

Herausforderung für den Rechtsstaat

Quarantäneregeln, geschlossene Schulen und Grenzen, Versammlungsverbote – die Maßnahmen der vergangenen Monate setzten auch in Deutschland Grundrechte außer Kraft.

Von **Oliver Lepsius**

Sollte die Bundesregierung weitreichende Maßnahmen auch ohne Zustimmung des Bundestags oder der Bundesländer beschließen dürfen?

Mannheimer Corona-Studie

21. März 2020

71%

der Befragten stimmen zu

20. April 2020

40%

der Befragten stimmen zu

Wie sollen Entscheidungen in ungewissen Situationen getroffen werden, konkret, wenn es um ein neues Virus geht, dessen Ansteckungswege und Ansteckungswahrscheinlichkeiten zunächst kaum bekannt sind und das zu ungewohnten Krankheitsverläufen mit Todesfolge führt, für die keine therapeutische Erfahrung vorliegt? Können Grundrechte helfen, in Situationen gut zu entscheiden, in denen es der Sache nach um Medizin und Epidemiologie geht?

Bedeutung der Grundrechte in Ausnahmesituationen

Grundrechte sind nach unserer Verfassungsordnung zunächst Rechte, mit denen der Einzelne seine Freiheitsrechte gegen hoheitliche Beschränkungen verteidigen kann. Diese Freiheitsrechte stehen nicht zur Disposition der Mehrheit nach dem Motto: Wir können uns in einer Ausnahmesituation doch einig sein, kollektiv auf die Ausübung unserer Freiheiten zum Wohle aller zu verzichten. Das gerade lässt das Grundgesetz nicht zu. Man kann nicht sagen (wie wir es freilich hören mussten), die Bürgerinnen und Bürger bekämen ihre Freiheitsrechte schon wieder alle zurück, oder ab jetzt dürfe wieder (in Maßen) demonstriert werden und auch Gottesdienste könnten wieder stattfinden. Indem es das Grundgesetz verbietet, Freiheitsrechte zu derogieren oder zuzuteilen, zwingt es die staatlichen Organe dazu, die Grundrechte bei ihren Handlungen zu beachten. Sie sind nicht nur Abwehrrechte des Einzelnen, sie werden auch zu objektiven Maßgaben, die politisches Handeln anleiten und auf denen die Legitimation der Rechtsordnung ruht.

Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaßstab

Der Effekt dieser Bindungswirkung der Grundrechte ist nun auch, dass staatliche Organe ihr Handeln gerade nicht einseitig ausrichten dürfen, sondern die Vielfalt der geschützten Belange im Blick behalten müssen. Aussagen wie „Es geht um Leben und Tod“ oder „Jeder Tote ist einer zu viel“ reduzieren und hierarchisieren die Freiheitsrechte. Das Grundgesetz geht aber nicht von der Gesundheit als höchstem Wert aus, sondern zwingt bei der politischen Priorisierung eines Schutzguts (in diesem Fall Gesundheit) zur Abwägung mit den anderen Schutzgütern. Wer Gesundheit fördern will, muss sich juristisch immer der Frage stellen, welche Mittel dafür in Frage kommen und wie sich diese Mittel auf die Verfolgung der anderen Grundrechte auswirken: Sind sie geeignet, das Ziel zu erreichen? Sind sie dafür erforderlich, oder gibt es weniger invasive, mildere Mittel, die das gleiche Ziel gleich gut erreichen? Und schließlich: Steht die Verkürzung der Freiheit noch in einem angemessenen Verhältnis zur Förderung des anderen Freiheitsrechts? Das sind die Kriterien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – eine der zentralen juristischen Errungenschaften der deutschen Staatsrechtslehre und des Bundesverfassungsgerichts. Er wurde in den späten 1950er Jahren formuliert, seither verfeinert und ist heute in vielen Rechtsordnungen der Welt ein deutscher Exportschlager. Ließen sich juristische Errungenschaften (Erfindungen mag ich nicht schreiben) patentieren, dann wäre das Bundesverfassungsgericht steinreich.

Unterzieht man politische Priorisierungen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, erhält man typischerweise besser begründete Entscheidungen. Man könnte meinen, die Politik werde behindert, das als richtig Erkannte konsequent umzusetzen. Recht begrenze doch nur die Handlungsfähigkeit, eine Rechtskontrolle sei von Natur aus nachgelagert. Das Grundgesetz sagt jedoch, die Grundrechte sind schon den Entscheidungen der Legislative und Exekutive zugrunde zu legen. Grundrechte verwirklichen sich nicht erst ex post mit der Inanspruchnahme von Rechtsschutz durch die Gerichte. Was wäre das für ein Rechtsstaat, bei dem die Inanspruchnahme von Freiheit von ihrer Einklagbarkeit abhinge! Nein, damit Grundrechte tatsächlich wirken, müssen sie schon der Entscheidung der staatlichen Organe und nicht erst bei deren nachträglicher Kontrolle zugrunde gelegt werden.

Genauere Zielformulierungen

Die Grundrechte zwingen Entscheidungsträger zunächst dazu, das Ziel des Handelns genauer zu bestimmen. Das ist gerade bei Entscheidungen unter Ungewissheit und unklaren Kausalverläufen eine wichtige Aufgabe. Worum geht es bei der Pandemiebekämpfung? Den Schutz jedes einzelnen

Das nahezu komplette Abstellen auf die virologische Expertise in den ersten Krisenwochen war auch Ausdruck einer gewissen Hilflosigkeit.

Lebens zum Ziel zu erklären („Jeder Tote ist einer zu viel“) kann grundrechtlich gesehen kein sinnvolles Ziel sein, weil dem Staat dafür die Mittel fehlen und auch der Wirkungszusammenhang von hoheitlicher Handlung und Tod bei der Pandemie so vielfältig und unberechenbar ist, dass sich der Staat den möglichen Tod gar nicht zurechnen lassen kann. Es kann beim Gesundheitsschutz nur um ein Mehr oder Weniger gehen, nicht um einen absoluten Erfolg. Wie viel Gesundheit mit welchen Mitteln und um welchen Preis für andere Schutzgüter – das ist die grundrechtliche Frage. Dann aber muss das politische Ziel präziser gefasst werden: Wie viele Kranke kann das Gesundheitssystem verkraften? Welche Infektionszahlen errechnen sich daraus? Wie können die Kapazitäten erhöht werden? Wie können die Infektionsrisiken reduziert werden? Es geht dann um die kapazitätsgerechte Steuerung der Pandemie – zunächst in den Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen, also der Medizin, aktuell eher in den Gesundheitsämtern, also der Verwaltung. Ziele lassen sich, jedenfalls in der Pandemie, präziser formulieren, wenn man sie grundrechtlich abbildet. Daran hat das politische System im Ganzen ein Interesse, weil die Angst um Leben und Tod genommen wird, weil Handlungen in ihren

Einbruch der Mobilität in Deutschland während des Corona-Lockdowns

Veränderungen im Vergleich zum März 2019 auf der Basis von Mobilfunkdaten*
 COVID-19 Mobility Project (RKI/HU Berlin)



*Vergleich zu den jeweiligen Wochentagen einer Woche aus dem März 2019, Bewegungsdaten der Mobilfunkanbieter Deutsche Telekom und Telefónica

18%

der Befragten geben an, dass sie in der aktuellen Situation starke Angstgefühle verspüren

Mannheimer Corona-Studie, 20. März 2020

44 Tage

fanden in Bayern Gottesdienste aller Glaubensrichtungen nicht oder nur virtuell statt

Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, März/April 2020

Befürworten Sie Grenzschießungen zur Eindämmung der Corona-Pandemie?

Mannheimer Corona-Studie

24. März 2020

90,6%

der Befragten stimmen zu

2. Juli 2020

26,5%

der Befragten stimmen zu

Wirkungszusammenhängen begreifbarer werden, weil die Politik Erwartungen auch gerecht werden kann und nicht vor Unerfüllbarem scheitert, wenn das persönliche Schicksal zur staatlichen Verantwortung wird. In der Corona-Pandemie wurde dieser aufklärerische Beitrag grundrechtlichen Denkens zunächst nicht genutzt. Erst Bundestagspräsident Wolfgang Schäuble brachte der Öffentlichkeit diesen Aspekt in Erinnerung, als er Ende April in einem Interview für den Berliner „Tagesspiegel“ dem Lebensschutz nicht alles unterordnen wollte.

Maßvolle Mittel ausprobieren – hinzunehmende Risiken thematisieren

Die Abwägungssituation zwingt ferner dazu, bei Entscheidungen die Folgen für andere Rechtsgüter bewusst zu kalkulieren. Schon die Suche nach milderem Mitteln impliziert, auch die Rechtsgüter zu bedenken, denen nicht das primäre Ziel des Handelns gilt. Wer Schulen und Kitas schließt, wählt nicht das mildeste Mittel. Grundrechtlich angebracht sind solche Entscheidungen jedenfalls nicht, auch wenn das Nichtwissen über Infektionswege und -geschwindigkeiten in der juristischen Praxis vorübergehend mit einer reduzierten Kontrollintensität prämiert wird. Doch das muss in der Entscheidungssituation nicht davon abhalten, zunächst Maßvolleres auszuprobieren. Man beseitigt das Unwissen übrigens nicht, indem man Kausalverläufe unterbricht. Insofern führt ein am milderem Mittel ausgerichtetes politisches Handeln zu neuem Wissen, zum learning by doing, zu trial and error, zum Gewinnen von Erfahrung, die gerade in Ungewissheitssituationen nötig ist, um am Ende präziser vorgehen zu können.

Eine grundrechtlich strukturierte Entscheidungskultur zwingt schließlich dazu, Risiken einzugehen. Das ist immer der Preis der Freiheit. Es gibt keinen risikolosen Gebrauch von Freiheit. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezweckt Entscheidungen, bei denen die Risiken, entweder zu wenig zu tun oder zu invasiv zu handeln, tunlichst minimiert werden. Natürlich kann man das Infektionsrisiko reduzieren, indem man Blumenläden schließt oder das Sitzen auf Parkbänken verbietet. Aber wie wahrscheinlich sind solche Infektionswege, wie relevant sind sie überdies für eine Erkrankung (Viruslast) und schließlich für eine Überforderung des Gesundheitssystems? Handelt es sich hier um eine empirisch plausible Kausalitätskette? Selbst wer dies bejaht, muss fragen, ob das verbleibende Risiko gleichwohl nicht hinzunehmen ist, so wie wir ja auch andere Risiken hinnehmen, etwa im Straßenverkehr oder bei der jährlich wiederkehrenden Grippewelle. Steht der hypothetische Gewinn an Gesundheitsschutz, der durch solche Verbote erzielt werden soll, noch in einem angemessenen Verhältnis zum tatsächlichen Eingriff in andere Grundrechte, etwa Bildung, Berufsfreiheit, persönliche Entfaltung oder auch Gesundheit durch Naturgenuss?

Solche Fragen grundrechtlich zu thematisieren, hilft politischen Entscheidungsträgern übrigens auch, ihre Entscheidungen rational zu begründen und sich übertriebenen, von Angst geprägten Erwartungen der Öffentlichkeit entgegenzustellen. Als das Oberverwaltungsgericht Münster den Lockdown im Kreis Gütersloh für unverhältnismäßig erklärte, weil er zu weitflächig angeordnet wurde und die konkreten Infektionszahlen nicht berücksichtigte, reagierte die Politik geradezu dankbar auf die Aufhebung der Verordnung: Jetzt verfüge man über Kriterien, wie mit neuem Infektionsgeschehen umzugehen sei. Offenbar hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geholfen, die Handlungskriterien zu erweitern und einen Weg aus Maximallösungen zu weisen. Das nahezu komplette Abstellen auf die virologische Expertise in den ersten Krisenwochen war ja auch Ausdruck einer gewissen Hilflosigkeit und Kategorienarmut. Hier hilft eine intensivere grundrechtliche Prüfung bei der Klärung des undifferenzierten Ziels genauso wie bei der Formulierung klarerer Zweck-Mittel-Relationen. Man darf auch nicht unterschätzen, wie medial getrieben Politik ist und wie dankbar Politiker gelegentlich sind, wenn sie dem Druck in der Öffentlichkeit standhalten können, indem sie sich auf politisch nicht beeinflussbare Expertise berufen können. Das können Virologen, das können aber auch Juristen sein.

Prof. Dr. Oliver Lepsius

lehrt Öffentliches Recht und Verfassungstheorie an der Universität Münster. Er forscht u. a. zu den Grundlagen des Öffentlichen Rechts, zu Demokratietheorie, Rechtsphilosophie und Eigentumstheorie. Bereits Ende April wies er in einem Gastbeitrag für die FAZ auf die Beschädigung der Grundrechte während des Corona-Lockdowns hin. Der BADW gehört er seit 2009 als Mitglied an.