich auch danach, wie bestimmt der Gesetzgeber eine Lage überhaupt regeln kann. Die Unterscheidung ist also skalar, „bestimmter“ oder „unbestimmter“. Das Gesetz muss hinreichend bestimmt sein, aber nicht bestimmter. Aber wie bestimmt kann es denn sein? Das ist abhängig von mehreren Determinanten:

- Erkennbarkeit/Überschaubarkeit der Sachlage für die handelnden Organe.
- Vorhersehbarkeit/Prognostizierbarkeit ihrer Entwicklung in der Zukunft, also unter der Geltung eines zu erlassenden Gesetzes.
- Regelungsfähigkeit der zu regelnden Sachverhalte: Je vielfältiger/differenzierter/entwicklungsoffener sie sind, desto weniger leisten abstrakt-

generelle Normen und desto eher bedarf es einzelfallbezogener Gestaltung, sachnah, problemnah und zeitnah.

Diese Maßstäbe können sich aus der legislativen Makroperspektive durchaus von der exekutiven Mikroperspektive unterscheiden. Nicht alles, was sich den unmittelbar vor Ort handelnden Personen im Einzelfall erschließt, erschließt sich in gleichem Maße und für alle Fälle gleich auch den Gesetzgebern. Das heißt aber auch: Die Formeln mögen für alle Gewalten gleich sein (z.B. „Verhältnismäßigkeit“), ihre Ausgestaltung und Anwendung kann durchaus unterschiedlich sein. Und das kann auch heißen: Was eine Gewalt nicht regeln kann, bei Bedarf muss eine andere Gewalt regeln. Daraus folgt nicht nur eine Kompetenzverschiebung, sondern auch eine Legitimationsverschiebung: Denn wer eine Maßnahme treffen muss, muss sie auch legitimeren. Hier steht gerade im Notfall die Exekutive an vorderster Front, wo sie den Menschen unmittelbar gegenübertritt.

4.

Im Notfall geht es also um Legitimationsleistungen an den Grenzen des Rechts. Gewiss. Die Exekutive darf diese Grenzen nicht einfach überschreiten. Denn sie ist an das Gesetz gebunden. Da dieses aber fast niemals vollständig regelt, muss Vollziehung Freiräume und Regelungslücken füllen. Das gilt erst recht in Krisensituationen, wo und wenn normale Vollzugsroutinen nicht ausreichend erscheinen. Instrumente dazu können sein:

- Nutzung von Ausnahmetatbeständen und Härteklauseln, sofern solche im Gesetz vorgesehen sind. Hier geht es noch um Gesetzesanwendung, genauer: die Anwendung vorgegebener Tatbestände und Rechtsfolgen.

- Nutzung von Generalklauseln: Je schwerer ein Grundrechtseingriff wiegt, umso eher muss er in einer Spezialregelung zugelassen sein. Das gilt jedenfalls, wenn der Gesetzgeber das Problem erkannt hat und es regeln konnte. Hatte er es nicht erkannt, konnte er es auch noch nicht regeln. Eine solche Situation kann in Krisenlagen häufiger auftreten als in Normallagen. Fehlen dann eigentlich notwendige Spezialregelungen, so kann in Krisenlagen in erhöhtem Maße von Generalklauseln Gebrauch gemacht werden.

- Flexibilisierung exekutiver Handlungsformen: Am Beispiel: Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen können funktionell in gleicher Weise wirken. Gerade zu Beginn der Pandemie hat sich gezeigt: Wo Verordnungsermächtigungen fehlten, ergingen nicht selten Allgemeinverfügungen. Trotz rechtlicher Kritik ist dieses Vorgehen jedenfalls für die Frühzeit der Pandemie von der Rechtsprechung unbeanstandet geblieben.

- Nutzung offener Normen, genauer: von Bestimmtheitslücken. Die Bestimmtheitsanforderungen an gesetzliche Tatbestände gelten im Notfall nicht in gleicher Weise wie im Normalfall (s.o.). Die Exekutiven können sich daher bei Bedarf auch auf weniger bestimmte Ermächtigungen berufen, sofern keine bestimmtere Norm entgegensteht.

- Dynamische Nutzung des Übermaßverbots: Zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter – wie Schutz von Leben und Gesundheit – kann die Abwägung im Einzelfall anders ausfallen bis zu der Grenze eines partiellen Steuerungsverlusts des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Nicht zulässig ist es demgegenüber, explizite gesetzliche Handlungsgrenzen oder -verbote zu ignorieren oder zu überschreiten. Auf einen „übergesetzlichen Notstand“ darf sich die öffentliche Gewalt gegenwärtig wohl nicht mehr berufen.

In diesen Grenzen zeigt sich: *Je offener die Gesetzgebung, desto stärker verlagert sich die Legitimationspflicht „nach unten“.*

5.

Wohlgemerkt: Krisenrecht setzt Krisensituationen voraus, etwa wo und wenn ein zuständiger Gesetzgeber ein Problem nicht gesehen hat oder nicht sehen konnte. Hat er es gesehen, so muss er sich seiner annehmen. Das besondere Krisenrecht kann dann allenfalls noch für eine Übergangszeit gelten. Hieraus rechtfertigt sich im Ansatz auch die relativ offene „Schrecksekunde“ bzw. „Erstreaktionszeit“ angesichts einer jedenfalls den entscheidungsbefugten Instanzen noch unbekanntem Pandemie mit noch unbekanntem Ursachen und Verläufen und noch unbekanntem Prognosen möglicher Wirkungen eventueller Abhilfemaßnahmen. Je günstiger sich hingegen die Erkenntnisbedingungen gestalten, desto intensiver verdichten sich die grundgesetzlichen Handlungsaufträge und -maßstäbe, und zugleich verdichten sich die Legitimationslasten der Legislativen. Diese partielle *Verlagerung der Legitimationsverantwortung nach oben* in der Krise entlastet in gleichem Umfang die handelnden Organe „unten“.

Folglich gilt: Das Einsetzen der Krise verändert Legitimationslasten. Und mit ihrer Fortdauer verändern sie sich weiter. Der Legitimationswandel ist rechtlich zugelassen. Aber er entlastet nicht von jeglicher Legitimation.

6.

Ist eine Situation nur eingeschränkt regelbar, kann auch die Legitimationsleistung in ihr nur eingeschränkt verrechtlicht sein. Hierzu abschließend einzelne Thesen:

- Legitimation ist Kommunikation: Der Notfall verändert Anforderungen an die Behördenkommunikation und die Kommunikationsinfrastruktur. Zuständige Stellen müssen vorhanden, personell besetzt, handlungs- und kommunikationsfähig sein. Dazu zählt auch eine ausreichende Schulung und Fortbildung der Mitarbeitenden.

- Legitimation ist bürgerorientierte Kommunikation: Vorhandene Kommunikationswege (Verwaltungsverfahren, Begründungspflichten u.a.) sind zu nutzen, soweit dies unter Krisenbedingungen möglich ist. Sie können aber nur dienende Funktion haben. Denn die Begründungslast tritt neben die Aufgabenwahrnehmungslast. Je mehr Kapazitäten für eine Aufgabe benötigt werden, desto weniger Kapazitäten stehen für andere Aufgaben zur Verfügung. Und die Krise stellt Herausforderungen nicht nur zum Diskutieren, sondern auch zum Handeln.

- Verfahrensimmanente Erleichterungen können Abkürzung von Verfahren wegen „Gefahr im Verzug“, Einschränkung aufschiebender Wirkungen von Rechtsbehelfen, Verweis von vorheriger auf nachträgliche Kontrollen etwa durch Gerichte sein.

- Nutzung verfahrenstranszendenter Legitimationswege durch mediale Öffentlichkeitsarbeit, Anhörung von Verbänden, Mitwirkung pluralistischen (!) Sachverständs.

- Nutzung flexibler Reaktionsmöglichkeiten: Opportunitätsprinzip, Ermessensausübung, Ermahnung statt Verwaltungszwang, Ordnungsverfügung vor Sanktion.

- Belohnung statt Sanktion: Hinweise auf Unterstützungsleistungen durch Behörden und Dritte zur Abmilderung von Härten.

7.

Legitimation ist eine arbeitsteilige Aufgabe von Legislative und Exekutive. Im Notfall verschieben sich die Anteile, aber sie bleiben arbeitsteilig. Wo die Gesetze nicht regeln bzw. steuern, verbleibt die Legitimation bei der Vollziehung.

Das gilt auch und erst recht im Krisenfall. Von seiner konkreten Wahrnehmung, Ausgestaltung und Bewertung hängt ab, ob das Recht die Legitimation befördert oder behindert.