

DEMOKRATIE IM AUSNAHMEZUSTAND

Wie ist der Lebens- und Gesundheitsschutz gegen andere Grundrechte abzuwägen?

Oliver Lepsius

In der Pandemiebekämpfung rückt der Lebens- und Gesundheitsschutz in den Fokus der Politik. Um Leben und Gesundheit der Menschen zu schützen, wird in andere Grundrechte eingegriffen. Ein solcher Grundrechtseingriff erfordert eine gründliche Abwägung (siehe hierzu vorherigen Beitrag). Wie hat diese Abwägung im konkreten Fall der Pandemiebekämpfung zu erfolgen?

„Lebens- oder Gesundheitsschutz? Graduelle Ziele präzisieren.“

Zunächst ist zwischen Leben und Gesundheit zu unterscheiden. Beim Leben gibt es nur eine Eingriffsform, den Tod. Bei Gesundheit hingegen gibt es eine Bandbreite von Schäden, die objektiv und subjektiv unterschiedlichste Formen annehmen können, weil nicht nur physische, sondern auch psychische Effekte umfasst sind, die sowohl von der individuellen Konstitution (Immunsystem, Fitness, Alter) als auch von objektiven Umständen (Umweltfaktoren, Gesundheitssystem) abhängen. Leben ist insofern leicht abwägbar: Wenn der Tod droht, treten in aller Regel die anderen Schutzgüter zurück. Gesundheit hingegen ist aufgrund der individuell vielfältigen Effekte schwer abwägbar.

In der Pandemiesituation erschwert die Zuordnung zu Leben oder Gesundheit, dass potentiell jede Covid-19-Erkrankung tödlich enden kann. Doch das verschiebt die Abwägung nicht grundsätzlich zugunsten des Lebensschutzes, weil Gleiches auch für andere Krankheiten oder auch für an sich ungefährliches Sozialverhalten gilt (Straßenverkehr). Es reicht regelmäßig

nicht, dass der Tod abstrakt droht (weil alle sterben werden), sondern es muss eine signifikante höhere Wahrscheinlichkeit für einen drohenden Tod bestehen, damit das Schutzgut Leben in die Abwägung tritt. Diese Wahrscheinlichkeit kann nicht abstrakt, rein statistisch auf alle Menschen gleich verteilt werden. Sie hängt von Faktoren ab, die auch beim Schutzgut Gesundheitsschutz eine Rolle spielen. Insofern geht es in der Regel mangels Wahrscheinlichkeit und individueller Konkretisierung nicht um die Abwägung von Leben (das wäre aber der Fall bei der Triage), sondern um Gesundheitsschutz, also ein graduell – und nicht irreversibel – zu bestimmendes Schutzgut. Die Abwägung zugunsten der Gesundheit verschärft sich mit der Wahrscheinlichkeit des Todes.

Für eine Abwägung mit anderen Grundrechten ist das graduelle Ziel des Gesundheitsschutzes folglich zu präzisieren: Geht es um die Verhinderung von Todesfällen, die wahrscheinlich sind? Geht es um die medizinischen Kapazitäten, solche Krankheitsverläufe zu verhindern? Geht es um die behördlichen Kapazitäten, Überlastungen bereits im Vorfeld zu verhindern (Nachverfolgung)? Der Staat wird natürlich alle drei Ziele verfolgen. Obwohl sie ineinandergreifen, muss zwischen ihnen unterschieden werden, damit die konfligierenden Schutzgüter, die geschädigt werden, nicht unverhältnismäßig beschränkt werden. Dient eine Maßnahme dem Schutz der Nachverfolgbarkeit, soll also die Belastung der Gesundheitsämter verhindert werden, können nur weniger einschneidende Mittel verlangt werden als wenn es um die Überlastung der Intensivstationen geht. Schließlich hängen beide Schutzgüter auch von staatlich induzierten Kapazitäten ab, sind also, anders als der Tod, keine unveränderlichen Schutzgüter, sondern ihrerseits

steuerbar. Anders gesagt: Man kann nicht Grundrechtsverzicht verlangen, weil es an Kapazität fehlt. Hier ist die Abwägung also offen; sie geht nicht grundsätzlich zugunsten von Gesundheit aus.

„Abwägungen müssen nach einer je-desto-Formel erfolgen: Je unwahrscheinlicher der Todeseintritt ist, desto stärker überwiegen andere Belange.“

Um eine Abwägung zu ermöglichen, müssen die Schutzgüter, die in Konflikt treten, bestimmt werden, abstrakt wie im Einzelfall. Dem Gesundheitsschutz durch Überlastungsprävention steht nun eine Reihe von Schutzgütern gegenüber, die sich grundrechtlich manchmal leicht zuweisen lassen (Versammlung, Religion, Gewerbe), die sich bisweilen aber erst aus einer umfassenden und schrittweisen Betrachtung ergeben, die auch die zeitliche Vertiefung der Eingriffssituation in den Blick nimmt (psychische Folgen, Apathie, Depression, Entwicklungsschäden) sowie die sozialen, gruppen- oder generationenspezifischen Effekte berücksichtigt (Soziales Umfeld junger Menschen und Alleinstehender). Aber auch der Gesundheitsschutz selbst ist auf beiden Seiten der Abwägung einzustellen (Fitness, Erhaltung des Immunsystems durch eigene Lebensführung – z.B. Schwimmen, Tanzen, Hallensport).

Vereinfacht gesagt: Abwägungen werden graduell ergehen müssen nach einer je-desto-Formel: Je unwahrscheinlicher der Todeseintritt ist, desto stärker überwiegen andere Belange. Je unwahrscheinlicher es ist, dass die Eingriffe tatsächlich zur Förderung des Infektionsschutzes beitragen, desto stärker überwiegen in der Abwägung die anderen Belange. Die Verlaufskette - Infektion-Infektiösität-Erkrankung-Intensivbehandlung-Todegefahr – muss deshalb zum Zwecke der Abwägung zweifach fragmentiert werden: im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit, mit der die nächste Stufe des Geschehens erreicht wird, und im Hinblick auf die gesundheitspolitischen Ziele, die an den unterschiedlichen Stufen des Geschehens ansetzen.

„Das Beispiel nächtlicher Ausgangssperren“

Das sei am Beispiel der nächtlichen Ausgangssperre verdeutlicht: Es muss zunächst festgestellt werden,

welchem Ziel die Maßnahme dient; um die Todesgefahr geht es jedenfalls nicht, weil keine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich jemand durch nächtliches Ausgehen den Tod holt.

Letztlich dürfte es um die Durchsetzung von Kontaktbeschränkungen gehen, also ein Ziel, das zunächst dem Schutz der Kapazität des Gesundheitssystems auf der behördlichen Ebene dient. Für dieses primär administrative und erst mittelbar gesundheitsrelevante Ziel (denn die Kontaktbeschränkung besteht ja auch ohne Ausgangsbeschränkung) wird in die Freiheit der Person eingegriffen, die dem gesamten Sozialverhalten (also allen anderen Grundrechten gleichermaßen) dient. Ein Ausgangsverbot könnte vor den konfligierenden Schutzgütern nur Bestand haben, wenn es nachts im privaten Umfeld zu einem signifikanten Anstieg von Infektionen mit schwerem Verlauf kommt, die überdies behördlich sonst nicht unterbunden werden können. Wenn sich Immune (Geimpfte, Genesene, von Natur aus Resistente) treffen, droht eine solche Gefahr schon nicht, so dass ihnen gegenüber diese Maßnahme bereits ungeeignet ist, das Ziel des Gesundheitsschutzes zu verfolgen. Bei anderen hängt die Frage von den Wahrscheinlichkeiten der Kausalverläufe ab. Dies kann nicht abstrakt festgelegt werden, sondern muss die Infektionswahrscheinlichkeiten und Kausalverläufe pro und contra der Maßnahme situativ berücksichtigen (d.h. je nach Zeit und Ort beantworten).

Daumenregeln

1. Urteile über Wahrscheinlichkeiten auf beiden Seiten der Abwägung: Wie wahrscheinlich ist die Gesundheitsgefahr durch den Geschehensablauf Infektion-Infektiösität-Erkrankung-Intensivbehandlung-Tod? Wie wahrscheinlich ist die Schädigung dazu in Konflikt stehender Belange?
2. Berücksichtigung des Zeitfaktors (Prognose) im Hinblick auf die Eintrittswahrscheinlichkeit und die mit der Zeit zunehmende Schwere des Eingriffs.
3. Konkretisierung der Ziele, damit die jeweils konfligierenden Schutzgüter und der Grad der Gesundheitsgefahr (Wahrscheinlichkeit, Schwere, Kausalverlauf, Zeit) bezogen auf die jeweilige Maßnahme abgewogen werden können.
4. Institutionelle Differenzierung der Abwägungen: Gesetz, Verordnung, Einzelakt müssen je für sich andere Abwägungen bestehen. Parlamente, Regierungen und Behörden haben eigenständige Abwägungsentscheidungen zu treffen. Es gibt keine Gesamtabwägung, weder bezogen auf Institutionen noch bezogen auf Schutzgüter.

5. Bei Abwägungen gibt es fast nie die eine richtige Lösung. Zu erstreben sind graduelle, relationierende Aussagen (je-desto-Formeln), die dann auch eine zeitliche und örtliche Dynamik bewältigen können.

Mai 2021

Prof. Dr. Oliver Lepsius ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

DEMOKRATIE IM AUSNAHMEZUSTAND. WIE VERÄNDERT DIE CORONAKRISE RECHT, POLITIK UND GESELLSCHAFT?

Die Corona-Pandemie markiert die entscheidendste Krise der demokratischen Staaten und Gesellschaften seit dem Zweiten Weltkrieg. Von erheblichen Grundrechtseingriffen über die strapazierte Funktionsfähigkeit der politischen Institutionen bis hin zu immensen wirtschaftlichen und sozialen Folgeschäden stellt sie unser Gemeinwesen auf eine vorher nicht gekannte Probe. Gleichzeitig macht die Krise bestehende, längerfristige Herausforderungen des demokratischen Systems mit besonderer Deutlichkeit sichtbar. Daraus ergeben sich vielfältige demokratierelevante Fragen an die Wissenschaft, die wir in der neuen E-Papierreihe diskutieren wollen.

Alle bisher erschienen Beiträge sind [hier](#) abrufbar.

Kontakt: Alina Fuchs, Friedrich-Ebert-Stiftung, alina.fuchs@fes.de

Die in dieser Publikation zum Ausdruck gebrachten Ansichten sind nicht notwendigerweise die der Friedrich-Ebert-Stiftung.