

Arbeit am Exit als Staatspflicht Regierungen müssen ihre Bürger vor dem Verlust der Freiheit schützen

Mattias Kumm

Summary: The coronavirus measures imposed by the German federal government are justifiable under constitutional law: The state's duty to protect may in certain situations require a curtailment of fundamental rights. The primary burden of containment must, however, not be borne by citizens. The executive branch will need to take massive precautions – for example, by promoting infrastructure and research – in order to make life with the virus as compatible with freedom as possible as quickly as possible.

Kurz gefasst: Die Anti-Corona-Maßnahmen der Bundesregierung sind verfassungsrechtlich zu rechtfertigen: Die staatliche Schutzpflicht kann in bestimmten Situationen die Einschränkung von Grundrechten erfordern. Die Hauptlast bei der Eindämmung der Pandemie dürfen aber nicht die Bürger tragen. Die Exekutive muss massive Anstrengungen unternehmen – zum Beispiel durch die Förderung von Infrastruktur und Forschung –, um das Leben mit dem Virus möglichst schnell möglichst freiheitskompatibel zu gestalten.

Die Entscheidung, der Corona-Pandemie mit einem weitgehenden Lockdown zu begegnen, schränkte Grundrechte in einem in der Nachkriegszeit nie dagewesenen Umfang ein. Verfassungsrechtlich war diese Entscheidung grundsätzlich zulässig – bei aller berechtigten Kritik an Formalitäten und auch an einigen Maßnahmen im Einzelnen. Mehr noch, hätten die Bundes- und Landesregierungen einen Kurs verfolgt, der auf die Beschränkung von Grundrechten verzichtet und der Pandemie freien Lauf gelassen hätte, um schnellstmöglich weitreichende Immunität und damit ein Ende der Pandemie bei möglichst geringem wirtschaftlichem Schaden zu erreichen, wäre das womöglich verfassungswidrig gewesen. Auf der Basis der zum Entscheidungszeitpunkt vorliegenden Datenlage hätte der Staat womöglich seine Schutzpflicht gegenüber dem Recht auf Leben und körperlicher Unversehrtheit seiner Bürgerinnen und Bürger verletzt. Eine Fundamentalkritik des eingeschlagenen Kurses auf verfassungsrechtlicher Grundlage ist folglich verfehlt: Jedenfalls die Grundrichtung des eingeschlagenen Weges scheint verfassungsrechtlich sogar geboten. Das soll der folgenden Kritik als Prämisse vorausgeschickt sein. Es geht mir nicht um die Kritik der Maßnahmen der Regierung. Vielmehr will ich eine grundsätzliche verfassungsrechtlich bis jetzt nicht im Vordergrund stehende dynamische Dimension des Grundrechtsschutzes hervorheben und einen für die Rechtfertigung von Regierungshandeln in Krisenzeiten angemessenen Rahmen entwickeln. Gefährlichen obrigkeitstaatlichen Tendenzen soll damit entgegengewirkt werden.

Meine These lautet: Massive Grundrechtseingriffe der Exekutive in außergewöhnlichen Situationen finden in der Verfassung nicht nur negativ allgemein anerkannte materiellrechtliche Grenzen (die Eingriffe müssen insbesondere verhältnismäßig sein). Die Exekutive ist auch positiv verpflichtet, alles zu tun, was erforderlich und verhältnismäßig ist, um die bestehende Situation möglichst zeitnah so zu verändern, dass die außergewöhnlichen Maßnahmen nicht mehr oder nicht mehr in gleicher Intensität erforderlich sind und verantwortbar aufgehoben werden können. Das hat wichtige Konsequenzen für die Art und Weise, wie Diskussionen über die Lockerung der Corona-Maßnahmen geführt werden sollten und nach welchen Maßstäben die Arbeit der Regierung/en sinnvollerweise beurteilt wird.

Es gibt keine absolute verfassungsrechtliche Grenze für die mögliche Dauer der vorgenommenen Freiheitseinschränkungen. Natürlich bedürfen länger andauernde massive Beschränkungen außerordentlich gewichtiger Gründe, um verhältnismäßig zu sein. Es sind aber durchaus tragische Umstände denkbar, in denen auch massive Einschränkungen wie die gegenwärtig in der Bundesrepublik in allen Ländern verhängten über viele Monate hinweg zu rechtfertigen wären. Allerdings verlangt die krisenbedingte Verhängung von massiv freiheitseinschränkenden Maßnahmen eine ebenso massive Mobilisierung des Staates, der im Rahmen seiner Möglichkeiten die Voraussetzungen für eine möglichst zeitnahe verantwortbare Lockerung dieser Freiheitseinschränkungen schaffen muss.

Hier fällt eine eigentümliche strukturelle Verzerrung öffentlicher Rechtfertigungsdiskurse um die Frage der Lockerung der Maßnahmen auf. In der öffentlichen Diskussion – insbesondere in regierungsamtlichen Verlautbarungen – geht es um empirische Daten: Es sei gelungen, durch die erheblichen freiheitseinschränkenden Maßnahmen die Reproduktionsrate des Virus auf etwa 1 zu

reduzieren. Es gebe zurzeit noch Kapazitäten von 10.000 Intensivbetten für Corona-Patienten. Das disziplinierte Wohlverhalten der Bürger vorausgesetzt, gebe es jetzt eine Grundlage für die vorsichtige Lockerung der Maßnahmen, aber natürlich müsse man vorsichtig sein. Es ist aber eine obrigkeitsstaatliche Engführung der Diskussion, die zeitliche Abstimmung und Reichweite der Lockerungen ausschließlich als Funktion regeltreuen bürgerlichen Wohlverhaltens und empirisch festzustellenden Entwicklungen von relevanten Variablen zu beschreiben. In einer solchen Welt erscheinen Regierungen als vorsichtig abwägende Richter, die verantwortungsvoll, immer wieder das Wohlverhalten der Bevölkerung beschwörend, Freiheiten und deren Einschränkungen neu justieren. Die Exekutive tritt so nur als das Verhalten der Bürger regelnder Verordnungsgeber in Erscheinung. Ein solches Verständnis zeichnet ein viel zu passives Bild von der Rolle der Exekutive in einer Krisensituation. Was vollkommen fehlt, ist die Verantwortung der Regierungen, selbst Bedingungen herbeizuführen, die es nicht mehr erforderlich machen, das Leben und die Gesundheit durch massive Freiheitseinschränkungen zu schützen.

Konkret hieße das, dass eine Regierungserklärung nach vier Wochen Lockdown nicht nur eine epidemiologische Entwicklung skizziert, das Wohlverhalten der Bevölkerung lobt und vorsichtig staatsmännisch versucht, Erwartungen zu dämpfen, dabei aber vorsichtige Lockerungen verspricht. Ein zentrales Element einer solchen Erklärung hätte vielmehr sein müssen, Rechenschaft darüber abzulegen, was die Regierungen während der Zeit getan haben, um Voraussetzungen für schnellere und weitere Lockerungen zu schaffen.

Ein paar Beispiele für Bereiche, in denen die Regierungen eine Schutzpflicht haben, will ich im Folgenden nennen.

Da für die Stabilisierung der Reproduktionsrate bei zunehmender Wiederherstellung des öffentlichen Lebens zur Verfügung stehende Tests, Tracing-Apps und Mundschutz eine wichtige Rolle spielen: Was tut die Regierung, um sicherzustellen, dass die relevante medizinisch-technologische Infrastruktur in möglichst kurzer Zeit bereitsteht? Warum wird das Pflegepersonal in Altersheimen und Krankenhäusern noch nicht flächendeckend regelmäßig getestet? Wie kann es sein, dass es nicht gelungen ist, innerhalb eines Monats wenigstens die flächendeckende Bereitstellung von Schutzmasken zu gewährleisten, um eine Gesichtsmaskenpflicht in öffentlich zugänglichen geschlossenen Räumen einführen zu können? Dass das während einer globalen Pandemie nicht auf dem üblichen Beschaffungswege funktioniert, liegt nahe.

Da trotz geringer gegenwärtiger Auslastung höhere Krankenhauskapazitäten größeren Spielraum für Freiheitslockerungen bedeuten: Wenn es vor der Corona-Krise 28.000 Intensivbetten in Deutschland gab und zurzeit nur etwa 4.000 dieser Betten von Corona-Patienten belegt sind, warum stehen dann nur 10.000 Betten zur Verfügung? Wie viele der 10.000 vom Gesundheitsminister ursprünglich zusätzlich in Aussicht gestellten Intensivbetten stehen inzwischen zur Verfügung? Ist im Übrigen für die Ausrüstung und das notwendige Personal gesorgt? Was genau ist hier geleistet worden, was ist schon passiert, und wann soll das passieren, was noch nicht geschehen ist?

Grundlage für eine möglichst gezielte, freiheitsschonende Bekämpfung der Pandemie unter angemessener Berücksichtigung der Gefährdung von Leben und körperlicher Unversehrtheit ist ein möglichst gutes Verständnis der epidemiologischen Zusammenhänge. Auch hier spielen öffentliche Institutionen nicht nur eine passive, wissenschaftliche Ergebnisse rezipierende Rolle. Es ist unvermeidlich, dass das Regierungshandeln in diesem Bereich durch hohe Unsicherheiten geprägt ist. Viele für die Bekämpfung von Covid-19 höchst relevante Variablen sind noch nicht wissenschaftlich belastbar identifiziert. Das betrifft zum Beispiel die Übertragungswege. Welche Rolle spielen Kinder hier? Welche Rolle spielen asymptomatische Infizierte, spielen Aerosole eine wichtige Rolle oder nur Tröpfchen? Welche Form der Flächenübertragung findet statt? Besseres Wissen würde es hier erlauben, gezielte Verhinderungsmaßnahmen zu ergreifen und weniger effektive Maßnahmen zu lockern. Besseres Wissen über Sterblichkeitsraten und Dunkelziffern würde ebenfalls gezieltere Maßnahmen möglich



Mattias Kumm ist geschäftsführender Leiter des Center for Global Constitutionalism; zudem hat er am WZB die Forschungsprofessur Global Public Law inne. Er forscht zu Demokratie, Menschenrechten und Marktregulierung. *(Foto: David Ausserhofer)*

mattias.kumm@wzb.eu

machen. Je geringer die Letalität und je höher die Dunkelziffer der Infizierten, desto plausibler ist es, die Kapazitäten der Intensivbetreuung massiv auszubauen, um eine kontrollierte Beschleunigung des gemeinschaftlichen Immunisierungsvorgangs vorzunehmen. Je höher hingegen die Letalität und je geringer die Dunkelziffer der Infizierten, desto mehr muss es das Ziel öffentlichen Handelns sein, die Infektionen insgesamt zu minimieren, bis ein Medikament beziehungsweise ein Impfstoff zur Verfügung steht.

Politisch Verantwortliche werten in all diesen Fragen nicht nur wissenschaftliche Ergebnisse aus und legen sie der Rechtfertigung ihrer Politik zugrunde. Sie sind vielmehr in der Verantwortung, eine aktive Rolle zu spielen: Welche Anstrengungen unternehmen die Regierung und das Robert-Koch-Institut – idealerweise in Abstimmung und Kooperation mit europäischen und globalen Partnern –, um durch breiter angelegte Tests von repräsentativen Populationen Klarheit zu gewinnen? Was wird getan, um Forschungsk Kooperation – innerhalb und außerhalb Deutschlands – sicherzustellen und so kontraproduktiven Wettbewerb zu verhindern, bei dem wichtige Teilergebnisse nicht allgemein zur Verfügung gestellt werden? Was wird getan, um sicherzustellen, dass die Prüfung und Zulassung eines neuen Impfstoffs möglichst schnell, aber zuverlässig erfolgen kann? Was wird vorbeugend getan, um sicherzustellen, dass ein gefundener Impfstoff schnell in entsprechendem Umfang produziert und verteilt werden kann?

Auf diese und ähnliche Fragen haben die Bundes- und Landesregierungen zum Teil sehr gute, zum Teil jedenfalls vertretbare Antworten, auch wenn es – wie kann es anders sein – genügend Ansatz zur Kritik gibt. Der Punkt ist nicht, dass die, die uns regieren, schlecht regieren, weil sie diese Fragen nicht ernst nehmen. Aber es sieht doch so aus, als ob die getroffenen außergewöhnlichen Maßnahmen vor allem solche sind, die Freiheiten der Bürger einschränken oder die durch diese Freiheitsbeschränkungen bewirkten wirtschaftlichen Nachteile durch öffentliche Ressourcen zu kompensieren versuchen. In beiden Fällen haben letztlich die Bürger die Last zu tragen. Weniger erkennbar ist, dass die Exekutive selbst eine der außergewöhnlichen Lage entsprechende Anstrengung unternommen hätte, um ein verantwortliches Leben mit dem Virus möglichst freiheitskompatibel zu gestalten. Die Regierung muss alles daransetzen, das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Bevölkerung nicht unverhältnismäßig zu belasten. Wenn sie aber ihre Bürger wie unmündige Kinder behandelt und sich darauf beschränkt, Wohlverhalten und Solidarität anzumahnen oder unter Androhung von Bußgeld oder anderen Strafen einzufordern, wird sie ihrer freiheitlichen Schutzverantwortung nicht gerecht. Der Verweis auf schwierige Abwägungen reicht nicht aus. Ein mündiger Bürger in einer liberalen Demokratie tut gut daran, nicht nur quengelnd zu fragen, wann Mutti endlich wieder die Zügel locker lässt. Er sollte fragen, ob die Exekutive alles in ihrer Macht Stehende getan hat, beziehungsweise, was genau sie tut und tun wird, um ein Leben mit dem Virus so zu gestalten, dass ein Höchstmaß an individuellen Freiheiten garantiert ist.