

Preprint

Die folgende Abhandlung wird in der Zeitschrift
Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2021
erscheinen.

Die DÖV ist auch über die juristische Datenbank beck-online zugänglich.

Veröffentlicht auf www.dietrich-murswiek.de am 4.3.2021

Schutz – Freiheit – Covid

– Zum Verhältnis von Schutzpflicht und Abwehrrechten in der Pandemie –

Von Professor Dr. Dietrich Murswiek, Freiburg*

Die aus Art. 2 Abs. 2 GG folgende Pflicht des Staates zum Schutz von Leben und Gesundheit ist für die Rechtfertigung des Corona-Lockdown irrelevant. Aus den vom Lockdown betroffenen Freiheitsrechten folgt aber eine staatliche Pflicht, die den Lockdown rechtfertigenden Gründe so schnell wie möglich zu beseitigen, also insbesondere für die Erhöhung der Kapazität der Intensivstationen zu sorgen und die Alten- und Pflegeheime besonders zu schützen.

I. Das Schutzpflicht-Argument in der Corona-Rechtsprechung

Die verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, mit denen gegen die Corona-Maßnahmen gerichtete Eilanträge zurückgewiesen worden sind, rekurrieren in etlichen Fällen auf die staatliche Pflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit, beispielsweise wie folgt: „Bei Maßnahmen im Zusammenhang mit der Verhinderung der Verbreitung der Krankheit COVID-19 ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Staat wegen seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit zum Handeln grundsätzlich nicht nur berechtigt, sondern auch verfassungsrechtlich verpflichtet ist.“¹ Die Bezugnahme auf die Schutzpflicht soll wohl die herausragende Bedeutung des Schutzes von Leben und Gesundheit unterstreichen, ohne dass allerdings die

* Der Verfasser ist emeritierter Professor für Öffentliches Recht an der Universität Freiburg im Breisgau.

¹ BayVerfGH, Entsch. v. 30.12.2020, Vf. 96-7-20, juris Rn. 21 m.w.N.; vgl. auch z.B. BVerfG (3. K. 1. Sen.), Beschl. v. 7.4.2020, 1 BvR 755/20, Rn. 11; BVerfG (1. K. 1. Sen.), Beschl. v. 9.4.2020, 1 BvR 802/20, Rn. 15; BVerfG (2. K. 1. Sen.), Beschl. v. 10.4.2020, 1 BvQ 31/20, Rn. 15; VGH BW, Beschl. v. 18.12.2020, 1 S 4028/20, juris Rn. 46; OVG Magdeburg, Beschl. v. 4.11.2020, 3 R 218/20, COVuR 2020, 819, Rn. 28; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2020, OVG 11 S 94/20, COVuR 2020, 813, Rn. 25; VG München, Beschl. v. 27.10.2020, M 26b SE 20.5311, COVuR 2020, 774, Rn. 37.

Entscheidungsgründe die dogmatische Funktion des Schutzpflicht-Arguments im Kontext der Entscheidung reflektieren.

Die Feststellung, dass der Staat von Verfassungs wegen zum Schutz von Leben und Gesundheit verpflichtet ist, wird eher floskelhaft verwendet. Dass die Schutzpflicht den Lebens- und Gesundheitsschutz in der Abwägung mit den durch die Corona-Maßnahmen eingeschränkten Freiheiten verstärkt, wird anscheinend angenommen, aber nicht begründet. Erst recht nicht findet man Ausführungen darüber, in welchem Maße nach Ansicht des jeweiligen Gerichts die Schutzpflicht sich auf die Gewichtung der mit den Maßnahmen verfolgten Ziele verstärkend auswirkt. Das Schutzpflicht-Argument erschöpft sich in einer bloßen These, aus der nichts Konkretes folgt, zumal richtig gesehen wird, dass die Schutzverpflichtung „nicht jegliche Freiheitsbeschränkung“ rechtfertigt und dass „der Staat stets einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen der Freiheit der einen und dem Schutzbedarf der anderen zu schaffen“ hat.² Wenn trotz bestehender Schutzpflicht abgewogen werden muss, dann fragt sich, ob in Fällen, in denen der Staat – mit seinen Corona-Maßnahmen – ja Schutz geleistet hat und in denen diese Maßnahmen vom Kläger oder Beschwerdeführer als nicht zu rechtfertigende Freiheitseinschränkungen angegriffen werden, aus der Schutzpflicht überhaupt etwas Relevantes folgt.

II. Die grundrechtlichen Schutzpflichten als Eingriffsabwehrpflichten

1. Individuelle Autonomie und staatlicher Schutz

Die Freiheitsrechte schützen die individuelle Autonomie generell (Art. 2 Abs. 1 GG – allgemeine Handlungsfreiheit als Generalfreiheitsrecht) oder in bezug auf spezielle Lebens- oder Tätigkeitsbereiche (beispielsweise Beruf, Kunst, Presse, Meinungsäußerung, Ehe und Familie) beziehungsweise in bezug auf spezielle Rechtsgüter (beispielsweise Leben, körperliche Unversehrtheit, Eigentum). Die Schutzfunktion der Freiheitsrechte hat zwei Dimensionen: In der oft als „klassisch“ bezeichneten Funktion sind die Freiheitsrechte Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe in die individuelle Freiheit, gegen Freiheitseinschränkungen. Sie haben nach in Deutschland etablierter Rechtsprechung keine unmittelbare Drittwirkung, verpflichten den Staat in ihrer zweiten Dimension aber, effektiven Schutz gegen Eingriffe Dritter zu gewährleisten.³

Die im Grundgesetz garantierten Freiheitsrechte schützen sowohl in der Abwehrfunktion als auch in der Schutzfunktion die individuelle Autonomie. Die Freiheit und die anderen zugunsten der individuellen Autonomie grundrechtlich geschützten Rechtsgüter können vom Staat bedroht werden – dagegen schützen die Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion. Sie können auch von privaten Dritten bedroht werden – dagegen schützen die Grundrechte in ihrer Schutzpflichtfunktion. Der Einzelne hat einerseits Abwehransprüche, andererseits Ansprüche auf Schutz, wenn vom Staat oder von Privaten auf nicht zu rechtfertigende Weise in seine Freiheit eingegriffen wird.

Die grundrechtlichen Schutzpflichten und die ihnen korrespondierenden Schutzansprüche sind Konsequenzen des staatlichen Gewaltmonopols und der damit verbundenen

² Vgl. BayVerfGH, Entsch. v. 30.12.2020, Vf. 96-7-20, juris Rn. 21.

³ Vgl. z.B. *Josef Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 191 m.w.N.

Friedenspflicht der Bürger: Der Staat gewährleistet den inneren Frieden, indem er Gewaltanwendung und Zwang zwischen den Menschen in seinem Hoheitsgebiet verbietet und indem er diese Friedenspflicht durchsetzt – notfalls mit Gewalt. Auch zur Rechtsdurchsetzung darf der Einzelne grundsätzlich keine Gewalt anwenden. Wird er in seinen Rechten durch einen anderen verletzt, muss er – außer in Fällen der Notwehr oder des Notstands – die Rechtsdurchsetzung dem Staat überlassen. Dieser Friedenspflicht des Einzelnen entspricht notwendigerweise die Schutzpflicht des Staates. Das staatliche Gewaltmonopol ließe sich nicht rechtfertigen, wenn der Staat den Einzelnen nicht effektiv gegen Eingriffe Dritter schützt.⁴

Wenn dies der Hintergrund der grundrechtlichen Schutzpflichten ist, dann lässt sich ihr Anwendungsbereich nicht beliebig ausdehnen. Insbesondere müssen sie von sozialen Leistungsansprüchen unterschieden werden.

Aus den Freiheitsrechten ergeben sich keine sozialen Leistungsansprüche und keine originären Teilhaberechte.⁵ Die Grundrechte geben dem Einzelnen keinen Anspruch darauf, dass der Staat ihm die faktischen – insbesondere die ökonomischen – Voraussetzungen für den von ihm gewünschten Grundrechtsgebrauch verschafft. Reiten ist zwar grundrechtlich geschützt (Art. 2 Abs. 1 GG), aber der Einzelne hat keinen Anspruch darauf, dass der Staat ihm ein Pferd verschafft. Der einzige grundrechtliche soziale Leistungsanspruch, den das Bundesverfassungsgericht anerkannt hat, ist kein freiheitsrechtlicher, sondern ein sozialstaatlicher Anspruch: der Anspruch auf das Existenzminimum, den das Bundesverfassungsgericht aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) ableitet und den man, soweit es um Gesundheit beziehungsweise Krankenversorgung geht, auch auf Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG stützen könnte.⁶

Folglich gibt es, obwohl gelegentlich das Gegenteil behauptet wird, kein „Grundrecht auf Gesundheit“ im Sinne eines Anspruchs auf staatliche Abwehr aller Gesundheitsgefahren oder gar aller Gesundheitsrisiken, auch nicht im Sinne einer optimalen Versorgung im Krankheitsfall. Die Freiheitsrechte des Art. 2 Abs. 2 GG schützen dagegen, dass der Staat oder Dritte die körperliche Unversehrtheit des Einzelnen verletzen oder seinen Tod verursachen. Sie gewährleisten aber nicht, dass der Einzelne immer gesund bleibt und nicht stirbt.

2. Die staatliche Schutzpflicht in der Corona-Epidemie

Im Zusammenhang mit der Corona-Epidemie heißt das: Entgegen den oben zitierten Gerichtsentscheidungen ist der Staat aufgrund der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG nicht generell verpflichtet, Leben und Gesundheit vor SARS-CoV-2 zu schützen. Sondern der Staat ist verpflichtet, Leben und Gesundheit vor der Schädigung durch Dritte zu schützen. Die Schutzpflicht bezieht sich auf die Abwehr von Eingriffen Dritter, nicht auf die Abwehr von schädigenden Naturereignissen, zu denen auch Virus-Epidemien gehören.

⁴ Vgl. z.B. *Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 4, 10 ff.; *Dietrich Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 102 ff. m.w.N.

⁵ Dazu ausführlich *Dietrich Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 192 Rn. 91 ff.

⁶ Vgl. *Murswiek* (Fn. 5), Rn. 118 ff. m.w.N.

Natürlich gehört es zu den zentralen Aufgaben des Staates, Naturkatastrophen so gut wie möglich abzuwehren, ihre Folgen zu bewältigen und hierbei den betroffenen Einzelnen Schutz und Hilfe zu bieten. Aber darauf gibt es keinen freiheitsrechtlich, sondern allenfalls einen sozialstaatlich begründbaren Anspruch.⁷

Einen auf Art. 2 Abs. 2 gestützten Schutzanspruch hat der Einzelne aber darauf, dass mit einer lebensgefährlichen Infektionskrankheit infizierte Menschen vom Staat daran gehindert werden, andere Menschen zu infizieren. Die Anordnung der Isolierung infektiöser Menschen ist durch die Schutzpflicht geboten, wenn ohne die Isolierung eine konkrete Gesundheitsgefahr für andere Menschen besteht. Bei Covid-19 ist das Lebens- und Gesundheitsrisiko für die allermeisten Menschen so gering, dass es nicht als Gefahr qualifiziert werden kann. Für sehr alte und gesundheitlich schwer vorbelastete Menschen besteht allerdings ein hohes Lebens- und Gesundheitsrisiko. Der Kontakt mit einem infektiösen Menschen wäre für sie eine erhebliche Gesundheitsgefahr, so dass eine staatliche Pflicht zur Anordnung der Isolierung zu bejahen ist, wenn die Gefahr sich nicht anders vermeiden lässt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber, dass ein positiver PCR-Test keine Infektiosität anzeigt und deshalb schon fraglich ist, ob er die Quarantänepflicht *rechtfertigt*; eine *Verpflichtung* des Staates, die Isolierung anzuordnen, wird man aber nur beim Nachweis der Infektiosität (etwa durch einen hinreichend niedrigen Ct-Wert) annehmen können.

Die unter dem Begriff des Lockdown zusammengefassten Corona-Maßnahmen richten sich aber nicht speziell an infektiöse, sondern an alle Menschen. Weitaus die meisten Menschen, die von Betriebsschließungen, Veranstaltungsverböten, Kontakteinschränkungen, Maskenpflicht oder Schulschließungen betroffen sind, sind völlig gesund und nicht infektiös. Maßnahmen, die sich gegen nicht infektiöse Menschen richten, lassen sich nicht mit der aus Art. 2 Abs. 2 GG abgeleiteten Schutzpflicht begründen, weil von ihnen keine Gesundheitsgefahr ausgeht. Das heißt nicht, dass sich gegen sie gerichtete Maßnahmen überhaupt nicht begründen und rechtfertigen lassen. Auch die Inanspruchnahmen von Nichtstörern kann unter Umständen gerechtfertigt sein. Wenn der Staat Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen vor einem gefährlichen Virus schützen will, verfolgt er ein legitimes Gemeinwohlziel. Er muss, um zur Erreichung dieses Ziels Grundrechte einzuschränken, nicht zum Schutz verpflichtet sein. Die Schutzpflicht für Leben und Gesundheit spielt in diesem Kontext keine Rolle. Deshalb kann sie auch nicht das Gewicht des Lebens- und Gesundheitsschutzes in der Abwägung mit den freiheitsbeschränkenden Wirkungen der Maßnahmen verstärken.

Zu erwägen ist allerdings, ob sich eine Pflicht zum Ergreifen von Schutzmaßnahmen gegen alle Menschen aus dem Umstand ergeben kann, dass unter der Vielzahl der von den Freiheitseinschränkungen Betroffenen eine kleine Zahl von Menschen ist, die unerkannt infektiös sind. Kann man argumentieren, während einer Epidemie seien *alle* Menschen Quellen einer Gesundheitsgefahr, gegen die der Staat schützen müsse, weil sie infiziert und infektiös *sein könnten*? Das auf den Einzelnen bezogene Risiko, dass er unerkannt infektiös sein könnte, ist zwar äußerst gering, aber die Möglichkeit lässt sich nur für diejenigen einigermaßen ausschließen, die kurz zuvor negativ getestet worden sind. Reicht

⁷ Vgl. Dietrich Murswiek/Stephan Rixen, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 213 m.w.N.

dieses Risiko aus, um jeden Einzelnen als SARS-CoV-2-Risikoquelle anzusehen, gegen die staatliche Schutzmaßnahmen erlaubt oder sogar geboten sind? Die Antwort lautet ganz klar: nein, und zwar schon deshalb, weil das Risiko, dass der Einzelne unerkannt infektiös sein könnte, kein der Person inhärentes, aus ihren konkreten Eigenschaften resultierendes Risiko ist, sondern dieses Risiko resultiert allein aus der Ungewissheit darüber, wer unerkannt infektiös ist. Ein Risiko besteht ja schon immer dann, wenn sich ein angenommener schädigender Kausalverlauf nicht ausschließen lässt. Ein Mensch ist nicht kraft seines Menschseins mit SARS-CoV-2 infiziert und damit eine Risikoquelle; er wird zu einer Quelle des SARS-CoV-2-Infektionsrisikos, wenn er durch einen anderen Menschen angesteckt wird. Es besteht also zunächst nur das Risiko, dass er zu einer Risikoquelle werden, nämlich infektiös werden könnte. Dieses Risiko eines Risikos reicht nicht aus, eine gegen ihn gerichtete Schutzpflicht auszulösen. Schutz gegen eine bestimmte Person kann nur dann geboten sein, wenn zumindest die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass diese Person einen schädigenden Kausalverlauf auslösen wird. Das kann bei einem positiven PCR-Test jedenfalls dann der Fall sein, wenn der Ct-Wert auf Infektiosität schließen lässt. Und man kann darüber reden, ob dies bei engen Kontaktpersonen Infizierter der Fall ist. Aber für Maßnahmen gegen Menschen, für deren Infektiosität keine Anhaltspunkte gegeben sind, gibt es keine aus Art. 2 Abs. 2 GG ableitbare staatliche Verpflichtung.

Dies bedeutet, dass bezüglich der allgemeinen Lockdown-Maßnahmen die gerichtliche Behauptung, dass der Staat ja zum Schutz nicht nur berechtigt, sondern kraft seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG auch verpflichtet sei, falsch ist und zu einer Fehlge-
wichtung der Gesundheitsschutzbelange in der Abwägung anleitet.

III. Gesundheitsschutz als sozialstaatliche Leistungspflicht

1. Objektive sozialstaatliche Pflicht zum Seuchenschutz und zur Bereitstellung eines leistungsfähigen Gesundheitssystems

Zum Schutz vor Seuchen und speziell vor Covid-19 ist der Staat freilich einfachgesetzlich – durch das Infektionsschutzgesetz – verpflichtet. Und die einfachgesetzliche Verpflichtung ist grundsätzlich geeignet, Freiheitseinschränkungen zu begründen. Im Hinblick auf die Behauptung etlicher Gerichte und auch einiger Literaturstimmen, der Staat sei zum Schutz gegen Covid-19 verfassungsrechtlich verpflichtet, soll noch die Frage aufgeworfen werden, ob es eine nicht freiheitsrechtliche (nicht auf Art. 2 Abs. 2 GG gestützte), sondern aus anderen Verfassungsnormen ableitbare Verfassungspflicht zum Schutz gegen Naturkatastrophen und insbesondere gegen Seuchen und/oder zur Bereitstellung eines leistungsfähigen, effektiven Gesundheitssystems gibt.

Eine Pflicht zum Schutz gegen Naturkatastrophen und Seuchen lässt sich unter Aspekten einer Staatsaufgabenlehre begründen: Der Staat ist dafür da, diejenigen existenznotwendigen Aufgaben zu erfüllen, die die Einzelnen oder die Gesellschaft als Gesamtheit der Privaten nicht oder nicht ausreichend erfüllen können.⁸ Deshalb nehmen alle modernen Staaten die Aufgaben des Katastrophen- und Seuchenschutzes auch tatsächlich wahr. Die

⁸ Vgl. z.B. *Isensee* (Fn. 3), Rn. 243.

Staatsaufgabenlehre hat allerdings keinen verfassungsrechtlichen Rang und ist nicht geeignet, verfassungsrechtliche Pflichten zu begründen. Immerhin ergibt sich aber aus Kompetenztiteln (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG) und Gesetzesvorbehalten (Art. 11 Abs. 2, Art. 13 Abs. 7 GG), dass die Seuchenbekämpfung zu den verfassungsrechtlich vorgesehenen Staatsaufgaben gehört. In Deutschland liegt es nahe, eine diesbezügliche Verfassungspflicht auf das Sozialstaatsprinzip zu stützen. Wenn das Bundesverfassungsgericht sogar einen subjektivrechtlichen Anspruch auf das Existenzminimum aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ableitet,⁹ dann wird man erst recht eine objektivrechtliche Verpflichtung zum Schutz der Existenzgrundlagen gegen Naturkatastrophen und Seuchen bejahen können. Das aber ist etwas völlig anderes als ein optimaler Gesundheitsschutz für jeden Einzelnen.

Entsprechendes gilt für die Vorhaltung eines leistungsfähigen Gesundheitssystems. Hier hat der Staat zumindest eine sozialstaatliche Gewährleistungsverantwortung. Aber die zuständigen Staatsorgane haben große Gestaltungsspielräume hinsichtlich Ausgestaltung und Umfang des Gesundheitssystems. Wieviel hier und in welcher Weise investiert werden soll, muss im demokratischen Willensbildungsprozess entschieden werden. Eine Verpflichtung, das Gesundheitssystem entweder so zu gestalten, dass jeder Einzelne auch im Katastrophenfall eine optimale Versorgung erhält, wie sie im Normalfall üblich ist, oder die Freiheit anderer Menschen im Epidemiefall so einzuschränken, dass das Gesundheitssystem nicht an die Grenzen seiner Belastbarkeit kommen kann, lässt sich dem Grundgesetz nicht entnehmen.

2. Spezifische Schutzverpflichtung für Alten- und Pflegeheime

Rechtliche Konsequenzen können sich aus der sozialstaatlichen Schutzpflicht für den Schutz hochgradig gefährdeter Menschen ergeben, die in Einrichtungen leben, in denen das Ansteckungsrisiko sehr viel größer als in einer Privatwohnung ist und in denen sie sich diesen Gefährdungen nicht entziehen können (Alten- und Pflegeheime). Diese Menschen sind ohne spezifische Schutzmaßnahmen – wie beispielsweise regelmäßige Testung des Pflegepersonals, kein Zutritt für Besucher ohne negativen Test – einem derart hohen Corona-Risiko ausgesetzt, dass hier ohne solche Schutzmaßnahmen das existentiell erforderliche Minimum an gesundheitlicher Sicherheit unterschritten wäre.¹⁰

3. Schutzpflichtkonkretisierung und Verhältnismäßigkeit

Die Annahme sozialstaatlich begründeter Schutzverpflichtungen führt bei der rechtlichen Beurteilung von Corona-Maßnahmen nicht weiter. Denn dass der Staat gegen die SARS-CoV-2-Pandemie Schutzmaßnahmen ergriffen hat, steht ja außer Zweifel. Er ist gegenüber der Pandemie nicht untätig geblieben. Hinsichtlich der Art und Weise des Schutzes und der Auswahl der Mittel hat der Staat einen großen Gestaltungsspielraum, der durch das Sozialstaatsprinzip nicht determiniert wird. Und welche Mittel gewählt oder umgekehrt nicht gewählt werden dürfen, hängt von Freiheitsrechten ab, wenn deren

⁹ BVerfGE 82, 60 (80); 125, 175 (122 f.) m.w.N.

¹⁰ Zu diesem Thema vgl. *Matthias Schrappe u.a.*, Thesenpapier 5.0 zur Pandemie durch SARS-CoV-2/Covid-19. Spezifische Prävention als Grundlage der „Stabilen Kontrolle“ der SARS-CoV-2-Epidemie, Monitor Versorgungsforschung 06/2020, S. 56 (60 f.), https://www.monitor-versorgungsforschung.de/Abstracts/Abstract2020/mvf-0620/mvf06-PDF/Schrappe_etal_TP_5-0_Corona-Pandemie<8.1.2021>.

Einschränkung das Mittel des Gesundheitsschutzes sein soll. Dann muss im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen dem angestrebten Gemeinwohlnutzen und den hierfür eingesetzten Freiheitseinschränkungen samt ihren Folgeschäden abgewogen werden.¹¹ Die grundsätzlich bestehende Pflicht zum Schutz wird ihrem Umfang nach begrenzt durch die Freiheitsrechte, soweit sie den in Betracht gezogenen Schutzmaßnahmen entgegenstehen. Während einerseits der Schutz vor Seuchen ein Gemeinwohlziel ist, das Freiheitseinschränkungen rechtfertigen kann, ist andererseits eine Pflicht zum Schutz logisch ausgeschlossen, soweit die Schutzmaßnahmen Freiheitsrechte verletzen würden. Der materielle Gewährleistungsgehalt der Freiheitsrechte einerseits und der Inhalt und Umfang der Schutzpflicht andererseits müssen anhand der Kriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung konkretisiert werden. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn die Schutzpflicht nicht auf das Sozialstaatsprinzip, sondern auf Art. 2 Abs. 2 GG gestützt wird.

Dies sehen die Gerichte, die sich auf die Schutzpflicht beziehen, im Grunde ebenfalls, wenn sie sagen, dass ein verhältnismäßiger Ausgleich zwischen Freiheit und Schutz geschaffen werden müsse.¹² Aber umso unsinniger ist es, das Bestehen einer prinzipiellen Schutzpflicht als Argument für die Rechtfertigung der zu beurteilenden Maßnahmen zu verwenden. Denn dass der Staat prinzipiell zum Schutz verpflichtet ist, sagt nichts darüber, ob er verpflichtet ist, die zu beurteilenden Maßnahmen zu ergreifen. Wenn der Staat seine Schutzpflicht bereits durch andere Maßnahmen erfüllt hat, kann er nicht zu zusätzlichen Maßnahmen verpflichtet sein. Und wenn die Antwort auf die Frage, ob der Staat den zu gewährleistenden Schutz gerade (auch) mit dem Mittel der zu überprüfenden Maßnahmen zu leisten hat, davon abhängt, ob in der Abwägung die Schutz- oder das Freiheitsbelange überwiegen, dann kann man der Abwägung nicht sinnvoll die Feststellung voranstellen, der Staat sei zum Schutz verpflichtet. Denn ob er zum Schutz durch die zu beurteilenden Maßnahmen verpflichtet ist, können wir erst wissen, nachdem wir die Abwägung durchgeführt haben. Wenn – Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen vorausgesetzt – die Schutzbelange überwiegen, ist die Freiheitseinschränkung gerechtfertigt, wenn die Freiheitsbelange überwiegen, ist sie nicht gerechtfertigt, und dann gibt es auch keine Pflicht zum Schutz mittels dieser Maßnahmen.

Die Behauptung des Bestehens einer Schutzpflicht ist also in dieser Fallkonstellation objektiv funktionslos und subjektiv-suggestiv irreführend. Es wird das Bestehen einer Pflicht in die Abwägung – die öffentlichen Gesundheitsschutzbelange verstärkend – eingestellt, obwohl erst das Ergebnis der Abwägung zeigt, ob die konkrete Pflicht, die streitigen Maßnahmen zu ergreifen, existiert. Das Bestehen einer nur prinzipiellen Pflicht, überhaupt in irgendeiner Weise und nicht gerade durch die streitigen Maßnahmen die Gesundheit zu schützen, ist für die Abwägung irrelevant. Dass der Gesundheitsschutz ein legitimes Anliegen ist, steht auch ohne eine prinzipielle Verfassungspflicht zum Gesundheitsschutz fest. Wie schwer der Gesundheitsschutz in der Abwägung wiegt, hängt nicht davon ab, ob der Staat grundsätzlich verpflichtet ist, die Gesundheit zu schützen, sondern

¹¹ Dazu ausführlich *Dietrich Murswiek*, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, S. 1 (6 ff.), https://rsw.beck.de/rsw/upload/NVwZ/Extra_5-2021.pdf <1.3.2021>.

¹² Vgl. z.B. BayVerfGH, Entsch. v. 30.12.2020, Vf. 96-7-20, juris Rn. 21 m.w.N.

davon, wie groß die konkret zu bekämpfende Gefahr ist und in welchem Maße die streitigen Maßnahmen diese Gefahr vermindern können.¹³ Auf eine nicht auf die streitigen Maßnahmen bezogene konkrete Pflicht, sondern auf eine nur allgemein und prinzipiell bestehende Pflicht hinzuweisen, bedeutet nichts anderes, als würde das Gericht andererseits auch ausdrücklich darauf hinweisen, dass der Staat verfassungsrechtlich verpflichtet ist, die betroffenen Freiheitsrechte zu beachten. Beides ist selbstverständlich, und (auch) deshalb ist der ausdrücklich Hinweis überflüssig. Indem aber nur auf der Seite des Gesundheitsschutzes die allgemeine, prinzipielle Pflicht hervorgehoben wird, entsteht eine Schiefelage, aus der die Gerichte sich bei der Abwägung im konkreten Fall regelmäßig nicht lösen.

IV. Mittelbare Gesundheitsschutzpflichten als Konsequenz aus Freiheitsrechten

Der Lockdown im ganzen und die einzelnen Corona-Maßnahmen schränken die Freiheit in vielfältiger Weise ein. Zur Rechtfertigung der Freiheitseinschränkungen gehört ihre Erforderlichkeit. Der Staat darf Schulen, Geschäfte, Friseurläden usw. nicht schließen, Veranstaltungen nicht verbieten, wenn er sein angestrebtes Gesundheitsschutzziel auf andere, die Freiheit nicht oder weniger belastende Weise erreichen kann.

Besteht das Ziel darin, die Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden, dann bietet sich als freiheitsschonende Alternativmaßnahme zunächst an, die Kapazität der Intensivstationen zu erhöhen. Dies ist nach der ersten Covid-19-Welle im Frühjahr 2020 nicht geschehen. Die Zahl der Intensivbetten ist seither sogar gesunken.¹⁴ Das mag vor allem an Personalmangel gelegen haben. Aber in einer Situation, in der die weitestreichenden Freiheitseinschränkungen in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland die Wirtschaft weitgehend lahmlegen und Tausende von Betrieben in existentielle Nöte bringen, muss der Staat alles daransetzen, die dringend benötigten Pflegekräfte anzuwerben und vorhandene Pflegekräfte durch Schulung für den Einsatz auf Intensivstationen zu befähigen. Dafür müssen die nötigen finanziellen Ressourcen bereitgestellt werden, zumal die Kosten sehr viel geringer sind als die Kosten des Lockdown, die man auf diese Weise vermeiden könnte. Diese Verpflichtung folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, denn wenn der Staat mit eigenen Mitteln eine Gefahr abwenden kann, darf er nicht die Bürger (die ja nicht Verursacher der Gefahr sind) durch umfangreiche Freiheitseinschränkungen zur Gefahrenabwehr heranziehen.

Außerdem lässt sich eine Überlastung der Intensivstationen zielgenauer als mit dem Lockdown dadurch vermeiden, dass man die Risikogruppen besonders schützt. Dies gilt vor allem für die Menschen in Alten- und Pflegeheimen, die einen großen Teil der Corona-Intensivpatienten stellen. Der Staat verstößt gegen die Grundrechte der durch die Corona-Maßnahmen in ihrer Freiheit eingeschränkten Menschen, wenn er es unterlässt, mit eigenen Mitteln die Gesundheitsgefahren abzuwenden, mit welchen er die

¹³ Zur Gebotenheit einer konkreten Risikogewichtung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ausführlich *Murswiek* (Fn. 11), S. 6 f.

¹⁴ Im Zeitraum vom Juli 2020 bis Januar 2021 sank die Zahl der verfügbaren Intensivbetten (ohne die Notfallreserve) von über 30.000 auf unter 25.000, also um rund 17 %, Quelle: DIVI-Intensivregister, Gesamtzahl gemeldeter Intensivbetten (Betreibbare Betten und Notfallreserve), Stand: 23.2.2021, <https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen> <23.2.2021>.

Maßnahmen rechtfertigt. Wenn der erste Lockdown im Frühjahr 2020 gerechtfertigt werden konnte, weil die Kapazität der Intensivstationen als zu gering erschien und weil ein Konzept zum speziellen Schutz der Alten- und Pflegeheime noch nicht erarbeitet war, dann hatte er die – freiheitsrechtlich begründete – Pflicht, so schnell wie möglich für einen effektiven Schutz der Risikogruppen zu sorgen, um auf diese Weise einen Lockdown beziehungsweise generelle Freiheitsbeschränkungen überflüssig zu machen. Es ist evident, dass er im Jahre 2020 gegen diese Pflicht massiv verstoßen hat.

Entsprechendes gilt für die Impfstoffbeschaffung. Wenn nach Auffassung der Bundesregierung die freiheitsbeschränkenden Corona-Maßnahmen erst dann vollständig abgebaut werden können, wenn der weitaus größte Teil der Bevölkerung durchgeimpft worden ist,¹⁵ dann ist es angesichts des exzeptionellen Ausmaßes der Freiheitseinschränkungen und der unabsehbaren Kollateralschäden für Wirtschaft, körperliche und psychische Gesundheit oder Entwicklungsmöglichkeiten von Kindern und Jugendlichen zwingend geboten, dass die Regierung alles daransetzt, dass die Impfstoffe so schnell wie möglich in dem benötigten Umfang zur Verfügung stehen. Das Impfstoffbeschaffungsdesaster¹⁶ ist daher auch ein Grundrechtsdesaster, denn es führte dazu, dass die Corona-Freiheitsbeschränkungen viel länger dauern als es bei früherer Impfung eines größeren Teils der Risikogruppen erforderlich gewesen wäre.

Eine weitere Möglichkeit, die Zahl der schweren Covid-19-Erkrankungen zu vermindern, sind Maßnahmen zur allgemeinen Stärkung des Immunsystems. Das Gesundheitsministerium hätte mit einer Aufklärungskampagne die Menschen informieren können, was sie zur Stärkung der Abwehrkräfte tun könnten.

Während der Staat im Hinblick auf die Auswahl der Maßnahmen, die er zur Pandemiebekämpfung einsetzt, prinzipiell erhebliche politische Gestaltungsspielräume hat, ist er im Hinblick auf das Ergreifen ihm zur Verfügung stehender Möglichkeiten zur Beseitigung der Gründe, aus denen er Lockdown-Maßnahmen anordnet, grundrechtlich gebunden. Die betroffenen Freiheitsrechte verpflichten ihn dazu, *alles* zu tun, was die Freiheitseinschränkungen überflüssig macht – jedenfalls, sofern die in Betracht kommenden Möglichkeiten nicht zu (größeren) Freiheitseinschränkungen an anderer Stelle oder zu einem unverhältnismäßig größeren Schaden für das Gemeinwohl führen. Dies trifft für die oben genannten Vorschläge evident nicht zu.

V. Fazit

Die aus Art. 2 Abs. 2 GG folgende staatliche Pflicht zum Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit kann nicht zur Rechtfertigung des Corona-Lockdown herangezogen werden. Auf sie lassen sich nur Maßnahmen gegen infektiöse Personen, nicht aber gegen

¹⁵ So z.B. Bundeskanzlerin Merkel am 1.2.2021, Merkur.de 10.2.2021, <https://www.merkur.de/politik/angela-merkel-ard-corona-tv-kanzlerin-deutschland-impfung-sonderrechte-neue-freiheiten-90189896.html> <10.2.2021>.

¹⁶ Da andere Länder sich rechtzeitig viel mehr Impfstoff beschafft hatten, sind dort mittlerweile prozentual mehr als zwölfmal (Israel 88,5 %), mehr als viermal (Vereinigtes Königreich 31,3 %) oder mehr als dreimal so viele Einwohner (USA 22,7 %) wie in Deutschland (7,1 %) geimpft worden, Stand 28.2.2021, Quelle: Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1195166/umfrage/impfungen-gegen-das-coronavirus-je-einwohner-nach-laendern-weltweit/> <3.3.2021>.

die Allgemeinheit stützen. Geht man davon aus, dass es neben der freiheitsrechtlich begründeten Schutzpflicht auch noch eine sozialstaatliche Pflicht des Staates zum Schutz gegen Naturkatastrophen und Seuchen gibt, dann ist diese Pflicht jedenfalls nicht geeignet, das Gewicht des Gesundheitsschutzes in der Abwägung mit den durch die Lockdown-Maßnahmen bewirkten Freiheitseinschränkungen und Folgeschäden zu erhöhen. Relevant könnte diese Pflicht aber für den spezifischen Schutz besonders gefährdeter Menschen, insbesondere in Alten- und Pflegeheimen sein.

Andererseits folgen aus den vom Lockdown betroffenen Freiheitsrechten Ansprüche auf staatliche Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, die den Lockdown rechtfertigenden Gründe so schnell wie möglich zu beseitigen. Dies bedeutet in der konkreten epidemischen Lage des Winters 2020/21 insbesondere, dass die von Corona-Maßnahmen (Betriebsschließungen, Kontakteinschränkungen usw.) Betroffenen einen grundrechtlichen Anspruch darauf haben, dass die Intensivkapazitäten ausgebaut und die Alten- und Pflegeheime besonders und effektiv geschützt werden und auch anderen Risikogruppen besonderer Schutz geboten wird. Aus den Freiheitsrechten *in ihrer Funktion als Abwehrrechte* gegen staatlichen Eingriffe – hier gegen die Corona-Maßnahmen – ergeben sich somit spezifische Schutzpflichten zugunsten der Allgemeinheit. Der Staat verletzt die von den Corona-Maßnahmen Betroffenen in ihren Grundrechten, wenn er diese Pflichten nicht erfüllt und wenn aus diesem Grunde die Freiheitsbeschränkungen länger aufrechterhalten werden als es bei Erfüllung der Pflichten nötig gewesen wäre.