



**Prof. Dr. Arthur Benz**

ist Professor für Politikwissenschaft an der TU Darmstadt und Verfasser mehrerer Standardwerke zum Thema Föderalismus und Politik in Mehrebenensystemen. Seit Oktober 2019 ist er im Ruhestand.

/// Anmerkungen zur Entwicklung eines Spannungsfeldes

# Freiheit, Recht und Politik in der Corona-Pandemie

**Der Staat darf den Menschen nicht ihre Freiheit nehmen. Diese so oder anders formulierte Aussage, die in den öffentlichen Diskussionen über die Corona-Politik immer wieder betont wird, ist zutreffend. Sie wirft aber zwei Fragen auf: Was bedeutet Freiheit? Und wer oder was ist mit Staat gemeint?**

Diese beiden Fragen hängen eng zusammen. Freiheit ist zwar ein Recht, aber der Gehalt dieses Rechtes ist nicht gegeben, sondern ist in gesellschaftlichen Kontexten, primär also unter Berücksichtigung der Freiheit anderer zu bestimmen. Im Folgenden werde ich versuchen, Aspekte des Freiheitsbegriffs zu markieren, die zu beachten sind. Ziel dieser Klärung ist es, die Frage zu beantworten, wer in welchen Verfahren über die Bestimmung des Gehalts und damit die Einschränkung von Freiheitsrechten entscheiden soll. Diese Klärung erlaubt eine kritische Analyse des Zusammenwirkens der Institutionen und Verfahren des demokratischen Rechts- und Bundesstaats in der Corona-Pandemie, die hier nur in groben Zügen dargelegt werden kann.

**Freiheit wird in sozialen Beziehungen real und in Verfahren konkretisiert.**

## Freiheitsgrundrecht: Aspekte des Begriffs

Es sei zunächst daran erinnert, dass der Gehalt der Freiheit eines Menschen sich nur in dessen Beziehung mit anderen Menschen bestimmen lässt. Dies gilt in zweifacher Hinsicht: Menschen schränken die Freiheit anderer Menschen ein, soweit sich ihr Verhalten oder ihre Handlungen auf andere auswirken. Sie gewinnen aber auch in dem Maße an Freiheit, wie sie mit anderen kooperieren und gemeinsame Fähigkeiten oder Macht entfalten. Freiheit ist also immer eine soziale Tatsache.

### Eine historische Sicht zeigt verschiedene Verständnisse von Freiheitsrechten.

Als die Idee der individuellen Freiheit von einem Gedankenkonstrukt der Philosophie der Aufklärung zu einer politischen Forderung und schließlich zur gesellschaftlichen Realität wurde, geschah dies unter verschiedenen Bedingungen. In Frankreich wurde diese Idee in der Revolution gegen die bestehende Monarchie durchgesetzt und durch die Verfassung gewährleistet. Das Volk bemächtigte sich dabei des Staates, um die Freiheit für alle Bürger zu verwirklichen.

Die amerikanische Revolution beruhte ebenfalls auf dem Gedankengut der Aufklärung, wurde aber auch durch das Freiheitsverständnis des reformierten Protestantismus beeinflusst. Die amerikanischen Siedler erwarben ihre Freiheit durch Einwanderung in ein Land, in dem sie sich frei wähnten, weil sie auf keine anderen Menschen trafen bzw. die Ureinwohner nicht als solche betrachteten. Als sie die USA als Staat gründeten, begriffen sie ihre Freiheit als gegeben und in lokalen Gemeinschaften gewährleistet. In der Verfassungsgebung wurde sie daher vorausgesetzt, sie sollte durch institutionelle Vorkehrungen zur Begrenzung der Staatsgewalt, nämlich Gewaltenteilung und Rechtsschutz, gesichert werden. Die „Bill of Rights“ verweist auf Grundrechte, sie richtete sich gegen die Macht des Zentralstaats.

Diese Skizze mag die Unterschiede der Freiheitsverständnisse überzeichnen, die die französische und amerikanische Revolution prägten. Sie liefert aber Hinweise auf unterschiedliche Auffassungen über Freiheitsrechte, die historisch erklärbar sind und sich auch in den heutigen Diskussionen wiederfinden lassen. In ihnen wird entweder die Garantie der Freiheit durch Verfassung und demokratische Gesetzgebung oder die Abwehr gegen Freiheitsbeschränkungen durch staatliche Organe betont. Die erste Argumentation begründet die Forderung nach demokratischer Gesetzgebung, die zweite Argumentation richtet sich auf Rechtsschutz.

Der Hinweis auf historische Weichenstellungen in der Entwicklung der Freiheitsrechte, die die französische und die amerikanische Revolution bewirkten, lässt noch eine zweite Dimension von Freiheit verdeutlichen. In Frankreich verband sich die Forderung nach Freiheit, die sich gegen die Feudalherrschaft und deren soziale Folgen richtete, mit dem Ruf nach Gleichheit und Brüderlichkeit. Auch die amerikanischen Siedler betonten die Gleichheit, ausgehend von ihrem christlichen Menschenbild, aber dieser Gleichheitsbegriff verweist primär auf die bestehende lokale Gemeinschaft. In beiden Fällen wurde abstrakte Freiheit in Verbindung mit Gleichheit konkret und mit Bezug auf soziale Verhältnisse bestimmt. Nach kontinentaleuropäischem Verständnis sollte eine zentrale Gesetzgebung und der Gesetzesvollzug durch eine Bürokratie unbestechlicher und neutraler Beamter für gleiche Freiheit sorgen, nach amerikanischem Verständnis die Selbstbestimmung und Kooperation in lokalen Gemeinschaften in einem dezentralisierten Bundesstaat.

**Astrakte Freiheit ist in Verbindung mit Gleichheit zu konkretisieren.**

In der Geschichte des Westens verschränkten sich die verschiedenen Ausprägungen des Begriffs Freiheitsrechte, weshalb heute alle vier „Dimensionen“ zu beachten sind. Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland greift erkennbar auf beide Entwicklungslinien des Freiheitsverständnisses zurück. Es liefert damit auch unterschiedliche Antworten auf die Frage, wer in welchen Verfahren Freiheitsrechte bestimmen soll bzw. dazu legitimiert ist, sie einzuschränken. Zu betrachten sind:

- die Institutionen des Rechtsstaats,
- die Institutionen der Demokratie,
- die Institutionen des Föderalismus und
- die Institutionen der Verwaltung,

und entsprechend dem hier vorgeschlagenen Begriffsverständnis müssen alle zusammenwirken. Dies tun sie zweifellos auch. Die Frage ist nur, wie sie zusammenwirken und wie die Gewichte zwischen ihnen verteilt sind. Denn alle vier Institutionen erfüllen sich ergänzende Funktionen, erzeugen im Zusammenwirken aber auch Spannungen. Werden diese Zusammenhänge nicht beachtet, werden Machtverschiebungen ignoriert, die das institutionelle Gleichgewicht gefährden.

**Sind Freiheits-  
beschränkungen  
unverhältnismäßig und  
undemokratisch?**

## Freiheit durch Rechtsschutz oder Demokratie

Das Grundgesetz der Bundesrepublik gewährleistet Freiheitsgrundrechte, lässt aber ihre Einschränkung entweder durch oder aufgrund von Gesetzen zu. Zu Beginn der Pandemie war es die Exekutive, die auf der Grundlage des Infektionsschutzgesetzes Freiheiten beschränkte, mit dem Ziel, Kontakte zwischen Menschen zu reduzieren. Diese Regeln wurden zunächst überwiegend akzeptiert. Im Laufe der Zeit nahm die Kritik an den Entscheidungen der Regierungen zu. Zum einen wurde argumentiert, die Maßnahmen seien nicht verhältnismäßig, zum anderen beklagte man die Übermacht der Exekutive und die Gefährdung der Demokratie.

Der Begriff der Verhältnismäßigkeit besagt, dass Freiheitsbeschränkungen – wie alle in Rechte der Bürger eingreifende Maßnahmen des Staates – erforderlich, geeignet und angemessen sein müssen und als solche zu begründen sind. Damit sind drei inhaltliche und ein Verfahrenskriterium definiert, nach denen Entscheidungen beurteilt werden können. Sie sind in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung entwickelt worden und werden von Gerichten bei der Überprüfung von Gesetzen und Verwaltungsentscheidungen angewandt. Der Begriff der Verhältnismäßigkeit, der in öffentlichen Diskussionen häufig betont wird, deutet somit auf Beurteilungsmaßstäbe der Gerichtsbarkeit hin.

Die zweite Kritik richtet sich gegen die Exekutive, deren Dominanz durch Gesetzgebung der Parlamente überwunden werden soll. Diese sollten nach dieser Argumentation die Abwägung zwischen dem Schutz der Gesundheit der Menschen bzw. dem Gesundheitswesen und der Freiheit treffen. Während das Argument der Verhältnismäßigkeit auf die Rechtsprechung verweist, scheint der Ruf nach Parlamentsbeteiligung auf demokratische Legitimation der Freiheitsbeschränkungen zu zielen.

Dies mag sicher von denen, die die Exekutivdominanz kritisierten, so gemeint sein. Gesetzgebung erfüllt in der Tat eine wesentliche Funktion in der Bestimmung von Freiheitsrechten, die schon John Locke betonte. Er wies darauf hin, dass Gesetze die Freiheit nicht abschaffen oder einschränken, sondern erhalten und erweitern.<sup>1</sup> Demokratische Gesetzgebung nimmt also eine Abwägung zwischen Freiheitsansprüchen vor, die miteinander konkurrieren und deshalb nach einem „allgemeinen Gesetz“ in Einklang gebracht werden müssen. In der Demokratie geschieht dies in einem Verfahren, das die gewählten Vertreter der Bürgerschaft, die Entscheidungen treffen, dazu zwingt, sich gegenüber den Betroffenen und der Bürgerschaft zu rechtfertigen und zu verantworten. Rechtfertigung verlangt öffentliche Diskurse, in denen Argumente vorgebracht werden, Verantwortung bedeutet, für eine Fehlentscheidung einzugestehen und ggf. die gebotenen Konsequenzen zu ziehen.

Die Qualität von Demokratie und demokratischer Legitimität freiheitsbeschränkender Entscheidungen bemisst sich allerdings nicht nur danach, dass Gesetze erlassen werden. Auch Freiheitseinschränkungen durch Regierungen aufgrund von Gesetzen sind grundsätzlich demokratisch legitimiert. Wenn diese eine Rechtsverordnung oder Allgemeinverfügung erlassen, dann handeln sie in einem demokratischen Verfahren, da sie ihre Macht durch das Parlament erhalten und diesem gegenüber zu Rechenschaft verpflichtet sind und von ihm kontrolliert werden. In der Pandemie sind die Regierungen ihrer Rechenschaftspflicht bisher nicht weniger nachgekommen als zu anderen Zeiten, wie man den Parlamentsdokumentationen des Bundes und der Länder entnehmen kann. Parlamente, vor allem die Oppositionsfraktionen, konnten das Regierungshandeln kontrollieren und kritisieren, und die Mehrheitsfraktionen hatten die Möglichkeit, durch Gesetzgebung oder einfache Beschlüsse das Handeln der Exekutive zu steuern.

Diese Möglichkeiten hat besonders der Bundestag wahrgenommen. Er hat mit einer Änderung des Infektionsschutzgesetzes im März 2020 den Tatbestand einer epidemischen „Lage von nationaler Tragweite“ geregelt und dessen Vorliegen festgestellt, womit er den Gesundheitsminister zu Verordnungen ermächtigte, die im Gesetz näher bestimmt sind. Ferner hat er im Gesetzgebungsverfahren Nachtragshaushalte beschlossen und enorme Summen bewilligt, mit denen die Bundesregierung die in ihrer Wirtschafts- und Berufstätigkeit eingeschränkten Betriebe und Personen entschädigen konnte. Schließlich hat der Bundestag im November 2020 im Infektionsschutzgesetz Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie geregelt und diese mit der jüngsten Gesetzesänderung vom 22. April 2021 konkretisiert. All dies spricht nicht für ein Demokratiedefizit. Auch wenn man an dem Gesetz wie an seinem Zustandekommen sowie an vielen Freiheitsbeschränkungen, die aufgrund von Gesetzen getroffen wurden, vieles kritisieren kann, so bedeutet dies noch nicht, dass in der Pandemie die parlamentarische Demokratie nicht funktionieren würde oder durch eine Herrschaft der Exekutive bedroht wäre.

Wenn wir das Zusammenwirken von Demokratie und Rechtsstaat betrachten, kommt man zu einer anderen Bewertung. Gesetze bringen eine Abwägung konkurrierender Interessen zum Ausdruck, die aus der Sicht von Interessenvertretern als unausgewogen kritisiert werden kann. In der Kritik an den zuletzt genannten Gesetzesbeschlüssen herrschte jedoch, jedenfalls in der öffentlichen Diskussion, eine juristische Bewertung vor. Im Gesetz vom November 2018 sei, so wurde argumentiert, das Handeln der Exekutive nicht hinreichend bestimmt.

**Die Pandemiepolitik ist durch den Bundestag demokratisch legitimiert.**

Im Gesetz vom 22. April 2021 wurden Maßnahmen moniert, die nicht verhältnismäßig und daher verfassungswidrig seien. Wenige Tage nach Verabschiedung des Gesetzes waren laut FAZ vom 30.4.2021 beim Bundesverfassungsgericht mehr als hundert Klagen eingereicht.

Bedenkt man die zahlreichen Gerichtsentscheidungen zu Exekutivakten, dann kann man nicht von einer Schwächung des Rechtsstaats sprechen, der allerdings unter einer Überlastung der Gerichte leidet. Diese Entwicklung deutet auf eine andere Problematik hin, die die Demokratie betrifft. Realer als eine Schwächung des Rechtsschutzes scheint in Deutschland zurzeit die Gefahr zu sein, dass die Gerichte, ohne dies zu wollen, zu viel Macht erhalten.

**Die Machtverlagerung  
auf Gerichte schwächt  
die Demokratie.**

Die Tendenz zur „Juridifizierung“ der Politik und damit der Schwächung der Demokratie wurde nicht durch die Pandemie verursacht, sie wird seit längerem beobachtet, und dies nicht nur in Deutschland.<sup>2</sup> Eine der Ursachen liegt darin, dass die immer komplexeren Konflikte in der Gesellschaft der Regelung bedürfen. Gegenwärtig scheint es, dass hierzulande die Konflikte um Freiheitsrechte eher zu sehr vereinfacht werden und abstrakte Ansprüche die Auseinandersetzungen prägen. Zudem neigen viele dazu, ihre Rechte gegen die Politik zu behaupten, statt sich der Suche nach einem Ausgleich berechtigter Interessen zu stellen. Die für die Demokratie entscheidenden Fragen nach der Verantwortung für politische Entscheidungen und nach deren Rechtfertigung mit Argumenten werden dann nicht mehr gestellt. Recht haben wird somit entweder selbst zum Argument, selbst wenn das Recht eine Abwägung erfordert, oder die Abwägung wird nach scheinbar objektivierbaren Kriterien vollzogen, die nicht mehr zur Disposition der Politik stehen sollen. Dabei hat gerade die Anhörung von Juristen, Medizinern, Vertretern von Verwaltungen und Verbänden zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes im Bundestagsausschuss für Gesundheit am 16. April 2021 gezeigt, welche Spielräume Politik hat und wie politisch die Entscheidungen sind.<sup>3</sup> Man darf gespannt sein, wo das Bundesverfassungsgericht die Schranken für die Politik zieht.

## Freiheit in der föderalen Demokratie

Demokratie besteht im Kern in der Möglichkeit, Entscheidungen von verantwortlichen Amtsinhabern zu kritisieren und diese zur Verantwortung zu ziehen. Oft verbindet sich die Kritik jedoch mit dem Vorwurf, die Politik oder der Staat habe versagt. Sie zielt dann nicht auf verantwortliche Akteure, sondern abstrakte Einheiten, im besten Fall Institutionen, die tatsächlich nicht funktionieren können. Solche Argumente richteten sich in der Pandemie gegen den Föderalismus, etwa, wenn der „Flickenteppich“ der Regelungen oder die nichtöffentlichen Verhandlungen der Ministerpräsidenten und der Kanzlerin gerügt werden. Argumentiert wird auch, die Verhandlungen zwischen den Regierungschefs seien in der Verfassung nicht vorgesehen und sie verwischten Verantwortlichkeit.

Nachdem es der Kanzlerin und den Ministerpräsidenten nicht gelang, angesichts der rapide ansteigenden Infektionszahlen ein einheitliches Vorgehen der Landesregierungen zu erreichen, wurde der Ruf nach einer Föderalismusreform lauter. Der Bund reagierte, indem er den Ländern Regelungen vorgab. Mit der Novelle des Immissionsschutzgesetzes versuchte der Bundesgesetzgeber, regionalen Unterschieden im Infektionsgeschehen dadurch Rechnung zu tragen, dass er die Freiheitseinschränkungen von der Inzidenz in Kreisen abhängig machte. Der Automatismus, der damit festgelegt wurde, vernachlässigt allerdings die konkreten regionalen Bedingungen, sowohl hinsichtlich der Ursachen der Infektionen als auch des Vollzugs der Rechtsfolgen.

Der Bund hat damit seine Zuständigkeit für das Infektionsschutzgesetz genutzt, weil die Bundesregierung nicht mehr auf die Koordination mit den Ländern vertraute. Die Frage ist allerdings, ob der Verlauf der letzten Runde der Regierungschefs schon als ein Versagen einer Institution oder eines Verfahrens zu bewerten ist. Das gewählte Koordinationsverfahren war jedenfalls grundsätzlich geeignet, demokratische Legitimation der Politik im kooperativen Föderalismus herzustellen.

Die Verhandlungen der Kanzlerin und der Ministerpräsidentenkonferenz wurden in der Pandemie zum wichtigsten Koordinationsgremium in der ansonsten durch Fachministerkonferenzen und Verwaltungsgremien geprägten Bund-Länder-Zusammenarbeit. Sie als illegitime Praxis zu kritisieren, verkennt ihre Funktion in der föderalen Demokratie.<sup>4</sup>

Föderalismus bedeutet Machtteilung, verlangt aber angesichts der Interdependenz von Aufgaben zugleich koordinierte Machtausübung. Im Infektionsschutz üben Bund und Länder Aufgaben aus, die eng miteinander verschränkt

**Behindert der Föderalismus das Krisenmanagement?**

sind. Die Bund-Länder-Verhandlungen in der praktizierten Form ermöglichen eine Koordinierung der von den Ländern erlassenen Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen mit den Maßnahmen des Bundes, ohne dass damit die Verantwortung der Regierungen gegenüber ihren Parlamenten aufgehoben worden wäre. So konnten Verfahren der Demokratie, die autonome Verantwortung verlangen, und des Föderalismus, die auf abgestimmtes Handeln zielen, miteinander vereinbart werden.

Die Koordination zwischen Ländern und Bund und zwischen den Ländern ist im Bundesstaat unabdingbar. Daran würde auch ein Kooperationsverbot nichts ändern. Sie könnte nur durch vollständige Zentralisierung der Kompetenzen hinfällig werden. Die Länder sind jedoch aus gutem Grund für Maßnahmen zum Infektionsschutz zuständig. Sie stehen in engerem Kontakt mit Gemeinde- und Kreisverwaltungen sowie anderen Organisationen wie Schulen, Kirchen, Vereine, Unternehmen etc. Diese öffentlichen und privaten Organisationen sind für die Wirksamkeit von freiheitsbeschränkenden Rechtsnormen entscheidend. Gesellschaften können durch Politik und Recht gesteuert werden, weil sie organisiert sind. Organisationen regeln und überwachen das Verhalten von Menschen in bestimmten Funktionsbereichen, und diese Leistung kann sich politische Steuerung zunutze machen. Organisationen sind aber auch fähig, eigene Problemlösungen zu entwickeln und entsprechend das Verhalten von Individuen zu lenken. Dieses Potenzial wurde in dem Krisenmanagement der Regierungschefs vermutlich zu wenig beachtet. Jedenfalls wurde es in den öffentlichen Diskussionen und in der Kritik am Föderalismus völlig ausgeblendet.

### **Dezentrale Verwaltungen und Organisationen fördern gleiche Freiheit.**

Gleiche Freiheit wird nicht allein durch allgemeine Gesetze, sondern auch durch Verwaltungen, öffentliche Einrichtungen sowie gesellschaftliche Organisationen gewährleistet – oder auch verhindert. Diese zu fördern, zu lenken und zu kontrollieren ist eine wesentliche Aufgabe der Landespolitik, die ihre Kenntnisse und Erfahrungen über deren Leistungsfähigkeit in die Bundesgesetzgebung einbringt. Die Funktionsweise des Föderalismus hängt damit eng mit der Verwaltung und anderen Organisationen zusammen, die öffentliche Leistungen erbringen. Die Pandemie hat viele Organisationsdefizite offengelegt, wobei die Digitalisierung von Verwaltungen und Schulen wohl nicht das gravierendste Defizit ist, sondern Personalausstattungen, Zustand von Gebäuden und bürokratische Verhaltensmuster. Gleichzeitig zeigten viele öffentliche und private Organisationen aber auch ein hohes Maß an Anpassungsfähigkeit und Kreativität. Zentrale Regelung, aber auch der vermeintliche Zwang zur Einigung in Bund-Länder-Verhandlungen, kann dieses Potenzial leicht verschütten.

## Fazit

Freiheitsgrundrechte, auf die sich in der Pandemie viele berufen, vor allem diejenigen, die zum ersten Mal im Leben erfahren, welcher Wert ihnen zukommt, sind politisch und sozial geprägt. Ihr realer Gehalt hängt von politischen Entscheidungen wie der Begrenzung politischer Macht durch Recht und Rechtsprechung ab, ebenso von einer nach den Lebensumständen der Menschen differenzierten Umsetzung politischer Entscheidungen. Darüber wird in der Bundesrepublik in Verfahren des Rechtsstaats, der Demokratie, des Föderalismus und der Verwaltung befunden. Freiheitsrechte nur mit Rechtsschutz gegen die Politik zu verbinden, kann die freiheitsverwirklichende Funktion der Demokratie beeinträchtigen. Die Überbetonung der abstrakten Freiheit wiederum blendet die Bedeutung von Föderalismus und Verwaltung sowie zivilgesellschaftlichen Organisationen aus. Die Diskussion über Freiheitsrechte und ihre Einschränkung in der Pandemie zeichnet sich durch eine Schiefelage aus, die sowohl für die Demokratie wie für die föderale Ordnung schädlich werden kann.

**Die öffentliche Diskussion leidet an einem einseitigen Freiheitsbegriff.**

///

## Anmerkungen

- <sup>1</sup> Locke, John: [...] the end of law is not to abolish or restrain, but to preserve and enlarge freedom, in: Second Treatise on Government, London 1993 (Orig. 1689), §57.
- <sup>2</sup> Hirschl, Ran: The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, in: Annual Review of Political Science 11/2008, S. 93-118.
- <sup>3</sup> [https://www.bundestag.de/resource/blob/835240/40926a7065b52d8ea8bd3b86e275bd1d/1-154\\_16-04-2021\\_Protokoll-Viertes-BevSchG\\_nicht-lektorierte-Fassung-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/835240/40926a7065b52d8ea8bd3b86e275bd1d/1-154_16-04-2021_Protokoll-Viertes-BevSchG_nicht-lektorierte-Fassung-data.pdf)
- <sup>4</sup> Vgl. Benz, Arthur: Föderale Demokratie. Regieren im Spannungsfeld von Interdependenz und Autonomie, Baden-Baden 2020.