

Für eine deutsche Übersetzung bitte nach unten scrollen.

**MAGDALENA PÖSCHL**

## **TWO LESSONS FROM THE CORONAVIRUS CRISIS FOR THE LAW**

The corona pandemic is a merciless archaeologist of social systems: layer upon layer, it lays bare their structural problems and highlights their weak spots – the legal system too reveals its areas of weakness in the crisis.

The first structural problem lies in the fact that the legislation lacks due care. Firstly, legal regulations must be well-crafted pieces of legislation, i.e. clearly structured and formulated and free from contradiction, otherwise they will not be understood. Secondly, regulations must not conflict with superordinate laws – the regulations must therefore comply with the laws, and in turn the laws with the constitution; otherwise they risk being repealed by the Constitutional Court (*Verfassungsgerichtshof*). In Austria, responsibility for observing these standards traditionally falls to a unit within the Federal Chancellery, the Constitutional Service (*Verfassungsdienst*). It has at its disposal an excellent level of expert legislative knowledge, as well as the expertise necessary to assess the constitutionality of laws and regulations. Admittedly, the Constitutional Service also sets limits on politicians with its knowledge: adherence to superordinate laws limits politicians' scope for action and legislative quality demands that they take a clear position on conflicts of interest, since any indecisiveness will be reflected in the regulation – as an ambiguity or even a contradiction. It is not uncommon for those in power to attempt to avoid these standards, either by according the expertise of the Constitutional Service too little space and time, or by failing to obtain it in the first place. This temptation can loom especially large in times of crisis.

The reason for this lies firstly in the fact that the conditions under which decisions are taken during a crisis are very demanding, as currently demonstrated by the coronavirus crisis. Politicians must defend against substantial dangers to formidable legal interests, and do so namely through measures that represent a massive encroachment on fundamental rights. The antagonism between these affected interests was at first simplified as a conflict between life and the economy, with priority naturally going to life. However, it soon became clear that things were more complicated: strictly speaking, the immediate aim was not to save lives but rather to protect the health system from collapse. At the same time, this sacrificed not only economic interests but a diverse range of other interests, some even relating to health itself – as a result of restrictions on movement, mental health worsened and other illnesses received inadequate attention or were not diagnosed at all. How you offset even just these health risks, let alone all the other costs of lockdown, with protecting the health system remains an open question. Furthermore, this complex weighing-up of interests must be done by politicians on the shaky ground of uncertain facts, meaning that it is often unclear in advance whether the restrictive measures decided upon are actually necessary. Taken together, these conditions certainly make it particularly difficult to resolve conflicts of interests cleanly, to enshrine and account for what is politically desirable in law. Moreover, the crisis adds another typical factor: considerable time pressure. Without doubt, this also characterises the coronavirus crisis and has entered into a problematic alliance with the conditions that make decision-making difficult. Namely, time pressure is repeatedly being used during this crisis as an argument for drafting regulations without an adequate level of involvement by the Constitutional Service. Ignoring legislative and constitutional commitments in this way may seem like a relief at present. Yet it is precisely when regulations are intended to combat a crisis that revenge is soon taken.

This became very obvious with regard to the restrictions on movement enacted in mid-March. They were a key instrument in managing the crisis and yet for weeks it was unclear and contested even among specialists whether or not you were allowed out of doors without a specific reason and, for example, could visit family, or whether going outdoors was permitted only in order to stretch your legs. These kinds of ambiguities have very serious implications in particular with regard to crisis regulations, for a start because these regulations direct the daily behaviour of the entire population, meaning that they affect very many people within a very short space of time. At the same time, these regulations represent a massive infringement of fundamental rights and violations are threatened with penalties, meaning that the dividing line between permissible and prohibited must be crystal clear. This applies yet further when compliance with these regulations is made the responsibility of law enforcement agencies, of whom it cannot be expected that they smooth out clumsy regulations with artful interpretations. If massive and mass-impact measures to restrict freedoms are based on flawed legislation or are even unlawful, this not only makes the work of law enforcement agencies and administrative authorities more difficult, it also gives rise to countless proceedings in which the courts have to correct penalties. In turn, this raises the question of whether all such penalties should be revoked through a general amnesty, which, for its part, could torpedo the fundamental aim of the restrictions to protect, whilst also upsetting the many law-abiding people who complied with the regulations. Finally, these regulations fall short of their aim to steer people's behaviour effectively since they weaken their trust in the law and therefore also their willingness to obey regulations. This is a serious problem in a crisis which, like the coronavirus crisis, could return in waves and which, furthermore, can only be managed through the participation of the entire population.

The first lesson from the crisis is therefore: a badly drafted regulation is like a badly constructed building – it will not withstand the strains of everyday life. A lack of time can never be a reason for enacting regulations without drawing on legal expertise. This applies to all regulations but particularly to regulations put in place to overcome a crisis: every mistake will be felt twofold and will produce a chain reaction of problems disproportionate to the little bit of time saved in having swiftly enacted the regulations.

Due care in legislation is even more called for since legal protections against crisis regulations are patchy – a second structural problem made visible by the coronavirus crisis. Many regulations enacted to manage a crisis are temporary, including those – such as the restrictions on movement and business closures triggered by the coronavirus – only in force for a few weeks. By the time the Constitutional Court is in a position to assess their lawfulness, these regulations may well no longer be in force. This is not a problem in cases where a citizen violates an unlawful regulation and is therefore penalised, disputes the penalty in court and ultimately appeals to the Constitutional Court: if the regulation is already no longer in force, the Constitutional Court will rule that it was unlawful and the penalty will be revoked. It is a different matter if a citizen considers the regulation questionable but then does not violate it precisely because they do not want to be liable to prosecution. This law-abiding citizen can dispute the regulation directly with the Constitutional Court, i.e. without the detour of criminal proceedings, and therefore faster. But even then the Constitutional Court must give those who enacted the regulation some time to defend it. If, in the meantime, the regulation is no longer in force, then based on its judicial decisions to date, the Constitutional Court will routinely rule that the citizen has achieved their aim: since the regulation they disputed is no longer in force, they are liberated from all burdens; whether the regulation was unlawful is no longer the concern of the Constitutional Court. This makes the legal protection against temporary regulations meaningless precisely for law-abiding citizens.

Yet this administration of justice is not inevitable since the constitution explicitly gives the Constitutional Court the power to rule that the disputed regulation was unlawful in these cases, and with good reason: that the regulation is no longer in force at the time of the Constitutional Court's ruling does not alter the fact that it was able to infringe on fundamental rights for weeks beforehand. Simply by ruling on whether such an infringement has taken place, the Constitutional Court could give satisfaction to those who disputed the regulation, strengthening their trust in the rule of law and their willingness to continue obeying the regulations. At the same time, by making such a ruling the Constitutional Court would clarify the legal situation and therefore help prevent those enacting regulations from making similar mistakes in the future (for example in the case of a possible second lockdown). Not

least, politicians would take more care from the offset when drafting regulations if they had to factor in the rapid scrutiny of the Constitutional Court for even temporary regulations, and their qualification as unlawful where applicable.

The Constitutional Court has always endeavoured to perfect legal protection. Time and again it has found ways to close gaps in legal protection which have become visible to ensure that people's rights are respected. It would be very much in keeping with this if the Constitutional Court was now to change its judicature and deliberate on the coronavirus norms, which have been restricting people's freedoms for weeks on end. It is quite conceivable that the Constitutional Court would ultimately qualify these norms as entirely or partially justified – this too could be a clarification, which would facilitate the ongoing management of the crisis.

The second lesson from the coronavirus crisis is therefore: under the rule of law, it must be possible to scrutinise regulations effectively with regard to their legality, even when they are only in force for a short space of time and are disputed by law-abiding citizens. This strengthens trust in the rule of law, increases people's willingness to obey the law, prevents unlawful regulations from being enacted again in future and guards against unlawful regulations. The smooth functioning of the rule of law is always important, but especially so during a crisis. As the law stands, the Constitutional Court can play a significant role in this regard.

In exceptional times, the unrestricted validity of constitutional frameworks continues to apply; indeed the constitution really comes into its own precisely when there are difficult situations to be dealt with. But the corona crisis has highlighted (at least) two structural problems of the law, problems which are aggravated by and reinforce one another in a crisis – lack of due care when enacting laws and gaps in legal protections. Addressing these weaknesses would make our laws more resistant to a crisis, while also representing a huge gain for the rule of law and legal culture when the crisis is over.

## MAGDALENA PÖSCHL

### ZWEI LEHREN AUS DER CORONAKRISE FÜR DAS RECHT

Die Coronapandemie ist eine ungnädige Archäologin gesellschaftlicher Systeme: Schicht für Schicht legt sie deren Strukturprobleme frei und leuchtet ihre Schwachstellen aus – auch das Rechtssystem zeigt in der Krise wunde Punkte.

Ein erstes Strukturproblem liegt darin, dass es der Rechtsetzung an Sorgfalt fehlt. Rechtliche Normen müssen zum einen legistisch gut gearbeitet, d.h. klar und widerspruchsfrei aufgebaut und formuliert sein, sonst werden sie nicht verstanden. Zum anderen dürften Normen nicht gegen übergeordnetes Recht verstoßen – Verordnungen müssen also den Gesetzen, Gesetze wiederum der Verfassung entsprechen; andernfalls droht ihnen die Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof (VfGH). Für die Einhaltung dieser Standards zu sorgen, ist in Österreich traditionell einer Einheit im Bundeskanzleramt übertragen, dem Verfassungsdienst. Er verfügt über hervorragenden legistischen Sachverstand ebenso wie über die Expertise, um die Verfassungskonformität von Gesetzen und Verordnungen zu beurteilen. Freilich zeigt der Verfassungsdienst der Politik mit seinem Wissen auch Grenzen auf: Die Bindung an übergeordnetes Recht schränkt ihren Spielraum ein, und legistische Qualität setzt voraus, dass die Politik zu Interessenkonflikten eindeutig Stellung bezieht, denn jede Unentschlossenheit schlägt sich in der Norm nieder – als Unklarheit oder gar als Widerspruch. Nicht selten versuchen Regierende diesen Standards aus dem Weg zu gehen, indem sie der Expertise des Verfassungsdienstes zu wenig Raum und Zeit geben oder sie erst gar nicht einholen. In Krisen ist diese Versuchung sogar besonders groß.

Das liegt zunächst daran, dass die Entscheidungsbedingungen in Krisen sehr fordernd sind, wie gerade die Coronakrise zeigt: Die Politik muss erhebliche Gefahren für gewichtige Rechtsgüter abwehren, und zwar durch Maßnahmen, die massiv in Grundrechte eingreifen. Der Widerstreit der betroffenen Interessen wurde anfangs als Konflikt zwischen Leben und Wirtschaft simplifiziert, mit dem selbstverständlichen Vorrang des Lebens. Schon bald wurde jedoch deutlich, dass die Dinge komplizierter liegen: Genau genommen war das Ziel nicht unmittelbar die Rettung von Leben, sondern der Schutz des Gesundheitssystems vor einem Kollaps. Zugleich wurden dafür nicht nur wirtschaftliche, sondern vielfältige andere Interessen geopfert, auch solche der Gesundheit selbst – infolge der Ausgangsbeschränkungen verschärfen sich psychische Beschwerden, und sonstige Erkrankungen wurden unzureichend behandelt oder nicht einmal entdeckt. Wie man allein diese Gesundheitsrisiken und erst recht alle übrigen Kosten des Shutdown mit dem Schutz des Gesundheitssystems verrechnet, ist eine offene Frage. Diese komplexen Güterabwägungen muss die Politik zudem auf dem schwankenden Boden ungesicherter Fakten treffen, sodass im Vorhinein oft unklar ist, ob die angeordneten Freiheitsbeschränkungen wirklich erforderlich sind. Die Summe dieser Voraussetzungen macht es gewiss besonders schwer, Interessenkonflikte sauber zu lösen, das politisch Gewollte rechtlich festzuhalten und zu verantworten. Dazu kommt in der Krise als weiterer typischer Faktor der erhebliche Zeitdruck. Er kennzeichnet zweifellos auch die Coronakrise und geht mit den schwierigen Entscheidungsbedingungen eine problematische Allianz ein. Die Zeitknappheit wird in dieser Krise nämlich immer wieder als Argument gebraucht, um Normen zu konzipieren, ohne den Verfassungsdienst angemessen einzusetzen. Solcherart die legistischen und verfassungsrechtlichen Bindungen zu übergehen, mag im Moment als Erleichterung erscheinen. Gerade bei Normen, mit denen eine Krise bewältigt werden soll, rächt sich dies jedoch umgehend.

Überdeutlich wurde dies bei den Ausgangsbeschränkungen, die Mitte März erlassen wurden. Sie waren ein Schlüsselinstrument der Krisenbewältigung, und doch war wochenlang unklar und selbst

unter Fachleuten strittig, ob man ohne besonderen Grund ins Freie gehen und z.B. Familie und Freunde besuchen darf oder ob der Gang ins Freie nur gestattet ist, um sich die Beine zu vertreten. Derartige Unklarheiten wirken sich gerade bei Krisennormen gravierend aus, zunächst schon, weil diese Normen das alltägliche Verhalten der gesamten Bevölkerung steuern, sodass in sehr kurzer Zeit sehr viele Menschen betroffen sind. Zugleich greifen diese Normen massiv in Grundrechte ein und bedrohen Übertretungen mit Strafen, sodass die Grenze zwischen Erlaubtem und Verbotenem glasklar sein muss. Das gilt umso mehr, wenn die Vollziehung dieser Normen Exekutivorganen übertragen ist, von denen nicht erwartet werden kann, dass sie holprige Vorschriften durch kunstvolle Auslegungen glätten. Sind massive und massenhaft wirksame Freiheitsbeschränkungen legislativ mangelhaft oder gar rechtswidrig, so erschwert das nicht nur die Arbeit der Exekutivorgane und Verwaltungsbehörden. Es provoziert auch unzählige Verfahren, in denen Gerichte Strafen korrigieren müssen. Das wiederum wirft die Frage auf, ob nicht alle Strafen mit einer Generalamnestie beseitigt werden sollten, was seinerseits den prinzipiellen Schutzzweck der Verbote torpedieren und auch die vielen rechtstreuen Menschen verstören könnte, die sich an die Normen gehalten haben. Letztlich verfehlen solche Normen ihr Ziel, das Verhalten von Menschen effektiv zu steuern, denn sie schwächen das Vertrauen in das Recht und damit auch die Bereitschaft, Normen zu befolgen. Das ist ein ernstes Problem in Krisen, die wie die Coronakrise in Wellen wiederkehren können und zudem nur unter Mitwirkung der gesamten Bevölkerung zu bewältigen sind.

Die erste Lehre aus der Krise lautet also: Eine schlecht gearbeitete Norm ist wie ein mangelhaft konstruiertes Bauwerk – sie hält den Belastungen des Alltags nicht stand. Zeitmangel kann nie ein Grund sein, um Vorschriften ohne juristische Expertise zu erlassen. Das gilt für alle Normen, besonders aber für Normen, mit denen eine Krise überwunden werden soll: Jeder Fehler schlägt hier doppelt zu Buche und produziert eine Kettenreaktion von Problemen, die außer Verhältnis zu dem bisschen Zeit stehen, das man bei der Normerlassung einspart.

Sorgfalt bei der Rechtssetzung ist umso mehr angezeigt, als auch der Rechtsschutz gegen Krisennormen lückenhaft ist – ein zweites Strukturproblem, das die Coronakrise sichtbar gemacht hat. Viele Normen, die zur Bewältigung einer Krise erlassen werden, sind nämlich zeitlich befristet, mitunter gelten sie sogar – wie die coronabedingten Ausgangsbeschränkungen und Geschäftsschließungen – nur für einige Wochen. Bis der VfGH in die Lage kommt, ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen, können diese Normen längst außer Kraft getreten sein. Das ist kein Problem, wenn eine Bürgerin eine rechtswidrige Vorschrift übertritt, deshalb bestraft wird, die Strafe gerichtlich bekämpft und sich schließlich an den VfGH wendet: Ist die Norm dann bereits außer Kraft getreten, spricht der VfGH eben aus, dass sie rechtswidrig war, und die Strafe wird aufgehoben. Anders liegen die Dinge, wenn ein Bürger eine Norm zwar für bedenklich hält, sie aber gerade nicht übertreten und sich strafbar machen will. Dieser rechtstreue Bürger kann die Norm zwar direkt, also ohne den Umweg eines Strafverfahrens und damit rascher beim VfGH bekämpfen. Selbst dann muss der VfGH dem Normsetzer aber noch etwas Zeit geben, um die Norm zu verteidigen. Tritt die Norm unterdessen außer Kraft, befindet der VfGH in seiner bisherigen Judikatur regelmäßig, dass der Bürger sein Ziel erreicht hat: Da die Norm, die er bekämpft hat, nun nicht mehr gilt, sei er ja von allen Lasten befreit; ob die Norm rechtswidrig war, müsse der VfGH daher nicht mehr prüfen. Damit liefe der Rechtsschutz gegen kurzfristige Normen just bei rechtstreuen Menschen leer.

Zwingend ist diese Judikatur schon deshalb nicht, weil die Verfassung den VfGH ausdrücklich ermächtigt, auch in diesen Fällen auszusprechen, dass die bekämpfte Norm rechtswidrig war, aus gutem Grund: Dass die Norm im Zeitpunkt der Entscheidung des VfGH außer Kraft getreten ist, ändert ja nichts daran, dass sie zuvor wochenlang Grundrechte verletzt haben kann. Allein indem der VfGH ausspricht, ob eine solche Verletzung stattgefunden hat, könnte er jenen Menschen, die die Norm bei ihm bekämpft haben, Genugtuung verschaffen, ihr Vertrauen in den Rechtsstaat und auch ihre Bereitschaft stärken, Normen weiterhin zu befolgen. Zugleich würde der VfGH mit einem solchen Ausspruch die Rechtslage klären und so dazu beitragen, dass Normsetzer künftig (etwa bei einem allfälligen zweiten Shutdown) gleichartige Fehler vermeiden. Nicht zuletzt würde die Politik wohl bei der Normsetzung von vornherein sorgfältiger verfahren, müsste sie damit rechnen, dass der VfGH auch kurzfristig geltende Normen rasch prüft und gegebenenfalls als rechtswidrig qualifiziert.

Der VfGH ist seit jeher bemüht, den Rechtsschutz zu perfektionieren. Immer wieder hat er Wege gefunden, sichtbar gewordene Rechtsschutzlücken zu schließen, um den Menschen zu ihrem Recht zu verhelfen. Es läge ganz auf dieser Linie, würde der VfGH seine Judikatur nun ändern und über die Corona-Normen absprechen, die die Freiheit der Menschen wochenlang beschränkt haben. Dabei ist durchaus denkbar, dass der VfGH diese Normen letztlich ganz oder teilweise als gerechtfertigt qualifiziert – auch das wäre eine Klarstellung, die die weitere Bewältigung der Krise erleichtert.

Die zweite Lehre aus der Coronakrise lautet also: In einem Rechtsstaat müssen Normen effektiv auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden können, auch dann, wenn sie bloß für kurze Zeit gelten und von rechtstreuen Personen angefochten werden. Das stärkt das Vertrauen in den Rechtsstaat, hebt die Bereitschaft der Menschen, das Recht zu befolgen, verhindert, dass rechtswidrige Normen neuerlich erlassen werden und beugt rechtswidrigen Normen vor. Dass der Rechtsstaat reibungslos funktioniert, ist immer wichtig, besonders aber in der Krise. Der VfGH kann dazu schon nach geltendem Recht einen wesentlichen Beitrag leisten.

Auch in außergewöhnlichen Zeiten gelten die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen uneingeschränkt, ja die Verfassung entfaltet ihre volle Wirkung sogar gerade, wenn schwierige Situationen zu bewältigen sind. Die Coronakrise hat aber (zumindest) zwei Strukturprobleme des Rechts deutlicher sichtbar gemacht, die sich in der Krise verschärfen und wechselseitig verstärken – mangelnde Sorgfalt bei der Rechtssetzung und Lücken im Rechtsschutz. Diese Schwächen zu beheben, würde unser Recht krisenfester machen, wäre aber auch für die Zeit nach der Krise ein großer Gewinn für den Rechtsstaat und die Rechtskultur.

**Magdalena Pöschl** | *Professorin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien sowie Mitglied der Österreichischen Akademie der Wissenschaften*

Submitted: 13.07.2020