

Lockdown ohne Kontrolle
VON OLIVER LEPSIUS
FAZ 7.12.2020

Ein diffuses Geschehen rechtfertigt diffuse Eingriffe: Die neuen Maßnahmen gegen die Pandemie lassen sich nur noch schwer an der Verhältnismäßigkeit prüfen. Ein Gastbeitrag.

Zur Bekämpfung der Corona-Pandemie ist im November ein neuer Ansatz gewählt worden, der nicht mehr auf Verursachungsbeiträge des Einzelnen (AHA-Regeln) oder die Verantwortung des Betreibers von Einrichtungen (Hygienekonzept) abstellt, sondern ohne Ansehen von Wirkungsketten die Kontaktaufnahmen pauschal reduziert, indem ein gesellschaftlicher Bereich namens Freizeit und Unterhaltung geschlossen wird. Dies führt zu einer einseitigen Lastenverteilung. Sie wird zwar finanziell abgedeckt, doch während Dax-Unternehmen weiter Gewinne machen, dürfen es Einrichtungen, die dem sozialen Leben dienen, gerade nicht.

In erster Linie wirkt sich der Lockdown aber sozial aus, und in dieser Hinsicht ist seine Verhältnismäßigkeit zu diskutieren (das verlangt neuerdings auch Paragraph 28a Absatz 6 des Infektionsschutzgesetzes): Wird die Gastronomie geschlossen, kommt das Vereinsleben zum Erliegen, können Verwandte nicht übernachten – betroffen sind also nicht nur Freizeit und Unterhaltung, sondern die Vereinigungsfreiheit und der Schutz der Familie. Werden Fitnessstudios oder Schwimmbäder geschlossen, leidet darunter die Gesundheit gerade auch der Älteren, die sich dort ihre Beweglichkeit erhalten und kaum aufs Joggen verwiesen werden können.

Vom Lockdown betroffen ist also auch die Volksgesundheit. Solche Effekte haben eine schichtenspezifische Komponente: Wer ein Haus mit Gästezimmer und Schwimmbad besitzt, wird weit weniger betroffen als wer in drei Zimmern wohnt. Freiheit kann nicht ökonomisch kompensiert werden, so aner kennenswert staatliche Hilfspakete sind. Wir sind hier im Verfassungsrecht, nicht im Privatrecht. Es gibt grundrechtlich kein „Dulde und liquidiere“, wie Juristen sagen, also kein: Nimm es hin, solange du entschädigt wirst.

Das verfassungsrechtliche Gebot der Verhältnismäßigkeit verlangt zum einen, die sozialen Kosten der Maßnahmen vollständig und gleichberechtigt in den Blick zu nehmen, zum anderen, Wirkungsketten namhaft zu machen, um die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen beurteilen zu können. Viele Studien haben interessante Aufschlüsse gebracht; „Das Virus verstehen“ ist die Formel dafür geworden. So wissen wir, dass Theater, Museen, Hotellerie und Gastronomie, in der Regel auch Sport, keine Infektionstreiber sind. Auch flüchtige Kontakte (im Supermarkt, in der Bahn), bei denen keine Kommunikation stattfindet, erhöhen das Risiko nicht wirklich. Das Virus liebt Dunkelheit, Kälte und Trockenheit, haben wir gelernt, woraus man umgekehrt schließen darf, dass feuchte, warme Räume, Schwimmbäder also, keine klimatisch günstigen Verbreitungsorte sind.

Pauschale Verbote, rechtliche Rückschritte

Der im November verhängte, in den Dezember verlängerte Lockdown hat uns gegenüber der im Oktober erreichten Auswahl effektiver Strategien und dem Niveau der Rechtfertigungsdiskussion einen Rückschritt gebracht. Diffuses Infektionsgeschehen erschwerte die Nachverfolgung. Dadurch geriet auch die Evidenz der Maßnahmen aus dem Blick. Es wird nicht mehr primär danach gefragt, welchen Beitrag der Einzelne zur

Risikoreduzierung erbringen kann, sondern pauschal ohne Ansehen individueller Präventionsleistungen ein ganzer Bereich stillgelegt, der schon terminologisch als Freizeit und Unterhaltung relativiert wird. Wenn Kontakte nach Schulschluss und Feierabend unterbleiben, so ist die Grundlogik, dann reduziert dies das tägliche Infektionsrisiko pauschal.

Diese Strategie ist Ausdruck einer Hilflosigkeit. Auf diffuses Infektionsgeschehen wird mit diffusem Eingriff reagiert. Verursachungsbeiträge und Wahrscheinlichkeiten spielen keine Rolle mehr. Kritische Nachfragen werden mit dem Hinweis pariert, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass man sich beim Theaterbesuch oder auf dem Weg dorthin infiziere. Solche Negativbeweise aber gibt es nicht. Wer so argumentiert, setzt prozessuale Errungenschaften der Aufklärung aufs Spiel. Die Hexe konnte im Hexenprozess ihre Unschuld auch nicht beweisen. Ist sie also zu Recht verbrannt worden?

Im gegenwärtigen Lockdown kann auch die Eingriffsdimension nicht mehr erfasst werden. Bestimmte Einrichtungen werden für volkswirtschaftlich verzichtbarer gehalten. Aber was bedeutet es etwa für Erstsemester, die am Studienort kein soziales Umfeld aufbauen können, weil die Universität geschlossen ist, Teamsport genauso unmöglich ist wie das Ausgehen? Was für sich betrachtet vielleicht als hinnehmbarer Verzicht erscheinen mag („Freizeit“), nimmt bestimmten Gruppen flächendeckend Entfaltungsmöglichkeiten, die weder politisch noch grundrechtlich sichtbar werden.

Moralisierung des Grundrechtsgebrauchs

Gerade weil die Richtung der Maßnahmen und mit ihr auch die Eingriffsdimension nun diffus geworden ist, wird eine Verhältnismäßigkeitskontrolle schwerer: Wenn keine Wirkungsketten diskutiert werden, weil der Zusammenhang zwischen Ziel und Mittel als undurchschaubar gilt („das Infektionsgeschehen kann nicht mehr nachverfolgt werden“) und Negativbeweise an seine Stelle treten („man kann sich aber theoretisch anstecken“), dann gilt auf einmal die Inanspruchnahme von Freiheitsrechten als ein unsolidarischer, illegitimer Akt.

Man konnte solche Argumentationsmuster in den letzten Wochen immer wieder beobachten. So wird der Kulturszene eine peinliche pathetische Rhetorik und Bedeutungsüberschätzung vorgeworfen, wenn sie auf die Unentbehrlichkeit der Kultur hinweist, ohne zugleich Worte des Mitgefühls und der Empathie mit den Leidenden und Toten zu finden. Hier wird verfassungsrechtlich legitimer Grundrechtsgebrauch moralisiert.

Maskenlosen Demonstranten wird vorgehalten, sie spielten mit dem Leben anderer. Muss, wer die Versammlungsfreiheit betätigt, immer auch zugleich eine staatliche Schutzpflicht erfüllen? Verfassungsrechtlich eindeutig nein. Im Rechtsstaat ist es als Teil des Kundgebungswecks einer Versammlung grundsätzlich erlaubt, gegen Hygieneauflagen zu demonstrieren, indem man gegen sie verstößt. Als Studenten in den sechziger Jahren gegen die Fahrpreiserhöhung der Kölner Straßenbahn eine Kundgebung abhielten, durften sie dazu auch die Gleise am Neumarkt blockieren. Beim Demonstrieren geht es nicht um Individualismus oder Irrationalismus auf Kosten der Gemeinschaft, sondern um politischen Meinungspluralismus in einer offenen Gesellschaft. Insofern indiziert jede politische Versammlung ein Defizit im politischen Prozess oder in der massenmedialen öffentlichen Debatte.

Böte der Rechtsweg eine Alternative? An die Stelle der Politisierung des Diskurses tritt dann seine Juridifizierung. Doch wer kann klagen? Zunächst nur, wer eine Grundrechtsverletzung geltend machen kann. Für ökonomische Belange ist dies leicht, für „Freizeit und

Unterhaltung“ deutlich schwerer, weil kein unmittelbar einschlägiges Grundrecht bereitsteht. Es konnte sich eben zuvor niemand vorstellen, in welcher Pauschalität der Staat auf Freiheitsrechte zugreift. Deshalb gibt es kein korrespondierendes Abwehrrecht. Die als Auffangrecht konzipierte allgemeine Handlungsfreiheit erfasst die Eingriffsdimension nur, wenn man eine Menschenwürdeverletzung hinzunimmt. Das aber wäre wiederum zu viel.

Der Lockdown profitiert von einer grundrechtlichen Untiefe, denn Rechtsschutz kann die aggregierten Freiheitseinbußen einer diffusen Maßnahme nicht angemessen thematisieren. Zudem: Klagen muss man sich finanziell und seelisch leisten können. Die Verhältnismäßigkeit muss folglich gesellschaftlich diskutiert werden. Der Gerichtssaal kann dies nicht ersetzen.

Wer den Diskurs über den Lockdown weder moralisieren noch politisieren noch juridifizieren will, muss also einen aufgeklärten öffentlichen Diskurs führen. Für ihn tragen die Massenmedien eine Gewährleistungsverantwortung. Sich an der Verhältnismäßigkeit zu orientieren wäre das Angebot einer Diskursethik, das nicht ohne die Inanspruchnahme von Freiheitsrechten und die Suche nach Wirkungsketten zu haben ist. Die Kanzlerin hat dieses Angebot jedenfalls rhetorisch aufgegriffen, als sie in ihrer Regierungserklärung vom 29. Oktober die Verhältnismäßigkeit beschwor. Es ist aber an uns allen, die Frage aufzuwerfen, welche Risiken wir für hinnehmbar halten, weil Gerichte diese Frage letztlich nicht beantworten können und die Politik sie momentan nicht beantworten will.

Oliver Lepsius lehrt Öffentliches Recht und Verfassungstheorie an der Universität Münster.