

# Triplik auf den Beitrag von Peter Nahamowitz vom 07.05.2020

geschrieben von H.j. Lüdecke | 12. Mai 2020

Zu 1.

Einigen Lesern, möglicherweise auch Herrn Nahamowitz, ist der zentrale Begriff bei der rechtlichen Beurteilung der Corona-Maßnahmen offenbar immer noch nicht hinreichend klar: „Beurteilungsspielraum“. Das bedeutet, dass die Regierenden mehrere rechtlich zulässige Möglichkeiten hatten, um auf die Situation im März 2020 zu reagieren. Es ist nicht so, dass es nur eine einzige Möglichkeit gab, darauf zu reagieren, wie es einige Autoren uns weismachen wollen. Es versteht sich außerdem von selbst, dass die Regierenden am 23.03.2020 nicht die Kenntnis haben konnten, die sie heute haben. Es ist daher völlig langweilig und irrelevant, wenn hier irgendwelche Autoren oder Kommentatoren die Fehlerhaftigkeit der Angaben des RKI nachweisen wollen mit Daten, die erst nach dem 23.03.2020 bekannt wurden. Das ist juristisch völlig belanglos. Es geht bei der juristischen Beurteilung der Maßnahmen nicht um „richtig“ oder „falsch“, sondern um „vertretbar“ oder „nicht vertretbar“.

Nahamowitz führt zwar in seiner Duplik die französische Studie „SARS-CoV-2: fear versus data“ vom 19.03.2020 als Argument dafür ins Feld, dass die Erstanordnung der Corona-Maßnahmen unverhältnismäßig gewesen sei. Ob diese Studie wirklich viel taugt, kann ich als Jurist nicht beurteilen (sehr kritisch zu dieser Studie beispielsweise die Anmerkung von U. Langer als Kommentar auf den Nahamowitz-Beitrag).

Nahamowitz schreibt dann u.a.: „Es gehört zu den essentiellen Aufgaben eines auf Epidemien spezialisierten Instituts wie des Robert Koch Instituts (RKI), die einschlägige internationale Fachliteratur im Blick zu haben, gerade im Vorfeld eines für das Land so bedeutsamen Regierungsbeschlusses“.

Dieser Satz ist zwar richtig, geht aber juristisch wieder völlig am Thema vorbei. Vielleicht musste das RKI die einschlägige internationale Fachliteratur zu dem Virus und zur möglichen Pandemie „im Blick“ haben, aber nicht die Bundesregierung und die Landesregierungen. Die Regierungen waren und sind auf diesem Gebiet Laien. Juristisch konnte man daher von ihnen nur verlangen, dass sie Experten bzw. die entsprechende Behörde – und das war das RKI – um Rat fragten und entsprechend den Ratschlägen handelten. Nahamowitz hat den Beweis dafür weder angetreten noch geführt, dass eine angebliche Fehlerhaftigkeit der Angaben des RKI schon in den Märztagen vor dem 23.03.2020 für einen Laien oder für die Regierenden offensichtlich erkennbar war. Es bleibt daher bei der juristischen Bewertung, dass die Befragung des RKI durch Bundes- und Landesregierungen kein Rechtsfehler war und dass sich dieses Verhalten im Beurteilungsspielraum der Regierenden bewegte und zwar selbst dann, wenn sich die Einschätzung des RKI nachträglich als unzutreffend herausstellen sollte.

Zu 2.

Nahamowitz schreibt, dass das „Fabulieren“ von einer zweiten oder dritten Infektionswelle durch das RKI reine Angstmache sei. „Seit hundert Jahren“ habe es in Deutschland keine Infektionswelle gegeben, welche nach dem Abklingen noch einmal angeschwollen wäre. Dieser Satz von Nahamowitz ist die reinste Halbwahrheit. Zwar ist es richtig, dass ein solches Phänomen in den letzten hundert Jahren in Deutschland nicht beobachtet wurde. Aber vor genau 102 Jahren litt Deutschland just unter einer solchen Epidemie, die in drei Wellen auftrat. Gemeint ist die spanische Grippe, die in den drei Wellen 1918, 1919 und 1920 auftrat und an der im Deutschen Reich etwa 300.000 Menschen starben. Es ist daher schon reichlich irreführend, wenn Nahamowitz in Kenntnis der spanischen Grippe davon spricht, dass in den letzten „hundert Jahren“ ein solches Phänomen nicht mehr aufgetreten sei.

Im März 2020 konnte außerdem kein Mensch eine Garantie dafür abgeben, wie sich das Corona-Virus entwickeln, wie gefährlich es sein und wie viele Tote es fordern würde. Insbesondere konnte niemand mit Sicherheit ausschließen, dass es eine zweite oder dritte Welle geben würde. Im Übrigen geht nicht nur das RKI, sondern auch der Ärztepräsident Montgomery sogar noch aktuell davon aus, dass es eine zweite Welle geben wird. Die Argumentation von Nahamowitz trifft somit einfach nicht zu.

Zu 3.

Ob die Risikoanalyse der Bundesregierung von 2013 völlig überzogen war, weiß ich nicht. Immerhin haben sich wesentliche Teile des damaligen Szenarios, dass nämlich in Fernost auf einem Wildtiermarkt das Virus auf einen Menschen überspringt und sich dann pandemisch ausbreitet, auch in Deutschland, als richtig herausgestellt. Wenn es dann durch Zufall ein Virus gewesen wäre, das gefährlicher als das Corona-Virus gewesen wäre, hätten wir vielleicht auch derart drastische Zahlen an Erkrankten und Toten bekommen. Jedenfalls war nicht von vornherein erkennbar, dass es sich bei den Ergebnissen dieser Risikoanalyse um völligen Unsinn gehandelt hätte. Es war daher frei von Rechtsfehlern, wenn die Regierungen diese Risikoanalyse bei ihren Überlegungen im März 2020 berücksichtigten. Im Übrigen kann ich keinerlei sachlichen Zusammenhang zwischen der Risikoanalyse der Bundesregierung über eine Virus-Pandemie aus dem Jahr 2013 und der Risikoanalyse des Weltklimarates IPCC bezüglich des Klimawandels erkennen. Das eine hat mit dem anderen nichts zu tun.

Zu 4.

Hier vergleicht Nahamowitz „Äpfel mit Birnen“. Was hat das Pariser Klimaschutzabkommen mit der Corona-Pandemie zu tun? Eigentlich gar nichts. Im Übrigen gibt es zwischen der Corona-Pandemie und der angeblichen Klimakatastrophe sehr große Unterschiede.

Beim Klima sprechen nach jahrzehntelanger Forschung gute Gründe dafür, dass das, was 190 Länder (oder wie viel auch immer) im Pariser Abkommen für notwendig hielten, falsch und überflüssig war.

Bei Corona hingegen gab es keine langjährige Forschung und es musste auf der Grundlage von unzureichenden Informationen schnell gehandelt werden, da sich das Virus, anfangs auch in Deutschland, exponentiell

ausbreitete.

Den umgekehrten Fall, wie er auch hätte eintreten können, lässt Nahamowitz völlig unberücksichtigt. Hier muss man hypothetisch denken können. Angenommen es wäre tatsächlich ein Virus gekommen, welches Zehntausende oder Hunderttausende von Menschenleben in Deutschland gefordert hätte. Hätte dann irgendjemand noch Verständnis für die Bundes- oder Landesregierungen gehabt, wenn diese im Hinblick auf eine einzige Studie aus Frankreich, die erst wenige Tage zuvor am 19.03.2020 erschienen war, nichts unternommen hätten, obwohl das RKI deutlich warnte und obwohl beinahe alle Staaten der westlichen Welt strenge Maßnahmen ergriffen? Selbstverständlich nicht. Selbstverständlich hätte man dann den Regierungen – und zwar zu Recht – vorgeworfen, dass sie keine ausreichenden Maßnahmen ergriffen hätten, um Leben und Gesundheit der Bürger zu schützen.

Zu 5.

Die Behauptung von Nahamowitz, es habe eine Reduzierung der Einschätzungsprärogative auf Null gegeben, war bereits in seinem ursprünglichen Beitrag falsch und wird durch die bloße Wiederholung nicht richtiger. Angesichts der unklaren Lage im März 2020 und angesichts der unzureichenden Informationen hatten die Regierungen einen erheblichen Beurteilungsspielraum, was Nahamowitz einfach nicht zur Kenntnis nehmen will. In dem Wort Beurteilungsspielraum steckt bereits per definitionem, dass es mehr als eine vertretbare (nicht unbedingt endgültig richtige) Entscheidung gibt und dass eine redlich getroffene Entscheidung nicht allein deshalb später rechtswidrig oder verfassungswidrig wird, weil im Nachhinein bessere Informationen bekannt werden. Wie ich in meinen Beiträgen bereits geschrieben hatte, kann niemand von einem Bundeskanzler oder einem Ministerpräsidenten Hellseherei verlangen. Genau das müssten sie aber können, wenn sie bereits im Vorhinein immer die angeblich einzige richtige Entscheidung treffen müssten, die auch allen späteren Erkenntnissen gerecht wird.

Zu 6.

Nahamowitz erwähnt eine Vorabentscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG. Dieser Hinweis vermag die Unzulänglichkeit seines ursprünglichen Beitrags nicht mehr zu ändern. Im Übrigen ist dieser Hinweis auch rein theoretischer Natur und im praktischen Ergebnis falsch.

Nahamowitz hatte in seinem ursprünglichen Beitrag lediglich auf die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde hingewiesen, ohne mit einem einzigen Wort den Grundsatz der Subsidiarität (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) und die praktischen Probleme bei der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zu erwähnen. Wenn ein Jurastudent im 2. Semester in einer Klausur dermaßen über eine Verfassungsbeschwerde schreiben würde, ohne auch nur mit einem Wort den Grundsatz der Subsidiarität anzusprechen, bekäme er dafür – zu Recht – ein „Mangelhaft“ (vgl. auch die zutreffende Kritik von Dr. jur Fritz Göhring). Die entsprechende Erörterung von Nahamowitz war somit unzureichend und wird durch den jetzigen Hinweis nicht gerettet.

Der Hinweis auf § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG ist im übrigen auch rein

theoretischer Natur und verrät die Unkenntnis von Nahamowitz über die praktische Handhabung der Dinge beim Bundesverfassungsgericht. Mir ist kein Fall in den letzten 20 Jahren bekannt, in denen das Bundesverfassungsgericht ohne Erschöpfung des Rechtsweges nach § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG eine Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung angenommen hätte. Selbst wenn ein solcher Fall noch gefunden werden sollte: Es würde sich um die absolute Ausnahme handeln. Sogar bei der Verfassungsbeschwerde von Rechtsanwältin Beate Bahner gegen die Corona-Maßnahmen hielt das Bundesverfassungsgericht eisern am Subsidiaritätsgrundsatz fest, obwohl gerade dieser Fall sicherlich die Voraussetzung gemäß § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG erfüllte und von grundsätzlicher Bedeutung war. Der bloße Hinweis auf die Möglichkeit einer Vorabentscheidung nach § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG ist daher weltfremd, irreführend und gibt dem juristisch interessierten Laien „Steine statt Brot“.

Zu 7.

Wenn Nahamowitz von „universitärer Praxis“ schreibt, ist das schon lustig. Denn die Universität ist gerade kein Ort der juristischen Praxis, sondern die Stätte, an der die reine Lehre und die hehre Theorie vermittelt werden. Die Praxis findet hingegen an der juristischen „Front“ statt, wo mit Worten und Argumenten gegeneinander gekämpft wird, also vor Gericht und zwischen Anwälten, die die Interessen ihrer Mandanten wahrnehmen. Die Tatsache, dass es sich dabei in der Sache um einen Kampf handelt, merkt die unterlegene Partei spätestens dann, wenn sie den gesamten Prozess einschließlich der Gerichtskosten und der Kosten des gegnerischen Anwalts bezahlen darf. Der Zivilprozess heißt übrigens bis auf den heutigen Tag ganz offiziell „Rechtsstreit“ und die Verwaltungsgerichtsordnung spricht in § 40 VwGO von „öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten“. Und ein verurteilter Angeklagter spürt das Ergebnis eines Strafprozesses sogar hautnah am eigenen Leib, wenn er ins Gefängnis wandert.

Wenn Nahamowitz das nicht weiß oder es vergessen hat, sollte er, wie jeder Rechtsreferendar, ein paar Monate bei einem Zivilrichter, bei einem Strafrichter und bei einem Verwaltungsrichter hospitieren. Das bedeutet Praxis.

Soweit Nahamowitz schreibt, dass er seinen Artikel nicht für den Recht suchenden Bürger geschrieben habe, ist das für einen Juristen der Offenbarungseid. Es entspricht etwa dem alten Mediziner-Motto: Operation gelungen, Patient tot. Abgesehen davon, dass sein Zitat unvollständig ist (Ich hatte in meiner Replik geschrieben: „Eine solche Darstellung der Rechtslage, wie sie durch Nahamowitz erfolgt, hilft dem nach Recht suchenden Bürger nicht weiter und gaukelt ihm eine Erfolgsaussicht vor, die in Wahrheit nicht besteht“), gibt Nahamowitz damit selbst zu, dass er gar nicht weiß, ob seine Argumentation vor Gericht Bestand hätte. Die meisten Laien lesen aber einen juristischen Text nicht, um sich an rechtsphilosophischen Betrachtungen zu ergötzen, die weltfremd sind und mit der praktischen Rechtsanwendung nichts zu tun haben. Vielmehr lesen die meisten Laien einen juristischen Text, um eine realistische Einschätzung der Rechtslage zu erhalten und um die etwaigen Chancen im

Streitfalle abwägen zu können.

Fazit:

Es bleibt dabei, dass die erstmalige Anordnung der Corona-Maßnahmen für die Zeit vom 23. März bis 19. April ganz überwiegend verhältnismäßig im juristischen Sinne war und sehr wahrscheinlich von keinem Gericht in Deutschland für verfassungswidrig erklärt werden wird. Anders sieht es für die Zeit nach dem 19. April aus, wie ich bereits geschrieben hatte. Im Übrigen: Wenn Nahamowitz sich seiner Sache juristisch so sicher ist, dass angeblich schon die erstmalige Anordnung der Corona-Maßnahmen ab 23. März verfassungswidrig war, dann soll er doch klagen und Verfassungsbeschwerde erheben. Aber das traut er sich offenbar nicht.