

Pessimisten, die Niedergang und Zerfall ohnehin für das realistische Zukunftsszenario halten, haben die Pandemie schon Ende 2019 vorausgesehen und konnten auch ihren weiteren Verlauf recht gut antizipieren. Im Vorteil war auch, wer sich exponentielles Wachstum vorstellen konnte. Die nicht mathematisch versierten Optimisten datieren den Beginn der Pandemie erst auf Freitag, den 13. März 2020, als kurzfristig alle Schulen geschlossen und wenig später Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen sowie Berufsausübungsverbote verfügt wurden. Und sie gingen, auch als dann alles still wurde, beflügelt durch die ungewöhnlich frühe Frühlingssonne davon aus, es werde schon bald wieder alles vorbei sein.

Es ist aber nicht vorbei, und so lässt sich nach einem Jahr (in der Zählung des Optimisten) nur eine Zwischenbilanz ziehen. Für die einen ist der Blick auf die Pandemie geprägt durch den Verlust von, zum Teil einsam gestorbenen, Menschen, durch den beruflichen Kampf auf den Intensivstationen um Leben und Tod oder durch Schufren unter prekären gesundheitsgefährdenden Umständen. Andere hingegen bilanzieren den zerstörten Traum vom beruflichen Lebenswerk oder geplanten Auslandsjahr, soziale Spannungen, Gewalt, beengte Wohnverhältnisse oder psychische Ausnahmesituationen. Kann man es ihnen allen verdenken, dass ihre Zwischenbilanzen ebenso unterschiedlich ausfallen wie ihre Einschätzung der politischen Entscheidungen? Aber die Wahrnehmung wird auch durch eine gesellschaftliche Rollenteilung beeinflusst, die die klassische staatsrechtliche Gewaltenteilung sinnvoll ergänzt.

Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft in der Krise ist vor diesem Hintergrund schwierig. Ihr Gegenstand ist die Politik, aber sie muss methodisch Distanz zum Politischen suchen, auch damit Verfassungsinterpretation nicht zum Durchsetzungsinstrument politischer Alltagsinteressen verkommt. Wenn daher in der Krise aus der eigenen Zukunft die Mahnung zur Zurückhaltung artikuliert wird, dann schwingt darin auch ein Unbehagen an der zunehmenden Verrechtlichung des politischen Prozesses mit. Wenn im Tatsächlichen alles so ungewiss sei, dürfe man nicht mit zu viel verfassungsrechtlicher Gewissheit aufwarten. Nun kann allerdings Wissenschaft anders als die Politik mit Ungewissheit ganz gut umgehen, jedenfalls wenn sie verinnerlicht, dass Irrtümer Bestandteile von Erkenntnis sind.

Das Recht muss permanent Unsicherheit über vergangene und zukünftige Ereignisse bewältigen; das ganze Risikowertungs- und Gefahrenabwehrrecht dient einzig und allein dazu, Freiheit und Sicherheit unter den Bedingungen von Ungewissheit in Einklang zu bringen. Überhaupt darf man sich über die oft beklagte Marginalisierung der Rechtswissenschaft im gesellschaftlichen Diskurs nicht wundern, wenn man die Deutungsweite über gesellschaftliche Vorgänge denjenigen Wissenschaftsdisziplinen überlässt, die schon immer weniger Berührungspunkte damit hatten, noch laufende Vorgänge in der Öffentlichkeit wissenschaftlich zu bewerten. Was bliebe von der Rechtswissenschaft als Gesellschaftswissenschaft, wenn sie in einer Phase von außerordentlichen Breitbandeingriffen in die Grundrechte aus falsch verstandener Solidarität im Beobachtermodus verharren würde und die rechtlichen Fragen erst nach dem Abzug des Virus in vornehmen Archivzeitschriften abhandelte? Selten zuvor ist die Expertise der Rechtswissenschaft in der Rechtsprechung und in der Gesetzgebungspraxis denn auch so verbreitet aufgewirrt worden wie in den vergangenen zwölf Monaten.

Nach einem Jahr Pandemie kann man bilanzieren, dass sich die Rechtsordnung dank der durch sie organisierten Gewalten- und Rollenteilung bewährt hat, sie aber weiter gepflegt werden muss. Die rechtswissenschaftlichen Debatten finden dabei keinesfalls nur in dem binären Schema „rechtmäßig/rechtswidrig“ statt. So ging es bei der ersten großen Kontroverse

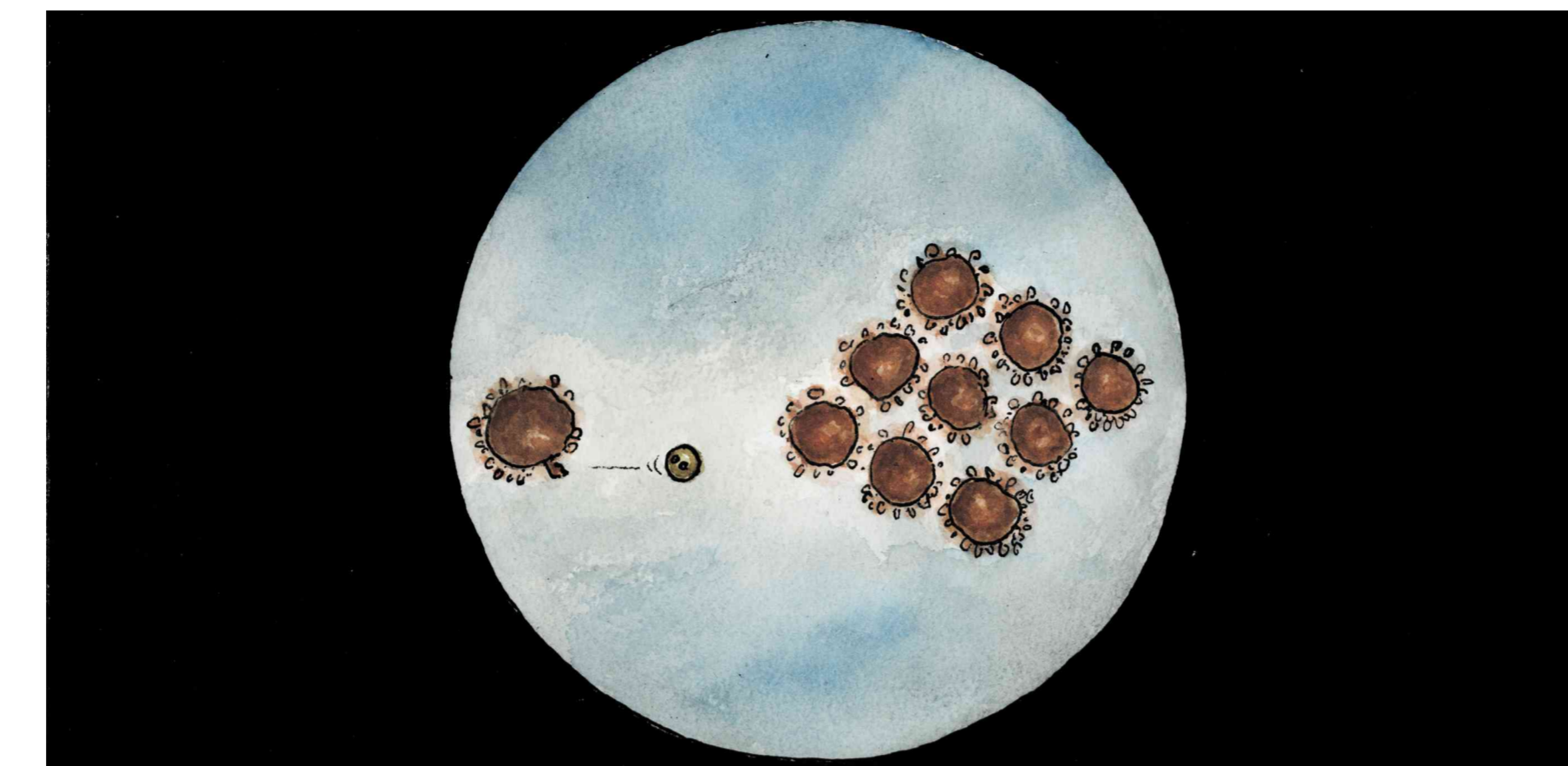


Illustration Greser & Lenz

Ein Sonderregime ohne Ende?

Ein Jahr Corona-Pandemie – zur Rolle der Verfassung und der Verfassungsrechtswissenschaft in der Krise

Von Thorsten Kingreen

darüber, nach welchen Maßstäben und in welchen Verfahren zwischen Lebens-/Gesundheitsschutz und den anderen Freiheitsrechten abzuwägen ist, nicht nur um den Kontrollblick auf die Rechtmäßigkeit, sondern auch um die Ausarbeitung von Maßstäben und Verfahren für die Entscheidungsfindung. In den ersten Tagen der Pandemie beherrschte das Virus die Abwägung. Daraus entwickelte sich die Maxime: „Leben und Gesundheit über alles“. Das Grundgesetz kennt eine solche Hierarchie der Grundrechte, abgesehen von der unantastbaren Menschenwürde, aber nicht. Auch Leben und Gesundheit sind abwägbar, aber natürlich nicht dergestalt, dass staatliche Maßnahmen Einzelpersonen das Leben und die körperliche Unversehrtheit einfach absprechen. Suggestivfragen im absurden Kontrastformat („Wie viele Menschenleben ist uns ein Shoppingerlebnis wert?“) sind daher schon im Ansatz verfehlt, denn natürlich lautet die Antwort: „Gar keines.“ Abwägung erfolgt eben in Rechtsnormen und Verwaltungsentscheidungen, die nicht Schädigungen erlauben, sondern Risiken in Kauf nehmen, um andere Freiheiten zu ermöglichen.

Aber wer in dieser Phase politisch verantwortlich war, erfüllte eben auch die Rolle, zuvörderst eine zivilisatorische Katastrophe wie in Bergamo zu verhindern. Deshalb konnte die Rechtswissenschaft in der Frühphase mit ihrem Argument, dass das geltende Recht zulässigerweise überall zwischen Lebens-/Gesundheit und Freiheitsschutz abwägt (vom Recht des Straßenverkehrs über den Schwangerschaftsabbruch bis zum Transplantationsrecht), verständlicherweise nicht sofort durchdringen. Nicht anders kann man er-

klären, dass die ersten Verordnungen Versammlungen und Gottesdienste zunächst ausnahmslos verboten, bis das Bundesverfassungsgericht maßvoll korrigierend eingriff.

Auch nach dieser Akutphase gibt es aber nach wie vor methodische Probleme und Defizite bei der Abwägung. Während man die Schäden an Leben und Überwiegend auch an der Gesundheit sehr plastisch in grauenhaften Zahlen ausweisen kann, sind die Verwerfungen auf der anderen Seite mitunter diffuser. Man kann eben nicht quantifizieren, welche Schäden fehlender Präsenzunterricht auslöst, welche psychischen und langfristigen gesellschaftlichen Folgen die Kontaktbeschränkungen haben. Nur wenigen scheint etwa aufzufallen, dass wir nicht mehr von der Freiheit, sondern von „Privilegien“ und „Lockerungen“ sprechen – so als ob sich die Freiheit und nicht der Eingriff rechtfertigen müsste! Das führt bisweilen auch vor den Gerichten dazu, dass man im Zweifel für Beschränkungen votiert, in der Hoffnung, damit irgendwas gegen das Virus zu tun oder jedenfalls den Eindruck zu erwecken, man tue alles, was nur irgendwie geht. Wer dagegen an Freiheitsrechte erinnert, die jeden neuen Tag Lockdown wieder von neuem rechtfertigungsbedürftig machen, wird schnell als unsolidarischer Zyniker abgetan und muss daher mittlerweile in jeder Stellungnahme betonen, wie ernst er das Virus nimmt.

Die Abwägungen leiden bisweilen auch unter der fehlenden Rollenehrlichkeit von Politik und Wissenschaft. Das Virus ist

nicht nur ein naturwissenschaftlicher, sondern auch ein gesellschaftswissenschaftlicher Tatbestand geworden. Wenn tiefgreifende Grundrechtseingriffe damit begründet werden, dazu habe „die Wissenschaft“ geraten, dann reicht es nicht aus, sie vorwiegend auf epidemiologische Modellrechnungen zu stützen. Auch ist es unzureichend, nur selektiv diejenigen Studien zur Verbreitung des Virus in Schulen heranzugreifen und nur diejenigen Virologen ins Kanzleramt einzuladen, die zur eigenen Positionierung passen. Es nimmt dann nicht wunder, dass sich dieses Rosennicken in Entscheidungen nieder schlägt, die zwar vielleicht auch irgendwie Kontakte reduzieren, aber so lebensfremd sind, dass sie auch Wohlmeinende vor den Kopf stoßen wie Ausgangsverbote in kalten Winternächten oder die Begrenzung der Kontakte auf eine einzige haushaltsfremde Person. Manche Beschränkungen wie die 15-Kilometer-Regelung waren gar so absurd und unpraktikabel, dass Gerichte sie aufhoben. Andere, wie die monatelange Schließung von Universitätsbibliotheken, werden hingenommen, weil es anders als im Berufsfußball keine finanzkräftige und entschlossene Lobby gibt, die sich wirklich ernsthaft um ein Testkonzept kümmern würde. Rollenehrlichkeit ist auch ein Problem, wenn Wissenschaft ihre Reputation zur Politikgestaltung einsetzt. Die „No-Covid-Initiative“ etwa wirbt mit einem unscharfen Namen (tatsächlich geht es um „Ten Covid“, zumal das Virus ja nicht verschwinden wird) und erklärt selektiv herausgegriffene wissenschaftliche Einzelmeinungen zum fachwissenschaftlichen Standard (etwa mit der Behauptung, geöffnete Schulen und Kitas seien „nur ein geringer Entlastungsfaktor“),

die zur epidemiologischen Zielsetzung passen. Und das Niveau der verfassungswissenschaftlichen Ausführungen spricht dafür, dass entweder kein zur Unterschrift bereiter Verfassungsrechtler gefunden oder gar keiner gesucht wurde, weil es ohnehin nicht so wichtig ist. Damit kein Missverständnis aufkommt: Als politisches Konzept leistet das Papier einen ernstzunehmenden Beitrag zur Diskussion, und wenn es so rollenehrlich wäre, könnte man ihm mit politischen Argumenten begegnen, etwa dahin gehend, dass das Referenzbeispiel Melbourne, das viele hundert Kilometer von der nächsten größeren Stadt entfernt liegt, für ein dichtbesiedeltes Europa mit hunderten fragmentierten Kompetenzen für den Infektionsschutz doch ein wenig apolitisch wirkt.

Die zweite große Debatte dreht sich um die Position des Parlaments in der Pandemie. Die in der ersten Akutphase nachvollziehbar fehlende Ermächtigungsgrundlage für flächendeckende Ausgangs-, Kontakt- und Gewerbebeschränkungen hat man mittlerweile geschaffen. Aber sie ist nicht als klassische gefahrenabwehrrechtliche Norm formuliert. Sie regelt nicht, unter welchen Voraussetzungen in die Freiheit eingegriffen werden darf, sondern was die Anforderungen an Schutzkonzepte durch die Länder sind. Dabei ist sie so unkonkret, dass sie in ständig wiederkehrenden digitalen Konklaven von Ministerpräsidenten und Kanzleramt konkretisiert werden muss. Nach wie vor fällt damit die Exekutive die wesentlichen Entscheidungen über gravierende Grundrechtseingriffe – eine groteske Umkehrung des Parlamentsvorbehalts, der diese Entscheidungen dem Bundestag vorbehält. Die Opposition bleibt ganz außen vor, und die Landtage können, wenn sie denn überhaupt ge-

fragt werden, nur noch abnicken, was zuvor in den Konklaven entschieden wurde. Nicht zuletzt geht es angesichts der Milliardenhilfen, die in diesen Runden entschieden werden, auch um die Haushaltsheftigkeit des Bundestages.

Dieses pandemische Sonderregime lässt sich nur durch konkretere gesetzliche Bestimmungen beenden, die den Erlass der Eindämmungsverordnungen an feste Zielmarken knüpfen, damit klare Perspektiven schaffen und den parakonstitutionellen Fremdkörper der Konklave überflüssig machen. Dabei muss auch entschieden werden, ob die Maßnahmen stärker auf die individuelle Gesundheit (dann sind Inzidenzzahlen interessant) oder stärker auf die öffentliche Gesundheit fokussiert werden sollten, für die es etwa auch auf die Belegung der Intensivstationen ankäme. Aber es stellt sich auch die grundsätzliche Frage, wie unser an konkrete Gefahren und individuelle Verantwortliche anknüpfendes Gefahrenabwehrrecht auf globale Gefahrenlagen zugeschnitten werden kann, die nicht individuell zurechenbar sind.

Der Bundestag schwächt sich auch dadurch, dass er es dem Bundesministerium für Gesundheit erlaubt, durch Rechtsverordnungen von seinen eigenen Paragrafen abzuweichen. Das wird in der Verfassungsrechtswissenschaft praktisch einhellig als Verstoß gegen Artikel 80 Abs. 1 GG angesehen, wonach Rechtsverordnungen Gesetze konkretisieren, aber nicht konterkarieren dürfen. Im März 2020 hatte es noch siedend geheißen, die Ermächtigung sei ja auf ein Jahr befristet. Mittlerweile hat man sie aber entfristet. Die Mehrheit des Bundestages kann das Notstandsregime durch den einfachen Beschluss, dass eine epidemische Lage von nationaler Tragweite besteht, immer wieder verlängern – ohne zu prüfen, ob man die Regelungen in den ministeriellen Rechtsverordnungen nicht auch selbst erlassen könnte.

Ein solches exekutives Durchentscheiden unterbindet ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren, das die Opposition beteiligt, Partizipation der Zivilgesellschaft durch Anhörungen von Verbänden und Qualitätssicherung des Rechts durch Beteiligung von Sachverständigen gewährleistet. Wohin das führt, zeigte sich zuletzt bei den Regelungen der Impfpriorisierung. Sie wurden im Dezember 2020 zunächst durch Rechtsverordnung und ohne öffentliche Diskussion festgelegt. Die Debatte darüber, wer zuerst dran ist (immerhin sterben ja nach wie vor Menschen, weil für sie nicht rechtzeitig Impfstoff zur Verfügung steht), ging erst los, als die Verordnung längst erlassen war. Gerichte mussten die Reihenfolge in Einzelfällen korrigieren, und ein organisatorische und prozedurale Vorkehrungen gegen das sogenannte Impfdrängeln hatte in der (un)öffentlichen Eile des ministeriellen Verordnens auch niemand gedacht. Nachdem die Verfassungsrechtswissenschaft unisono eine parlamentsgesetzliche Regelung gefordert hatte, wurden Ende Februar 2021 doch noch formell-gesetzliche Regelungen geschaffen, deren Qualität als Rechtsgrundlagen sich aber erst nach einer Schnitzeljagd durch zwei Gesetze erschließt.

Zur Rollenehrlichkeit in der Wissenschaft gehört auch die Einsicht, dass die Pandemie nicht nur uns Forschende und Lehrende herausfordert, sondern uns alle unmittelbar persönlich betrifft. Das gab es so noch nie, und es hat Einfluss auf Wissenschaft. Es ist eben etwas anderes, über die Verfassungsmäßigkeit der bayerischen Grenzpolizei zu räsonieren als über ein Virus, das uns alle bedroht, und über staatliche Maßnahmen, die es uns verbieten, Familie und Freunde zu sehen. Aber gerade deshalb gilt es, die Instrumente und Methoden zu schützen, die Grundlage wissenschaftlicher Verständigung sind. Wer die Naturwissenschaften vor den Leugnern des Virus schützt, muss sich daher auch gegen die Verharmlosung des Verfassungsrechts positionieren. Das Grundgesetz brauchen wir auch in der nächsten Krise noch, wenn Covid-19 hoffentlich schon längst wieder einfach nur ein Virus ist.

Professor Dr. Thorsten Kingreen lehrt Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht an der Universität Regensburg.

Kein Mensch ist unzumutbar

Warum das polnische Verfassungsgericht die embryopathische Indikation als verfassungswidrig verworfen hat – und warum es damit recht hat / Von Christian Hillgruber

In einem auf Antrag von Abgeordneten des Sejms durchgeführten abstrakten Normenkontrollverfahren hat das polnische Verfassungsgericht mit Urteil vom 22. Oktober 2020 eine Bestimmung des polnischen Gesetzes über Familienplanung, den Schutz von Föten und Rechtfertigungsgründe für einen Schwangerschaftsabbruch für verfassungswidrig erklärt, die – bis zur extraterinen Lebensfähigkeit des Fötus – einen Schwangerschaftsabbruch erlaubte, wenn auf der Grundlage von vorgeburtlichen Tests und/oder aus anderen medizinischen Gründen eine hohe Wahrscheinlichkeit für die schwere und irreversible Beeinträchtigung des Fötus oder für die lebensbedrohliche unheilbare Krankheit des Fötus besteht.

Die Entscheidung hat zum Teil für helle Empörung gesorgt, in Polen und andernorts. Die Abwehrreaktion ist gewiss auch auf die rechtsstaatlich in der Tat sehr problematische Neubestimmung der Richterbank in den letzten Jahren zurückzuführen. Doch wie steht es um die Sache selbst? Im Anschluss an eine Entscheidung aus dem Jahr 1997, als das Land sozialdemokratisch regiert wurde, hält das polnische Verfassungsgericht daran fest, „dass das menschliche Leben in jeder Phase seiner Entwicklung einen Wert darstellt

und als Wert, der sich aus den Bestimmungen der Verfassung ergibt, vom Gesetzgeber geschützt werden sollte“. Es stützt sich dabei auf die Garantie der inhärenten und unveräußerlichen Würde des Menschen als „der Quelle seiner Freiheiten und Rechte“ (Art. 30 der polnischen Verfassung) und deren Art. 38, dem zufolge die Republik Polen jedem Menschen rechtlichen Schutz des Lebens gewährleistet. Damit werde auch ein ungeborenes Kind – als Mensch, der Anspruch auf die unveräußerliche Würde der Person hat – als Träger von Rechten und Pflichten anerkannt, die das Recht auf Leben einschließen. Das Rechtssystem müsse einen angemessenen Schutz für die Würde des ungeborenen Kindes bieten, ein zentraler Wert, ohne den eine Anerkennung als Subjekt von Rechten und Pflichten ausgeschlossen wäre.

Mit der Zulassung des Schwangerschaftsabbruchs werde dem ungeborenen Kind zwar nicht das Recht auf Leben verweigert, aber sein rechtlicher Schutz eingeschränkt; dies bedürfe einer hinreichenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Jede Einschränkung des rechtlichen Schutzes des menschlichen Lebens müsse „absolut notwendig“ sein und als Ultima-Ratio-Maßnahme behandelt werden. Außerdem könne angesichts des fundamenta-

len Charakters des Rechts auf Leben nicht jedes in Artikel 31 Absatz 3 der Verfassung genannte Interesse Lösungen rechtfertigen, die das Lebensrecht beeinträchtigen. Es bestehe vielmehr „das Erfordernis einer Symmetrie zwischen den Werten: dem geopferten und dem gesicherten“. Ein solches analoges Interesse könne beim Schwangerschaftsabbruch nur in Bezug auf die Mutter bestehen. Eine hohe Wahrscheinlichkeit einer schweren und irreversiblen Beeinträchtigung des Fötus oder einer lebensbedrohlichen unheilbaren Krankheit des Fötus könne auch eine Gefahr für das Leben und die Gesundheit der Mutter darstellen. Die für verfassungswidrig erachtete Vorschrift reflektiere aber nicht eine solche Situation, sondern stelle schlicht und einfach auf den Krankheitsbefund beim Fötus ab. Dieser könne aber allein nicht die Zulässigkeit der Beendigung einer Schwangerschaft begründen.

Ausdrücklich betont das Verfassungsgericht, dass der Gesetzgeber sowohl das Recht als auch die Verpflichtung habe, die Rechtslage an die erlassene Entscheidung anzupassen, unter Berücksichtigung des Rechts einer Mutter auf besondere Unterstützung durch Behörden vor und nach der Geburt (Art. 71 der polnischen Verfassung). Der Gesetzgeber dürfe die Last der

Erziehung seines schwer und irreversibel beeinträchtigten oder unheilbar kranken Kindes nicht allein auf die Mutter übertragen, da die Verpflichtung zur Betreuung von Personen unter schwierigsten Umständen in erster Linie bei den Behörden und der Gesellschaft insgesamt liege.

Diese Entscheidung des Verfassungsgerichts verdient Zustimmung. Sie deckt sich in den Grundannahmen – Achtung und Schutz der Menschenwürde und des Lebensrechts auch des noch ungeborenen Menschen – vollständig mit der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts. Wenn das Bundesverfassungsgericht angenommen hat, die embryopathische Indikation könne – „ihre hinreichend genaue Umgrenzung vorausgesetzt“ – als Ausnahmetatbestand vor der Verfassung Bestand haben, so hat es, wie aus dem Kontext hervorgeht, nur eine damit im Zusammenhang stehende medizinische Indikation gemeint. Der deutsche Gesetzgeber hat die embryopathische Indikation jedenfalls gerade deshalb abgeschafft, um klarzustellen, „dass eine Behinderung niemals zu einer Minderung des Lebensschutzes führen kann“. Der mit der Menschenwürde geschützte Eigenwert ausnahmslos jedes Menschen schließt es kategorisch aus, dass ein Mensch allein wegen eines Krankheits-

zustands anderen Menschen unzumutbar sein könnte. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass das Wissen um eine solche Erkrankung ihres Kindes die schwangere Frau psychisch derart belastet, dass es zu einer traumatischen Belastungsstörung kommt, die ihr eine Fortsetzung der Schwangerschaft schlechthin unzumutbar macht, weshalb sie um ihrer Menschenwürde und ihres Lebensrechts willen von der grundsätzlichen Pflicht zum Austragen des Kindes befreit werden muss, wie etwa im Fall einer sicher zu erwartenden Fehl- oder Totgeburt; dem trägt die medizinische Indikation Rechnung, die das polnische ebenso wie das deutsche Recht vorsieht.

Ist allerdings nicht die Schwangerschaft selbst lebensbedrohlich oder schwerwiegend gesundheitsschädlich für die Schwangere, sondern wird allein die Aussicht auf ein Leben mit einem behinderten Kind als unzumutbar empfunden, dann geht es nicht um die Bewältigung eines spezifischen Schwangerschaftskonflikts, sondern um die vorsorgliche Abwendung einer Belastung, die für die Eltern nach der Geburt durch die (lebenslange) Verantwortung für dieses Kind entsteht. Es ist in der Tat nicht ausgeschlossen, dass diese nachgeburtliche Belastung die Eltern, speziell die Mutter, überfordert. Hier muss die staatli-

che Gemeinschaft helfen, aber nicht dadurch, dass sie den Schwangerschaftsabbruch zulässt, sondern, wie das Verfassungsgericht zu Recht hervorgehoben hat, durch Unterstützungsleistungen, mit denen die mit der Pflege und Erziehung eines behinderten Kindes verbundene besondere Belastung der Eltern auf ein Maß zurückgeführt wird, das für sie erträglich ist.

Die Entscheidung des polnischen Verfassungsgerichts erinnert uns eindringlich daran, dass unter der Geltung einer Verfassung, die ausnahmslos jedem Menschen die gleiche Würde und das gleiche Lebensrecht zuspricht, die Behinderung eines Menschen, mag sie noch so schwerwiegend sein, für sich genommen nie ein legitimer Grund sein kann, sein Leben vorgeburtlich zu beenden; denn kein Mensch ist allein aufgrund seiner Existenz, mag sie noch so defizitär sein, für einen anderen Menschen unannehmbar. Daher bedarf die gegenwärtige Praxis in Deutschland, die darauf hinausläuft, der embryopathischen Indikation einfach unter der medizinischen Indikation Unterschlupf zu gewähren, dringend der Korrektur.

Professor Dr. Christian Hillgruber lehrt Staatsrecht und Staatskirchenrecht an der Universität Bonn.