Jenseits der Pandemie

Thorsten Kingreen

07.03.2023 doi: 10.17176/20230307-185313-0

Als die WHO am 11. März 2020 COVID-19 als weltweiten Gesundheitsnotstand einstufte, wurde auch der größten Optimistin klar: Jetzt wird es ernst. Wenige Tage später erschienen die ersten Beiträge auf dem Verfassungsblog, der sich zur wichtigsten Plattform der rechtswissenschaftlichen Diskussion und Vergewisserung in der Pandemie entwickeln sollte. Nun, drei Jahre später, ist es auch hier still geworden. Das Virus, das so viel Unheil und Unfrieden angerichtet hat, ist auf Abschiedstournee in den endemischen Modus. Es beginnt die Zeit der öffentlichen Bilanzen, die mal selbstgerecht, mal selbstkritisch ausfallen.[1] Wir sind jenseits der Pandemie, aber nicht jenseits der großen globalen krisenhaften Umwälzungen. Jenseits der Pandemie stellen sich daher zwar nicht mehr die kleinen Fragen danach, ob die Maskenpflicht beim Joggen und die Absperrung von Kinderspielplätzen sinnvoll waren. Aber die großen Debatten der Pandemie – die Lockdown-Maßnahmen (1.) und die Impfpflicht (2.) – führen in ein weit verzweigtes Laboratorium für Krisengovernance und -kommunikation (3.).

1. Die auf der Rechtsgrundlage der §§ 28ff. IfSG ergriffenen Lockdown-Maßnahmen sind auf dem Verfassungsblog vor allem im ersten Pandemiejahr und dann noch einmal anlässlich der Bundesnotbremse-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Ende November 2021 kontrovers diskutiert worden. In mehrfacher Hinsicht paradigmatisch sind die Schulschließungen, die jedenfalls in dieser Dimension (38 Wochen[2]) heute in vielen Bilanzen als politischer Fehler bezeichnet werden. Diese (zutreffende) Beobachtung wirft vor allem ein Licht darauf, wer auf welchen Rat und nach welchen Maßstäben in krisenhaften Zuspitzungen entschieden hat – und wer nicht:

a) Ebenso wie die meisten Schutzmaßnahmen sind die Schulschließungen – abgesehen von der Phase der Bundesnotbremse zwischen April und Juni 2021 – in den Bund-Länder-Konferenzen vorbereitet und dann in den jeweiligen Landesrechtsverordnungen implementiert worden. Eine adäquate Rechtsgrundlage, die der Intensität des Grundrechtseingriffs gerecht geworden wäre, gab es zwar auch für flächendeckende Schulschließungen zunächst nicht. Das war angesichts der so nicht vorhersehbaren Situation aber nachvollziehbar wie überhaupt die Schulschließungen ab dem 13. März 2020 wegen der vielfältigen Wissensdefizite von der bilanziellen Kritik weitgehend ausgenommen werden. Manche Kritik (auch teilweise meine eigene) wurde dieser Sondersituation in der Frühphase der Pandemie nicht gerecht.

Dass der Gesetzgeber aber u.a. durch den Druck aus der Fachgerichtsbarkeit[3] „regelrecht zur Gesetzgebung getragen werden“[4] musste und dann erst nach acht Monaten den dürftigen § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG (heute: Nr. 17) zustande gebracht hat, verweist auf ein grundlegendes Problem der Krisengovernance. Diese war nämlich schon im Frühjahr 2020 ins Kanzleramt abgewandert, wo die Bund-Länder-Konferenzen vorbereitet wurden, regelmäßig unter Hinzuziehung ausgewählter Wissenschaftler aus den Natur- und Lebenswissenschaften. Noch nicht einmal bei der Auswahl der Virologen und Epidemiologinnen wurde Wert auf disziplinäre Vielfalt gelegt. So wurde daraus ein Lernstück über die grundrechtsschützende Funktion formalisierter Gesetzgebungsverfahren mit seinen transpa-

[1] S. etwa die (selbst-)kritischen Kurzbilanzen von Verantwortungsträgern in: Die Zeit 5/2023 v. 26.01.2023, S. 10f.
[2] Evaluation der Rechtsgrundlagen und Maßnahmen der Pandemiepolitik. Bericht des Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG, 2022, S. 92.
[3] VGH Bayern, Beschl. v. 05.11.2020, 20 NE 20.2468, Rn. 11.
[4] *Lepsius*, JöR 69 (2021), 705 (717).

rent kommunizierten Abwägungsbegründungen. Das Gesetzgebungsverfahren ermöglicht nicht nur die Artikulation politischer Zielkonflikte zwischen Mehrheit und Minderheit, sondern in Form öffentlichen Anhörungen auch die Einspeisung von multidisziplinärem und pluralistischen Sachverstand in den politischen Entscheidungsprozess. So stehen die Schulschließungen exemplarisch für die Gefahr, dass durch die politisch nicht geprüfte Übernahme von selektivem Expertenwissen „Exekutive und Experten zu einer grundrechtsinsensiblen Expertokratie verschmelzen“[5] und politische Entscheidungen als vermeintlich alternativlos dem Diskurs entzogen werden. Die Erfahrung, dass die Parlamente in der Pandemie zu jeder Zeit handlungsfähig geblieben sind, ist beruhigend; beunruhigend ist, dass sie sich derart den Schneid haben abkaufen lassen.

b) Dass Karl Lauterbach, der die Schulschließungen im Rückblick als Fehler bezeichnet, nun darauf verweist, diese seien aber „von den Wissenschaftlern, die die Bundesregierung beraten haben, angeraten worden“ zeigt, dass das Verhältnis zwischen beratender Wissenschaft und entscheidender Politik und das Problem der einseitig-klandestinen Entscheidungskultur schon im Ansatz nicht verstanden wurde. „Der Wissensstand“, der angeblich „nicht gut genug“ war, wird allein auf die Gefährdung der Kinder in den Schulen durch das Virus und dessen mögliche Weitergabe bezogen, aber nicht auf die psychosozialen Nebenwirkungen von Schulschließungen und Kontaktbeschränkungen für ihr Aufwachsen. Dazu gab es hinreichendes Wissen in den Sozial- und Bildungswissenschaften und nicht zuletzt in der Pädiatrie – es wurde aber nicht abgerufen, weil der natur- und lebenswissenschaftliche Tunnelblick es überhaupt nicht zuließ, auch diese Disziplinen als relevante „Wissenschaft“ wahrzunehmen und das Virus als auch gesellschaftlichen Tatbestand zu verstehen. Auch die Klimakrise verlangt nicht nur nach naturwissenschaftlicher Expertise, und der Ukrainekrieg wird bestimmt nicht durch die vielen neuen Militärexperten beendet.

Bemerkenswert ist allerdings, dass selbst der multidisziplinär besetzte Ethikrat im Rückblick selbstkritisch einräumen muss, dass er „die komplexen Krisenerfahrungen von Kindern und Jugendlichen während der Pandemie stärker ins Zentrum der Debatten und der Aufmerksamkeit“ hätte rücken und „die Politik so beraten sollen, dass sie den Jüngeren mehr Unterstützung zukommen lässt“, wie es seine Vorsitzende Alena Buyx stellvertretend für „viele“ im Ethikrat formuliert hat.[6] Dieses anerkennenswerte Eingeständnis wirft Fragen nach der wissenschaftlichen Beratungskultur auf. Dem Ethikrat können ja nicht ernsthaft Wissen und Sensibilität für die psychosozialen Folgewirkungen der Schulschließungen gefehlt haben; gerade im Bildungskontext ist auf das Problem, dass die Pandemie soziale Spaltungen weiter vertieft, schon frühzeitig hingewiesen worden. Es ist überhaupt deprimierend, wie schnell und einschneidend auf der einen Seite die junge Generation in der Pandemie zum Schutz der Alten in die Pflicht genommen werden konnte und wie unerträglich lange es auf der anderen Seite dauert, wenn es gilt, die Lebenschancen der Jungen in der Klimakrise zu schützen und dafür auch und gerade diejenigen in die Verantwortung zu nehmen, die mit ihrem Lebensstil zu eben dieser Krise beigetragen haben.

c) Vielleicht steckt hinter der Beobachtung der Positionierungen im Ethikrat eine zu optimistische Distanzerwartung. Offenbar bewahrt selbst seine wissenschaftlich-institutionelle Unabhängigkeit ein Gremium, das im öffentlichen Raum operiert und dessen Stellungnahmen stets auch politisch gedeutet werden, nicht vor politischer Rücksichtnahme in Krisensituationen. Die Distanzerwartungen zur Politik, die bisweilen an die Wissenschaft herangetragen werden, werden enttäuscht, wenn Wissenschaft politisch gedeutet wird und zur Legitimation von Entscheidungen herhalten muss, die im Kern politisch sind. So war die Pandemie ein „Laboratorium angewandter Wissenschaftstheorie im demokratischen Prozess“[7], in dem der Beweis geführt wurde, dass

[5] *Kulick/Vasel*, Das konservative Gericht, 2021, 144.
[6] Die Zeit 5/2023 v. 26.01.2023, S. 11.
[7] *Gärditz*, JöR 69 (2021), 505 (534).

Wissenschaft ihre Stärken am besten ausspielen kann, wenn sie frei von Vorannahmen und Rücksichten operiert.

Distanz zum politischen Prozess erwartet man aber jedenfalls vom Bundesverfassungsgericht. Seine Performance im Rahmen der „Bundesnotbremse-Entscheidungen" (eine davon zu Schulschließungen) war allerdings in Form und Inhalt suboptimal: Keine Amtsrichterin, die gemeinsam mit einem Prozessbeteiligten (hier: der Bundesregierung) auf dessen Kosten vor der Entscheidung zu Abend gegessen hat, würde einen Befangenheitsantrag überstehen – Bundesverfassungsrichter schon. Als Prozessbevollmächtigter im Verfahren „Bundesnotbremse I" bin ich natürlich gebiast, aber ein solches Abendessen mit dem Recht auf eine thematisch einschlägige Tischrede hätte ich schon auch gerne gehabt und habe mir den Befangenheitsantrag nur verkniffen, um mich nicht in die Reihe derjenigen einreihen zu müssen, die solche Anträge als Instrumente zur Delegitimierung von Institutionen des demokratischen Rechtsstaats missbrauchen. Auch in der Sache sind die Bundesnotbremse-Entscheidungen nicht durch übertriebene Distanz geprägt. Ein Verfassungsgericht wird seinem Kontrollauftrag gegenüber der Politik nicht gerecht, wenn es seine Prüfungsmaßstäbe situativ so weit fasst, dass an ihnen kein Gesetz scheitern kann,[8] bei der Aufbereitung der Tatsachen selektiv nur diejenigen Studien erwähnt, auf die sich der Gesetzgeber gestützt hat[9] (obwohl es auch gegenläufige Stellungnahmen angefordert und bekommen hatte) und im Übrigen einfach nur nacherzählt, was sich der Gesetzgeber so bei seinem Entscheidungen gedacht hat[10]. Die wahren Hüterinnen des Grundgesetzes in der Pandemie waren die Fachgerichte.

2. Etwas zeitversetzt zur Diskussion über die Lockdown-Maßnahmen fand auf dem Verfassungsblog Anfang 2022 eine bisweilen arg hitzige Diskussion über die Verfassungsfragen einer Impfpflicht statt. Kaum zu glauben: Es ist noch nicht einmal ein Jahr her, dass der vor allem von SPD und BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN verantwortete Gesetzentwurf für eine allgemeine Impfpflicht gegen das Coronavirus gescheitert ist. Aus Inhalt und Form der Debatte lässt sich Einiges mitnehmen.

a) Die Impfpflicht ist auf der einen Seite ein Grundrechtseingriff, der in seiner Dimension meines Erachtens nicht richtig erfasst wird, wenn man ihn lediglich auf die körperliche Unversehrtheit bezieht, wie es etwa das Bundesverfassungsgericht tut. Der Eingriff in den Körper (der „Pieks") ist eben minimal, und Nebenwirkungen für die körperliche Gesundheit sind bei den meisten zugelassenen Impfstoffen extrem selten und fast immer undramatisch. Gemessen an dieser Geringfügigkeit des Eingriffs müssen die Ziele einer Impfpflicht, Leben zu retten und Pandemien zu verhindern oder zu beenden, eigentlich immer überwiegen. Dabei gerät aber die eigenständige Bedeutung des körperbezogenen Persönlichkeitsrechts aus dem Blick, welches das Bundesverfassungsgericht etwa gegenüber Zwangsbehandlungen stark gemacht hat. Die Angst vor der Impfung bezieht sich eben oft nicht auf den „Pieks", sondern beruht auf dem grundsätzlichen Störgefühl, dass der Staat die „Vernunfthoheit" über den eigenen Körper beansprucht. Das mag irrational sein, ist aber durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.

Auf der anderen Seite unterscheidet sich die Impfung, die vor einem außerordentlich ansteckenden Virus schützt, fundamental von anderen Zwangsbehandlungen: Sie dient eben nicht nur dem Schutz des Einzelnen, sondern auch der Allgemeinheit; die Bewältigung einer Pandemie erfordert auch insoweit Solidarität und Gemeinsinn. Sie ist nicht nur Sache des Einzelnen. Man möchte sich nicht vorstellen, wie es in den Hochzeiten der Delta-Variante ohne Impfung um das deutsche Gesundheitssystem gestanden hätte; von der weltweiten Situation ganz zu schweigen. Selbstverständlich kann eine Impfpflicht daher verfassungsgemäß sein.

b) Impfung und der Impfpflicht stehen damit paradigmatisch für die Herausforderung, eine angemessene Sprache für individuelle Entscheidungen zu

[8] *Rhein-Fischer/Nußberger* EuGRZ 2022, 184 (195).
[9] *Boehme-Neßler*, NVwZ-Beilage 2022, 34 (35); *Meßerschmidt/von Hesler*, ZG 2022, 317 (330).
[10] *Degenhart*, NJW 2022, 123 (125f.); ferner *Schoch*, NVwZ 2022, 1 (34): „Rechtsschutzverweigerung".

finden, die – wie die Ernährung, das Wohnen und die Mobilität – zwar persönlichkeitsrechtlich geschützt, aber erhebliche negative Auswirkungen für die Allgemeinheit haben können. In dieser Hinsicht gibt es leider noch Luft nach oben. Bis Ende 2021 wurde eine allgemeine Impfpflicht kategorisch ausgeschlossen – nach dem aus der Klimaschutzrhetorik bekannten Motto: Wir stehen zwar vor großen Herausforderungen, aber keine Angst: Niemand muss sich einschränken. Als es dann ernst wurde, waren binnen weniger Tage plötzlich alle für die Impfpflicht – keine besonders guten Startchancen für ein Projekt, dass sich nicht erst im Rückblick als „Kopf durch die Wand-Aktion" erweist: falscher Zeitpunkt, kein an Omikron angepasster Impfstoff, der zudem nur klinische Immunität verspricht und der naive Irrglaube, man könne als einziges Land der Welt mit einer allgemeinen Impfpflicht den Pandemieverlauf beeinflussen.

Auch die Kommunikation gegenüber Menschen, die sich nicht impfen lassen wollten, war letztlich toxisch. Natürlich ist es schwer zu ertragen, wenn Menschen lieber Zerfallsszenarien und Verschwörungstheorien anhängen als sich von wissenschaftlicher Evidenz leiten zu lassen. Aber auch ein Pranger trägt nicht dazu bei, sich zu hinterfragen, sondern führt eher zu falschen Solidarisierungen durch diejenigen, die überzeugt werden könnten oder überhaupt erst einmal Zugang zum Gesundheitssystem finden müssten. Auch 2G-Regelungen dürften im Rückblick – wie ich selbstkritisch feststellen muss – mehr spalterischen Schaden angerichtet als epidemiologischen Nutzen gestiftet haben. Leider hat auch die Kommunikation durch das RKI in dieser Hinsicht zu Fehleinschätzungen beigetragen: Den 2G-Regelungen durchaus legitimierenden Hinweis, dass „die Impfung das Risiko einer Virusübertragung in dem Maß reduziert, dass Geimpfte bei der Epidemiologie der Erkrankung keine wesentliche Rolle mehr spielen"[11], hat es nämlich zu einem nicht feststellbaren Zeitpunkt still und leise von seiner Website entfernt, weil er so nicht mehr haltbar war. Wenn Mediziner im Rückblick erkennen, dass „zu viel Optimismus dem Impfen geschadet"[12] hat, so belegt das nur, dass zu guter Wissenschaftskommunikation der Hinweis auf die Vorläufigkeit des Wissens gehört und Wissenschaft sich nicht von politisch-medialer Hysterie anstecken lassen sollte.

3. Nun ist der Wunsch zu vernehmen, das müsse alles noch einmal gründlich im Rahmen einer Enquete-Kommission evaluiert werden. Das ist keine gute Idee. Eine Kommission gab es bereits,[13] politisch vielleicht zu früh. Aber sie ist – ehrenamtlich und unter extrem schwierigen äußeren Bedingungen – ihrer Rechtspflicht (§ 5 Abs. 9 S. 1–4 IfSG) nachgekommen, die Pandemiepolitik bis zum 30. Juni 2022 multidisziplinär zu evaluieren. Auch eine – eher lustlose – Stellungnahme der Bundesregierung zu dem Evaluationsbericht (§ 5 Abs. 9 S. 5 IfSG) liegt bereits vor. Das IfSG braucht zwar baldmöglichst einen grundlegenden Relaunch, aber bestimmt keine Kommission, in der nur um Deutungshoheiten gerungen wird. Einigen wir uns einfach darauf, dass wir die Pandemie nicht üben konnten, Fehler gemacht wurden und sich alle mal gepflegt geirrt haben.

Die beiden Referenzen der Schulschließungen und der Impfpflicht machen die Pandemie aber zu einem Forschungsfeld dafür, wie verfassungsrechtlich geschützte Gegenwelten wie die freie Wissenschaft und die unabhängige Justiz in der Krise Distanzen abgebaut haben, die an sich ihren verfassungsrechtlichen Schutz legitimieren. So fehlt uns offensichtlich – wie die subkutane Verlagerung grundrechtswesentlicher Entscheidungen vom Parlament weg in exekutivistisch-expertokratische Hybridformate belegt – noch das richtige institutionelle Design für eine wissenschaftspluralistische Politikberatung, in der die funktionalen Unterschiede zwischen beratender Wissenschaft und entscheidender Politik schärfer gestellt werden. Auch das Bundesverfassungsgericht, das sonst mit luziden Detailerkenntnissen darüber glänzt, was

[11] https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Transmission.html (mein letzter Abruf 20.09.2021; Seite nicht mehr verfügbar).
[12] Nur beispielhaft *Montgomery*, in: Die Zeit 5/2023 v. 26.01.2023.
[13] Evaluation der Rechtsgrundlagen und Maßnahmen der Pandemiepolitik. Bericht des Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG, 2022.

Gesetzgeber im Sicherheitsrecht so alles nicht dürfen, könnte sich mit etwas selbstkritischem Abstand fragen, warum es ausgerechnet zu einem Zeitpunkt so wenig Wert auf Distanz gelegt hat, als diese am meisten gebraucht wurde, ist doch die Gefahr von Übergriffigkeiten durch die anderen Staatsgewalten in Krisen nun einmal typischerweise besonders hoch.

Auch was die Gegenwelt des Meinungspluralismus angeht, steht die Pandemie im Kontext der Krisen vor und nach ihr. Dass Initiativen wie „Alles dichtmachen" so viel fiese Häme und gehässigen Spott ertragen mussten, lag eben nicht an der Qualität der einzelnen Videos (schlechte Videos gibt es millionenfach im Netz), sondern an einer das offene Wort abwürgenden Unkultur der Intoleranz für Minderheitsbetroffenheiten und -meinungen, die auch seriöse Medien und daueraufgeregte Twitter-Wissenschaftlerinnen gerne an die Ränder der Gesellschaft verfrachten und damit delegitimieren. Auch wenn ich selbst einige der folgenden Entwicklungen richtig fand: Wenn wir uns wieder darauf verständigen könnten, dass nicht automatisch Anti-Europäerin ist, wer gegen die Griechenlandrettung war, nicht schon deshalb ein Rassist, wer die Flüchtlingspolitik 2015 falsch fand, keine Putin-Versteherin, wer vorsichtig fragt, ob es in der allgemeinen Kriegsrhetorik vielleicht auch eine Tonlage tiefer geht und kein Zyniker, wer einzelne Corona-Maßnahmen kritisiert, dann wäre schon viel gewonnen. Die alle diese Herausforderungen überragende Klimawende braucht ein anderes gesellschaftliches Klima; zu ihm dürften abgekapselte privilegierte Lebenswelten, aus denen mit intellektueller Überheblichkeit und sozialer Abgehobenheit Belehrungen darüber verbreitet werden, was man gerade nicht sagen darf und was dringend machen muss, eher wenig beitragen. Jeder Spalt in einer Gesellschaft hat zumindest zwei Seiten.

Für wertvolle Kritik und weiterführende Anregungen danke ich Marje Mülder.
Transparenzhinweis: Der Autor war Mitglied des Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG.

AUTOR*IN

Thorsten Kingreen
Prof. Dr. Thorsten Kingreen ist Professor für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht an der Universität Regensburg.

EMPFOHLENE ZITATION
Kingreen, Thorsten: Jenseits der Pandemie, Verfassungsblog, 07.03.2023, doi: 10.17176/20230307-185313-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20230307-185313-0.