

## Die Rückkehr der Grundrechte

Von Udo Di Fabio

Der „Lockdown“ ist in seiner Breite der massivste Grundrechtseingriff in der Geschichte der Bundesrepublik. Die weltweiten Reaktionen auf das Coronavirus sind historisch einmalig. In China wurde eine Provinz mit ihren etwa 60 Millionen Einwohnern seit Ende Januar für viele Wochen abgeriegelt und jegliches öffentliche Leben durch eine Quasi-Quarantäne „heruntergefahren“. Das Vorgehen wurde global zum Leitbild – gerade auch in Europa, als sich Norditalien zu einem Infektionsbrennpunkt entwickelte. In Deutschland wurde zuerst nur ein mäßiges Risiko vermutet, in der zweiten Märzhälfte dann aber eine pandemische Katastrophenlage angenommen. Die Lockdown-Entscheidung des Bundes und der Länder wurde getroffen, als viele Menschen im Land bereits in Sorge und Angst nach klaren Regeln riefen. Die harte Linie wirkte geradezu wie eine Verbeugung vor der Mehrheitsstimmung, aber das war sie nicht. Präsent waren nicht nur Bilder von überforderten Intensivstationen und Fernsehberichte über massenhafte Todesfälle, sondern es gab wissenschaftlich begründeten Anlass zur Annahme eines schwer abschätzbaren, weltweit gefährlichen, neuen Infektionsgeschehens. Bei dieser Gefahrenabschätzung geht es nicht darum, was wir heute wissen und morgen wissen werden, sondern um das, was damals in der zweiten Märzhälfte 2020 tatsächlich bekannt war.

Das Grundgesetz kennt keinen Ausnahmezustand, der es erlauben würde, die Grundrechte außer Kraft zu setzen. Aber in einer Katastrophenlage, in der die Gefahr für kaum übersehbare Schäden an geschützten Rechtsgütern wie Leben und Gesundheit droht, lassen sich auch flächendeckende, intensive staatliche Eingriffe in eine Vielzahl von Grundrechten rechtfertigen. Das wirkt wie ein Blankoscheck, ist es aber nicht. Denn die Grundrechte verlangen nicht nur nach guten Gründen für den Eingriff, sondern immer auch nach einer Abwägung. Es geht um die berühmte Verhältnismäßigkeit: In Grundrechte darf nur schonend

eingegriffen werden, kein Eingriff darf unzumutbar sein und auch der Gleichheitsgrundsatz gilt.

In der ersten Phase der gegenwärtigen pandemischen Infektionslage breitet sich ein unbekanntes Virus mit exponentiellen Zuwachsraten aus, schwere Gesundheitsschäden sind medizinisch nicht abwendbar oder die Kapazitäten dafür reichen nicht aus; es drohen massive Schäden an Leben und Gesundheit. In dieser Phase 1 des aktuellen Infektionsgeschehens, der Katastrophenphase, mussten Verhältnismäßigkeitsabwägungen angesichts der Größe der Gefahr und der unerbittlichen Notwendigkeit einer wirksamen und raschen Eindämmung zurücktreten. Gottlob haben wir die erste Phase verlassen und befinden uns nun in einer zweiten Phase der erhöhten epidemischen Gefahrenlage. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass eine exponentielle Ausbreitungsgeschwindigkeit zwar nicht mehr feststellbar ist und medizinische Versorgungskapazitäten als ausreichend angesehen werden können, das Infektionsgeschehen in seiner Entwicklung aber weiterhin nicht genau abschätzbar und ein Rückfall in die Katastrophenlage mit Verweis auf eine zweite oder dritte Infektionswelle nicht sicher auszuschließen ist. In dieser zweiten Phase kommen die Grundrechte wieder stärker zur Geltung. Man mag es politisch oder epidemiologisch bedauern, aber jetzt treten Gerichte auf den Plan, die nach der Unzumutbarkeit von Kontaktbeschränkungen im engsten Familienkreis oder des Verbots von politischen Versammlungen ebenso fragen wie nach der Konsistenz der Maßnahmen gemessen am Gleichheitsgrundsatz. Die Gerichte werden in der Phase 2 angesichts der Möglichkeit einer erneuten Dramatisierung des Infektionsgeschehens ihre Kontrolle zurückhaltend ausüben und den Einschätzungsspielraum der politisch Verantwortlichen berücksichtigen. Maßnahmen der Kontaktbegrenzung insbesondere zur Verhinderung neuer Infektionsschwerpunkte (Massenevents/Superspreadings) sind mit epidemiologischen Begründungen weiter gerechtfertigt. Gut wäre es, wenn wir recht bald in die Phase 3 einer nur noch fortbestehenden epidemischen Risikolage ohne Rückfallgefahr in die Katastrophensituation und jenseits dessen dann in die Phase 4 der Rückkehr zum (möglicherweise etwas veränderten) Alltag gelangen könnten.

Aber heute befinden wir uns noch in der zweiten Stufe einer erhöhten epidemischen Gefahrenlage. In dieser schwierigen Phase liegt der Ball vor allem im Spielfeld der politisch Verantwortlichen in Bund und Ländern. Während in der bereits hinter uns liegenden

Katastrophenphase praktisch nicht abgewogen, sondern „nur“ entschlossen gehandelt werden musste, kommt es jetzt auf politisch konzeptionelle Gesamtabwägungen an. Diese können im Kern weder von Virologen noch von Gerichten vorgenommen werden. Jede Regierung, jedes Parlament wird sich in einer Pandemie des wissenschaftlichen Rates versichern. Aber kein Virologe oder Immunologe kann entscheiden, welche Folgewirkungen bei einem fortgesetzten Lockdown gesellschaftlich hingenommen werden sollen.

In dieser durch Ungewissheit gekennzeichneten Situation kommt es zum politischen Streit zwischen den Anhängern des epidemischen Vorsichtsprinzips, die unter allen Umständen ein Wiederaufflammen der erheblichen und schnellen Ausbreitung des tückischen Virus verhindern wollen, und denjenigen, die unter Hinweis auf unkalkulierbare soziale und wirtschaftliche Folgewirkungen auf Lockerungen drängen. Wenn man sich politisch in einem Entscheidungsdilemma befindet, sollte man der jeweils anderen Position nicht ihre sachliche oder moralische Berechtigung absprechen. Und man sollte nicht leichtfertig Manipulationsvorwürfe in Richtung Wissenschaft formulieren. Die Wissenschaft ist kein Versandhaus, welches das politisch gewünschte Wissen auf Bestellung prompt frei Haus liefert. Ein noch unbekanntes Virus zeichnet sich genau dadurch aus, dass wir es wissenschaftlich nicht genau kennen. Die zu erwartenden Infektionen und die individuellen Infektionsverläufe sind nicht per Röntgenblick quer durch die Gesellschaft erkennbar. Niemand weiß heute exakt, wie viele Menschen in Deutschland infiziert sind, wer wie lange immun ist, wie genau der Schädigungsverlauf der Virusattacke abläuft, mit welcher Übersterblichkeit oder mit welchen Langzeitfolgen wirklich gerechnet werden muss. Die Wissenschaft liefert in der Krise, die auch eine Wissenskrise ist, nur bruchstückhaft Informationen und sie korrigiert sich, wenn sie über besseres Wissen verfügt. Das ist kein Skandal, sondern bei offenen Forschungsfragen normal. Virologen sind auch nicht zur Herrschaft berufene Technokraten, sondern nur unentbehrliche Berater für diejenigen, die entscheiden müssen und dazu demokratisch legitimiert sind.

Der politische Disput in Phase 2 muss ausgetragen werden, aber – um es mit einem Modewort zu sagen – „achtsam“. Beide Positionen, das Beharren auf dem Vorsichtsprinzip und der Ruf nach konzeptionell klaren Lockerungen, haben sachliche Gründe - und beide bleiben riskant. Wer jetzt allzu rasch gesellschaftlichen Normalbetrieb erreichen will – und das sind nicht nur

Politikerinnen und Politiker, sondern eine wachsende Zahl von Menschen im Land – riskiert den Rückfall in die Katastrophensituation. Wer aber auf der Bremse des Lockdowns zu sehr stehen bleibt, der riskiert, eine Verursachungskette gesellschaftlicher Schäden auszulösen, die nicht nur wirtschaftlicher Art sein werden.

An dieser Stelle wird wieder eine drängende Frage an das Verfassungsrecht gestellt. Verbietet sich nicht im Fall der Rettung von Menschenleben jede Abwägung mit anderen Rechtsgütern? Erweist sich demnach nur die Vorsichtsoption als verfassungsgemäß? Der Präsident des Bundestages hat recht. Es gibt einen absolut geltenden Würdeschutz, aber das menschliche Leben gilt nicht absolut, obwohl es eines der Höchstwerte der Verfassung ist. Der Staat schuldet ein bestimmtes – hohes – Maß an Lebensschutz, aber keinen absoluten. Der demokratische Verfassungsstaat hat die Aufgabe, Freiheit und Sicherheit in der Balance zu halten. Es verstößt somit nicht gegen die Verfassung, wenn sich der demokratische Gesetzgeber entschließt, um der Freiheit willen bestimmte Risiken und daraus resultierende Schäden – unschön als „sozialadäquat“ beschrieben – hinzunehmen. Wir können nicht einfach den Straßenverkehr, das Skifahren, den Bewegungsmangel oder die Fehlernährung mit der Begründung verbieten, all das führe letztlich zu Todesfällen. Den Staat trifft gewiss eine Schutzpflicht für Leben und Gesundheit. Deshalb muss er den Straßenverkehr so ordnen und gestalten, dass die Zahl der Unfallopfer möglichst gering bleibt und immer weiter gesenkt wird, ohne dass die Mobilität der Gesellschaft übermäßig leidet. Das Besondere an der SARS-CoV2-Pandemie liegt darin, dass eine Infektionslage entstanden ist, die zurzeit nicht mit den Kategorien des sozialadäquaten Risikos erfasst werden kann. Bei einer unbekanntenen Bedrohungslage wie dieser – zumal mit nicht nur nationalem, sondern globalem Ausmaß – kommt es zu einer gesteigerten Schutzpflicht. Im Dunkeln muss man sich vorsichtiger bewegen. In der zweiten Phase der Pandemie verfügen die Länder und der Bund indes bereits über einen größeren Gestaltungsspielraum im Hinblick darauf, welche Maßnahmen sie ergreifen wollen. Wenn eine Lockerung nach aktuellem epidemiologischem Wissensstand vertretbar ist, dann kann diese Lockerung auch zugleich verfassungsrechtlich geboten sein, um intensive Freiheitsbeschränkungen abzubauen. Wir brauchen jetzt eine risikoadäquate Lockerung, die konzeptionell gut durchdacht und organisiert ist und die den Bürgern so verständlich gemacht wird, dass unsere Sehnsucht nach Alltag und Begegnung nicht alle gebotene Vorsicht wegspült.

Udo Di Fabio war Richter des Bundesverfassungsgerichts, lehrt heute Öffentliches Recht an der Universität Bonn und ist Mitglied im Expertenrat Corona der nordrhein-westfälischen Landesregierung.