

# Gestaltungsgrenzen der Demokratie

## Wie funktionsadäquat und resilient sind das Verfassungsrecht sowie seine Entscheidungsprozesse in exzeptionellen, krisenhaften Szenarien?

### Projektbericht

Die liberale Demokratie ist, so kann man immer wieder hören und lesen, in der Krise. Jedenfalls mitursächlich hierfür sind von außen an sie herangetragene, durch sie indes nicht verursachte krisenhafte Zustände einer- und – eng damit verbunden – übertriebene Erwartungen andererseits. Bereits im Kontext der jüngeren finanz-, migrations- und umweltpolitischen Herausforderungen wurden Leistungs- und Zukunftsfähigkeit der Demokratie nicht nur am politischen Rand in Frage gestellt. Namentlich im Kontext der Diskussionen um den anthropogenen Klimawandel wird ferner bisweilen pauschal kritisiert, die demokratischen Institutionen seien strukturell unfähig, auf die Herausforderungen der Gegenwart angemessen zu reagieren. Geboten sei statt dessen eine Orientierung allein an – als eindeutig (fehl-)verstandenen – wissenschaftlichen Erkenntnissen. Besondere Brisanz hat das Thema offenkundig in der aktuellen Pandemiesituation erhalten; hier ist teilweise von einer (teils befürchteten, aber von einigen durchaus auch positiv gesehenen) „Gesundheitsdiktatur“ die Rede, die sich namentlich auf die Ratschläge einiger ausgewählter wissenschaftlicher Experten stützt.

Eine lange Zeit nahezu unangefochtene Herrschaftsform ist damit aktuell grundlegenden Zweifeln ausgesetzt – ohne dass indes eine

klare Alternative erkennbar wäre. Die Ursachen sind zweifellos komplex. Das Projekt nimmt zwei zentrale Kausalfaktoren in den Blick:

- Die demokratische Entscheidungsfindung ist, erstens, beeinträchtigt durch zunehmend sich selbst als Regelfall gerierende, die eigentlich normalen Strukturen und Verfahren in Frage stellende Krisenreaktionsmechanismen.
- Der demokratische Prozess leidet, zweitens, darunter, dass der mit ihm wesensimmanent verbundene Konflikt nicht als produktiv und funktional notwendig verstanden wird. Als Ideal gelten „richtige“ Lösungen. Wo jedoch dem Pluralismus denkbarer Lösungsansätze eine idealisierte Einheit und ein hierauf bezogenes, materielles Gemeinwohlkonzept gegenübergestellt wird, Alternativen also – explizit oder implizit – ausgeschlossen werden (sog. TINA-Prinzip), sind (binnen- und außen-)pluralistische Modelle nicht nur überflüssig, sondern potentiell hochriskant.

Beide Entwicklungsstränge sind eng bezogen auf das Recht als das zentrale Ergebnis des demokratischen Entscheidungsprozesses. Beide verbindet damit eine besondere, wenn auch gegenläufige Einwirkung auf die demokratischen Gestaltungsoptionen: Während die



Professor Dr. Steffen Augsberg war von Oktober 2019 bis September 2020 Alfred Krupp Senior Fellow. Er ist Professor für Öffentliches Recht an der Justus-Liebig-Universität Gießen und Mitglied des deutschen Ethikrats.

Professor Dr. Steffen Augsberg ist seit 2013 Professor für Öffentliches Recht an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Zuvor war er nach dem Studium in Trier und München, der Promotion in Heidelberg, dem Referendariat in Lübeck und der Habilitation in Köln zunächst Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbes. Recht des

Gesundheitswesens, an der Universität des Saarlandes. Seit 2016 (Wiederwahl 2020) ist er zudem Mitglied des Deutschen Ethikrates. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Verfassungs- und Verwaltungsrecht (insbes. Finanzmarkt- und Gesundheitsrecht) sowie in Rechtstheorie und -ethik.

### Kurzvita

#### » Gestaltungsgrenzen der Demokratie

Das Projekt geht der Frage nach, wie sich demokratische Gestaltungsoptionen in außergewöhnlichen, krisenhaft zugespitzten Konstellationen verändern. Hierzu werden zentrale Ursachen der kurrenten Kritik an demokratischen Entscheidungsmechanismen identifiziert und Optionen benannt, ihr entgegenzusteuern. Besondere Aufmerksamkeit erhalten zwei in den vergangenen Jahren immer wieder zu beobachtende Phänomene: Erstens die Tendenz, in Situationen außerordentlicher Gefährdungen oder Belastungen („Krisen“) Ausnahmeregelungen zu erlassen, die nicht nur punktuell und anlassbezogen die sonst geltenden formalen wie inhaltlichen Vorgaben

in Frage stellen, sondern zumal über den konkreten Anlass hinausgehende, normalisierende Regelungsmacht entfalten (sollen). Zweitens die unterschiedlich motivierte und begründete, aber in der Zielrichtung weitgehend übereinstimmende Kritik an der pluralen und insbesondere konflikthafte demokratischen Entscheidungsfindung („Parteiengezänk“). Über die ursprüngliche Konzentration auf außerrechtliche Begrenzungen hinausgehend wurde im Kontext der Covid-19-Pandemie ferner das überaus kontrovers diskutierte Problem in den Untersuchungsfokus miteinbezogen, welche Grenzen der legislativen Gestaltungsmacht durch das Grundgesetz selbst gezogen sind.

### Fellow-Projekt

Krisen-, Notstands- und Ausnahmezustandshetorik v.a. dazu dient, sonst gültige normative Standards situationsbezogen aus dem Weg zu räumen, und damit andernfalls nicht offenstehende (oder sogar explizit verbotene) Lösungen erschließt, verengt die Einheits- und Wahrheitssehnsucht den Handlungskorridor. Der grenzüberschreitenden steht somit eine grenzsetzende Wirkung gegenüber. Beide bedeuten aber im Ergebnis eine spezifische Verfälschung des Rechtsetzungsprozesses: Während auf der einen Seite dessen Orientierung an höherrangigem Recht dispensiert wird, wird auf der anderen Seite seine Ergebnisoffenheit bestritten oder doch signifikant beschränkt.

---

*Bedeutung erlangt damit auch die übergreifende Frage, wie im und durch Recht Wirklichkeit beeinflusst und konstruiert wird, und ob und wie das Recht selbst auf seine entsprechende Rolle reagiert.*

---

Im Sinne dieses Untersuchungsprogramms wurden zunächst die gerade in jüngerer Vergangenheit klar erkennbaren Tendenzen, bereits die Normsetzung auf die Regelung ganz unwahrscheinlicher oder sonst exzeptioneller Szenarien auszurichten und damit für letztere ein sonst gültige Standards derogierendes „Sonderrecht“ zu schaffen, an Beispielen belegt und näher untersucht. In der vergleichenden Analyse zeigen sich dabei spezifische Übereinstimmungen: Aufgrund der Besonderheit einer gegebenen Situation wird die Einhaltung elementarer Rechtsgrundsätze für inadäquat erachtet und daher im Einzelfall eine Derogation höchster Rechtswerte für nicht nur erlaubt, sondern im Sinne einer extern, nämlich faktisch, gekrotyierten Reaktionsnotwendigkeit sogar ge-

boten angesehen. Es geht nicht um die in einer konkreten aporetischen Entscheidungssituation individuell befürwortete Abweichung von den für die Normalsituation gedachten Vorgaben, sondern um die (legislative) Vorwegnahme eines entsprechenden Entscheidungsdilemmas, um die Normierung des Außergewöhnlichen, eigentlich Unnormierbaren. Funktional zielt dies auf die Abspannung einer anders nicht auszuhaltenden Paradoxie: Die Berufung auf den Ausnahme(zustands)charakter soll einerseits die Abweichung von sonst zwingend einzuhaltenden rechtsstaatlichen Standards legitimieren, andererseits aber deren prinzipielle, d.h. dann eben: auf Normalsituationen beschränkte, Gültigkeit unberührt lassen.

Ein solches Vorgehen verfehlt die verfassungsrechtliche Rationalität: Den Bruch der Rechtsordnung in ihrem Namen und in ihrem angeblichen Interesse zu vollziehen, verkennt die Bedeutung ihrer inneren Konsistenz und namentlich der Ausrichtung an normhierarchisch vorgeordneten, teilweise als unabänderlich garantierten Festlegungen. Jenseits der verfassungsrechtlichen Einordnung ist das Ausnahme(zustands)denken aber auch aus tiefergehenden rechtstheoretischen Überlegungen heraus abzulehnen: Es stellt den untauglichen Versuch dar, die Normalitätsbezogenheit des Normensystems zu überwinden. Es setzt voraus, dass die normative Erfassung den Ausnahmecharakter einerseits, aber auch die Rechtsordnung selbst andererseits unberührt läßt. Der Ausnahmezustand dient dabei als außerhalb der Rechtsordnung stehender Orientierungspunkt einer im Parallelmodus der Inklusion/Exklusion operierenden Argumentationsform: Durch die Inanspruchnahme der externen Legitimationsbasis soll der interne Normenverstoß hinnehmbar werden. Gleichzeitig wird aber angeblich nach innen der umfassende Geltungsanspruch nicht verletzt, weil die gegebene Verletzung durch die Ausnahmesituation erklärt und damit gewissermaßen unschädlich gemacht werden

kann. Die vorhandene normative Ordnung kann gleichwohl nicht völlig unverändert bestehen bleiben; sie soll durch die Konzeption des Ausnahmefalls unangetastet bleiben und sich doch – und zwar als Rechtsordnung – anpassen. Ermöglicht wird diese paradoxe Vorstellung durch das Hinzufügen einer selbst nicht als uneingeschränkt systemzugehörig deklarierten, gleichwohl nicht vollständig exkludierten, also noch kommunikationsfähigen Vorgehensweise. Letztlich liegt dem aber die durchaus widersprüchliche Vorstellung einer nur temporären Suspension der Rechtsordnung zugrunde.

---

*Wenn es für den Ausnahmezustand kennzeichnend ist, dass die auf die Normallage zugeschnittene Verfassungsordnung außer Kraft gesetzt werden muss, dann kann auch die Berufung auf ein präterkonstitutionelles Selbsterhaltungsrecht und vage prozedurale Anforderungen nicht die schlichte Tatsache der Nichtwiederherstellbarkeit der angeblich nur „suspendierten“ Rechtsordnung verdecken.*

---

Verfehlt wird zudem und zumal die Beziehung zur Normalität. Denn diese erscheint in dieser Perspektive zugleich als Voraussetzung wie als Ergebnis des Normativen; letzteres generiert damit zugleich stets erst selbst die Bedingungen seiner Anwendbarkeit. Das Recht schafft sich seinen Normalzustand selbst. Diese Normalisierungsmacht des Normativen umfasst auch die paradoxen Versuche der „Normierung des nicht Normierbaren“: Die normative Umsetzung der vollkommen außergewöhnlichen, „aus der Norm fallenden“ Extremsituation bedingt eine Standardisierung, die eigenständige Wirkung entfaltet und für die Zukunft auf

Beachtung drängt, mithin eine Normalisierung anstrebt. Damit wird aber eine unausweisliche Aporie offenbar: Die normative Erfassung des Ausnahmezustands übersetzt entweder diesen in die Normalität, oder sie erfasst ihn nicht. Ein zur Regel gewordener Ausnahmezustand bedroht deshalb nicht nur im konkreten Einsatzfall die konkreten Rechtsgüter. Er stellt auch das normalitätsorientierte Normensystem selbst grundlegend in Frage. Der Ausnahmezustand, der dieses Dilemma terminologisch bündelt, steht somit in beinahe kafkaesker Manier „vor dem Gesetz“. Der Ausnahmefall wird zum äußerlich-innerlichen Bezugspunkt der generellen Norm, die ihn ausschließt, damit aber zugleich sich an ihm erweist. Noch und gerade die Nichtanwendung bezeugt das Interdependenzverhältnis, weil sie nicht auf Nichtkenntnis oder Ignoranz, sondern auf bewusster, identitätsstiftender Exklusion beruht. Im Übrigen bestehen starke Vorbehalte gegenüber der zugrunde liegenden Vorstellung einer zumindest ex negativo zu bestimmenden, statischen Normalität, die zugleich externe Geltungsvoraussetzung wie Prüfstein der normativen Ordnung sein soll. Normalität ist, wie die sozialwissenschaftliche (Normalismus-)Forschung herausgearbeitet hat, nicht als eine statische Größe zu verstehen, sondern ist als allenfalls statistisch zu erfassende, mithin nicht nur an den Rändern ausfransende, sondern auch sich beständig weiterentwickelnde, dynamische soziale Realität aufzufassen. Sie lokalisiert sich und verändert sich in kürzer werdenden Zeitabständen. Gerade deshalb muss die strukturell erforderliche Normalitätsfixierung des Normativen (und jeder Normwissenschaft) keineswegs zur Selbstparalyse führen. Die Einsicht in die Dynamik der Normalität ermöglicht es, diese auch juristisch adäquat zu erfassen und in die normative Argumentation zu integrieren. Das Recht steht nicht hilflos vor der Dynamik der normalen Lebenswirklichkeiten. Es kann deren Instabilität zum Anlass nehmen, die eigene

Stabilisierungsleistung stärker zu würdigen. So verstanden, wird die Ausnahmesituation nicht zum externen Legitimationsmuster, sondern zum integrierten Stimulans einer Weiter- und Fortentwicklung des lernenden Systems.

---

*Im Zusammenhang der Coronakrise haben diese abstrakteren Überlegungen unvorhergesehene Aktualität und Praxisrelevanz erhalten.*

---

Das betrifft zum einen eine zu attestierende Indifferenz gegenüber verfassungsrechtlichen Vorgaben – insbesondere mit Blick auf staatsorganisationsrechtliche Kompetenzzuweisungen. Zum anderen haben sich im Kontext der Diskussion über die Regelungsbedürftigkeit sog. Triage-Entscheidungen konkrete Fragen hinsichtlich der demokratischen Entscheidungshoheit des Gesetzgebers ergeben. Den Ausgangspunkt lieferte hierfür die Beschäftigung mit der Problematik im Rahmen einer ersten Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates („Solidarität und Verantwortung in der Coronakrise“), an der ich federführend beteiligt war. Die Debatte wird im juristischen Schrifttum intensiv weitergeführt.

Der zweite Untersuchungsschwerpunkt teilt mit dem ersten die Grundannahme, dass der demokratische Rechtsstaat durch eine unmittelbare, also nicht durch die dafür vorgesehenen demokratischen (Rechtsetzungs-) Verfahren mediatisierte, Werteorientierung gefährdet ist. Es setzt dementsprechend an der Erkenntnis an, dass die spezifischen legitimatorischen wie funktionalen Vorzüge demokratischer Herrschaftsbegründung Pluralismus und eine damit verbundene offene, jedenfalls dem Grundansatz nach werterelativistische Haltung aller beteiligten Akteure voraussetzen.

Politische Gegensätze wirken produktiv (nur), wenn und solange sie nicht mit einem Exklusivitätsanspruch verbunden sind. Problematisch sind damit weiterhin dem Eigenverständnis nach un- bzw. überpolitische Wahrheits- und Richtigkeitsansprüche, die sich gerade nicht der (partei-)politischen Debatte unterworfen sehen („Expertokratie“). Das Projekt stellt diese moderne Demokratieskepsis in den Kontext einer länger zurückverfolgbaren, schlagwortartig als naturrechtlich zu bezeichnenden Wertesemantik. Erneut ist eine erstaunliche Aktualität zu erkennen: Autoritätssehnsucht und der Wunsch nach einfachen, überdauernden Lösungen sind in der Coronakrise vielfach zu beobachten; dabei ergeben sich klare Überschneidungen zwischen den beiden vorgenannten Analyseebenen: Die verfassungsnormativ vorgegebene Kompetenzordnung wird zugunsten individueller, durch wissenschaftliche Beratung in intransparenter Weise beeinflusster Entscheidungen verlassen. Auch insoweit konnten (Zwischen-)Ergebnisse des Projekts bereits in die praktische Politikberatung einfließen: Die oben genannte Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates legt großen Wert auf die Forderung, dass die schwierigen Entscheidungen, die durch die Pandemiesituation erforderlich werden, im Rahmen nachvollziehbarer politischer Verantwortung erfolgen.

Zu leisten bleibt es, die damit skizzierten Erkenntnisse in die Demokratietheorie und das normativ grob vorstrukturierte, aber nicht präzise modellierte Demokratiemodell des Grundgesetzes zu spiegeln. Gerade vor der Kontrastfolie der jüngeren Debatten über Identitätspolitik – die bekanntlich gekennzeichnet ist durch eine Pluralisierung, Ausdifferenzierung und Granularisierung des Identitätskonzepts – erhalten alternative Legitimationsverfahren Relevanz, die nicht länger (im klassischen Sinne) konsens- und identitäts-, sondern stärker dissens- und differenzorientiert operieren. In einem solchen „postidentitären“ Sinne kreist die Demokratie

nicht mehr um den Repräsentationsgedanken und seine Umsetzung im Wahlakt. Legitimationstheoretisch gilt die Aufmerksamkeit nicht primär der Rechtfertigung konkreter Machtpositionen, sondern dem funktionalen Mehrwert der prozesshaften Aufspaltung von Macht und der Frage, warum die Figur des Machtsubjekts grundsätzlich prekär bleiben muss. Vor dem Hintergrund der genannten Kritik beinhaltet das die Frage, ob es angesichts von deren (partieller und subkutaner) Fundierung in einer zumindest naturrechtsnahen Einheits- und Wahrheitssehnsucht nicht erforderlich ist, über einzelne Anpassungen des überkommenen Verständnishorizonts hinausgehend einen prinzipiellen

Die Tragik der Triage. Straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, Juristenzeitung 2020, 704–714 (zusammen mit Reinhard Merkel)

Recht auf Nicht-Recht. Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft, Weilerswist 2020 (Velbrück), hrsg. zusammen mit Ino Augsberg und Ludger Heidbrink); darin:

- Einleitung, S. 7–23 (zusammen mit Ino Augsberg und Ludger Heidbrink)
- Grenzverwischungen. Wie Recht und Ethik Verrechtlichung entgegenwirken, S. 143–153

Never settle for second best? Embryonenschutz zwischen rechtspolitischem Reformeifer und verfassungsnormativen Beharrungstendenzen, Zeitschrift für Medizinstrafrecht 6/2020, i.E.

Untergesetzliche Regelbildung im Recht der Organtransplantation, in: Friedhelm Hase (Hrsg.), Grundlagen und verfassungsrechtliche Rechtfertigung der untergesetzlichen Normgebung in der gesundheitlichen Versorgung, Baden-Baden 2021 (Nomos), i.V.

Paradigmenwechsel hin zu sehr viel deutlicher differenzorientierten Ansätzen vorzunehmen, um den beschriebenen Fehlvorstellungen von vornherein entgegenzuwirken. Es geht also nicht um die Frage, wie sich das gegebene Demokratieverständnis punktuell – etwa um direktdemokratische oder deliberative Elemente – erweitern lässt, sondern darum, dass schon diese Frage falsch gestellt sein könnte, weil sie die Grundproblematik eher verdeckt denn lösen hilft. Die hierfür in Greifswald entstandenen Vorarbeiten dienen als Grundlage für eine größere Tagung, die voraussichtlich im Herbst 2023 in Gießen stattfinden wird.

Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen, in: Tatjana Hörnle/Stefan Huster/Ralf Poscher (Hrsg.), Triage in Pandemiesituationen, Tübingen 2021 (Mohr Siebeck), i.V.

Normalität und Normativität. Wechselwirkungen in krisenhaften Konstellationen (Veröffentlichung i.V. [Verlagsvertrag unterzeichnet, Duncker & Humblot], Manuskript ca. 200 Seiten)

„Demokratische Verfassung“ bei Helmut Ridder (hrsg. zusammen mit Franz Reimer, (Veröffentlichung i.V. [Verlagsvertrag unterzeichnet, Nomos], Manuskript ca. 140 Seiten)

Am Kolleg  
entstandene  
Veröffentlichungen