Staatliche Krisenreaktionen und die unteilbare Umwelt für den Grundrechtsgebrauch

Nils Grosche

13.04.2020 doi: 10.17176/20200414-032616-0

Angesichts der in Deutschland und anderswo präzedenzlosen Eingrenzung des rechtlich Erlaubten stehen die begrenzenden Rechtsverordnungen, Allgemeinverfügungen und vollziehenden Maßnahmen des Staates im Zentrum grundrechtlicher Aufmerksamkeit. Freiheitsschonendere Alternativen werden in erster Linie durch das Prisma der Erforderlichkeit in den Blick genommen. Sich in einer Pandemielage *gegen* Beschränkungen zu entscheiden, erscheint grundrechtlich unverdächtig. Doch wäre es das tatsächlich? Im Folgenden werden zwei unterschiedliche Szenarien einer solchen Entscheidung vorgestellt und es wird ein näherer Blick auf die Folgen für den individuellen Grundrechtsgebrauch geworfen. Es zeigen sich Grundrechtsfragen, die im Ergebnis auch für die Beurteilung des beschränkenden Staates aufgeworfen sind.

Zwei Szenarien

Man stelle sich einen fiktiven Staat Y vor, der von einem bestimmten liberalen oder libertären Selbstverständnis charakterisiert ist, wonach auch in der Krise der effektiven Begrenzung hoheitlicher Machtentfaltung weitest möglichen Vorrang einzuräumen ist. Diese Präferenz zeigt sich auch in der Krise der Pandemie: Während andere Staaten dem Rat internationaler Organisationen folgen und schnell zu weitgehenden, vorläufigen Restriktionen grundrechtlicher Freiheitsrechte greifen, zeigt Y eine geradezu stoische Gelassenheit. Er weiß, was er alles nicht weiß – wie die Pandemie genau verläuft, wie wirksam etwaige hoheitliche Beschränkungen für die eigene Bevölkerung tatsächlich wären, und vieles mehr. Und ihm ist bewusst, dass die Pandemie die Kapazitätsgrenzen seines Gesundheitssystems überlasten kann und dass Erfahrungen anderer Länder dies eher nahe legen. Der Verzicht des Staates auf weitgehende rechtliche Beschränkungen ist aber ein prinzipieller. Und er soll auch nicht temporär suspendiert werden, um Wissens- und Vorbereitungsfortschritten zu ermöglichen. Weder die Anzahl der Infektionen noch die Schwere der jeweils zu erwartenden Krankheitsverläufe noch die Letalitätsrate sind bei seinen Überlegungen maßgebliche Faktoren. Es geht ihm vor allem darum, grundrechtliche Freiheitsräume von staatlicher Macht frei zu halten.

Auch der fiktive Staat X sieht von weitgehenden Beschränkungsmaßnahmen ab. Seine Entscheidung fußt aber weit weniger auf vergleichbaren prinzipiellen Erwägungen als auf einer alternativen Strategie bei der Reaktion. Ihm geht es um die sog. Durchseuchung mit dem Ziel der Herdenimmunität, wobei die nach den bisherigen Erkenntnissen besonders vulnerablen Personen gesondert geschützt werden sollen. Dabei weiß er um sein Nichtwissen darüber, welche konkreten gesundheitlichen Folgen die eigene Bevölkerung dabei zu erwarten hat, insbesondere mit Blick auf die Effektivität des Schutzes besonders vulnerabler Personen, aber auch auf das Risiko einer Mutation des Virus, welches das Ziel der Herdenimmunität in Frage stellen könnte. Er fürchtet aber, dass die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Folgen weitgehender Beschränkungsmaßnahmen mittelfristig größere Schäden anrichten als die unmittelbar durch die Infektion bedingten Krankheiten und präferiert insoweit eher ein Ende mit Schrecken als ein Schrecken ohne Ende, hofft aber auf das Beste.

Beide Staaten wissen, dass das eigene Wissen, insbesondere das eigene Wissen über das Nichtwissen des Pandemieverlaufs, gesellschaftlich weithin geteiltes Wissen ist, mögen die einen oder anderen ihrer Bürger auch das sich bisher zeigende Bild überzeichnen oder relativieren. Das gesellschaftliche Wissen

schließt auch ein, dass man mit dem Verzicht auf weitgehende hoheitliche Beschränkungsmaßnahmen des eigenen Staates eine relative Sonderstellung einnimmt.

Ein Elefant im Raum des Grundrechtsgebrauchs

Jenseits des rechtlich vermessenen Freiheitsraums liegt die Frage, wie sich eine solche Entscheidung auf den individuellen Grundrechtsgebrauch auswirkt. Die Antwort ist notwendig spekulativ und kann und will nicht mehr als indizielle Plausibilität beanspruchen. Wie die Gesellschaft reagiert, wenn sich der Staat gegen weitgehende Beschränkungen des öffentlichen Lebens entscheidet, lässt sich aber zu zwei gegenläufigen Idealtypen bündeln.

Bei einem affirmativen Reaktionstyp würde das gesellschaftliche Leben einschließlich des eigenen tatsächlichen Freiheitsgebrauchs schlicht bruchlos fortgesetzt. Grundrechte, deren Gebrauch regelmäßig mit körperlicher Nähebeziehung verbunden ist – nennen wir sie konnektivitätsaufgeladene Grundrechte – würden wie bisher zur Verwirklichung der eigenen Persönlichkeit gebraucht: Gottesdienste würden ebenso besucht wie Schulen und Hochschulen, die berufliche Tätigkeit würde normal, wenn auch unter den Einschränkungen international gestörter Lieferketten ausgeführt, Versammlungen würden abgehalten, Forschung und Lehre würden im Präsensmodus betrieben etc. Eine solche Reaktion könnte beispielsweise auf einem weithin geteilten gesellschaftlichen Konsens in Bezug auf die normativen Präferenzen gründen, der sich in der hoheitlichen Entscheidung ausdrückt. Ähnlich wie der Staat das Offenhalten des Freiheitsgebrauchs gegenüber potentiell gesundheitsschützenden Beschränkungen seiner Bürger präferiert, würde auch der Einzelne sich nicht selbst in seinem gewohnten Freiheitsgebrauch beschränken wollen. Ein solcher affirmativer Reaktionstyp könnte auch auf ganz anderen Gründen basieren, etwa dem schlichten Vertrauen in die Autorität der staatlichen Entscheidung als maßgeblicher Verhaltensrichtlinie. Der staatlichen Entscheidung gegen eine Beschränkung würde eine Art Ankereffekt für die persönlichen Entscheidungen innewohnen.

Demgegenüber lässt sich aber auch ein skeptischer Reaktionstyp zeichnen. Er ist charakterisiert durch einen fundamentalen Wechsel im grundrechtlichen Freiheitsgebrauch. Dieser verschiebt sich weg von den konnektivitätsaufgeladenen Grundrechten hin zu einem weitgehend eindimensionalen Grundrechtsgebrauch: den physischen Kontakt zu anderen soweit wie möglich einschränken. Gottesdienste oder gemeinsame Gebete werden nicht be- bzw. aufgesucht, auf Versammlungen wird verzichtet etc. Auch dieser eindimensionale Freiheitsgebrauch kann selbstverständlich tangiert sein, vor allem durch diejenigen Zumutungen des Lebens, die physischen Kontakt zu anderen herausfordern. Dieser skeptische gesellschaftliche Reaktionstyp lässt sich ebenfalls auf verschiedene Motive zurückführen, wie beispielsweise individuelle Vernunftannahmen (sich selbst oder andere zu schützen), eine grundlegende Skepsis gegenüber dem Handeln des eigenen Staates, besonderes Vertrauen in die Entscheidungen anderer Staaten oder latenter oder expliziter gesellschaftlicher Druck auf der Makro- und Mikroebene.

Die Verschiebung hin zu einem eindimensionalen Grundrechtsgebrauch wirft für den auf Herdenimmunität zielenden Staat Fragen mit Blick auf den Erfolg seiner Strategie auf. Für den aus prinzipiellen normativen Gründen auf Beschränkungen verzichtenden Staat bedeutet sie dagegen zunächst schlicht einen veränderten Freiheitsgebrauch unter den neuen Vorzeichen der Pandemie. Dieser ist für ihn unproblematisch, soweit und solange nicht ein konnektivitätsaufgeladener Grundrechtsgebrauch diesem Staat aus übergeordneten funktionalen Gründen zwingend erforderlich erscheint (bspw. als Funktionsbedingung der Demokratie).

In der Realität dürfte sich bei einer Entscheidung gegen weitgehende Beschränkungen ein Mischverhältnis zwischen diesen beiden Polen einstellen, mit vielfach graduellen Abstufungen bis in die Einzelreaktionen. Vermutlich wird aber die veränderte soziale Bedeutung einer Interaktion bei epidemiologischer Lage auch das individuelle Entscheidungsverhalten beim Grundrechtsgebrauch massiv verändern. Es steht sprichwörtlich ein Elefant im Raum des Grundrechts-

gebrauchs. Der Grund ist einfach: die Vielfalt des bisherigen konnektivitätsaufgeladenen Grundrechtsgebrauchs und die Allgegenwart eines nunmehr hierauf projizierten Risikos. Es wäre insoweit vorschnell und zu staatszentriert, als Quelle eines veränderten tatsächlichen Grundrechtsgebrauchs allein auf staatliche Beschränkungen zu blicken. So zeigten sich beispielsweise in der aktuellen Corona-Pandemie-Lage bereits vor den regulatorischen Beschränkungen im Vereinigten Königreich wie anderswo markante Veränderungen des Konsumentenverhaltens. Berichte darüber, dass Drogenbanden in Favelas staatlicherseits unterlassene Ausgangssperren verhängen, sind nur ein extremes Beispiel für das Potential der Einsickerung der epidemischen Lage ins öffentliche Bewusstsein.

Systemische Konkurrenz in einer unteilbaren Grundrechtsumwelt

Wenn die These vom Mischverhältnis zutrifft, würde das Absehen von weitgehenden staatlichen Beschränkungen zu einer neuartigen Ausdifferenzierung des tatsächlichen Grundrechtsgebrauchs führen. Ungleichzeitigkeiten und Fragmentierungen entstehen, soweit dezentrale gesellschaftliche Institutionen entscheiden – der eine Arbeitgeber reagiert so, der andere so, das eine Theater verzichtet auf Aufführungen, der andere Kinobesitzer nicht. Diese Ausdifferenzierung findet dabei in einer unteilbaren Grundrechtsumwelt statt, wirkt sich aber gleichzeitig auf diese aus. So entsteht für diejenigen Grundrechtsträger, die unter den neuen Vorzeichen der Pandemie ihren Grundrechtsgebrauch in der Tendenz auf das Prinzip der Kontaktvermeidung umstellen wollen, eine Komplikation. Im Normalmodus des Rechts bestehen ihre indirekt oder direkt Konnektivität erfordernden Rechtspflichten gegenüber Dritten ebenso fort wie etwaige faktische gesellschaftliche Zwänge, etwa wenn Vorgesetzte zu einem unverbindlichen Umtrunk einladen oder die Hand geben wollen. Werden Konnektivität erfordernde Rechtspflichten eingefordert, muss es den um Abgeschottetheit Bemühten erscheinen, als würde das Recht verlangen, weiter zu musizieren, obwohl Anzeichen bestehen, dass das Schiff auf einen Eisberg aufgelaufen ist. Und für diejenigen, die in der Tendenz ihren Grundrechtsgebrauch weiter in allen Facetten nutzen wollen, könnten an vielen Stellen die tatsächlichen, bzw. zumindest die gewohnten Realisierungsbedingungen eines auf Konnektivität angelegten Grundrechtsgebrauchs fortfallen.

Es baut sich also die Kulisse einer permanenten Frontstellung auf, die anders als bei der Konfrontation mit der Religionsausübungsfreiheit eines Dritten nicht punktuell, sondern ubiquitär ist: zwischen denjenigen, die das Ausfallen der tatsächlichen Realisierungsbedingungen mit dem eindimensionalen Grundrechtsgebrauch der einen verbinden, und denjenigen, die die innere Grundrechtsemigration um so mehr für erforderlich halten, als das Verhalten der anderen die Notwendigkeit eigener Zurückhaltung nicht erkennen lässt. Man kann von einer polarisierenden Wechselwirkung des Grundrechtsgebrauchs sprechen, die die Frage des Beitrags der Grundrechte zur gesellschaftlichen Integration jedenfalls neu aufwirft. Das Problem liegt in dem Wegfall des Vertrauens in die Integrität einer unteilbaren Grundrechtsumwelt für den eigenen Grundrechtsgebrauch, weil diese zu einem Ort der systemischen Konkurrenz mutiert.

Wenn grundrechtliche Freiheit als mehr verstanden wird als eine Form des Schutzes, dann hat die Entscheidung gegen vorläufige weitgehende Beschränkungen jedenfalls mehr grundrechtliche Dimensionen als nur eine Entscheidung für oder gegen eine Zurückhaltung des staatlichen Machtapparats. Aufgeworfen ist die Frage nach der systemischen Dimension für die Zukunft der unteilbaren Grundrechtsumwelt.

Unterschied bei weitgehenden Beschränkungen

Wie unterscheidet sich aber die Zukunft der unteilbaren Grundrechtsumwelt bei einer Entscheidung für weitgehende Beschränkungen? Solange die Maßnahmen gelten, werden die Ausdifferenzierungen künstlich reduziert. Diese Reduktion erfolgt offensichtlich zu Lasten derjenigen, die in der Tendenz ihren Freiheitsgebrauch trotz der Pandemie-Lage nicht reduzieren wollen, und, weniger offensichtlich, zugunsten derjenigen, deren Grundrechtsgebrauch in der Tendenz auf die Verwirklichung einer einzigen Dimension abzielt. Letztere werden in vielen Bereichen von

der Konfrontation mit rechtlichen und gesellschaftlichen Anforderungen befreit.

Unabhängig von diesen kurzfristigen Veränderungen, die trotz der bezeichneten Pole nicht als ein Nullsummenspiel der Freiheit missverstanden werden sollten, steht die mittelfristige Perspektive. Hier zeigt sich das bezeichnete Potential einer Polarisierung im unteilbaren Grundrechtsraum ebenso wie die Chance, dieses zu entschleunigen und umzukehren. Damit dies gelingt, muss die systemische Konkurrenzstellung des Grundrechtsgebrauchs in der unteilbaren Grundrechtsumwelt abgeschwächt werden. Der Staat, der vorläufig weitgehende Beschränkungen erlässt, hat es hier zumindest in einem Punkt leichter als derjenige, der sich gegen weitgehende Beschränkungen entschieden hat. Denn letzterer bekommt es mit einem gruppenspezifischen Glaubwürdigkeitsproblem zu tun. Bei einer Entscheidung *gegen* weitgehende Beschränkungsmaßnahmen liegt nämlich nahe, dass diejenigen, die sich selbst in der Vielfalt ihres Grundrechtsgebrauchs beschränken, ein erhebliches Misstrauen gegenüber dem staatlichen Handeln aufbauen werden. Dies gilt jedenfalls für die Teilgruppe unter ihnen, die die staatliche Passivität für grob verfehlt halten (insbesondere, wenn sich bestimmte Szenarien realisieren). Bildlich zugespitzt: Der Kapitän, der zum Musizieren in der Krise auffordert (oder dieses duldet), wird mit der nachgelagerten Empfehlung, die mühselige Arbeit am individuellen Schutzkokon abzubrechen, um den Motor des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Miteinanders zum Laufen zu bringen, schwerlich durchdringen. Und umgekehrt: Dem Staat, der durch den Einsatz des Hammers seine Bereitschaft zu unbequemen Maßnahmen unter Beweis gestellt hat, wird man beim anschließenden Tanz eher die Führung anvertrauen. Natürlich bergen auch die als zu weitgehend empfundenen Beschränkungen ein nicht zu unterschätzendes Misstrauenspotential. Mit Blick auf das Problem der Konkurrenzstellung in einer unteilbaren Grundrechtsumwelt besteht aber ein Unterschied. Das Misstrauen übersetzt sich nicht in ein Absehen von einem tatsächlichen Grundrechtsgebrauch im Anschluss an Lockerungen des rechtlich Möglichen. Denn es ist zu erwarten, dass der geöffnete rechtliche Freiheitsraum auch tatsächlich genutzt wird. Ein grundrechtliches Misstrauen gegen den Staat verhärtet also nicht die oben benannte Frontstellung der Bürger untereinander.

All diese Überlegungen können und sollen, schon allein wegen ihrer fehlenden Konkretheit und Differenzierungsschärfe, nicht zu einem unmittelbaren grundrechtlichen Argument im Verhältnis zu den bestehenden einzelnen Beschränkungsmaßnahmen führen. Diesbezüglich stellen sich nicht leicht zu beantwortende Fragen, ob und inwieweit man derartige Überlegungen überhaupt als Argument zulassen sollte und falls ja, ob und wie man sie in die Grammatik der bestehenden Grundrechtsdogmatik übersetzen kann. Sicherlich lassen sich hier ebenso Ansätze (z.B. Wirkkraft der Grundrechte als Auslegungsmaxime) wie Zweifel (z.B. wegen der Gefahr einer freiheitserodierenden Selbstbezüglichkeit grundrechtlicher Argumentation, die grundrechtliche Autonomie durch eine kollektive Dimension untergräbt) formulieren. Und auch die Prämissen vom Elefant im Grundrechtsraum, der Gefahr durch eine systemische Konkurrenz und von einem Unterschied in Bezug auf das Glaubwürdigkeitsproblem lassen sich natürlich hinterfragen. Die Frage aufzuwerfen, bleibt aber Grundbedingung für ihre Diskussion.

AUTOR*IN

Nils Grosche

PD Dr. Nils Grosche ist derzeit Inhaber der Entlastungsprofessur für Öffentliches Recht an der Goethe-Universität Frankfurt/Main.

EMPFOHLENE ZITATION

Grosche, Nils: Staatliche Krisenreaktionen und die unteilbare Umwelt für den Grundrechtsgebrauch, Verfassungsblog, 13.04.2020, doi: 10.17176/20200414-032616-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20200414-032616-0.