

Diese Abhandlung erscheint in der Festschrift für Gilbert H. Gornig.

*Wegen ihrer Aktualität hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung der Corona-Politik
veröffentliche ich sie hier bereits als Preprint.*

[http://dietch-murswiek.de/files/Murswiek Leben als Schutzgut FS Gornig Preprint 1.2.pdf](http://dietch-murswiek.de/files/Murswiek%20Leben%20als%20Schutzgut%20FS%20Gornig%20Preprint%201.2.pdf)

zuerst veröffentlicht am 7. März 2022, Version 1.1 10.4.2022, Version 1.2 9.5.2022

Dietrich Murswiek

Die zwei Schutzgüter des Rechts auf Leben

Über Abwägungsfehler bei der Anwendung des Rechts auf Leben am Beispiel der Corona-Politik

Während der Corona-Pandemie haben Politiker immer wieder geäußert, der Schutz des Lebens sei wichtiger als jede Freiheit. Darin steckte ein Körnchen Wahrheit. Und doch war es eine Fehlleitung der Pandemiebekämpfung. Die Diskussion um den Lebensschutz und um die Frage, wie weit die Freiheit zum Schutz des Lebens zurücktreten muss, hat während der Corona-Krise einige Missverständnisse, ja Misskonzeptionen des Rechts auf Leben offenbart, denen in diesem Beitrag entgegengetreten werden soll. Der zentrale Fehler, der in Literatur und Rechtsprechung zum Grundrecht auf Leben immer wieder gemacht wird, besteht darin, dass zwischen Wahrung der Integrität des Schutzguts Leben und Minderung der Risiken für dieses Schutzgut nicht unterschieden wird. Diese Unterscheidung ist aber – wie ich zeigen werde – für das Verständnis von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG grundlegend.

I. Die Fundamentalität des Lebens und die fehlende Skalierbarkeit seiner Beeinträchtigungen

Das Leben ist die Voraussetzung aller menschlichen Tätigkeit. Also ist das Recht auf Leben das fundamentalste Grundrecht. Wer nicht mehr lebt, kann nicht mehr demonstrieren, kann keinen Beruf mehr ausüben und nicht mehr in die Kirche gehen. Alle Freiheitsrechte setzen voraus, dass ihr Subjekt lebt. Wer nicht lebt, kann nicht Subjekt von Grundrechten sein.

Insofern hat das Recht auf Leben eine Sonderstellung unter allen Grundrechten. Da es ohne das Leben des Subjekts kein Grundrecht für das Subjekt gibt, muss das Leben besser geschützt sein als die Schutzgüter aller anderen Grundrechte – mit Ausnahme der Menschenwürde, die nach der Rechtsprechung absolut geschützt ist, also Einschränkungen unter keinen Umständen zulässt.¹ „Das Leben ist der Güter höchstes nicht“ – nach dem

¹ Auf die dieser Rechtsprechung zugrunde liegende Dogmatik kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Ohne Abwägung lässt sich auch Art. 1 Abs. 1 GG nicht sinnvoll anwenden – nur dass die notwendigen Abwägungen sich in der Konkretisierung des Menschenwürdebegriffs verstecken.

Grundgesetz ist die Menschenwürde das höchste aller Güter. Allerdings: Die staatliche Verfügung über das Leben berührt in aller Regel die Menschenwürde. Schon deswegen lassen sich Eingriffe hier nur unter ganz besonderen Voraussetzungen rechtfertigen.

Andererseits war in der Corona-Diskussion immer wieder zu lesen: Der Staat sei zum absoluten Schutz des Lebens vor SARS-CoV-2 nicht verpflichtet, weil ja das Recht auf Leben nicht absolut geschützt sei, sondern sogar unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt stehe – also grundrechtsdogmatisch weniger Schutz genieße als die mit einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt (z.B. Art. 5 Abs. 1 oder Art. 11 GG) geschützten oder nur auf der Basis verfassungsimmanenter Schranken einschränkbarer Freiheiten (z.B. Art. 5 Abs. 3 GG). Ist das Leben also schlechter geschützt als die Meinungs- oder die Kunstfreiheit, weil es nur unter einfachem Gesetzesvorbehalt geschützt ist? Natürlich nicht, schon wegen des Zusammenhangs mit der Menschenwürde, vor allem aber wegen der Fundamentalität des Lebens für alle anderen Freiheitsrechte. Wegen dieser Fundamentalität muss der Schutz, den das Grundrecht auf Leben bietet, stärker sein als der Schutz jeder von anderen Freiheitsrechten geschützten Freiheit. Der Umstand, dass manche Freiheiten durch spezielle Rechtfertigungsanforderungen – durch einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt oder dadurch, dass sie ohne Gesetzesvorbehalt garantiert sind und daher nur auf der Basis verfassungsimmanenter Schranken eingeschränkt werden dürfen – dem Wortlaut des Grundgesetzes nach besser geschützt zu sein scheinen als das Leben, sagt überhaupt nichts darüber aus, welches Gewicht das Leben in der Abwägung mit Gemeinwohlzielen beziehungsweise mit anderen individuellen Schutzgütern hat. Die Fundamentalität des Lebens gibt diesem Schutzgut zwingend ein die Schutzgüter aller anderen Freiheitsrechte überragendes Gewicht.

II. Das Freisein von Lebensgefahren als zweites Schutzgut des Rechts auf Leben

Fundamental ist das Recht auf Leben allerdings nur, soweit es gegen gezielte Tötungen schützt. Hierin erschöpft sich dieses Grundrecht aber nicht. Es schützt das Leben auch vor Risiken – allerdings nur vor solchen, die sich nicht rechtfertigen lassen. Das heißt, so könnte man das betrachten, das Rechtsgut Leben genießt – obwohl Voraussetzung und Fundament jeder Freiheitsausübung – keineswegs absoluten, sondern nur relativen Schutz. Der Staat ist nicht verpflichtet, jedes Lebensrisiko von uns zu nehmen. Das menschliche Leben ist unausweichlich Risiken ausgesetzt, überspitzt gesagt: Das Leben ist lebensgefährlich. Daran kann der Staat nichts ändern, und er darf es nicht einmal versuchen. Denn das müsste in einen totalitären Zwangsstaat führen. Wer ohne Risiko von Krankheit, Blitz und Unwetter leben will, sollte nicht vom Staat das Heil erwarten. Er mag zu Gott beten, aber ich bin sicher: auch dort wird er nicht erhört werden. Die Endlichkeit und Riskiertheit des Lebens gehören zur *Conditio humana*, und es ist kein Zufall, dass es die Transhumanisten sind, die dem Menschen darüber hinweghelfen wollen. Sie helfen ihm dann aber vielleicht auch über seine Würde hinweg, doch das ist ein anderes Thema.

Risiken ab einer gewissen Größe bezeichnen wir als Gefahren, und der Staat darf grundsätzlich durch seine Aktivitäten das Leben des Einzelnen nicht gefährden und muss

Lebensgefährdungen durch Dritte unterbinden.² Demgegenüber sind Risiken unterhalb der Gefahrenschwelle grundsätzlich gerechtfertigt, weil ohne die Verursachung geringfügiger Risiken menschliches Zusammenleben nicht möglich ist. Nahezu jede Freiheitsausübung ist mit der Verursachung irgendwelcher Risiken verbunden, und auch der Staat wäre funktionsunfähig, wenn die Verfassung ihm die Verursachung jedes Risikos verböte.³

Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung gesagt, dass der Schutz, den das Grundrecht auf Leben bietet, sich auf den Schutz vor Gefahren für das Leben erstrecke. Dabei verwendet es allerdings die schwammige Formel, dass „Grundrechtsgefährdungen“ „unter besonderen Voraussetzungen Grundrechtsverletzungen gleichzuachten“ seien.⁴ Diese Formel beruht darauf, dass das Bundesverfassungsgericht mit dem Begriff der „Gefährdung“ nicht klar zwischen der Erzeugung von Gefahren und von Risiken unterhalb der Gefahrenschwelle unterscheidet und außerdem von Grundrechtsverletzungen und nicht von Grundrechtseingriffen spricht. Eine Grundrechtsverletzung liegt immer nur „unter besonderen Voraussetzungen“ vor, nämlich dann, wenn der Eingriff sich nicht rechtfertigen lässt.

Soweit die Grundrechte nicht nur vor finalen, sondern auch vor nicht intendierten Schutzgutbeeinträchtigungen schützen – was nach heute in Rechtsprechung und Literatur allgemein akzeptierter Auffassung jedenfalls für gegenständliche Schutzgüter wie Leben und körperliche Unversehrtheit der Fall ist –, muss auch die Erzeugung von Risiken als Eingriff in das betreffende Grundrecht angesehen werden, zumindest soweit das Risiko die Gefahrenschwelle überschreitet.⁵

Damit es nicht zur Verletzung des Schutzguts Leben kommt, schützt das *Recht* auf Leben nicht nur vor Tötungen, sondern auch vor Gefährdungen des Lebens. Deshalb ist es rechtfertigungsbedürftig, Risiken für das Leben zu verursachen.

Wenn aber das Recht auf Leben sich auf den Vorfeldschutz erstreckt und Schutz gegen Risiken bietet, dann müssen wir dies grundrechtsdogmatisch so verstehen, dass Schutzgut dieses Grundrechts nicht nur das Leben – also die physische Existenz des Menschen – ist, sondern darüber hinaus auch das Freisein von Risiken beziehungsweise Gefahren für das Leben. Denn durch Lebensgefahren ist das Leben selbst überhaupt nicht berührt, wohl

² Vgl. *Dietrich Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 127 ff.

³ Vgl. *Murswiek* (Fn. 2), S. 127 ff., insb. 131 ff., 143 f.; *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 161.

⁴ Vgl. *BVerfGE* 51, 324 (346f.); 52, 214 (220); 66, 39 (57f.); vgl. auch 49, 89 (141f.); 53, 30 (51, 57); 56, 54 (76); *BVerfG* (K) NJW 1997, 2509; dazu kritisch *Murswiek* Die Verwaltung 33 (2000), S. 241 (251 f.).

⁵ M.E. ist die Verursachung eines Risikos für das grundrechtlich geschützte Rechtsgut immer ein Eingriff, der allerdings grundsätzlich gerechtfertigt ist, wenn das Risiko unterhalb der Gefahrenschwelle liegt, näher dazu *Murswiek* (Fn. 2), S. 133; *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 176. Nach anderer Ansicht ist dogmatisch nur die Verursachung einer Gefahr als Eingriff zu werten. Auf diese unterschiedlichen dogmatischen Positionen soll hier nicht näher eingegangen werden. Im Ergebnis sind nach beiden Auffassungen Risiken unterhalb der Gefahrenschwelle grundrechtlich irrelevant. (Ausnahme: „Ingerenzrisiken“, die aus einer Beeinträchtigung des gegenständlichen Schutzguts – insbesondere der körperlichen Unversehrtheit – resultieren, vgl. dazu *Murswiek* [Fn. 2], S. 190 ff., insb. 198 f.; *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 201).

aber die individuelle Autonomie, zu der es gehört, nicht durch das Verhalten des Staates oder Dritter gegen seinen Willen Lebensgefahren ausgesetzt zu werden.

Dies bedeutet auch: Schutzgut des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist auch das Freisein von Gefahren für Leben und körperliche Unversehrtheit. Damit die gegenständlichen Schutzgüter Leben und körperliche Unversehrtheit *effektiv* geschützt sind – und das bedeutet auch, dass sie nicht nur gegen finale, sondern auch gegen nichtintendierte Schädigungen geschützt sind –, ist ihnen der Schutz gegen die Gefahr der Schutzgutverletzung vorgelagert. Das Freisein von Gefahren für Leben und körperliche Unversehrtheit ist also Teil des jeweiligen Schutzguts des Rechts auf Leben und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit. Man kann auch sagen: Diese Grundrechte haben jeweils zwei Schutzgüter: zum einen das gegenständliche Schutzgut (Leben beziehungsweise körperliche Unversehrtheit), zum anderen und vorgelegt das Freisein von Risiken für das gegenständliche Schutzgut.

III. Keine Skalierbarkeit der Beeinträchtigung des Lebens und keine Fundamentaltät des Freiseins von Lebensgefahren

1. Gefahren für das Leben als individuelles Schutzgut

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt also gleichermaßen das menschliche Leben und das Freisein von Lebensgefahren – letzteres als Bedingung für den effektiven Schutz des ersteren. Auch wenn beides einheitlich mit dem Begriff „Recht auf Leben“ erfasst wird, ist es für die Anwendung des Grundrechts wichtig, beide Aspekte zu unterscheiden – gleichgültig, ob man terminologisch von zwei Schutzgütern oder von zwei Schutzfunktionen des Grundrechts bezüglich des Schutzguts Leben spricht.

Die Unterscheidung ist zwingend notwendig, weil die oben (I.) dargestellte Fundamentaltät des Rechts auf Leben nur in bezug auf das Leben, nicht aber in bezug auf das Freisein von Lebensgefahren gegeben ist. Das außerordentlich große Gewicht, welches das Leben bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Abwägung mit Gemeinwohlzielen oder mit anderen grundrechtlichen Schutzgütern hat, kommt dem Freisein von Lebensgefahren nicht ohne weiteres zu, dem Freisein von Risiken für das Leben unterhalb der Gefahrenschwelle ohnehin nicht.

Freilich sind das Recht auf Freisein von Lebensgefahren und das Recht auf Leben eng miteinander verknüpft: Dadurch, dass das Leben als solches fundamental ist, hat das Freisein von Gefahren für das Leben besonderes Gewicht. Dieses Gewicht wird dogmatisch im Gefahrenbegriff verarbeitet: Eine Gefahr ist ja nach der gefahrenabwehrrechtlichen Definition eine Lage, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zur Schädigung des Schutzguts führen wird. Welche Wahrscheinlichkeit „hinreichend“ groß ist, hängt von der Größe des Schadens ab: Je größer der potentielle Schaden, desto geringer die erforderliche Wahrscheinlichkeit. Da der Tod des Menschen der größtmögliche individualbezogene Schaden ist, reicht schon eine geringe Wahrscheinlichkeit aus, eine Lebensgefahr zu begründen.⁶

⁶ Während es im Normalfall für den Einzelnen unzumutbar ist, durch staatliches Handeln Lebensgefahren ausgesetzt zu werden und der Staat im Normalfall verpflichtet ist, den Einzelnen davor zu

Unter dem Aspekt der Fundamentalität des Lebens bleibt zunächst festzuhalten: Das Freisein von Lebensgefahren erhält sein besonderes Gewicht aus der Fundamentalität des Lebens, ist aber als solches nicht fundamental. Die anderen Freiheitsrechte können auch dann noch ausgeübt werden, wenn für den Betroffenen eine Lebensgefahr besteht. Allerdings kann die Ausübung der anderen Freiheitsrechte durch diese Bedrohung erheblich beeinträchtigt werden, wenn sie im Schatten der Lebensgefahr stattfindet. Auch dies ist gegebenenfalls bei der Abwägung zu berücksichtigen.

Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist noch ein weiterer struktureller Unterschied zwischen dem Leben und dem Freisein von Lebensgefahren als Schutzgütern wichtig: Das Leben als solches ist das einzige grundrechtliche Schutzgut, dessen Beeinträchtigung nicht skalierbar ist. Alle anderen Schutzgüter – körperliche Unversehrtheit, Eigentum, Freiheit (in ihren verschiedenen Ausprägungen als Berufs-, Kunst-, Meinungsfreiheit usw.) – können in mehr oder weniger starkem Maße beeinträchtigt werden, von ganz leichten Bagatellbeeinträchtigungen bis zu sehr schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Schutzguts. Beim Leben gibt es keine Skala möglicher Beeinträchtigungsintensitäten. Das Rechtsgut Leben ist mit seiner Beeinträchtigung vernichtet. Man lebt oder man ist tot. Solange man nicht tot ist, ist das Leben noch nicht verletzt. Auch die Absolutheit der Beeinträchtigung, die immer auch die Vernichtung des Schutzguts ist, gibt dem Leben ein so großes Gewicht, dass finale staatliche Eingriffe trotz des einfachen Gesetzesvorbehalts nur in Betracht kommen, wenn der Eingriff durch das Verhalten des Betroffenen ausgelöst wird, indem dieser das Leben anderer oder andere individuelle Rechtsgüter oder Gemeinschaftsgüter von großer Bedeutung zu verletzen droht. Ein gezielter Eingriff in das Leben – also die gezielte Tötung eines Menschen – lässt sich nie zur Verfolgung irgendwelcher Gemeinwohlziele rechtfertigen, sondern nur in Notwehrsituationen.⁷

Der präventive grundrechtliche Schutz des Lebens gegen die unbeabsichtigte Verletzung dieses Schutzguts durch Verhaltensweisen, die ein Risiko für das Leben mit sich bringen, hat eine völlig andere Struktur. Die Verursachung eines Risikos für das Leben lässt das Rechtsgut Leben als solches unberührt. Betroffen ist hier das Schutzgut (beziehungsweise die Schutzfunktion) Freisein von Lebensrisiken. Das Freisein von Risiken für das Leben kann in sehr unterschiedlich intensiver Weise beeinträchtigt werden. Hier gibt es kein Entweder-oder wie beim Leben, kein Entweder-tot-oder-lebendig, sondern es gibt ein breites Spektrum sehr unterschiedlicher Beeinträchtigungsintensitäten, von minimalen Risiken bis zu allergrößten Gefahren für das Leben – je nachdem, wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, dass die zu beurteilende Verhaltensweise den Tod eines Menschen verursacht.

Im Unterschied zum Leben hat das Freisein von Lebensrisiken beziehungsweise Lebensgefahren in der Verhältnismäßigkeitsprüfung die gleiche Struktur wie die Schutzgüter aller anderen Freiheitsrechte: Es kommt bei der Abwägung auf die Intensität der

schützen, dass Dritte ihn einer konkreten Lebensgefahr aussetzen, lässt sich für gefahrgeneigte Berufe (z.B. Soldaten, Polizeibeamte oder Feuerwehrleute) oder für Notstandssituationen unter Umständen auch die Pflicht, sich einer Gefahr auszusetzen, rechtfertigen.

⁷ Ob darüber hinaus auch als Reaktion auf schwerwiegende Verbrechen, soll hier nicht diskutiert werden. Nach dem gegenwärtigen Grundgesetz ist die Todesstrafe jedenfalls verboten (Art. 102).

Beeinträchtigung an, und diese hängt beim Recht auf Leben davon ab, wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, dass das zu beurteilende Verhalten zum Tode führt.

Das Recht auf Leben ist ein Freiheitsrecht. Es schützt die individuelle Autonomie im Hinblick auf die Verfügung über das Schutzgut Leben, und es schützt sie im Hinblick auf die autonome Entscheidung darüber, welchen Lebensrisiken man sich aussetzt. Das Schutzgut Freisein von Risiken wird bereits durch die Bedrohung des Lebens mit Risiken beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung *dieses* Schutzguts ist skalierbar. Das Schutzgut Freisein von Risiken wird durch kleine Risiken geringfügig und durch große Risiken, also durch eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein Risiko zum Tode führt, sehr schwerwiegend beeinträchtigt.

2. Das Bevölkerungsrisiko

Art. 2 Abs. 2 GG schützt das Leben als individuelles Rechtsgut. Wenn es nicht um die Abwehr einer konkreten Gefahr geht, die einem bestimmten Menschen durch eine bestimmte Gefahrenquelle droht, sondern der Staat bestrebt ist, die Zahl der Todesfälle zu vermindern, die aus einer bestimmten Ursache oder aus diffusen Ursachen zu resultieren drohen, dann geht es nicht um individuellen Grundrechtsschutz, sondern um den Schutz der Allgemeinheit. Beispiele sind Maßnahmen zur Unfallverhütung oder zur Bekämpfung der Gewaltkriminalität. Einen subjektiven Anspruch auf Schutz durch solche Maßnahmen hat der Einzelne grundsätzlich nicht,⁸ obwohl nicht nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit, sondern die annähernde Gewissheit besteht, dass Menschen durch Unfälle oder durch Gewaltverbrechen sterben werden. Aus Sicht jedes Einzelnen ist nämlich das Risiko, einem – nicht selbst verursachten – Unfall oder einem Gewaltverbrechen zum Opfer zu fallen, so gering, dass es weit unter der Gefahrenschwelle liegt und daher zu den allgemeinen Lebensrisiken gehört.

Individualrisiko und Bevölkerungsrisiko müssen also unterschieden werden.⁹ Das Bevölkerungsrisiko (das Kollektivrisiko) kann viel größer als das Individualrisiko sein, weil es die Individualrisiken summiert. Während die Wahrscheinlichkeit, dass der Einzelne z.B. durch einen Verkehrsunfall ums Leben kommt, sehr gering ist und daher nicht als Gefahr eingestuft wird, entspricht es der statistischen Erwartung, dass es in Deutschland jährlich mehrere tausend Verkehrstote gibt. Obwohl eine solche Zahl von Toten mit annähernder Gewissheit zu erwarten ist, gilt der Straßenverkehr als solcher nicht als gefährlich, sondern nur bestimmte Verhaltensweisen – wie überhöhte Geschwindigkeit, Überholen in unübersichtlichen Kurven – sind als abstrakte Gefahren verboten. Art. 2 Abs. 2 GG steht dem nicht entgegen. Denn der Umstand, dass aus einer Vielzahl individueller Verhaltensweisen, die mit einem abstrakten Begriff – hier: Straßenverkehr – zusammengefasst werden, mit statistischer Gewissheit tödliche Unfälle resultieren werden, begründet keine Lebensgefahr im rechtlichen Sinne. Die Zahl der jährlich zu erwartenden Verkehrstoten ist nur ein anderer Ausdruck für das Risiko, dem der Einzelne als Verkehrsteilnehmer

⁸ Zur Klarstellung: Ein subjektiver Schutzanspruch und eine objektive Schutzpflicht besteht aber dann, wenn ein konkreter Mensch durch einen Gewalttäter bedroht wird, wenn also für ihn eine konkrete Individualgefahr besteht.

⁹ Zu diesen Begriffen ausführlich *Murswiek* (Fn. 2), S. 151 ff.

ausgesetzt ist. Er kann sein individuelles Risiko berechnen, indem er diese Zahl durch die Zahl der Verkehrsteilnehmer dividiert und wird dann erkennen, dass sein eigenes Risiko verschwindend gering ist.

Auch berührt ein so beschriebenes Bevölkerungsrisiko nicht die oben beschriebene Fundamentalität des Lebens. Denn der Einzelne wird durch ein Bevölkerungsrisiko nicht dem gewissen Tode ausgesetzt. Auch wenn durch eine abstrakt beschriebene Ursache eine Vielzahl von Todesfällen zu erwarten ist, wird damit nicht einem konkreten Individuum das Leben und damit die Möglichkeit seiner Freiheitsausübung genommen.¹⁰ Auf das Leben bezogene Bevölkerungsrisiken sind ebenso wie Individualrisiken skalierbar. Während das individuelle Lebensrisiko durch die Größe der Sterbewahrscheinlichkeit bestimmt wird, ist das kollektive Lebensrisiko durch die Zahl der innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erwartenden Todesfälle definiert. Auch dieses Risiko ist also quantifizierbar und daher prinzipiell abwägbar.

IV. Grundrechtliche Unterlassungs- und Schutzpflichten

Die Freiheitsrechte sind zunächst Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe. Aus ihnen ergeben sich aber nach etablierter Rechtsprechung auch Schutzpflichten, nämlich die Pflicht des Staates zum Schutz gegen Eingriffe Dritter. Der Staat ist objektiv verpflichtet, ungerechtfertigte Eingriffe in die Freiheit zu unterlassen, und er ist objektiv verpflichtet, den Einzelnen vor ungerechtfertigten Eingriffen Dritter zu schützen. Der Einzelne hat einen grundrechtlichen Anspruch auf Unterlassung ungerechtfertigter staatlicher Eingriffe und einen Anspruch auf staatlichen Schutz gegen ungerechtfertigte Eingriffe Dritter.

Hinsichtlich des Rechts auf Leben heißt dies: Der Staat darf grundsätzlich nicht töten und muss die Verursachung von Gefahren für das Leben des Einzelnen unterlassen, und er muss den Einzelnen nicht nur vor der gezielten Tötung durch Dritte, sondern auch vor der Verursachung von Lebensgefahren durch Dritte schützen. Diesen Verpflichtungen des Staates entsprechen grundrechtliche Ansprüche des Einzelnen gegen den Staat.

Literatur und Rechtsprechung neigen dazu, die Funktion der Freiheitsrechte ausufern zu lassen, indem sie eine Verpflichtung des Staates zum Schutz des Lebens nicht nur gegen Eingriffe Dritter, sondern auch gegen Naturkatastrophen und andere – nicht aus dem Verhalten von Menschen resultierende – Ursachen bejahen.¹¹ Eine von menschlichen Eingriffen unabhängige Schutzpflicht mag in Kombination mit dem Sozialstaatsprinzip und der Menschenwürdegarantie begründbar sein. Freiheitsrechtlich begründbar ist sie nicht.

¹⁰ Eine andere Frage ist, ob *einem bestimmten Verursacher* eines großes Bevölkerungsrisikos – beispielsweise dem Betreiber eines Atomkraftwerks hinsichtlich des Risikos eines Berstunfalls mit Freisetzung großer Mengen an Radioaktivität – entsprechend höhere Sicherheitsanforderungen auferlegt werden dürfen als bei Erzeugung nur eines Individualrisikos. Diese Frage ist zu bejahen, vgl. *Murawiek* (Fn. 2), S. 119 ff.

¹¹ Vgl. z.B. *BVerfG*, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 – Bundesnotbremse I, Rn. 167 ff., 171, 176, 274, insb. 174.

Dies soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Ich habe meine These an anderer Stelle näher begründet.¹²

Auf jeden Fall ergibt sich aus dem Grundrecht auf Leben keine Verpflichtung des Staates, die Zahl der aus einer diffusen Risikoquelle statistisch oder beispielsweise epidemiologisch zu erwartenden Todesfälle zu minimieren. Eine Schutzpflicht, verbunden mit einem subjektiven Schutzanspruch, besteht erst bei Gefahr für ein konkretes Individuum (und natürlich auch bei Risiken für eine Vielzahl von Individuen, für welche das Risiko jeweils die Schwelle zur Individualgefahr überschreitet). Außerdem lässt sich – mit Blick auf die Gefahrenquelle – eine objektive Schutzpflicht dann bejahen, wenn das Verhalten eines konkreten Subjekts – des Risikoverursachers – mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zum Tode eines oder mehrerer Menschen führen wird.¹³

V. Der Schutz des Lebens als Rechtfertigung für Freiheitseinschränkungen

1. Corona-Maßnahmen als Beispiel für dem Lebensschutz dienende Maßnahmen gegen Nichtstörer

Die Corona-Politik hat mit den diversen Lockdowns Freiheitseinschränkungen vorgenommen, wie es sie in diesem Umfang zu Friedenszeiten noch nie in einem Rechtsstaat gegeben hat. Die Freiheit im Schutzbereich fast aller Grundrechte wurde für die gesamte Bevölkerung mehr oder weniger eingeschränkt; die Geltung mancher Grundrechte wurde – nicht de jure, aber de facto – suspendiert, weil ihre Ausübung vollständig unmöglich gemacht wurde. Gerechtfertigt wurde dies vor allem mit dem Schutz des Lebens vor dem neuartigen Corona-Virus SARS-CoV-2. Für die Corona-Politik spielte das Recht auf Leben als Grundrecht – als Freiheitsrecht – keine Rolle. Der Schutz des Lebens wurde vielmehr zur Rechtfertigung von Freiheitseinschränkungen in Stellung gebracht – zur Rechtfertigung der insgesamt schwerwiegendsten Freiheitseinschränkungen in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland.

Dass das Ziel, Leben, körperliche Unversehrtheit oder andere grundrechtliche Schutzgüter vor ihrer Verletzung zu schützen, Freiheitseinschränkungen rechtfertigen kann, ist nichts Neues, sondern eine Selbstverständlichkeit. Es ist zunächst Ausdruck des kategorischen Imperativs beziehungsweise des Grundsatzes *neminem laedere*. Der Staat darf nicht nur, sondern er muss, um die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens zu wahren, die Freiheit so einschränken, dass sie mit den Freiheitsausübungsmöglichkeiten aller anderen verträglich ist. Mit anderen Worten: Jede Anwendung von Gewalt und Zwang gegen andere, jede Verletzung, Zerstörung oder Beschädigung von Leben, Körper oder Eigentum anderer muss verboten sein, ebenso jede Gewaltanwendung und jede Nötigung, und der Staat muss diese Eingriffsverbote effektiv durchsetzen. Und – wie oben erwähnt – gehört zum effektiven Schutz der grundrechtlichen Schutzgüter auch, dass der Staat nicht nur vor der gezielten Schädigung dieser Schutzgüter schützt, sondern auch vor ihrer Gefährdung.

¹² Dietrich Murswiek, Schutz – Freiheit – COVID. Zum Verhältnis von Schutzpflicht und Abwehrrechten in der Pandemie, DÖV 2021, S. 505 ff.; Murswiek/Rixen, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 213 f.

¹³ Näher zum objektiven im Unterschied zum subjektiven Individualrisiko und der Reichweite der diesbezüglichen Schutzpflicht Murswiek (Fn. 2), S. 156 ff.

Hierum ging es aber in der Corona-Politik jedenfalls dort nicht, wo der allgemeinen Bevölkerung oder später allen Ungeimpften bestimmte Freiheitseinschränkungen auferlegt wurden. Denn gesunde Menschen sind keine Gefährder. Wer nicht selbst mit dem Corona-Virus infiziert ist, kann nicht andere damit anstecken. Der nichtinfektiöse Mensch gefährdet niemanden. Er ist nicht „Störer“ im gefahrenabwehrrechtlichen Sinne, sondern „Nichtstörer“. Die Einschränkung seiner Freiheit lässt sich also nicht unter dem oben genannten Aspekt rechtfertigen, dass sie notwendig ist, um die Kompatibilität der Freiheit des einen mit der Freiheit aller anderen herzustellen. Sie lässt sich nur unter Notstandsaspekten rechtfertigen. Eine solche Rechtfertigung ist prinzipiell möglich, allerdings nur unter besonderen, streng zu beachtenden Voraussetzungen.

Dass ein Nichtstörer im „polizeilichen Notstand“ mit Freiheitseinschränkungen zur Abwehr einer gegenwärtigen beziehungsweise unmittelbar bevorstehenden Gefahr in Anspruch genommen werden darf, entspricht dem geltenden Gefahrenabwehrrecht, das die Voraussetzungen und Grenzen dieser Inanspruchnahme regelt.¹⁴ Darauf ist hier nicht näher einzugehen. Vielmehr geht es im folgenden darum, anhand des Beispiels der Corona-Maßnahmen darzulegen, welche Funktion der Schutz des Lebens bei der Rechtfertigung von an die Allgemeinheit adressierten Freiheitseinschränkungen haben kann und dass eine Verabsolutierung des Lebensschutzes nicht nur durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht geboten, sondern mit der Grundrechtskonzeption und dem Freiheitsverständnis des Grundgesetzes völlig unvereinbar ist.

Jede Freiheitseinschränkung bedarf der Rechtfertigung anhand eines legitimen Gemeinwohlziels, zu dessen Verwirklichung sie geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig sein muss. Selbstverständlich ist der Schutz des menschlichen Lebens – gleichgültig, ob es um den Schutz eines bestimmten Individuums oder um den Schutz einer unbestimmten Vielzahl von Menschen geht – ein legitimes Gemeinwohlziel.

Als geeignet sieht die Rechtsprechung freiheitseinschränkende Maßnahmen schon dann an, wenn sie zur Verwirklichung des Ziels auch nur geringfügig beitragen. Besteht das Ziel darin, die Bevölkerung davor zu schützen, an COVID-19 zu sterben, dann sind die Maßnahmen schon dann geeignet, wenn sie die Zahl der „Corona-Toten“ verringern. Und die Erforderlichkeit ist nach der allgemeinen Grundrechtsdogmatik schon dann zu bejahen, wenn Alternativmaßnahmen, die die Freiheit weniger einschränken, nicht den gleichen Erfolg erzielen, im Fall der Corona-Politik also die Zahl der „Corona-Toten“ nur in geringerem Maße vermindern, auch wenn der Minderungserfolg nur geringfügig schlechter ist. Sind die Maßnahmen in diesem Sinne geeignet und erforderlich, hängt ihre Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip davon ab, ob sie angemessen, also im engeren Sinne verhältnismäßig sind. Dieses Kriterium entscheidet regelmäßig über die Verfassungsmäßigkeit der Maßnahmen.

¹⁴ Im Gefahrenabwehrrecht spricht man vom „polizeilichen Notstand“, wenn es um die Rechtmäßigkeit der Inanspruchnahme eines Nichtstörers geht, vgl. z.B. § 9 PolG Baden-Württemberg; *Wolf-Rüdiger Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 312 ff.

2. Lebensrisiken in der Abwägung mit Freiheitseinschränkungen

Alle Corona-Maßnahmen (Lockdowns, Zugangsbeschränkungen zu Restaurants, Veranstaltungen nach den 2G- oder 3G-Regeln¹⁵ usw.) dienen dem präventiven Schutz des Lebens durch Reduktion der Ansteckungsrisiken. Ihr Zweck besteht also (neben dem Zweck, die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems aufrechtzuerhalten) darin, das allgemeine Risiko, durch COVID-19 zu sterben, zu verringern. Aus der Verbreitung von SARS-CoV-2 in der Bevölkerung resultiert für jeden Einzelnen das Risiko, sich zu infizieren, an COVID-19 zu erkranken, einen schweren Krankheitsverlauf zu erleiden und daran zu sterben. Wie groß für den Einzelnen dieses Risiko ist, hängt von der epidemischen Lage ab sowie von vielen weiteren Umständen, zu denen persönliche Risikofaktoren wie Alter und Vorerkrankungen zählen und zu denen soziale und persönliche Umstände wie Lebensweise, Ernährung, Fähigkeit und Interesse zur Aufnahme und Verarbeitung von Gesundheitsinformationen oder die Art der Kontakte zu anderen Menschen, die der Betreffende pflegt, gehören. Dies bedarf hier keiner näheren Erörterung. Mir geht es um die Klarstellung, dass die Verbreitung des Virus als solche nicht das Rechtsgut Leben konkreter Menschen tangiert, sondern „lediglich“ ein Risiko verursacht. Deshalb dienen die Corona-Maßnahmen nicht dazu, das Leben in seiner für jeden Einzelnen gegebenen Fundamentalität zu schützen, sondern sie reduzieren (soweit sie wirksam sind) das individuelle Freisein von Lebensrisiken und zugleich das Kollektivrisiko.

Anders als bei der Abwehr gezielter Tötungen geht es bei der präventiven Bekämpfung von Lebensrisiken nicht um den Schutz des Lebens in seiner den höchstmöglichen, nahezu absoluten Schutz erfordernden Fundamentalität, nicht um die Abwehr eines Eingriffs, der jede Freiheitsausübungsmöglichkeit vernichtet, sondern es geht, wie auch bei allen anderen Freiheitsrechten, um die Abwehr einer mehr oder weniger großen – relativen und abwägbaren – Beeinträchtigung der individuellen Autonomie, hier in Form des Freiseins von Risiken für das Leben.

Dies wird in der coronapolitischen Diskussion immer wieder verkannt. Es geht nicht um die Abwehr von Tötungen, sondern um die Minderung von Lebensrisiken. Durch die Corona-Maßnahmen soll das Risiko, an COVID-19 mit tödlicher Folge zu erkranken, gemindert werden. In die Abwägung mit den Freiheitsbelangen der durch die Corona-Maßnahmen betroffenen Menschen sowie mit den Kollateralschäden ist der Beitrag einzustellen, den die Maßnahmen zur Minderung dieses Risikos leisten. Man muss also abschätzen, wie groß das Risiko ohne die Maßnahmen ist, und man muss abschätzen wie groß das Risiko trotz der Maßnahmen noch sein wird. Die Differenz ist das, was in der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die Waagschale gehört.¹⁶

Eines der Abwägungsprobleme ist die Inkommensurabilität der Rechtsgüter. Wie soll man Leben gegen Freiheitseinbußen abwägen? So wird immer wieder gefragt – mit dem Ergebnis, das gehe gar nicht: Der Verlust des Lebens und der Verlust von Freiheitsausübungsmöglichkeiten seien nicht vergleichbar und könnten nicht, wie das in den USA bei

¹⁵ Zugang nur für Geimpfte und Genesene (= 2G) oder auch für negativ Getestete (3G).

¹⁶ Ausführlich zu den Abwägungsfragen: *Dietrich Murswiek*, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, S. 1 (6 ff.), https://content.beck.de/NVwZ/Extra_5-2021.pdf.

umweltrechtlichen Kosten-Nutzen-Analysen praktiziert wird,¹⁷ zur Herstellung der Vergleichbarkeit in Geldeinheiten umgerechnet werden. Schon wegen seiner Fundamentalität wiege das Leben auf jeden Fall schwerer. Aber dieser Abwägungsverzicht und die daraus folgende Verabsolutierung des Lebensschutzes resultieren, wie gesagt, aus einer Kategorienverwechslung. Hier steht in Wirklichkeit gar nicht Leben gegen Freiheit, sondern Freiheit gegen Freiheit. Auch das ist nicht so leicht abzuwägen wie in Fällen, in denen wir monetär bewertbare Güter abwägen. Aber es gibt Hilfsüberlegungen, die die Abwägung erleichtern.

Eine Hilfsüberlegung sind Risikovergleiche. Man kann sich fragen, welche Lebensrisiken wir im Alltag ohne weiteres hinzunehmen bereit sind. Das ist natürlich individuell sehr verschieden, aber als Gesellschaft können wir fragen: Welche Risiken nehmen wir als in unserem Staat demokratisch organisierte Gesellschaft üblicherweise hin, ohne dass der Staat zur Risikominderung mit freiheitseinschränkenden Maßnahmen interveniert? Wenn der Staat bei Corona-Risiken mit drastischen Freiheitseinschränkungen für Nichtstörer interveniert, während er bei anderen gleich großen oder größeren Risiken nichts tut, obwohl es Möglichkeiten gäbe, diese Risiken mit staatlicher Regulierung zu senken, ist das ein starkes Indiz für die Unverhältnismäßigkeit der Corona-Politik.

Eine andere Hilfsüberlegung ist folgende: Es ist ja nicht nur der Staat, der mit Corona-Maßnahmen die Lebensrisiken mindern kann. Jeder Einzelne kann sich gegen diese Risiken schützen, wenn er will. Er kann sich impfen lassen, sobald ihm die Impfung angeboten wird. Aber schon vor der Impfmöglichkeit und seit Beginn der Pandemie gab und gibt es Möglichkeiten der Risikominderung, die jeder selbst ergreifen kann. Jeder kann zum Beispiel sein Immunsystem stärken, indem er sich gesund ernährt, sich an der frischen Luft bewegt und indem er regelmäßig Vitamin D zu sich nimmt. Außerdem hat jeder die Möglichkeit, freiwillig Kontakte zu meiden oder zu reduzieren, den Besuch von Massenveranstaltungen und anderen typischen Corona-Hotspots zu unterlassen. Je nach Kombination der in Betracht kommenden Möglichkeiten lässt sich das individuelle COVID-19-Risiko mehr oder minder stark reduzieren; wer nicht für seinen Lebensunterhalt auf persönliche Kontakte angewiesen ist, kann durch Selbstisolation fast ein Null-Risiko erreichen.

Wovor der Staat den Einzelnen mit den Corona-Maßnahmen schützt, ist – so betrachtet – nicht der Tod durch COVID-19, sondern es ist die Notwendigkeit, sich eigenverantwortlich vor COVID-19 zu schützen. In dem Umfang, in dem der Staat mit den Corona-Maßnahmen das individuelle Corona-Risiko mindert, nimmt er dem Einzelnen die Last ab, selbst durch eigenes Verhalten das persönliche Risiko zu mindern.

Der Staat legt also der gesamten Bevölkerung Freiheitseinschränkungen auf, damit die Freiheit des Einzelnen, sich Corona-Risiken auszusetzen, erhalten bleibt. Diese Freiheit bleibt natürlich nur teilweise erhalten, weil die Freiheit jedes Einzelnen ja durch die staatlichen Corona-Maßnahmen begrenzt wird. Die Corona-Maßnahmen bewirken also eine Umverteilung von Freiheit: Die Freiheit der Menschen mit hohem persönlichem Corona-Risiko und/oder hoher Risikoaversion wird erweitert zulasten der großen Mehrheit der

¹⁷ Dazu *Dietrich Murswiek*, Umweltrisiken im amerikanischen Recht: Höhere Rationalität der Standardsetzung durch Kosten-Nutzen-Analyse?, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2003 (UTR 71), S. 127-184.

Menschen mit geringem persönlichem Corona-Risiko und/oder geringer Risikoaversion. Was auf den ersten Blick aussieht wie Schutz von Leben und Gesundheit ist auf den zweiten Blick Umverteilung von Risiken und Freiheitsausübungsmöglichkeiten.

Dies heißt nicht notwendig, dass das, was der Staat tut, falsch ist, aber dies heißt, dass wir das Abwägungsmaterial anders zusammenstellen müssen als bisher üblich.

Und wenn die hier vorgeschlagene Abwägungskonstellation zu dem Ergebnis führt, dass die Corona-Maßnahmen sich zur Minderung des individuellen Corona-Risikos nicht rechtfertigen lassen, heißt dies noch nicht, dass die Corona-Maßnahmen sich nicht unter dem Aspekt der Wahrung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems rechtfertigen lassen. Dies war ja auch von Anfang an der Zweck, auf den der Staat die Corona-Maßnahmen in erster Linie gestützt hat und bis heute stützt – ob zu Recht, ist nicht Gegenstand dieses Beitrags.

3. Die Freiheit des Störers und die Freiheit des Nichtstörers

Im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht gilt der Grundsatz, dass der Störer mit Gefahrenabwehrmaßnahmen in Anspruch genommen werden kann. Der Störer ist der Verursacher einer Gefahr für andere. Seine Freiheit ist durch das allgemeine Schädigungsverbot begrenzt. Die Menschen begegnen sich im Rechtsstaat auf der Basis von Freiheit und rechtlicher Gleichheit. Niemand darf den anderen zu etwas zwingen, Gewalt gegen ihn ausüben oder seine Rechtsgüter schädigen. Der Staat setzt dieses Schädigungsverbot in seiner Rechtsordnung durch.

Wenn jemand andere Menschen nicht absichtlich schädigt, sondern mit seinem Verhalten Risiken für die Rechtsgüter anderer erzeugt, weiß man noch nicht von vornherein, ob dieses Verhalten zu einem Schaden führen wird. Würde man ihm die Verursachung jedes Risikos für andere verbieten, wäre seine Freiheit auf Verhaltensweisen reduziert, die sich im sozialen Raum nicht auswirken. Fast die gesamte Wirtschaftstätigkeit käme zum Erliegen. Die Rechtsordnung verbietet daher grundsätzlich nur die Verursachung von solchen Risiken, die so groß sind, dass sie als Gefahren qualifiziert werden, während die Verursachung von Risiken unterhalb der Gefahrenschwelle erlaubt ist. Der Begriff der Gefahr stellt eine „praktische Konkordanz“ zwischen Rechtsgüterschutz auf der einen und Freiheitsausübung auf der anderen Seite her. In den Gefahrenbegriff ist die Verhältnismäßigkeit der dem Rechtsgüterschutz dienenden Gefahrenabwehr eingebaut. Die relationale Zuordnung von Größe des Schadens und erforderlicher Eintrittswahrscheinlichkeit sorgt für die Angemessenheit der mit Gefahrenabwehrmaßnahmen durchsetzbaren Pflicht, die Gefährdung von Rechtsgütern anderer Personen zu unterlassen.¹⁸

Wird hingegen die Freiheit von Nichtstörern zum Zwecke der Gefahrenabwehr eingeschränkt, gibt es in ihrem Verhalten keinen Anknüpfungspunkt. Maßnahmen, die gegen Störer verhältnismäßig sind, sind gegen Nichtstörer in der Regel unverhältnismäßig. Die Heranziehung von Nichtstörern kommt daher nur in einem Notstandsfall in Betracht, also dann, wenn es keine andere Möglichkeit gibt, den drohenden Schaden zu vermeiden, und

¹⁸ Vgl. *Murswiek* (Fn. 2), S. 140 ff.

nur solange, wie die Gefahr nicht mit anderen Mitteln abgewehrt werden kann. Alles andere ist unverhältnismäßig.

Die Corona-Politik hat diesen Notstand zum Normalfall gemacht. Das Bundesverfassungsgericht zieht überhaupt nicht in Betracht, dass alle Lockdown-Maßnahmen sich gegen Nichtstörer richten. Die Begriffe „Störer“ und „Nichtstörer“ tauchen in den Notbremse-Beschlüssen¹⁹ ebensowenig auf wie der Begriff des Notstands. Bezeichnend für diese Entwicklung ist, dass ein bekannter Staatsrechtler und ehemaliger Verfassungsrichter gesunde und nichtinfektiöse Menschen als „Gefährder“ ansieht und Nichtgeimpfte sogar als „Intensivgefährder“.²⁰ In der als „Dauerbedrohung“²¹ verstandenen Pandemie ist für ihn der Mensch kraft seines Menschseins „Gefährder“.

An diesem Punkt sind wir mit unserem Rechtsstaat angekommen. Der Rechtsstaatszug ist entgleist. Wer hebt ihn wieder auf die Schienen? Für Bundeskanzler Olaf Scholz kennt die Corona-Politik „keine roten Linien mehr“.²² Bisher waren wir der Auffassung, die roten Linien für die Politik ergäben sich aus dem Grundgesetz. Daran möchte ich hier erinnern.

Literaturverzeichnis

Kirchhof, P., Grundrechtsschutz in der Pandemie, FAZ-Einspruch 1.12.2021, <https://www.faz.net/-irf-aijyb>.

Murswiek, D., Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Duncker & Humblot: Berlin 1985.

Murswiek, D., Rechtsprechungsanalyse: Umweltrecht und Grundgesetz, in: Die Verwaltung 33 (2000), S.241-283.

Murswiek, D., Umweltrisiken im amerikanischen Recht: Höhere Rationalität der Standardsetzung durch Kosten-Nutzen-Analyse?, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2003 (UTR 71), Erich Schmidt Verlag: Berlin 2003, S. 127-184.

Murswiek, D., Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, S. 1-15, https://content.beck.de/NVwZ/Extra_5-2021.pdf.

Murswiek, D., Schutz – Freiheit – COVID. Zum Verhältnis von Schutzpflicht und Abwehrrechten in der Pandemie, DÖV 2021, S. 505-510.

¹⁹ BVerfG – Bundesnotbremse I (Fn. 11); BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 u.a. – Bundesnotbremse II.

²⁰ So Paul Kirchhof, Grundrechtsschutz in der Pandemie, FAZ-Einspruch 1.12.2021, <https://www.faz.net/-irf-aijyb>.

²¹ Kirchhof (Fn. 20).

²² Tagesspiegel 1.12.2021, <https://www.tagesspiegel.de/politik/die-ungewoehnliche-kamin-runde-wie-der-kuenftige-kanzler-seinen-corona-coup-eingefaedelt-und-einige-veraergert-hat/27852052.html>.

Murswiek, D./Rixen, S., Artikel 2 GG, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, C.H. Beck: München, 8. Aufl. 2018.

Schenke, W.-R., Polizei- und Ordnungsrecht, C.F. Müller: Heidelberg et al., 7. Aufl. 2011.

Abstract:

Das Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) hat bei genauer Betrachtung zwei Schutzgüter: das Leben und das Freisein von Risiken für das Leben – das gegenständliche Schutzgut der physischen Existenz des Menschen und die individuelle Autonomie bezüglich der Entscheidung, welchen Risiken für das Leben man sich aussetzen will. Das Leben hat wegen seiner Fundamentalität im Vergleich zu den Schutzgütern aller anderen Freiheitsrechte eine verfassungsrechtliche Sonderstellung. Das Recht auf Freisein von Risiken für das Leben ist hingegen ein Freiheitsrecht wie andere Freiheitsrechte auch: Es ist nicht fundamental, und es ist skalierbar – es kann mit unterschiedlicher Intensität beeinträchtigt werden. Während gezielte Eingriffe in das Schutzgut Leben (also Tötungen) nur in Notwehrsituationen und nie zur Verfolgung irgendwelcher Gemeinwohlziele gerechtfertigt werden können, lässt sich die Verursachung von Risiken für das Leben anhand von Gemeinwohlzielen (und wenn sie durch Private verursacht werden, anhand des Freiheitsprinzips) rechtfertigen, wenn sie mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist.

Aus Art. 2 Abs. 2 GG folgt eine Pflicht des Staates, den Einzelnen vor Gefahren für sein Leben zu schützen, nicht aber, Lebensrisiken unterhalb der Gefahrenschwelle zu minimieren. Der Gemeinwohlnutzen, den eine der Abwehr von Lebensgefahren dienende Freiheitseinschränkung hat, ist dadurch zu bestimmen, in welchem Maße sie das Risiko senkt. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Freiheitseinschränkung ist nur der Beitrag zu berücksichtigen, den sie zur Absenkung des Risikos leistet.

Abstract:

The right to life (Article 2 (2) of the Basic Law) has, on closer examination, two protected interests: life and freedom from risks to life - the tangible protected interest of the physical existence of individuals and individual autonomy with regard to the decision as to which risks to life one wishes to expose oneself to. Because of its fundamental nature, life has a special constitutional status in comparison with the protected interests of all other constitutional liberties. The right to be free from risks to life, on the other hand, is a constitutional freedom like other constitutional freedoms: it is not fundamental, and it is scalable - it can be impaired with varying degrees of intensity. While targeted interventions in the protected good of life (i.e. killings) can only be justified in self-defense situations and never in pursuit of any public welfare goals, the causation of risks to life can be justified on the basis of public welfare goals (and if caused by private individuals, on the basis of the principle of freedom) if it is compatible with the principle of proportionality.

Article 2 (2) of the Basic Law imposes a duty on the state to protect individuals from dangers to their lives, but not to minimize risks to life below the danger threshold. The benefit to the common good of a restriction of freedom that serves to avert dangers to life is to be determined by the extent to which it reduces the risk. When examining the proportionality of the restriction of liberty, only the contribution it makes to reducing the risk is to be taken into account.