

Kulturleben und Corona

– einige kritische Thesen

1. Corona-Pandemie als Prüfstein der Gesellschaftsordnung

Die Corona-Pandemie Sars-Cov-2 erweist sich seit ihrem Auftreten im Dezember 2019 zunehmend als Prüfstein. Das gilt für das gesellschaftliche, politische, soziale und wirtschaftliche System. Es gilt vor allem auch für seine Rechtsordnung, in der wir in der Bundesrepublik Deutschland in der Europäischen Union des Jahres 2021 leben – und weiterhin leben wollen. Denn in diesem verhältnismäßig kurzen Zeitraum sind die verfassungsmäßigen Menschen- und Freiheitsrechte der Bundesbürger und auch der Unionsbürger ihrer Nachbarstaaten im Dienste der Bekämpfung dieser Pandemie in ungewöhnlichem und auch unverhältnismäßigem Maße eingeschränkt worden: „Noch nie seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland haben so weitgehende Beschränkungen des öffentlichen und privaten Lebens – bis hin zu Ausgangs- und Kontaktsperren – die grundrechtlichen Freiheiten der Bürgerinnen und Bürger in so hohem Maße beeinträchtigt.“ (So Häberle/Kotzur, Die Covid-19-Pandemie aus der kulturwissenschaftlichen Perspektive einer europäischen und universalen Verfassungslehre, NJW 2021, 132 ff.). Während Bundes- und Landesgesetzgeber und ihre Verwaltungen dieser neuen und durchaus auch bedrohlichen Viruserkrankung durch eine Vielzahl teils (zu) weitgehender, teils (zu) kurz greifender, teils widersprüchlicher, teils korrekturbedürftiger Entscheidungen entgegenzuwirken versuchen,

wachsen Zweifel sowohl an der epidemiologischen Effektivität als auch an der Verfassungsmäßigkeit daraus resultierender Maßnahmen.

2. Grundrechte versus Infektionsschutz

Es geht um grundlegende, unsere Verfassungswertordnung bestimmende Rechtswerte wie Art. 1 GG (Menschenwürde), Art. 2 (Persönlichkeit und Freiheit, insbesondere auch Bewegungsfreiheit), Art. 4 (Religionsausübung), Art 5 (Meinungs-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit), Art. 12 (Berufsausübung), Art. 14 (Eigentum), Art.19 (Rechtsschutz), Art. 20 (Demokratie, Sozialstaat und Rechtsstaat), Art. 104 II (Richtervorbehalt bei längerfristiger Freiheitsentziehung). Als Rechtsgrundlage für Einschränkungen dieser Rechte fungiert vor allem das Infektionsschutzgesetz (IfSG). Dieses Gesetz und die darin enthaltene weitgehende Ermächtigung der Exekutive zum Erlass von Rechtsänderungen und Durchführungsverordnungen ist Gegenstand begründeter Kritik (z. B. von Daniel Stach, Die häusliche Quarantäne nach Ein- oder Rückreise aus dem Ausland, NJW 2021, 10 ff.). Ob und welche Quarantänemaßnahmen aufgrund dieses Gesetzes einer Prüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit standhalten, ist fraglich. Die Gerichte sind hier geteilter Meinung. Verwaltungsgerichte in Lüneburg und Münster haben entsprechende Quarantänemaßnahmen außer Vollzug gesetzt, das VG Neustadt sie dagegen bestätigt. Auch werden die Rechtsgrundlagen der Vorgehensweise bei den Corona-Schutzimpfungen hinterfragt: Ist die vorgesehene Reihenfolge begründbar? (vgl. Anna Leisner-Egensperger, Impfpriorisierung und Verfassungsrecht, NJW 2021, 202 ff.).

3. Verfassungsprinzip der Verhältnismäßigkeit

– Eine Säule des Rechtsstaats

Kernpunkt begründeter Kritik ist der Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit (dazu näher Murswiek, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NZVerwR 2021, 1 ff.). Danach sind Bestimmtheit, Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit und Zeitdauer von Grundrechtseinschränkungen in ihren konkreten Auswirkungen auf die Ausübung der genannten Grundrechte in Verhältnis zu setzen zu den konkreten Möglichkeiten, mithilfe der einschränkenden Maßnahmen die angestrebten, verfassungsmäßigen Ziele zu erreichen und dadurch andere Verfassungsrechtsgüter zu schützen: nämlich Leben und Gesundheit der Bürger und ein funktionsfähiges Gesundheitssystem. Sowohl bei der erforderlichen Konkretisierung der schutzwerten Rechtsgüter als auch bei der Abwägung der verschiedenen miteinander kollidierenden Rechtsgüter im Einzelfall ist fehlerhaftes Vorgehen der Verwaltungen und der Gerichte bei ihrer Entscheidungsbildung zu kritisieren.

Dies betrifft vor allem drei Punkte:

- a) die Tatsachengrundlagen,
- b) die Konkretisierung der einander gegenüberstehenden und abzuwägenden Rechtsgüter,
- c) den Abwägungsprozess.

Zu a) Eine zentrale Rolle spielt dabei die sog. Inzidenzziffer. Unter der „7-Tage- Inzidenz“ wird die Zahl der registrierten Neuinfektionen innerhalb der vergangenen sieben Tage pro 100 000 Einwohner verstanden. Diese regelmäßig von den Tageszeitungen und von den

öffentlich-rechtlichen Rundfunk- und Fernsehsendern wie „Tagesschau“ in Deutschland verbreitete Corona-Kennziffer ist entgegen vielfachen und wiederholten Erklärungen aus Politik und Medien als Steuerungsinstrument für Verwaltungsmaßnahmen in dieser Form ungeeignet, weil ungenau. Hauptgrund: Sie bildet nicht das wirkliche Geschehen ab, da die Dunkelziffer der tatsächlich Erkrankten und insbesondere der symptomlos Erkrankten ebenso wie der folgenlos Geheilten nicht erfasst wird. Sie ist außerdem abhängig von der Anzahl durchgeführter und registrierter Tests und steigt mit dieser. Sie berücksichtigt nicht die Differenz zwischen positiv getesteten aber nicht erkrankten Personen. Auch gilt nicht jeder positiv Getestete als infektiös, also rechtlich relevantes Risiko. Die tatsächliche Größe des Krankheitsrisikos wird daher nicht zutreffend dargestellt.

Zu b) Das Rechtsgut, um dessen Schutz es in den §§ 32; 28 InfektionsschutzG geht, ist der Schutz des Allgemeinguts der Volksgesundheit durch „Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten“ und genauer im später eingefügten § 28a IfSG die „Verhinderung der Verbreitung der Corona-Virus-Krankheit (Covid-19)“. Dieses fraglos legitime, jedoch allgemeine Ziel lässt sich im Abwägungsprozess durch zwei weitere Teilziele konkretisieren: Den Schutz einzelner Leben vor Krankheit und Tod sowie die Verhinderung des „Gesundheitsnotstandes“ durch Zusammenbruch geordneter Krankenhaus- insbesondere Intensivbehandlung für Covid- und andere Patienten.

Eine schlichte Gegenüberstellung dieser allgemeinen Rechtsgüter (nach dem Motto: „Leben gegen vorübergehende Freiheitsbeschränkung“) ist jedoch unzulässig. Es geht vielmehr um die Abwägung des Nutzens oder

Schadens jeder individuellen Freiheitsbeschränkung (z. B. durch Schulschließung, Ladenschließung oder Quarantäne) im Verhältnis zum individuellen, messbaren Nutzen für das Gesundheitssystem (Beispiel: Welche konkrete Auswirkung hat die Schließung einer Schule, eines Museums, eines Kinos oder Ladengeschäfts auch bei Einhaltung sonstiger Sicherheitsmaßnahmen auf das Krankheitsgeschehen, genauer auf die Risikoabwägung?).

Dabei spielt auch die Begründung der behaupteten Erforderlichkeit und Angemessenheit der Einschränkungsmassnahme und ihre etwa mögliche und dann auch zwingend gebotene Ersetzung durch weniger schwerwiegende Einschränkungen im Einzelfall eine wichtige, in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis aber vernachlässigte Rolle. Diese „Schranken-Schranken“, d. h. die aus der Verfassung folgenden immanenten Schranken der zulässigen Grundrechtsschranken bedürfen der fallbezogenen Präzisierung.

Es geht ferner nicht um einen allgemeinen Lebensschutz als Schutz vor möglicherweise tödlicher Erkrankung, sondern in Anbetracht des allgemeinen Lebens- und Sterberisikos um eine Risikoabschätzung: Abzuwägen ist die Sterberisiko-Differenz im Falle durchgeführter oder nicht durchgeführter Maßnahmen. Hier aber beruht der behauptete Kausalzusammenhang z. B. zwischen Schul- oder Theater- oder auch Restaurantschließungen im Vergleich zur Offenhaltung anderer Geschäfte und Arbeitsstätten einerseits und der Erhöhung oder Senkung von „Inzidenzzahlen“ andererseits weitgehend auf Vermutungen. Belastbare Beweise hierzu liegen nicht vor.

Zu c) Vor allem findet eine angemessene Einbeziehung aller bereits erweislichen oder jedenfalls hochwahrscheinlichen negativen wirtschaftlichen (Insolvenzen, Existenzvernichtung durch „Lock down“, wirtschaftlicher Niedergang), sozialen (Verarmung, weitergehende Spaltung der Gesellschaft), gesellschaftlichen (Kulturverlust, Bildungsverlust, Konfliktzunahme), gesundheitlichen (psychische und physische Erkrankungen, Depressionen, Todesfälle infolge aufgeschobener Behandlung anderer Krankheitsfälle) und politischen (Zunahme politischer Konflikte) negativen Folgen („Kollateralschaden“?) in den Abwägungsprozess nicht oder nicht in angemessener Weise statt.

Maßstäbe und Erkenntnisse zur Ermittlung der Übersterblichkeit, d. h. zu einer eindeutig und nur auf Covid-19 zurückzuführenden, im Vergleich zu vorangegangenen Epidemien (und seinerzeit unterlassenen Grundrechtseinschränkungen) erhöhten Corona-Mortalitätsrate sind nach wie vor kontrovers.

Ungenügende Berücksichtigung findet auch der Zeitfaktor. Generell gilt: Je länger der Zustand einer Grundrechtseinschränkung anhält, desto gewichtiger und „alternativloser“ müssen die Gründe dafür sein, um die Einschränkung aufrecht zu erhalten. Legitime Anfangsgründe können durch fortdauernden Zeitablauf ihre anfängliche Berechtigung verlieren, weil die negativen Auswirkungen der Grundrechtseinschränkung zunehmen.

4. Der Mensch ist (s)ein Kulturprojekt

Ins Zentrum der Gesamtabwägung von Nutzen und Schaden der Anti-Corona- Maßnahmen gehört ein Gesichtspunkt, der nach wie vor in der

Corona-Debatte nicht angemessen thematisiert wird: Die Entwicklung des „Homo sapiens“ als Evolution des Menschen über den Primatenstatus hinaus ist anthropologisch vorstellbar wesentlich nur als kulturelle Entwicklung. Kurz: Der Mensch ist (s)ein Kulturprodukt. Als solches setzte die frühmenschliche Gesellschaft als Kulturgemeinschaft bereits in Fels- und Höhlenmalereien und Kleinskulpturen vor rund 40 000 Jahren erste unübersehbare Zeichen. Der „Status culturalis“ und damit auch die heutige „kulturelle Freiheitsvorsorge“ als staatliche Aufgabe (dazu Häberle/Kotzur, NJW 2021, 133) gehört zum Verfassungsverständnis der Bundesrepublik Deutschland als Kulturstaat. Kultur in Gestalt der Schulen, Universitäten, anderen Bildungseinrichtungen ebenso wie Museen, Galerien, Theater, Kinos, Konzerten u. a. kommt daher als konstitutiven Elementen der menschlichen Gesellschaft als Kulturgesellschaft besondere Bedeutung zu.

Diese Einrichtungen, Orte und Angebote sind nicht nur gesellschaftliche Dekoration, auf die im Zuge von Seuchenbekämpfung oder anderen Notstandsmaßnahmen mehr oder weniger lange vermeintlich ohne schwerwiegenden gesellschaftlichen Schaden verzichtet werden könnte. Die genannten und anderen Bildungs- und Kultureinrichtungen und ihre Angebote sind vielmehr unverzichtbare Lebensmittel einer entwickelten Zivilgesellschaft als friedens- und entwicklungsfähiger Kulturgesellschaft. Jedenfalls gilt dies für Europa - und zwar für das gesamte Europa einschließlich West und Osteuropas und der großen Kulturnation Russland - und für die europäischen Staaten als Kulturgemeinschaft.

Zur Schließung und Wiederöffnung von Schulen, Universitäten, Galerien, Museen, Theatern, Konzertsälen und anderen staatlichen und privaten

Kultureinrichtungen der verschiedensten Art bedarf es daher einer wesentlich sorgfältigeren Güterabwägung und schonenderen Vorgehensweise als sie im Zuge der bisherigen Corona- Bekämpfung stattfand und immer noch stattfindet.

Pauschale Stilllegungen dieser Einrichtungen oder ihre ersatzlose Umwandlung in kontaktferne, elektronische Onlineforen ohne hinreichend belastbare Beweise für die kausale Relevanz solcher Maßnahmen für das Infektionsgeschehen und ohne darstellbare Ersatzlösungen und nachweislich mögliche reduzierte Präsenzangebote unter Beachtung von Schutzmaßnahmen (Maskentragung, Abstandhalten, Lüftung, Desinfektionsmaßnahmen) entsprechen nicht den Anforderungen verfassungskonformer Auslegung.

5. Neue Sachlage: Impfschutz gebietet Bewegungs- und Kontaktfreiheit

Dies gilt insbesondere im Verlauf der durch die laufende Impfkampagne geschaffenen neuen Situation. Die Tatsache, dass durch Impfungen geschützte Personen und Personengruppen nach derzeitigem medizinischem Kenntnisstand weder als Gefährder noch als in besonderem Maße Gefährdete also Risikoträger anzusehen sind, hat bei den bisherigen Maßnahmen und im Abwägungsprozess noch keine angemessene Berücksichtigung gefunden. Diese positive Entwicklung schafft und erfordert neue Ansätze in der Güterabwägung und flexiblere Verwaltungsmaßnahmen. Daraus folgt das Verfassungsgebot, kulturelle Veranstaltungsspielräume jenseits bisheriger pauschaler Restriktionen und Totalschließungen und Verbote zumindest teil- und zeitweise baldmöglichst wieder zu eröffnen.

Das gegen eine solche neue, differenzierende Verwaltungspraxis gelegentlich vorgebrachte Argument – so z. B. vom Deutschen Ethikrat – eine Besserbehandlung Geimpfter im Verhältnis zu Nichtgeimpften sei im Interesse des gesellschaftlichen Friedens (um etwaige Neidreaktionen zu verhindern) nicht vertretbar, überzeugt nicht. Denn der Gleichheitssatz des Art. 3 GG erlaubt nicht nur sondern gebietet gegebenenfalls die Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte.

Die Forderung nach einer Flexibilisierung der bisherigen Verbotspraxis kann sich auch auf die zunehmende Verbesserung und Verfügbarkeit medizinischer Schnelltests stützen. Soweit solche Testergebnisse aus medizinischer Sicht als – vorübergehender – infektiologischer Unbedenklichkeitsnachweis angesehen werden können, folgt daraus auch ein verfassungsrechtlich begründeter Anspruch der ohne Befund Getesteten auf Berücksichtigung dieses Sachverhalts und konkret auf mehr persönliche, wirtschaftliche und kulturelle Bewegungs- und Kontaktfreiheit und Freiheit der Berufsausübung.

6. Fallbezogene Differenzierungen als Modell Europa versus andere Ordnungsmodelle

Die mit diesen Vorgehensweisen verbundene Forderung nach mehr fallbezogener Differenzierung mag zu erhöhten Anforderungen an die Exekutive und zu mehr Unübersichtlichkeit führen. Dies den politischen Repräsentanten vorzuwerfen, erscheint ungerechtfertigt. Anders als in der gemeinsamen Anstrengung eines solchen permanenten Prüfungs- und Anpassungsprozesses aller Beteiligten erscheint der Konflikt zwischen den individuellen Freiheitsrechten der Bürger und den

kollektiven Sicherheitsinteressen von Staat und Gesellschaft im Rahmen einer demokratischen, sozial- und rechtsstaatlich gebundenen Verfassung der Freiheit, wie sie das deutsche Grundgesetz und die Grundrechtscharta der EU bieten, nicht auflösbar. Das unterscheidet - auch im Fall der Corona-Pandemie auf signifikante Weise - das Modell Europa vom Modell China und anderen Ordnungsmodellen. Und wohl nur auf diese Weise werden Deutschland und Europa mit diesem Virus und seinen Risiken leben lernen. Denn auch wenn fortgeschrittener Medizintechnik die weitgehende Eliminierung dieser Pandemie gelingen sollte, wird die Nächste möglicherweise nicht lange auf sich warten lassen. Der kollektive Lernprozess dürfte also weiter gehen.

Prof. Dr. Dr. h.c. iur. Herwig Roggemann, Univ-Prof. a. D. am Osteuropa-Institut und am Fachbereich Rechtswissenschaft der FU Berlin;

herwig.roggemann@fu-berlin.de;

www.galerie-wannsee-verlag.de;

www.berliner-forum.eu