

Mathias Schmoeckel (Hrsg.)

Herausforderung der Rechtsordnung durch die Pandemie



Nomos

Band 58

Schriften zum Notarrecht

**Herausgegeben von der
Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. (NotRV)**

Herausgeber-Beirat

Notar Dr. Andreas Albrecht,
Präsident der Landesnotarkammer Bayern

Prof. Dr. Walter Bayer,
Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit,
Forschungsstelle für Notarrecht der
Ludwig-Maximilians-Universität München

Notar Prof. Dr. Peter Limmer,
Institut für Notarrecht an der
Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. Dr. Joachim Münch,
Institut für Notarrecht der Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel,
Rheinisches Institut für Notarrecht der
Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Mathias Schmoeckel (Hrsg.)

Herausforderung der Rechtsordnung durch die Pandemie



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7267-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-1276-7 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Zur Einleitung: Die Herausforderung der Pandemie an die Rechtsordnung	7
<i>Mathias Schmoeckel</i>	
Ähnlichkeiten und Alteritäten – Ein Essay über Sinn und Unsinn des (rechts-)historischen Pandemievergleichs	19
<i>David von Mayenburg</i>	
Herausforderung der Rechtsordnung durch die Pandemie	31
<i>Günter Krings/Holger Greve</i>	
Europa der Pandemie – Der Ausnahmezustand im Vergleich	43
<i>Malte Becker</i>	
Die Not und das Gebot – Die Wirksamkeit der Schuldenbremse des Grundgesetzes in der COVID-19-Pandemie	61
<i>Alexander Kustermann</i>	
Auswirkungen der Pandemie auf die vorsorgende Rechtspflege durch die Notare Europas	75
<i>Peter Stelmaszczyk/Andreas Bernert</i>	
Die Pandemie als Modernisierungsschub für das Aktienrecht	95
<i>Jens Koch</i>	
Krisen als Motor der Rechtsentwicklung: Geschäftsgrundlage und Pandemie	107
<i>Gregor Thüsing</i>	
Staatshaftung in der Pandemie	127
<i>Foroud Shirvani</i>	

Inhalt

Dringlichkeit und Erfolgsaussicht – Kann das Transplantationsgesetz Vorbild für eine gerechte Zuteilung von Lebenschancen sein? <i>Torsten Verrel</i>	143
Zwischen Privat- und Berufssphäre: Haftungsfragen des Arbeitens im Home-Office <i>Stefan Greiner/Ansgar Kalle</i>	159
Auswirkungen der Pandemie auf das Zivilverfahrensrecht <i>Eberhard Schilken</i>	181
Datenschutz und Datensicherheit in Corona-Zeiten <i>Ulrich Kelber</i>	195
Autorenverzeichnis	211

Zur Einleitung: Die Herausforderung der Pandemie an die Rechtsordnung

Mathias Schmoeckel

I. Zum Thema

Von Epidemien heißt es, sie könnten grundlegende Ordnung umwerfen. Die alte These von Egon Friedell, Europa habe sich nach 1348 neu formiert,¹ wurde jüngst durch Volker Reinhardt bestätigt.² Für schwache Demokratien z.B. in Südamerika werden autokratische Umstürze erwartet.³ In Deutschland hat die Corona-Epidemie jedenfalls das Potential, unsere Rechtsordnung zu verändern oder ihre Leistungsfähigkeit zu überprüfen. Immerhin waren die meisten Akteure⁴ in Deutschland bereit, das Recht in den Zeiten der Krise zu beachten. Allerdings gab es auch deutliche Tabu-Brüche in Form umfassender Ausschlüsse von Grundrechten wie z.B.

- das Aussetzen kulturellen Lebens von über einem Jahr,
- Berufsverbote für Hotels und Restaurants für etwa ein halbes Jahr,
- der Einsatz von Bundeswehrsoldaten im Inland,
- das monatelange Verbot von Gottesdiensten,
- die zahlreichen Ausgangsverbote,
- oder Verbote der Nutzung von Wohneigentum an Zweitwohnsitzen.

Zumindest herzzerreißend war das Besuchs- und Kontaktverbot für Kranke und Sterbende, die sich nicht mehr von ihren Familien verabschieden und vielleicht auch nicht mehr ihren letzten Willen regeln konnten. Widersinnig waren viele Verbote von Sport, der doch eine Voraussetzung

1 Egon Friedell, Kulturgeschichte der Neuzeit. Die Krisis der europäischen Seele von der schwarzen Pest bis zum Weltkrieg. 3 Bände, 1. Aufl. München 1927–31.

2 Volker Reinhardt, Die Macht der Seuche. Wie die Große Pest die Welt veränderte, München 2020.

3 Werner J. Marti, Die Covid-19-Krise gefährdet die Demokratie in Lateinamerika – die USA und Europa sollten sich klar gegen autoritäre Tendenzen stellen, NZZ vom 5.7.2021.

4 Alexander Kissler, NZZ vom 26.6.2021 zu Winfried Kretschmanns Ruf nach weniger Verhältnismäßigkeit. Zu Recht wendet Kissler ein, dass der Rechtsstaat gerade in der Krise den notwendigen Halt gewährt.

für ein Leben in *corpore sano* ist. Umso weniger verständlich ist, wie wenig solche gesetzgeberischen Fehlschläge vor Gericht landeten bzw. dort bisher aufgehoben wurden. Dieses verhältnismäßige Schweigen der Justiz gab es jedoch auch außerhalb Deutschlands.

Immerhin scheinen die deutschen Fall- und Opferzahlen relativ geringer als in den meisten anderen westlichen Staaten.⁵ Wir alle haben 2020 neu gelernt, was juristisch nötig und möglich ist. Nun wird es Zeit für eine juristische Aufarbeitung ohne die Emotionen der unmittelbar Betroffenen, sondern mit Blick auf einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Gruppen der Gesellschaft und Interessen in der Hoffnung, in naher Zukunft unser freies Leben zurückzuerhalten.

In manchen Bezügen mag es zu früh sein, um über die Wirkungen der Corona-Gesetzgebung zu diskutieren, denn z.B. die angekündigte Insolvenzelle nach dem 30.4.2021 ist jedenfalls bislang kaum sichtbar. Das hybride Format unserer Tagung, die teils in Präsenz, teils über virtuelle Präsenz durchgeführt wird, zeigt jedenfalls, dass unsere Zeit noch nicht die „nach der Pandemie“ ist, allenfalls nach der dritten Welle noch in der Hoffnung, die vierte Welle möge spät und glimpflich ausfallen. Manche Probleme sind schon länger bekannt: Die schon 2006 beschlossene Ausstattung der Gesundheitsämter mit einem digitalen Programm wurde in Mecklenburg-Vorpommern erst im März 2021 umgesetzt;⁶ die Einheitlichkeit scheint noch immer zu fehlen. Nicht zu früh ist es jedenfalls für die Überlegung, ob die Maßnahmen von 2020 geeignet waren, als Folie für die Bewältigung künftiger Katastrophen zu dienen. Ich sehe die Veranstaltung daher als Chance, die juristischen Maßnahmen seit Frühjahr 2020 zu reflektieren und unter Umständen nach besseren Maßnahmen für die Zukunft zu suchen.

II. *homo hominus virus* – der Mensch als Superspreader?

Die kurze Skizze eines Gedankens soll die Bedeutung unserer Konferenz unterstreichen, bevor es *in medias res* geht. Es ist keine neue Einsicht, dass Katastrophen den Staat in seiner Entscheidungsmacht stärken. Schon in 1Mos 41 wird beschrieben, wie die Herausforderung der sieben fetten

5 Ariel Karlinsky/Dmitry Kobak, Tracking excess mortality across countries during the COVID-19 pandemic with the World Mortality Dataset, [<https://elifesciences.org/articles/69336>, zuletzt 3.8.2021].

6 S. den Beitrag von Ulrich Kelber in diesem Band, S. 197 ff.

und mageren Jahre nur mit Hilfe zentraler Bewirtschaftung gemeistert werden konnte. Richard Evans hat in seiner bedeutenden Studie „Death in Hamburg“⁷ gezeigt, dass gerade das liberale Hamburg anfällig für die Seuche war, wogegen das preußische Altona Todesfälle fast ganz ausschließen konnte, denn hier hatte man den Ausbau der Infrastruktur nicht der privaten Wirtschaft überlassen wollen. Die Pocken halfen der Etablierung der Medizinalpolizei⁸ und zum 20. Jahrhundert wurde die Seuchenbekämpfung zur Bewährungsprobe des Staates.⁹

Staatliche Bewirtschaftung schafft mehr Verwaltung und deren Missbrauch – wie bei den Corona-Beihilfen – lässt die Bürokratisierung weiter steigen.¹⁰ Die Verdoppelung der Beschäftigten in den Bundesbehörden seit 2005, allein im BKA um 60%, illustriert das, wobei die Wirkungen der Epidemie darin noch nicht abgebildet sind, zumal der Gesundheitsbereich um 14% reduziert wurde.¹¹ Die Bedeutung des Staats – zulasten nicht nur der Grundrechte, sondern auch der Europäischen Union mit der Schließung der Grenzen selbst im Schengen-Raum¹² – ist wieder deutlich geworden. Das hat eher strukturelle Gründe, so dass die Kritik am deutschen Untertanengeist an dieser Stelle wohl verfehlt ist¹³ und hier eher jene Disziplin beobachtet wird, die für eine funktionierende Gesellschaft erforderlich ist.

Im Gegenzug dazu hat sich in Deutschland meist der Residualbereich der Freiheit bewährt: Der viel gescholtene Föderalismus der Länder schuf Konkurrenz und half bei unterschiedlichen Ansätzen, das erfolgreichere Modell durchzusetzen. Hier wäre sogar noch mehr an unterschiedlichen Ansätzen möglich gewesen, wie z.B. das Tübinger Modell gezeigt hat. Frankreich hatte es dagegen mit seinem einheitlichen Ansatz viel schwerer, überzeugende Lösungen zu finden, nicht nur ortsangemessen. Es schränk-

7 Society and Politics in the Cholera Years, 1830-1910, Oxford 1987.

8 Wolfram Kerscher, Der preußische Weg zum Impfwang. Die Entwicklung der preußischen Pockenschutzgesetzgebung 1750-1873, (Rheinische Schriften zur Rechtsgeschichte, 15), Baden-Baden 2011.

9 Malte Thießen (Hg), Seuchen im langen 20. Jahrhundert, in: ders. (Hg.), Infiziertes Europa, (HZ Beihefte, 64), 7-28, 12.

10 Marc Felix Serrao, Deutschland erstickt an Bürokratie, NZZ vom 6.3.2021, S. 1 zu den Schwierigkeiten mit der Umsetzung der Priorisierung und den Berechtigungsscheinen für 6 Masken.

11 Simon Haas, Jonas Hermann, Charlotte Eckstein, Wuchernder Staat: Deutschlands Regierungsapparat wird grösser und grösser, NZZ 11.4.2021.

12 Carl C. Cornelius, Corona Compendium Nr. 1: Wie ein Virus die Welt dominiert, München 2020, 69.

13 Rainer Moritz, Kehrt der Untertanengeist zurück?, NZZ 14.5.2021, 7.

te die Freiheit damit noch deutlich stärker ein, teilweise mit absurden Zügen.¹⁴ Der Mangel an Masken zu Beginn der Pandemie machte die Menschen erfinderisch; binnen Tagen trugen alle selbstgeschneiderte Masken, bis dann die Zeit der reaktionsschnellen Unternehmer kam. Diesem Antrieb haben wir auch die schnelle rettende Erfindung der Impfstoffe zu verdanken; zum großen Erfolg der Biotechnologie gehört nicht nur die Geschichte von Biontech, sondern ebenso die Probleme bei CureVac. Hier bewährte sich die Marktwirtschaft, und dies umso deutlicher, je mehr sich die Schwächen der chinesischen und russischen Vakzine zeigen.

Der übertriebene Einsatz der Bürokratie erwies sich wieder einmal als deutsche Schwachstelle.¹⁵ Weniger die genaue, aber schwer nachprüfbare Regelung erlaubter Kundenzahlen pro Quadratmeter der Geschäfte, sondern die verstärkten Dokumentations- und Berichtspflichten ließen die Kosten der Verwaltung steigen, ohne dass Missbrauch damit verhindert wurde. Es handelt sich um kein spezifisches Problem der Epidemie, sondern ein typisches Phänomen unserer Zeit, für das längst Ideen entwickelt werden sollten.

Das eigentliche Problem jedoch betrifft die Argumentation mit dem Wert des menschlichen Lebens als Höchstgut der Verfassungsordnung¹⁶ oder gar als „absoluter Wert“. Kein Grundrecht gilt absolut, sondern muss mit anderen verglichen werden.¹⁷ Die Verabsolutierung eines Grundrechts führt zur Tyrannei dieses Werts, das gilt sogar für das Leben. Müssen wir alle Entscheidungen nach dieser Wertung treffen? Vor dem Lockdown der deutschen Gesellschaft war es schwierig, die Zahl möglicher Opfer zu bestimmen. Glücklicherweise fiel die Übersterblichkeit im Jahr 2020 geringer aus, als dies zunächst erwartet worden war. Erst zum Jahresende und leider bei der älteren Bevölkerung entstanden die Verluste, welche die Übersterblichkeit bewirkten. In keiner Weise entsprechen sie allerdings

14 Z.B. wenn die Ausgangssperre dazu führt, dass die Bevölkerung ihre Feste nur noch in überfüllten Wohnungen feiert, vgl. Alexander Oetker, ntv (<https://www.n-tv.de/22481984>) oder das Jogging zum nächsten Park verboten wird, weil es die erlaubte Entfernung zur Wohnung übersteigt.

15 Serrao, Deutschland erstickt an seiner Bürokratie (s.o Fn. 6), z.B. die Regelung für Einzelhändler, die nur noch einen Kunden „pro angefangene 40 Quadratmeter Verkaufsfläche nach vorheriger Terminbuchung für einen fest begrenzten Zeitraum mit Dokumentation für die Kontaktnachverfolgung“ empfangen dürfen.

16 BVerfG 49, 24 (2 BvR 1013, 1019, 1034/77) vom 1.8.1978, Rn. 107.

17 Für eine Relativierung dieses Grundrechts bereits Ottfried Höffe, Ist das Recht auf Leben ein Trumpf, der alles sticht? Auch dann, wenn er die Würde des Menschen tangiert? Ein paar Fragen zur Corona-Krise, NZZ vom 7.5.2021.

den Verlusten der schon genannten großen Epidemien oder der Spanischen Grippe nach dem Ersten Weltkrieg.¹⁸

Trotz der allgemeinen – jedenfalls Chance auf – Vakzination scheint sich die Problemeinschätzung kaum zu verändern. Ein WDR-Kommentar wies Anfang Juli auf die Gefahr neuer Corona-Varianten hin, die zu einer neuen Welle führen würden. Da selbst Geimpfte wieder krank werden, selbst bei leichten Verläufen „Long-Covid“ entwickeln und Ungeimpfte anstecken können, sei eine anhaltende Einschränkung des öffentlichen Lebens angemessen. Gemeint war damit der weitgehende Verzicht auf Präsenz-Veranstaltungen und Ausschluss des kulturellen Lebens. Viele Experten und Politiker äußerten sich ähnlich. Es ist nicht nur die Rückkehr von Theater und Konzertbesuchen, die nachhaltige Behinderung des Unterrichts in Schule und Universität und vieles andere mehr, die so auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben werden. Dabei haben wir noch nicht einmal angefangen zu begreifen, wie stark der Lockdown Schüler, Studenten, Künstler und viele andere belastet und verändert hat und wieviel wir gesamtgesellschaftlich dadurch unwiederbringlich verloren haben, etwa die verlorenen Chancen der Künstler, die sich anderen Berufen zugewandt haben, die unzureichende Ausbildung aller Bereiche, der Verlust an Inspiration und Motivation durch den unmittelbaren Kontakt für jeden u.s.w.

Es ist jedoch vor allem die neue Ängstlichkeit im Umgang mit Risiken, die unsere Gesellschaft nachhaltig verändert. Was bleibt von Freiheit übrig, wenn der Staat jedes Risiko für das menschliche Leben verhindern muss? Das betrifft nicht die Frage geeigneter Maßnahmen oder verhältnismäßiger Beschränkungen der Grundrechte. Die verabsolutierte Argumentation mit dem Schutz des Lebens scheint den Staat zu anhaltender Repression zu zwingen, Freiheiten auszusetzen. Konsequenter müssten der Straßenverkehr und jede gefährliche Sportart verboten werden. Dabei wird neuerdings vor allem der Umstand ignoriert, dass es noch immer die Entscheidungen der Menschen sein sollten, ob und inwieweit sie ihr Leben für andere Werte riskieren wollen, ob es nun ein Fallschirm-Sprung, die Teilnahme an einem legalen Autorennen, das Rauchen oder der Konsum von Alkohol oder anderen Drogen ist. In gleicher Weise entscheidet jeder selbst, ob er wieder an öffentlichen Ereignissen teilnehmen will. Nicht die UEFA hat Menschenleben vernichtet durch den Besuch der Stadien, falls Menschen wirklich durch Ansteckung in den Stadien sterben sollten;

18 Zur schwierigen Auswertung der Daten vgl. das Statistische Bundesamt in <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Sterbefaelle-Lebenserwartung/sterbefallzahlen.html>, zuletzt 15.7.2021.

denn ursächlich sind dafür noch immer die Menschen selbst, welche die Veranstaltungen unbedingt erleben wollten. Es war ihr gutes Recht, so über ihr Leben zu entscheiden. Das Bild aus dem Film „Matrix“, in dem die Menschen real in abgeschlossenen Plastikbeuteln existieren und nur virtuell kommunizieren, scheint zum Ideal zu werden. Doch wir haben das Recht, uns gegen den Verbleib des Leibes in dem geschützten Plastiksack mit bloß virtuellem Leben zu entscheiden.

Haben wir vorher aufgrund von Gewöhnung die jährlichen Toten der Grippe in Kauf genommen ebenso wie die Zahl der Toten des Straßenverkehrs, scheint jetzt die Logik des Lebensschutzes dazu zu zwingen, solche Gefahren allgemein präventiv auszuschließen. Etwas flapsig formulierte Christoph Prantner in der NZZ: „Zu Tode geschützt ist auch gestorben“.¹⁹ Zur Verteidigung der Freiheit ist die Akzeptanz von Risiken unerlässlich. Für soziale Wesen kann die Interaktion nicht nur virtuell gestaltet werden. Gerade in der Universität sehen wir täglich, wie sehr die Idee der Universität und der Wissenschaft ohne den persönlichen Kontakt verraten wird, weil dies mehr als die Vermittlung von Fakten verlangt. Wir müssen entscheiden, wie sehr wir zur Verteidigung unserer Freiheit und unserer Weiterentwicklung in allen Bereichen Risiken in Kauf zu nehmen gewillt sind.

Trotz der langen Geschichte des Naturrechts wurden die neuen Argumente noch nie so stark aus der Natur des Menschen gezogen wie heute, nämlich Biologie, Virologie, Epidemiologie u.s.w. Die Angst vor der Natur des Menschen war selten so groß, abgesehen von Thomas Hobbes, weil die Ansteckungskraft nicht gemessen und relativiert, sondern verabsolutiert wird. Vielleicht ist der Mensch dem anderen kein Wolf und wir brauchen nicht mehr über seinen Willen zu diskutieren, anderen zu schaden; doch ohne Zweifel ist er ein potentiell ansteckender und Tod-bringender Viren-träger.

Also gilt nicht *homo homini lupus*, sondern *homo homini virus*.

Der politische Effekt entspricht Hobbes Staatslehre.²⁰ Er wollte die Religionsausübung so stark in den privaten Raum verlegen, bis nichts mehr nach außen drang. Heute wird nicht mehr befürchtet, dass in der Masse der Öffentlichkeit Gewalttaten entstehen. Doch die nicht konkret auf die Gefährlichkeit bestimmte, sondern allgemein definierte Ansteckungs-

19 Christoph Prantner, Deutschland im Dauer-Lockdown: Zu Tode geschützt ist auch gestorben, NZZ vom 01.03.2021.

20 Thomas Hobbes, *De cive*, in: ders., *Vom Menschen- vom Bürger*, Hamburg 1959, 59.

gefahr wie im Infektionsschutzgesetz impliziert abstrakt viel mehr Tote als durch Gewalt. Im Ergebnis führt beides dazu, dass Ansammlungen von Menschen egal welchen Zwecks verhindert werden müssen.

Wir kommen so in eine Logik, die dem Staat, nicht mehr dem Individuum, die Verantwortung für das Leben zuweist. Das ist dann aber nichts anderes als das Ende eines selbstgestalteten Lebens, auf das unsere Gesellschaft bisher stolz war. Dabei geht es nicht um die Verteidigung gefährlicher Hobbies oder Events. Die Logik der technischen Verbesserung bis zum Ausschluss des Risikos oder eines Verbots erkennt, dass wir uns so weiterbilden. Irrtümer ebenso wie Verletzung helfen uns, uns zu verbessern. Herausforderungen müssen mitunter gemeistert werden, um leben zu können. Wenn man das Gehen lernen will, gehört das Straucheln dazu; Ähnliches gilt für die Sportarten, den Umgang mit neuen Techniken oder Technologien sowie alles andere. Eben weil wir durch *trial and error* lernen und dabei etwas von uns riskieren, lernen wir.

Schon Kant befand daher, dass die Berufung auf Risiken nicht dazu führen dürfe, dem Mensch Freiheiten zu nehmen. „Statt zu lernen und sich weiterzuentwickeln wird der Mensch dadurch daran gewöhnt, sich an äußere Vorgaben zu halten. Denn nichts kann Schädlicheres und eines Philosophen Unwürdigeres gefunden werden als die pöbelhafte Berufung auf die vorgeblich widerstreitende Erfahrung“.²¹ Egal wie groß die Gefahr der Empirie nach sei, dürfe man die Freiheit nicht nehmen, weil sie in ihrer Bedeutung für das Individuum und die Gesellschaft größer sei.

Gegen Hobbes führte bereits John Locke an, dass der völlige Schutz die Freiheit zur Selbstverwirklichung nimmt. Wie kann man als Mensch zeigen, wer man ist, wenn alles diktiert wird? Auf welche Weise kann man sich selbst verwirklichen? Der Staat ist ferner nach Locke nur dazu da, die Sicherheit zu gewährleisten, welche für das private und öffentliche Leben erforderlich ist.²²

Mit anderen Worten werden wir lernen müssen, Gefahren mit in unser Leben einzukalkulieren. Es war aufgrund der Gewöhnung bisher einfach, die jährlichen Grippe- und Straßentoten hinzunehmen, obwohl beide Gefahren durchaus und erheblich reduziert werden können. Wir werden die Risiken der Pandemie und künftiger Bedrohungen vorab einschätzen und

21 Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft, (Werke Band 2), Darmstadt 1983, 324.

22 John Locke, An Essay on Toleration, in: ders., Political Essays, ed. M. Goldie, (Cambridge Texts in the History of Political Thought), Cambridge 1997, 135.

darüber entscheiden müssen, inwieweit wir reagieren oder zur Verteidigung unseres Lebens Einschränkungen der Freiheit hinnehmen müssen.²³

Als Juristen müssen wir einsehen, dass das Argument des Lebens als Höchstwert zu einem Ausschluss der Freiheit aus unserer Gesellschaft führen, tendenziell also diktatorische Züge annehmen kann.²⁴ Es trägt das Risiko einer vollkommenen Umformung unserer Gesellschaft in sich.

Schon öfter und in vielen Bereichen wurde die Entwicklung des Staates zur großen Amme beobachtet bzw. zum „quasitotalen Allomutterstaat des 20. Jahrhunderts“.²⁵ Besonders deutlich wird die Bevormundung in wirtschaftsnahen Bereichen. Hier hat das allerdings durchaus methodische Gründe. Im Kontext der Wirtschaft können wir Verantwortungen schaffen, die im Sinne von Richard Thalers „Nudging“²⁶ die Marktteilnehmer in die richtige Richtung schubsen sollen. Verbraucherschutzgesetze können versuchen, die Dummheiten von sorglosen oder vielleicht sogar überforderten Verbrauchern zu kompensieren, indem Unternehmen Pflichten und Risiken übertragen werden. Doch dieser Eingriff in den Markt hebt weder den Vertrag noch die freiwillige Teilnahme an der Wirtschaft auf; der Markt wird reguliert, doch die Freiheit der Marktteilnehmer wird dadurch nicht aufgehoben.

Die Corona-Krise verdeutlicht letztlich auch eine Konkurrenz der Systeme. Es scheint, dass China nicht nur schneller, sondern dank seiner stark einschneidenden Maßnahmen die Epidemie auch wirksamer bekämpfen konnte. Wenn also die Freiheiten und das kulturelle Leben ohnehin nicht wiederkehren, erscheinen die Maßnahmen in China nicht nur wirksamer, sondern auch angemessener zu sein. Das chinesische Regime scheint dem Neo-Hobbesianismus deutlich besser zu entsprechen. Es verspricht das Leben zu schützen, wofür Eingriffe in das private Leben jeder Art gerechtfertigt sind: Egal wie viele betroffen werden, welche Kosten mit den Maßnahmen verbunden sind, wie stark die Wirtschaft beeinträchtigt wird: der

23 Dies lehrt schon seit langem Ulrich Beck, *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1. Aufl. Frankfurt a.M. 1986.

24 Zum problematischen Argument der Lebensgefahr bereits Matthias Herdegen, *The Corona Crisis: Challenges for the Socio-Cultural Underpinnings of Constitutional and EU Law*, in: W Gephart (Hg.), *In the Realm of Corona Normativities. A Momentary Snapshot of a Dynamic Discourse*, (Recht als Kultur, 23), Frankfurt a.M. 2020, 169-178.

25 Peter Sloterdijk, *Sphären*, Band 3: *Schäume*, Frankfurt a.M. 2004, 803f.

26 Richard Thaler/Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven 2008.

Staat rechtfertigt seine Macht mit dem Schutz des Lebens seiner Untertanen.

Wenn dies nicht der Weg der europäischen Staaten ist, müssen wir uns wieder auf das besinnen, was wir in den letzten zwei Jahren verloren haben. Dazu gehört in einem ersten Schritt die Anamnese der Veränderung unserer Rechtsordnung. Dem widmete sich die Tagung vom 15.7.2021 in Bonn, aus welcher der vorliegende Band hervorgeht.

III. Gliederung und Dank

Die Veranstaltung wurde ausgehend vom Rheinischen Institut für Notarrecht organisiert, das der Zusammenarbeit von Wissenschaft und Praxis gewidmet ist. So freue ich mich, dass wir Herrn Dr. Peter Stelmaszczyk aus Brüssel als Vertreter des Notariats gewinnen konnten. Zugleich konnte die Veranstaltung in Kooperation mit dem „Bonner Juristischen Forum“, dem Verein Bonner Juristen, durchgeführt werden. Dessen Aufgabe einer Zusammenarbeit von Wissenschaft und Praxis ist nicht nur in dieser mit juristischen Behörden besonders reich ausgestatteten Stadt eine Chance, sondern auch ein allgemeines Postulat.

Es war eine Ehre, dass der Parlamentarische Staatssekretär beim Bundesminister des Innern, für Bau und Heimat, Herr Kollege Dr. Günter Krings, den ersten Vortrag hielt. Ich bin stolz auf meine Kollegen, die so zahlreich mitwirkten und den Reichtum der Rechtswissenschaft abbilden. Ich danke besonders unserem Fachbereichs-Vorsitzenden, Herrn Prof. Dr. Gregor Thüsing, für die Unterstützung der Organisation unserer Tagung, ebenso Herrn Prof. Ulrich Kelber, Beauftragter des Bundes für Datenschutz, für die Bereitstellung seines Beitrags.

Vorab soll kurz der Ablauf der Tagung skizziert werden. Sie zerfällt in zwei Blöcke: Nach den Beiträgen mit ersten Überblicken aus verschiedenen Perspektiven folgen die Ausführungen zu verschiedenen Fächern der Jurisprudenz und der Weise, wie die Epidemie in ihre Lehren eingegriffen hat.

- Günter Krings gewährt einen Überblick – quasi aus der Berliner Perspektive – zu Reaktionsmöglichkeiten des parlamentarischen Bundesgesetzgebers.
- Der Beauftragte der Bundesregierung für den Datenschutz, Ulrich Kelber, steuert einen Überblick über die Entwicklung der Krise aus der Perspektive des Datenschutzes bei.

- David von Mayenburg referiert über den ursprünglichen Zusammenhang von Gesundheitsbehörden und Staatsbildung aus kanonistischer Sicht.
- Aus jüngerer rechtshistorischer Sicht greift Malte Becker die Frage des Ausnahmezustands auf, die auch Gegenstand seiner Dissertation war.²⁷ Dank Carl Schmitt, den Erfahrungen mit den Notverordnungen der Weimarer Reichsverfassung und den Streit um die Notstandsgesetze der 1968 reagiert man auf das Thema in Deutschland traditionell mit Misstrauen. Tatsächlich werden in diesem Thema verschiedene Fragen und Tradition miteinander vermengt.
- Mit erstaunlicher Hartnäckigkeit verlangen bestimmte Teile der Gesellschaft mehr Staatsschulden. Die Herkunft dieser Ideen entwickelte Alexander Kustermann in seiner Dissertation.²⁸ Es ist das finanzielle Gegenstück des schützenden Staates. Schon Sloterdijk sprach bereits von der „kleptokratischen Tendenz der großen Allomutter“, welche ihre Bürger wie Kinder behandelt. Vor diesem Hintergrund behandelt er das Thema der Schuldenbremse.
- Peter Stelmaszczyk untersucht die Auswirkungen der Epidemie auf die notarielle Tätigkeit.
- Jens Koch zeigt, wie auch der Entscheidungsfindungsprozess von Aktiengesellschaften in ihren Hauptverhandlungen von dem digitalen Format eventuell profitieren kann.
- Gregor Thüsing geht dem Zusammenhang der Geschäftsgrundlagen mit der Pandemie nach.
- Foroud Shirvani referiert danach zur Frage der Staatshaftung im Lichte der Pandemie.
- Torsten Verrel trägt über das Transplantationsgesetz und die Zuteilung von Lebenschancen vor.
- Zum Arbeitsrecht untersucht Stefan Greiner zusammen mit Ansgar Kalle die Frage zur Haftung im Homeoffice.
- Eberhard Schilken schließt den Reigen mit einem Beitrag zu den Auswirkungen der Pandemie auf das Zivilverfahrensrecht.

Danken möchte ich vor allem Frau Helena Falke, die unsere Tagung umsichtig vorbereitete, souverän am Computer das hybride Format der

27 Malte Becker, Notverordnung und Decreto-Legge. Der Ausnahmezustand in den Verfassungstraditionen Deutschlands und Italiens, (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, 114), Diss.jur Bonn 2019, Tübingen 2020.

28 Alexander Kustermann, Konjunktursteuerung durch „Deficit Spending“? (Rechtsordnung und Wirtschaftsgeschichte, 22), Diss.jur Bonn 2019, Tübingen 2020.

Veranstaltung organisierte und sicher den Prozess der Publikation leitete. Danken möchte ich auch den Mitarbeitern des Rheinischen Instituts für Notarrecht, insbesondere Thomas Dirksen, Fine Dortmann, Konstantin Musolf, Jonas Neuhoff und Michael Romanov, die an vielen Stellen im Hintergrund tatkräftig unterstützt haben. Der Nomos-Verlag setzte unsere Vorgabe kompetent und zügig bei der Drucklegung um.

Ich bin daher sehr froh, dass wir so viele Spezialisten von nah und fern für einen Vortrag gewinnen konnten. Sicherlich gibt es noch weitere Rechtsfragen, die dringend aufgearbeitet werden müssen, wie etwa die Wiedereinräumung der Grundrechte.

Trotz unserer reichen Rechtswissenschaft wird in Deutschland allgemein zu wenig konkret an möglichen Verbesserungen des Rechts gearbeitet. Die lang bekannten Defizite unserer Rechtsordnung sollten weniger geduldet und verspottet als korrigiert werden. Dies würde helfen, die Leistungsfähigkeit und die Akzeptanz des Rechts in der Gesellschaft zu verbessern. Um konkreter an unserer Rechtsordnung zu arbeiten, benötigen wir eine Organisation, welche Anregungen aus der Öffentlichkeit aufnimmt, die Chancen der Wissenschaft auf konkrete Ziele leitet und mit den Erfahrungen der Praxis verbindet. Ich hoffe, dass diese Zusammenarbeit für unsere konkrete Fragestellung hilfreich sein wird und auch als Muster für weitere solcher Veranstaltungen in Bonn dienen kann. Die Unterstützung durch Universität und Politik kann dabei sehr helfen.

Ähnlichkeiten und Alteritäten – Ein Essay über Sinn und Unsinn des (rechts-)historischen Pandemievergleichs¹

David von Mayenburg

I. Ähnlichkeiten

Als zu Beginn des Jahres 2020 das neuartige Virus SARS-CoV-2 Europa erreichte und Bilder aus italienischen Krankenhäusern die Schrecken der von diesem Virus ausgelöstten und im Volksmund bald als „Corona“ bezeichneten Krankheit aufzeigten, wurden sehr schnell Parallelen zu historischen Vorbildern gezogen. Wer die Wortfolge „Pest und Corona“ bei Google eingibt, erhält auf Anhieb 11.600 Möglichkeiten, sich über die Gemeinsamkeiten der beiden Krankheiten zu informieren.² Zahllose Berichte in Boulevardzeitungen,³ aber auch in seriöseren Tagesmedien⁴ verweisen

1 Dieser Text entspricht nicht dem mündlichen Vortrag auf der diesem Band zugrundeliegenden Tagung vom 15.7.2021. Eine ausformulierte Fassung des dort gehaltenen Referats wird demnächst veröffentlicht in: Anette Baumann (Hrsg.), Juristen als Experten: Untersuchungen zu Wissensbeständen und Diskursen der Juristen im 16. und 17. Jahrhundert (erscheint 2022). Der vorliegende Text ist als Essay bewusst nur sparsam mit Fußnoten ausgestattet. Für die Details – insbesondere zu der umfangreichen Pestforschung – wäre der o.g. Text zu konsultieren.

2 Google-Suche „Pest und Corona“ am 20.8.2021.

3 Hierzu statt vieler nur ein Beispiel in eigener Sache: Ein Beitrag des Verf. dieses Essays im Frankfurter Universitätsmagazin „Frankfurt forscht“ ([<https://aktuelle.s.uni-frankfurt.de/forschung/forschung-frankfurt-wer-besiegt-den-schwarzen-tod/>], aufgerufen am 23.8.2021) wurde von der BILD-Zeitung zum Anlass für einen Artikel genommen, der unter dem reißerischen Titel „Vor 500 Jahren drohte Querdenkern die Todesstrafe“ veröffentlicht wurde: [<https://www.bild.de/bild-plus/regional/frankfurt/frankfurt-aktuell/pandemie-bekaempfung-frueher-frueher-droht-e-querdenkern-die-todesstrafe-77218582.bild.html>], aufgerufen am 23.8.2021).

4 Eine Auswahl: Stefanie Grossmann: Pest, Spanische Grippe, Corona: Seuchen und ihre Bekämpfung (11.1.2021): [<https://www.ndr.de/geschichte/chronologie/Pest-Spanische-Grippe-Corona-Seuchen-und-ihre-Bekaempfung,seuchenbekaempfung100.html>]; Ehrhart Körting: Erst wird die Seuche unterschätzt, dann eskaliert die Gewalt. Parallelen zwischen Pest und Corona-Epidemie (15.5.2020): [<https://www.tagesspiegel.de/themen/reportage/parallelen-zwischen-pest-und-corona-epidemie-erst-wird-die-seuche-unterschuetzt-dann-eskaliert-die-gewalt/25827440.html>]; Siebo Heinen:

auf ein großes Interesse an Vergleichen dieser Art. Außerdem wurden in den letzten Monaten inzwischen auch vermehrt aktuelle Beiträge zu diesem Thema aus der Feder von Vertreterinnen und Vertretern der Medizingeschichte und anderen historischen Teildisziplinen publiziert.⁵ Bereits im ersten Jahr der Pandemie erschien unter dem Titel „Pest und Corona“ ein breitenwirksam geschriebenes Buch der renommierten Medizinhistoriker Heiner Fangerau und Alfons Labisch.⁶ Auch wenn in seriöseren Publikationen immer auch die Unterschiede zwischen Corona und der Pest und anderen historischen Pandemien hervorgehoben werden, dominiert dabei aber stets die Suche nach Gemeinsamkeiten.⁷

Auch ich als Rechtshistoriker habe mich bereits kurz nach Beginn der ersten Corona-Maßnahmen gefragt, welchen sinnvollen Beitrag die Rechtsgeschichte in der Krise leisten kann und habe mich dabei, fast automatisch, auf die seit 1347 nach Europa zurückgekehrte Pest und deren Verarbeitung durch die juristischen Zeitgenossen konzentriert.⁸ Man muss nicht lange suchen, um auf Quellen zu stoßen, die in teilweise frappierender Art und Weise einen Vergleich zwischen der Pest der Vormoderne und der aktuellen Corona-Krise nahelegen. Ausgewählt seien hier nur drei Beispiele:

1. Im Jahr 1584 veröffentlichte der Bremer Stadtarzt und durch seine medizinische wie theologische und juristische Ausbildung zweifellos als Universalgelehrter zu bezeichnende Johannes Ewich (1525-1588) eine um-

Masken, Verbote und wilde Theorien: Wo Pest und Corona Parallelen haben (6.4.2020) [<https://www.geo.de/wissen/gesundheits/22839-rtkl-seuchen-masken-verbote-und-wilde-theorien-wo-pest-und-corona-parallelen>]; Ralph Bollmann: „Nach der Seuche herrschte Zorn“. Pest und Corona. (Interview mit Volker Reinhardt vom 19.4.2021): [<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/historiker-ueber-die-pest-und-corona-abrechnung-mit-der-regierung-17284877.html>], alle aufgerufen am 24.8.2021.

5 Bereits vor Corona finden sich ähnliche Vergleiche, zum Beispiel im Kontext von Ebola: Jan Keupp / Katharina Wolff: Ebola und die Lehren der Pest. Politik im Schatten der Seuche. Oktober 2014: [https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/religion_und_politik/aktuelles/2014/10_2014/ansichtssache_ebola_und_die_1_ehren_der_pest.pdf], aufgerufen am 22.8.2021.

6 Heiner Fangerau/Alfons Labisch: Pest und Corona. Pandemien in Geschichte, Gegenwart und Zukunft. Freiburg/Br. 2020.

7 Martin Dinges: Corona ist doch nicht die Pest! In: Uro-News 24/6 (2020), S. 12–13 (doi: 10.1007/s00092-020-4137-2).

8 Erste Ergebnisse für ein allgemeineres Publikum wurden publiziert in: David von Mayenburg: Wer besiegt den Schwarzen Tod? In: Forschung Frankfurt, Heft 1 (2021), S. 16-21, auch online: [<https://www.forschung-frankfurt.uni-frankfurt.de/103050481.pdf>], abgerufen am 24.8.2021. Zwei Fachaufsätze sind in Vorbereitung (darunter der in Fn. 1 genannte Beitrag).

fangreiche Schrift zur Pestprävention.⁹ Darin findet sich auch der folgende Absatz, der in der deutschen Übersetzung wie folgt lautet:

Den Einwohnern soll man befehlen, folgende Regeln zu beachten, nämlich alle öffentlichen Zusammenkünfte zu vermeiden, wie Hochzeiten, Theateraufführungen, Chöre, öffentliche Bäder, belebte Märkte, aufwendige Leichenfeiern. Kirchliche Zusammenkünfte dürfen allerdings stattfinden, wenn sie auf verschiedene Orte verteilt werden und die Menschen nicht eng beieinander speisen und gedrängt sitzen. Belebte Schulen sollen an geeignete Orte mit Belüftung verlegt werden. Weniger belebte Schulen und Grundschulen sind so lange zu schließen, bis die Krankheit aufhört zu wüten.¹⁰

Vergleiche zu den Lockdown-Regeln der ersten Corona-Wellen drängen sich regelrecht auf und man ist verblüfft zu lesen, dass bereits im 16. Jahrhundert nicht nur die Beschränkung regelmäßig stark frequentierter Lebensbereiche (Hochzeiten, Chöre, Begräbnisse) vorgesehen war, sondern auch differenziertere Vorschriften für die besonders sensiblen Lebensbereiche (Gottesdienste und Schulen) vorgeschlagen wurden. Auch Abstandhalten und Lüften hat man bereits damals als zweckmäßige Maßnahmen gegen die Ausbreitung der Seuche betrachtet.

2. Nicht nur auf der Ebene der Gesetz- und Verordnungsgebung drängen sich Vergleiche auf. Auch scheint der gesellschaftliche Diskurs entlang vergleichbarer Konfliktlinien verlaufen zu sein, wie das zweite Beispiel zeigt. Ein Pestaussbruch in der Nähe der fränkischen Universitätsstadt Altdorf führte 1606 zu einer Massenflucht der Studenten aus der Stadt.¹¹ Während Mitglieder der medizinischen Fakultät um Ernst Soner (1572-1612) vergeblich versuchten, das Leben ihres pestkranken Fakultäts-

9 Johannes Ewich: *De officio fidelis et prudentis magistratus tempore pestilentiae Rempub. à contagio praeservandi liberandique Libri duo*. Neustadt/W. 1582. Zu dieser und weiteren Pestschriften Ewichts: Klaus Schwarz: Stadtarzt Johannes Ewich als Verfasser von Pestschriften. In: *Bremisches Jahrbuch* 72 (1993), S. 98-116.

10 Johannes Ewich: *De officio* (wie Fn.9), S. 179f. (eigene Rohübersetzung). Im Original: *Inter ciues talem rationem obseruari iubebunt, vt vitentur omnes publici conuentus, velut nuptiae, spectacula, choreae, balnea, nundinae celebres, pompose sepulturae. Ecclesiastici vero coetus fieri possunt, si in diuersa loca distribuuntur, ne confertim coeant, & arctius considerant. Scholae frequentiores transferendae in locum & aerem opportuniorum: minus frequentes & pueriles tantisper claudendae sunt, dum defieret saeuire morbus.*

11 Einen, wenn auch nicht nach modernen historiographischen Maßstäben verfassten, Überblick über die Ereignisse in Altdorf vermittelt: Georg Andreas Will: *Ge-*