

Frank Schorkopf

Die Grundrechte und ihre juristisch-gesellschaftspolitische Rolle in der Pandemie



Frank Schorkopf, Ordentliches Mitglied der Akademie seit 2016

I.

Die Grundrechte stehen unter Druck. Seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes 1949 hat es in der neuesten deutschen Verfassungsgeschichte keinen Grund gegeben, so umfangreich und tief in die verfassungsrechtlich garantierten Rechte der Menschen einzugreifen, wie unter der SARS-CoV-2-Pandemie.

Mit dieser Feststellung, die als Tatsachenebefund soweit ich sehe unstrittig ist, ist zugleich die Ambivalenz der Grundrechtsthematik aufgerufen. Denn nicht nur hat die deutsche öffentliche Gewalt in Bund und Ländern die Bewe-

gungsfreiheit der Bürger eingeschränkt, Schulen, Universitäten, Theater und Museen geschlossen, wirtschaftliche Aktivität untersagt, zwischenmenschliche Begegnungen sowie Versammlungen begrenzt sowie Hygiene- und Verhaltensvorgaben gemacht. Die Regierungen und Parlamente taten dies im Namen der Grundrechte, zum Schutz des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Grundrechte beschränken, um Grundrechte zu wahren?

In der Tat ist das staatliche Handeln in der Pandemie seit dem Frühjahr 2020 am Grundrechtsschutz ausgerichtet. Das maßgebliche Infektionsschutzgesetz des Bundes und die Corona-Verordnungen der Länder¹ sollen im Wesentlichen den Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems gewährleisten. Zugleich finden wir in den zitierten Gesetzen den Hinweis, dass mehrere Grundrechte, etwa auch die der Freiheit der Person (Art. 2 Absatz 2 Satz 2 GG) und die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) durch normierte Maßnahmen eingeschränkt werden – denken Sie nur an die Impfpflicht und Ermittlungsbefugnisse der Gesundheitsämter.

Diese Dialektik von Berechtigung und Beschränkung, mit der bereits das juristische Studium jeden Rechtskandidaten vertraut macht, hat für Irritation, wenn nicht sogar Unverständnis gesorgt. In der öffentlichen Debatte ist nicht selten zu hören, dass die Grundrechte in der Pandemie aufgehoben oder suspendiert worden seien, dass sie jedenfalls keinen wirksamen Schutz gegen hoheitliche Maßnahmen

¹ Niedersächsische Verordnung über infektionspräventive Schutzmaßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus SARS-CoV-2 und dessen Varianten (Niedersächsische Corona-Verordnung), die aktuelle Fassung ist zugänglich unter <https://bit.ly/3YeR2k3>.

mehr böten. Und auch bei Bürgern, die die Pandemiemaßnahmen als notwendiges, vorübergehendes Übel befürworten, mag sich ein Unbehagen regen, dass der Staat – den manche seit Jahrzehnten im Absterben wähten – zu Beginn des 21. Jahrhunderts machtvoll das gesellschaftliche Leben bis in die private Lebensführung hinein über Jahre hinweg einschränken kann.

Wie konnte es zu dieser Ungleichzeitigkeit im Grundrechtsdenken kommen? Haben wir uns in den Grundrechten als identitätsstiftender Institution der liberalen Demokratie über all die Jahrzehnte getäuscht? Oder sind es gar nicht die Grundrechte an sich, sondern Behörden und Gerichte, Regierungen und Parlamente, die deren Schutzfunktion zugunsten individueller Freiheit wegen der Pandemiefolgen hintanstellen oder sogar geringachten?

II.

Einige Antworten auf diese Fragen ergeben sich aus einem Blick in die Dogmatik des Grundrechtsschutzes, d.h. die praktischen Anwendungsregeln, nach denen Grundrechte im juristischen Alltag funktionieren.

Grundrechte sind durchsetzbare Rechte gegen hoheitliche Eingriffe in die individuelle Freiheit. Sie verpflichten die öffentliche Gewalt nicht nur dazu, solche Eingriffe zu unterlassen, sondern auch zum aktiven Schutz und zur Förderung dieser Rechte. Als Rechtekorpus sind sie nach dem berühmten Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts² von 1958 zugleich eine Entscheidung des Verfassungsgebers für eine objektive Wertordnung. Sie durchdringt das gesamte staatliche Handeln und leitet es an.

Das Grundgesetz definiert eine Reihe von Schutzbereichen, zu denen u.a. die Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit, auf Bewegungs- und Versammlungsfreiheit, auf Berufs- und Eigentumsfreiheit gehören. Bei einzelnen Rechten, zu denen das erwähnte Recht auf Leib und Leben gehört, wird eine staatliche Schutzpflicht angenommen. Hoheitliche Gewalt muss nicht nur von eigenen Eingriffen grundsätzlich absehen, sondern muss auch Vorkehrungen gegen beeinträchtigendes Handeln von Privaten oder gegen allgemeine Gefahren treffen.

Die Verfassungsrechtsprechung ist sehr zurückhaltend mit konkreten Aufträgen an Parlamente und Verwaltung und lässt diesen Spielraum, wie und in welchem Umfang sie solch einen Schutz ins Werk zu setzen haben. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von Mitte Dezember 2021 zu notwendigen Vorkehrungen zum Schutz behinderter Menschen für den Fall einer pandemiebedingt auftretenden Triage ist eines der seltenen Beispiele, in denen der Gesetzgeber zum Handeln aufgefordert wird.³ So ist das deutsche Gesundheitssystem mit seiner Krankenpflichtversicherung konkretisierender Ausdruck der grundrechtlichen

² Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Bd. 7, S. 198 ff.

³ BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, zugänglich unter <https://bit.ly/3pEBAPz>; Kritik von Huster, <https://verfassungsblog.de/much-ado-about-nothing/>.

Schutzpflicht für Leib und Leben, ebenso wie die Regeln für den Schwangerschaftsabbruch.

Meine beiden Beispiele verdeutlichen unmittelbar, dass der Schutz nicht umfassend ist, sondern mit anderen, konkurrierenden Rechtsgütern ausgeglichen werden muss. Im Fall des Gesundheitssystems mit der prinzipiellen Ressourcenknappheit und der Verteilungsnotwendigkeit zwischen konkurrierenden Ansprüchen. Im Fall des Schwangerschaftsabbruchs mit den Rechten besonders der Mütter. Das Grundgesetz bildet diesen Zusammenhang ab, indem es einen Vorbehalt vorsieht, wonach der Gesetzgeber das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit auf Grund eines – mit einfacher Parlamentsmehrheit beschlossenen – Gesetzes einschränken kann. Das geht so weit, dass die Polizeigesetze der Länder u.a. einen tödlichen Schuss vorsehen, mit dem etwa der Geiselnnehmer gezielt von der Polizei getötet werden darf, um das Leben der Geisel zu retten.⁴

Möglicherweise irritiert Sie an dieser Stelle bereits, dass das Grundgesetz das Recht auf Leib und Leben unter einen bloß einfachen Gesetzesvorbehalt stellt. Denn es gibt andere Grundrechte, beispielsweise die Glaubens- und Gewissensfreiheit oder die Wissenschaftsfreiheit, die deutlich besser geschützt sind. Sie dürfen nur aus Gründen eingeschränkt werden, die ebenfalls Verfassungsrang haben.

III.

Die Grundrechtseinschränkung läuft auf den Prüfungspunkt einer Abwägung hinaus. Der Gesetzgeber und die Verwaltung müssen einen legitimen Zweck definieren, weshalb sie abstrakt oder in einem konkreten Fall ein Grundrecht einschränken. Diese ergriffene Maßnahme muss sodann geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen, muss erforderlich, d.h. das mildeste Mittel dazu sein und schließlich müssen Zweck und Mittel in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen. Also, pointiert in Alltagssprache: Der Staat darf nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen.

Die verhältnismäßige Einschränkung von Grundrechten durch die öffentliche Gewalt lässt sich auf dem Rechtsweg zunächst vor den Verwaltungsgerichten, am Ende des Tages mit dem „Gang nach Karlsruhe“ überprüfen. Wir haben das gerade in Niedersachsen erlebt, als das OVG Lüneburg Mitte Dezember die von der Landesregierung beschlossene 2G-Regelung im Einzelhandel als unverhältnismäßig außer Vollzug gesetzt hat.⁵ Und wir haben auch beobachten können, dass solch eine Entscheidung erhebliche Kritik auslöst.

⁴ § 76 Abs. 2 Nds. SOG: „(2)¹ Schusswaffen dürfen gegen Personen nur gebraucht werden, um angriffs- oder fluchtunfähig zu machen. ² Ein Schuss, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist“

⁵ OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.12.2021, 13 MN 477/21; Pressemitteilung unter <https://bit.ly/3ISewEF>.

In der Pandemie hat der fachgerichtliche Rechtsschutz überwiegend gut funktioniert. Eine empirische Studie von zwei Juristen, deren Daten durch ein IT-Verfahren aus 2.300 Entscheidungen zwischen März 2020 und September 2021 gewonnen wurden – so etwas gibt es mittlerweile auch in der Rechtswissenschaft –, errechnet eine „Freiheitsquote“ von 18%. Damit ist gemeint, dass die Antragsteller und Kläger gegen Corona-Maßnahmen vor Verwaltungsgerichten in 18% der Fälle obsiegten – der Anteil liegt sogar leicht höher als in den Vor-Corona-Zeiten, so dass die Autoren zu dem Ergebnis kommen: „Während der Pandemie wurde der allgemeine Freiheitsschutzstandard auch bei der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Corona-Maßnahmen gewahrt.“⁶

Der Verfassungsrechtsschutz, also im Wesentlichen Eilverfahren und die Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht, hat eine differenziertere Zwischenbilanz. Nachdem Karlsruhe im Frühjahr 2020 in zahlreichen Kammerentscheidungen einzelne Grundrechtsfragen klären konnte, etwa die Versammlungsfreiheit gegen zu starke Beschränkungen schütze, ist das Verfassungsgericht bis in den Herbst 2021 weitestgehend still geblieben. Das ist bemerkenswert, weil Karlsruhe in der Bundesrepublik nahezu in jedem gesellschaftlichen Konflikt angerufen worden ist und diese früher oder später mit seinen Entscheidungen befriedet hat. Nachdem deutlich und zunehmend Kritik am Schweigen des Bundesverfassungsgerichts zu vernehmen war, hat dessen Erster Senat mit den beiden Beschlüssen vom 19. November 2021 sich zur „Bundesnotbremse“ geäußert.⁷ Die Entscheidungen betrafen jedoch allein die grundrechtsintensiven Eingriffe durch Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen sowie durch Schulschließungen durch ein Gesetz, das zum Entscheidungszeitpunkt bereits wieder außer Kraft getreten war. Alle weiteren Beschwerden, etwa wegen Beschränkungen wirtschaftlicher Aktivität, sind weiterhin offen.

Das Bundesverfassungsgericht blieb seiner bereits im Frühjahr 2020 gewählten Linie treu, Parlamenten und Regierungen einen weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum bei der Pandemiebekämpfung zuzugestehen. Soweit ich sehe, waren Beschwerdeführer aus hunderten von Verfahren nur in Eilfällen im April 2020 erfolgreich. Zwei Verfahren betrafen die erwähnte Versammlungsfreiheit, eines die Religionsfreiheit. Es ging jeweils darum, ein generelles Verbot durch die Ermöglichung von Ausnahmen zu lockern. Die meisten Eilanträge und Beschwerden wurden für unzulässig erklärt.

In den beiden Beschlüssen zur „Bundesnotbremse“ vom November 2021 werden Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen sowie Schulschließungen zwar als schwere Eingriffe klassifiziert, die nur bei schwerwiegenden Rechtsgutsgefährdungen zur Verfügung stünden. Als Teile eines Gesamtkonzepts der Pandemiebe-

⁶ Kruse/Langner: Covid-19 vor Gericht: Eine quantitative Auswertung der verwaltungsgerichtlichen Judikatur, *Neue Juristische Wochenschrift* 2021, S. 3707 (3711).

⁷ BVerfG, Beschl. des Ersten Senats v. 19.12.2021, 1 BvR 781/21 u.a. (Bundesnotbremse I) und 1 BvR 971/21 (Bundesnotbremse II).

kämpfung seien diese jedoch aus Gesetzgeberperspektive unverzichtbar gewesen. Und da der Gesetzgeber seine Einschätzungen und Prognosen auf tragfähige Grundlage gestützt habe, seien die Maßnahmen auch verhältnismäßig. Auch störte sich das Bundesverfassungsgericht nicht daran, dass der Bundesgesetzgeber die Notbremse als selbstvollziehendes Gesetz ausgestaltet hatte, u.a. um den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz – also z.B. das OVG Lüneburg – auszuschalten. Denn gegen ein Bundesgesetz gibt es unmittelbaren Rechtsschutz allein in Karlsruhe. Befürworter dieses Ansatzes fühlen sich durch die Entscheidung des OVG Lüneburg denn auch bestätigt.

Die beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben teilweise erhebliche – und aus meiner Sicht beachtenswerte – Kritik ausgelöst. Der in Münster lehrende Verfassungsrechtler Lepsius bemängelte pointiert, die Richter zeigten „verfassungsrechtliche Abstinenz“ und hätten es versäumt, das Gesamtschutzpaket an hoheitlichen Pandemiemaßnahmen aufzuschneiden und konkret auf deren jeweilige Beeinträchtigungswirkung zu prüfen.⁸

Mit ein paar Wochen Abstand ist festzuhalten, dass Grundrechte bei den Alltagsbeschränkungen als Argument gegen hoheitliche Maßnahmen nahezu keine Rolle mehr spielen. Die zackigen Beschlüsse des Ersten Senats, die nicht die differenzierte und detaillierte Kontrolldichte früherer und paralleler Entscheidungen erreichen, haben der Politik weitgehend freie Hand gegeben; jedenfalls solange – das ist wichtig – die Politik ihre Einschätzungen und Prognosen auf tragfähige Grundlagen stellt. Während man in der Schweigephase des Gerichts noch mit einem strengen Votum aus Karlsruhe rechnete, ist die drohende Verfassungswidrigkeit einer gegen die Pandemie gerichteten Maßnahme allenfalls noch in der aktuellen Debatte über eine allgemeine Impfpflicht bedeutsam. Für manche Fundamentalkritiker und Impfgegner hat sich das Bundesverfassungsgericht damit auf die Seite der Unfreiheit gestellt, was u.a. mit der personellen Politisierung des Gerichts erklärt wird.

Und damit sind wir bei der Rolle der Wissenschaft in der Pandemie angelangt, die ich gerne in das Gesamtbild des Grundrechtsschutzes einbinden möchte. Ich habe als Jurist heute die wohl einmalige Gelegenheit, auch zu Naturwissenschaftlern und Medizinern zu sprechen.

IV.

In der Corona-Pandemie handeln Parlamente und Verwaltungen unter Unsicherheit. War der Kenntnisstand im Frühjahr 2020 beim Auftreten des Wildtyps und der Alphavariante des Coronavirus noch gering und bestand dennoch Handlungsbedarf, hat sich das Wissen über die Sequenz des Virus und seiner Varianten, über Infektionswege und Erkrankungen und Therapie stark vergrößert. Mittlerweile gibt es Tests, Impfstoffe und Medikamente gegen schwere Krankheitsverläufe. Ist der moderne Industriestaat ohnehin schon auf Fachwissen intern wie extern angewiesen

⁸ Lepsius, Zerstörerisches Potential für den Verfassungsstaat, v. 03.12.2021, zugänglich unter <https://bit.ly/3qHtepY>.

– spezialisierte Behörden wie das Robert-Koch-Institut (RKI) zeigen das in unserem Kontext – erhöht sich die Notwendigkeit einer Kooperation mit der Wissenschaft in der Pandemie noch einmal. Das Geschehen ist nämlich dynamisch und nur die forschungsbasierte Medizin und die Naturwissenschaften sind in der Lage, rasch Auskunft zu erteilen und den Wissensbestand entscheidend zu erhöhen.

So hat die Politik in Bund und Ländern sich denn auch mit Beiräten ausgestattet und mit Beratergruppen umgeben. Andere haben von sich aus Initiative ergriffen und sich in die öffentliche Debatte eingeschaltet. Neben dem etablierten Feld der Politikberatung hat die Wissenschaftskommunikation Hochkonjunktur – auch unsere Akademie will diese verstärkt angehen, was wiederum von der sie finanzierenden Politik erwartet wird.

Wir haben bereits gesehen, dass der Grundrechtsschutz besonders mit Wissenschaft verknüpft ist, wenn Politik und Verwaltung unter Unsicherheit handeln müssen. Die auf den Einschätzungs- und Beurteilungsspielräumen gestützten Maßnahmen haben vor Gericht Bestand, wenn die öffentliche Gewalt ihr Handeln auf das verfügbare Wissen stützt, also etwa Studien anführt, die das Infektionsgeschehen substantiieren. Politik und Verwaltung ziehen daraus Schlussfolgerungen für Kontaktbeschränkungen oder für die Abläufe in Schulen und Universitäten.

Die funktionale Grenze zwischen Wissenschaft und Politik kann in diesen Konstellationen sehr dünn werden und sogar verwischen. Wissenschaft funktioniert – systemtheoretisch gesprochen – nach dem Code wahr/unwahr. Die Politik hingegen operiert mit dem Code Macht/Nicht-Macht. Entsteht nun der Eindruck, ob zu Recht oder unrecht sei dahingestellt, Wissenschaftler gestalten den Pandemiealltag der Bürger als notwendige Schlussfolgerungen aus ihren Erkenntnissen, kann es passieren, dass sie von anderen Akteuren nach dem politischen Code behandelt werden. So kommen Schlagzeilen wie die von den „Lockdownmachern“ zustande.

Die Vertreter der Wissenschaft sind entsetzt und mahnen mehr Sachlichkeit oder beschweren sich.⁹ Wir verstehen, was gemeint ist. Doch ist die Aufforderung zu „mehr Sachlichkeit“ auch seltsam, denn eine mediale Öffentlichkeit kann und will sich nicht an Rationalitätsstandards der Wissenschaft ausrichten. Sie muss die Themen für ihr Publikum „übersetzen“. Andernfalls kommt es zu einer Epistemisierung des Politischen, also der Verwissenschaftlichung von politischen Entscheidungen, die nicht mehr mit Mehrheit parlamentarisch entschieden werden, sondern mit der besseren Studie oder durch den reputationsreicheren Experten.¹⁰ Es kommt in der öffentlichen Debatte dann darauf an, den angeseheneren Modellierer oder die smartere Physikerin als Gegenexperten zu präsentieren, durch den die ersten Aussagen neutralisiert werden.

⁹ Allianz der Wissenschaftsorganisationen: Aufruf zu mehr Sachlichkeit in Krisensituationen, Aufruf vom 06.12.2021, zugänglich unter <https://bit.ly/3eySZD2>.

¹⁰ Bogner, Die Epistemisierung des Politischen, 2020; Heinig, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* Bd. 81 (2020), S. 179 f.

Politik bedeutet demgegenüber die Auswahl aus einem Möglichkeitsraum unterschiedlicher bestreitbarer Standpunkte; so dass politisches, d.h. in einer liberalen Ordnung wie der Bundesrepublik – demokratisch legitimiertes – Entscheiden jedenfalls solange möglich ist, wie es mehr als eine einzige Möglichkeit der Reaktion gibt.

Wenn Naturwissenschaftler das akute Pandemiegeschehen also mit verwaltungspraktischen Schlussfolgerungen verknüpfen – die Schulen müssten geschlossen werden, harte Kontaktbeschränkungen seien unumgänglich, eine No covid-Strategie sinnvoll –, dann verengen sie mit ihrer Expertise den Möglichkeitsraum. Das voluntative Element der Demokratie wird eingeschränkt. Das wiederum wird, jedenfalls teilweise, als Grenzübertretung ins Politische betrachtet und entsprechend beantwortet. Schließlich ist aus meiner Sicht auch die Wissenschaftsleugnung, die wir in der Pandemie leider beobachten, ebenfalls eine Gegenstrategie. Wer sich der Epistemisierung des Politischen entziehen will und keinen Gegenexperten präsentieren kann, der erklärt die Bedeutung der Wissenschaft für die Pandemiebekämpfung für irrelevant.

Aber können uns in dieser Lage des „Science War 2.0.“ nicht die Grundrechte helfen? Zwei kurze Perspektiven darauf. Zunächst: Die Wissenschaft ist ihrerseits vom schrankenlosen Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit geschützt. Allerdings geraten wir bei Schlussfolgerungen aus wissenschaftlicher Erkenntnis in eine Grauzone, weil etwa Äußerungen, welche konkreten Maßnahmen die Verwaltung nun zu ergreifen habe, unter Umständen nicht mehr von der Wissenschafts-, sondern nur von der Meinungsfreiheit geschützt sind. Wissenschaftler sind in dieser Hinsicht auch nur Bürger wie die anderen Menschen im demokratischen Prozess des „Kampfes der Meinungen“.

Sodann: Die Grundrechte können helfen, wenn sich der Möglichkeitsraum für Politik und Verwaltung so verengt, dass nur noch wenige oder sogar nur eine Option möglich sind. Die Schutzpflicht verdichtet sich zum spezifischen Imperativ. Wir können auch diese Strategie in der Pandemie beobachten, wenn selbst von Juristen geäußert wird,¹¹ beim Leben handele es sich um den Höchstwert des Grundgesetzes, weshalb nahezu jede Beschränkung erlaubt, wenn nicht geboten sei. Wir müssen nicht allein eine Äußerung von Alt-Bundestagspräsident Schäuble vom April 2020 zitieren, der diese Hierarchisierung ausdrücklich zurückgewiesen hat.¹² Der Feuerwehrmann und die Polizistin sind geradezu dienstlich verpflichtet, ihr Leben aufs Spiel zu setzen. Und auch der Versuch, das Leben über die Garantie der Menschenwürde abwägungsfest zu machen, muss scheitern – ich hatte Ihnen erläutert, dass

¹¹ Vgl. Volkmann, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* Bd. 81 (2021), S. 203 f.

¹² Schäuble, *Tagesspiegel*, 26.4.2020. „Selbstverständlich ist das Recht auf Leben kein ‚Supergrundrecht‘, [...] er [der Staat] darf sogar bewusst in Kauf nehmen, dass Menschen aufgrund staatlicher Entscheidung von fremder Hand sterben.“ In unserem Fall wären also die tödlichen Viren die fremde Hand; vgl. auch Heinig/Kingreen et al, *Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise*, in: *Juristenzeitung* 2020, S. 861 (864).

das Grundrecht auf Leib und Leben sogar unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt steht. Die Operationalisierung der Menschenwürde wie auch das Wertedenken zur Falllösung führen in diesem Fall in trübe Gewässer.

Ich erinnere daran, dass neben den Opfern des Virus und vulnerablen Menschen auch die Gastwirte, die Schüler, Studenten, Wissenschaftler und Unternehmer über Würde verfügen – Bevölkerungs- und Berufsgruppen, die teilweise als Objekte behandelt werden, wenn ihre Aktivitäten trotz geringem oder nicht eindeutig lokalisierbarem Infektionsrisikos empfindlich eingeschränkt werden. Und schlussendlich berufen sich auch Impfgegner und Querdenker auf ihre Würde, über die sie zweifellos verfügen, auch wenn eine allgemeine Impfpflicht vom Gesetzgeber beschlossen werden sollte.

V.

Je länger die Pandemie und die Beschränkungen des Alltags dauern, umso mehr Aufmerksamkeit erhält der öffentliche Widerspruch in Wort und Tat. Viele sind irritiert über das Auftreten und die Thesen von Querdenkern, Impfgegnern und Radikalen.

Ende des Jahres 2021 waren laut Impfdashboard 12,7 Mio. Menschen über 18 Jahre nicht geimpft. Und selbst wenn darunter ein substantieller Teil von Menschen sein sollte, der sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen kann, bleiben noch Millionen übrig, denen die moralische Pflicht diesen Schritt nicht gebietet oder zumindest die Solidarität mit denjenigen, die wegen der angespannten Lage des Gesundheitssystems nicht die notwendige Behandlung erhalten oder an ihrer Bildung und Ausbildung Schaden nehmen.

Das Denken in Grundrechten hilft an dieser Stelle nicht recht weiter, so mein Eindruck. Wir könnten, wie es vor allem in der Europäischen Union praktiziert wird, die Grundrechte auch zwischen Privaten anwenden. Also könnten wir Schüler ermutigen, sich auf ihr vom Bundesverfassungsgericht gerade neu geschaffenes Grundrecht auf schulische Bildung (Artikel 7 Abs. 1 GG) zu berufen oder den Tumorpatienten auf sein Recht auf körperliche Unversehrtheit hinweisen.¹³ Doch was wäre damit gewonnen?

Meine ad hoc-Konstruktion der sogenannten Drittwirkung der Grundrechte, also der Grundrechtsanwendung zwischen Privaten ohne Staatsbeteiligung, zeigt deutlich, dass am Ende die Pflicht zur Impfung oder die Zwangsquarantäne stünden, die Bund und Ländern durchgesetzt werden müssten. Denn ein Schüler kann sein Recht auf schulische Bildung einfordern und gut behaupten, ein Ungeimpfter trage zu dessen Vereitelung kausal bei. Der Betroffene wird sich jedoch auf sein eigenes Grundrecht berufen und zugleich kann die Drittwirkung den Zustand nicht unmittelbar gestalten. Dazu bedarf es eines hoheitlichen Tätigwerdens und damit wären wir am Anfang unserer Überlegungen.

¹³ Mangold, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* Bd. 81 (2021), S. 12f.

Abschließend möchte ich aber doch einen Versuch wagen, ob zumindest das tief im öffentlichen Handeln verankerte Grundrechtsdenken möglicherweise doch einen Beitrag zur unübersichtlichen Gegenwartslage leistet.

Der einstweilen substanzielle Teil der Gesellschaft, der sich den Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung entzieht und dem Impfen verweigert, betätigt einen Individualismus, der abstrakt betrachtet, dem Bild eines mündigen, seiner Rechte bewussten Bürgers entspricht. Es grenzt an ein Paradox, dass diese Kreise einen Eigensinn pflegen, eine Singularität zeigen, die die Politik, die Medien und der Zeitgeist fordern und mit erheblichem Aufwand fördern – nur, so ist entnervt hinzuzufügen, nicht in dieser konkreten Ausprägung.¹⁴ Wenn wir den Menschen in seiner Individualität feiern und in den Mittelpunkt des Grundgesetzes stellen, wenn wir im Eigensinn also als eine Tugend sehen, Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit gewährleisten und das Handeln dem Gewissen als höchster Instanz unterstellen, dann können wir uns nicht wundern, wenn in einer Krise nicht alle Bürger das Vernünftige tun und „dem Richtigen“ folgen. Denn das Richtige in einer liberalen Demokratie kann nur von der gewählten Mehrheit in einem parlamentarischen Verfahren festgestellt werden und unterliegt der Reversibilität bei einem Machtwechsel.

Es kommt hinzu, dass im Fall der Corona-Pandemie die Rollen vertauscht zu sein scheinen. Libertäre, die eine staatskritische Prägung haben, fordern die Impfpflicht. Anthroposophische und esoterische Milieus aus dem Südwesten¹⁵ streben dasselbe Ziel an wie harte Rechtsradikale aus dem Osten, nämlich ein Leben möglichst ohne Beschränkungen und ohne Impfpflicht.

Das Leitbild einer möglichst diversen Gesellschaft, einer Gesellschaft, die die Differenz und die Unterschiedlichkeit feiert und jedwede Homogenitätsvorstellung verachtet, wird mit den unerwarteten Folgen der Fragmentierung konfrontiert. Und die Antwort ist teilweise unerwartet autoritär, wenn ich an den Ton denke, in dem mittlerweile über Ungeimpfte gesprochen wird und die Durchsetzung des faktischen Versammlungsverbots gegen Corona-Maßnahmen eingefordert wird. Den harten Äußerungen gegen Menschen, die sich dem staatlichen Steuerungsanspruch nicht beugen wollen, steht eine Haltung vor der Pandemie gegenüber, die für deviantes Verhalten viel Verständnis und Nachsicht zeigte.

Zeitgleich bemühen sich Politik und Verwaltung um den Grundrechtsschutz primär zum Schutz des Rechts auf Leib und Leben, wobei sie der Gesamtbevölkerung erhebliche Lasten auferlegen. Erst allmählich kommt zu Bewusstsein, dass eine moderne Industrie- und Wohlfahrtsgesellschaft sich in einem Rahmen bewegt, der auf einer leistungsfähigen Wirtschaft, Wissenschaft und Bildung beruht. Anders formuliert, die abzuwägenden Güter sind jedenfalls im zweiten Jahr der Pandemie deutlich umfangreicher. Auch hat der Staat die Pflicht, bestehende Wissenslücken aktiv zu schließen, indem Studien beauftragt, Expertise eingekauft und die vorhandenen Ressourcen ausgeschöpft werden.

¹⁴ Libertäre verteidigen die Impfpflicht, NZZ vom 07.12.2021.

¹⁵ FAZ vom 04.12.2021, S. 10.

Denn welche Veränderungen wird eine Gesellschaft erfahren, in der stationäre Einzelhändler, Gastronomen und vergleichbare Selbständige wie auch Kulturschaffende keine Zukunft haben und stattdessen auf den Staat angewiesen sind, weil sie zu Bedürftigen geworden sind? Die Grundrechte dieser Menschen sind kein Privileg,¹⁶ sondern sind ebenso ursprünglich wie das Grundrecht des Schutzes von Leib und Leben.

Eine freiheitliche Gesellschaft in einer liberalen Demokratie wird von allein plural. Was sie als politische Gemeinschaft zusammenhält, scheint uns zunehmend ein Rätsel zu werden.

Der Ethikrat hat in seiner ad hoc-Stellungnahme kurz vor dem Weihnachtsfest mit knapper Mehrheit der Politik eine allgemeine Impfpflicht für Erwachsene empfohlen. Tragendes Argument dieses Mehrheitsstandpunktes ist der Hinweis auf die Gesellschaft als Ganzes. Das Ziel solle die „weitgehend[e] Wiederherstellung von sozialer, kultureller und ökonomischer Normalität und der Verhinderung regelmäßiger starker Beschränkungen des gesellschaftlichen Lebens von hoher ethischer Relevanz“ sein.¹⁷ Mit diesem Ansatz verbreitert der Ethikrat den legitimen Zweck hoheitlicher Grundrechtseingriffe, der Ausgangspunkt der erwähnten Verhältnismäßigkeitsprüfung ist.

Es geht nicht mehr darum, ob die 2G-Regelung im Einzelhandel das Infektionsgeschehen begrenzen hilft – das OVG Lüneburg hatte daran berechnete Zweifel. Es geht stattdessen darum, ob eine allgemeine Impfpflicht notwendig ist, um wiederkehrende Beschränkungen im Rahmen immer neuer Infektionswellen und Virusvarianten auszuschließen. Eine gesetzliche, parlamentarisch beschlossene Pflicht könnte auch Entlastungswirkung für die Debatte und die Gegensätze haben. Denn Bürger könnten aus ihrer Minderheitenposition heraus anerkennen, dass sie der demokratischen Mehrheitsentscheidung folgen, zumal das Geforderte keine gewichtigen unmittelbaren Nachteile mit sich bringt. Die momentane Strategie des Moralisiereins und des Nudging, d.h. der indirekten Verhaltenslenkung durch Erschwerung des Alltags für Ungeimpfte,¹⁸ teilt die Gesellschaft in Gute und Böse, in Gewinner und Verlierer. Ihr fehlt mit Blick auf die Grundrechte das offene Visier nationaler Bürokratie.

Auch wenn dieser Ansatz aus meiner Sicht viel Sympathie verdient und einen Weg in die Normalität weist, ist zugleich Vorsicht geboten. Was die Grundrechte in der Coronabilanz besser schützt, könnte mittelfristig die Grundrechte sogar stärker unter Druck setzen.

Corona ist ein Belastungstest für das Recht, seine Institutionen und die Wissenschaft. Kritische Stimmen, etwa zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, werden an ihre Verantwortung für das Ganze erinnert. Den Außenseitern

¹⁶ Nettesheim, FAZ-Einspruch, 04.01.2021

¹⁷ Ethikrat, Frage einer allgemeinen gesetzlichen Impfpflicht, ad hoc-Empfehlung vom 22.12.2021, S. 15.

¹⁸ Di Fabio, Freiheit und Pflicht, Interview, FAZ v. 30.12.2021, S. 6.

sollen keine Stichworte und oder sogar Argumente im Meinungskampf geliefert werden. Kritik um ihrer selbst willen, Kritik als Lebensentwurf, hat deutlich an Attraktivität eingebüßt und kann ein Reputationsrisiko sein.

Der Berliner Soziologe Reckwitz hat jüngst eine feine Beobachtung veröffentlicht, wonach die seit den 1970er paradigmatische Entfaltung individualistischer Werte an ein Ende kommt. Gerade in der Corona-Pandemie lässt sich feststellen, dass das Argument kollektiver Pflichten, dass das Gemeinwohl selbst kommandierender Generationen einen Resonanzraum erzeugt. Dieses Mal geht es nicht um traditionelle Pflichten, sondern es geht um eine universelle Pflichtethik auf wissenschaftlicher Grundlage.¹⁹

Dann wären wir erneut beim Ausgangspunkt angelangt. Die Grundrechte wären in ihrer Abwehrdimension gegen hoheitliche Gewalt gefordert. Allerdings müssten sie sich als partikulares subjektives Recht dann gegen den rationalistischen Monismus globaler Zwecke behaupten.

¹⁹ Reckwitz, Die Pflicht ruft, Die ZEIT v. 15.12.2021 (online). Vgl. auch Habermas, *Blätter für deutsche und internationale Politik*, September 2021, <https://bit.ly/3F1L4Kf>: „Demgegenüber muss der Staat im Kriegs- oder Katastrophenfall, oder wenn es sich wie in der Pandemie um eine Herausforderung von seiten unbeherrschter Naturprozesse handelt, gegen eine von außen kontingent einbrechende und das Kollektiv – als ganzes oder in Teilen – überwältigende Gefahr außerordentliche und gegebenenfalls asymmetrisch beanspruchte solidarische Kräfte der Bürger aufbieten.“