



**Prof. Dr. Josef Franz Lindner**

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie, Juristische Fakultät, Universität Augsburg

## Zitationshinweis

Lindner, J. F.: „Grundrechte und Verhältnismäßigkeit: Kritik und Desiderate“, in „Monitor Versorgungsforschung“ (05/24), S. 46. <http://doi.org/10.24945/MVF.05.24.1866-0533.2650>

# Grundrechte und Verhältnismäßigkeit: Kritik und Desiderate

>> Die Corona-Pandemie war ein enormer Stresstest auch für das Recht, insbesondere die Grundrechte. Die zur Bekämpfung der Pandemie staatlicherseits erlassenen Maßnahmen stellten zum Teil gravierende, in der Geschichte des Grundgesetzes bisher nicht dagewesene Beschränkungen der Freiheit und des sozialen Lebens dar. Das Verbot etwa, sterbenden Angehörigen im Krankenhaus oder im Pflegeheim einen letzten Besuch abzustatten, berührte unmittelbar die Würde der beteiligten Menschen. Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen, Schulschließungen sowie die nahezu vollständige Stilllegung des sozialen Lebens griffen massiv in die Grundrechte der Menschen ein. Die vom Bundesverfassungsgericht bestätigte Impfpflicht für Beschäftigte in Gesundheitsberufen bedeutete einen schwerwiegenden Eingriff in das Recht auf körperliche Selbstbestimmung. Ist der Staat zu weit gegangen? Eine Antwort darauf muss differenziert ausfallen.

Drei Aspekte sind dabei unbestritten:

**Erstens** ist der Staat grundsätzlich berechtigt, zur Bekämpfung einer pandemischen Infektionskrankheit mit schweren Krankheitsverläufen Freiheitsbeschränkungen zum Schutz von Leben und Gesundheit, insbesondere vulnerabler Menschen, sowie zur Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems vorzunehmen.

**Zweitens** darf die Exekutive, sprich die Gesundheitsverwaltung, nicht von sich aus Freiheitsbeschränkungen anordnen. Sie bedarf dafür vielmehr einer hinreichend bestimmten parlamentsgesetzlichen Grundlage. Diese bot das Infektionsschutzgesetz (das frühere Bundes-Seuchengesetz) mit im Verlaufe der Pandemie immer detailschärferen und grundrechtsintensiveren, für den verfassungsrechtlichen Laien indes nur schwer verständlichen Eingriffsbefugnissen (man denke an den Maßnahmenkatalog in § 28a IfSG).

**Drittens:** Auch in einer pandemischen Lage von nationaler Tragweite, in einem politisch gelegentlich so bezeichneten Gesundheitsnotstand, sind die im Grundgesetz und in den Landesverfassungen gewährleisteten Freiheitsrechte nicht suspendiert. Es gibt

keinen grundrechtlichen Notstandsvorbehalt, der Grundrechtseingriffe durch Gesetzgeber und Exekutive ohne Weiteres zuließe. Auch in einer Pandemie nicht. Vielmehr ist jeder staatliche Eingriff in die Freiheit eigens zu begründen und zu rechtfertigen. Insbesondere muss die Verhältnismäßigkeit jeder einzelnen Maßnahme auch im Einzelfall gewahrt sein.

Blickt man auf die Rechtsprechung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte zu den Corona-Maßnahmen, fällt auf, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Prüfungsmaßstab zwar regelmäßig herangezogen, nicht selten jedoch oberflächlich gehandhabt wurde. Mitunter konnte man sich des Eindrucks nicht erwehren, der Gesundheitsschutz setze sich immer durch. Angesichts des hohen verfassungsrechtlichen Gewichts von Leben und Gesundheit und der darauf bezogenen staatlichen Schutzpflicht schien im Grunde jede auch noch so harte Eingriffsmaßnahme rechtfertigbar, insbesondere verhältnismäßig zu sein. „Gesundheit gewinnt immer“ schien das unausgesprochene Paradigma abstrakter Abwägung zu lauten. Ein solches käme freilich einem grundrechtlichen Notstandsvorbehalt gleich, den das Grundgesetz aber gerade nicht kennt. Vor allem (1) zwei offene Flanken des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind sichtbar geworden:

**Erstens** ist es nicht selten versäumt worden, über die abstrakte hinaus in eine konkrete Abwägung einzusteigen und zu fragen, ob eine Maßnahme überhaupt einen nennenswerten Beitrag zur Eindämmung des Infektionsgeschehens leisten kann. Beispielsweise hätte man das Verbot des alleinigen nächtlichen Spazierengehens bei einer solchen Betrachtung als unverhältnismäßig qualifizieren müssen. Natürlich sind – abstrakt betrachtet – Leben und Gesundheit wichtiger als ein abendlicher Spaziergang. Aber eine lediglich abstrakte Sichtweise greift zu kurz. Sie muss durch eine konkrete Betrachtung ergänzt werden: Bringt eine Maßnahme konkret so viel, dass insofern ihre Eingriffstiefe verhältnismäßig ist. Das genannte nächtliche Ausgangsverbot

mag durchaus geeignet sein, weil es einige Kontakte und damit auch Infektionen vermeiden konnte. Der in der Summe aber eher geringe konkrete Zweckverwirklichungsbeitrag steht jedoch in einem Missverhältnis zur erheblichen Eingriffstiefe der Ausgangsbeschränkung. Als Desiderat lässt sich daher formulieren: Die abstrakte Güterabwägung ist durch eine konkrete tatsächliche Zweckverwirklichungsbetrachtung zu ergänzen. Eine Maßnahme ist unverhältnismäßig, wenn ihr konkreter Beitrag zur Zweckverwirklichung derart marginal ist, dass im Verhältnis dazu ihre Eingriffstiefe unangemessen ist.

**Zweitens:** Die gängige Dogmatik der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu wenig in der Lage, negative Folgewirkungen von Freiheitseinschränkungen zu verarbeiten. Sie hat insofern einen blinden Fleck. Soziale und gesellschaftliche Folgedimensionen von Grundrechtseingriffen werden nicht angemessen, jedenfalls nicht in einem eigenständigen Prüfungspunkt, abgebildet. Dies wird zu Recht als „juristisch unsichtbare soziale Dimension der Grundrechtseingriffe“, als „grundrechtliches Vakuum“ (2) bezeichnet. Soziale, psychische, gesellschaftliche oder wirtschaftliche „Kollateralschäden“ – etwa von Schul- oder Betriebsschließungen oder von Kontakt- oder Ausgangssperren – werden nicht hinreichend erfasst. Auch insoweit ist ein Desiderat zu formulieren: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist über die traditionelle bipolare Zweck-Eingriffs-Relation hinaus ausdrücklich auf Folge-, Neben- und Dritt-nachteile zu erstrecken. Der mit einer Maßnahme verfolgte (legitime) Zweck ist in ein multipolares Verhältnis zu erwartbaren „Kollateralschäden“ zu setzen. <<

### Literatur:

- 1: Zu weiteren Aspekten s. J. F. Lindner, Thesen zur Weiterentwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, NJW 2024, S. 564.
- 2: O. Lepsius, Ausnahme als Rechtsform der Krise, DVBl. 2023, S. 701/703.