

Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie

Anna Katharina Mangold

Vorrede

1. *Situiertheit*

(1) Gerade in der Pandemie gilt es, unterschiedliche Situiertheiten zu reflektieren.

2. *Erwartungen an die Grundrechte: Grundrechtliches Verteilungsprinzip*

(2) Mit *Ernst-Wolfgang Böckenförde* können Verfassung und Grundrechte als Rahmenordnung beschrieben werden, innerhalb derer weiter Raum für politische Entscheidungen verbleibt. Vorgaben für den Umgang mit der Pandemie können nicht unmittelbar aus den Grundrechten deduziert werden.

(3) Das von *Carl Schmitt* beschriebene rechtsstaatliche – vorzugsweise: grundrechtliche – Verteilungsprinzip verlangt, dass der Staat alle Eingriffe in die Grundrechte rechtfertigt. Weil dieses Prinzip gilt, gibt es in dieser Pandemie keinen Ausnahmezustand, und die Grundrechte sind nicht „aufgehoben“.

3. *Argumentationsgang*

(4) Die überkommene Dogmatik erlaubt im Wesentlichen die Verarbeitung der auftretenden Grundrechtsfragen, verlangt aber, bislang implizite Dimensionen der Grundrechte zu explizieren.

I. **Das Grundrechtssubjekt in der Pandemie**

1. *Autonomie, Eigen- und Fremdgefährdung*

(5) In der Pandemie bergen Begegnungen mit anderen Menschen das Risiko der Fremdgefährdung, entweder durch Ansteckung anderer oder, im Falle eigener Erkrankung, durch die Inanspruchnahme von Kapazitäten des Gesundheitssystems. Das gilt nur für steril Immune nicht.

2. *Relationale Einbettung der Einzelnen*

(6) Die Einzelnen sind vielfältig aufeinander angewiesen und eingebettet in soziale Beziehungen. Das autonome Subjekt ist ein relationales Subjekt, das sich erst in Beziehungen zu und mit anderen entfaltet.

3. *Relationale Dimension der Grundrechte*

(7) Die Grundrechte anerkennen diese relationale Dimension der Grundrechte bislang implizit. In der Pandemie ist es nötig, die bislang implizite relationale Dimension der Grundrechte explizit zu machen.

(8) Neben speziellen grundrechtlichen Gewährleistungen schützt vor allem die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG alltägliche zwischenmenschliche Beziehungen. Hier zeigt sich die besondere Bedeutung eines grundrechtlichen Auffangrechts, das die Freiheitsbetätigungen der Einzelnen in ihrer Bedeutung unbewertet lässt und auch relationale Freiheit schützt.

II. **Unsicheres Wissen als Grundrechtsproblem in der Pandemie**

1. *Pandemiemaßnahmen gegen die Allgemeinheit*

(9) Die Pandemiemaßnahmen richten sich überwiegend an die Allgemeinheit, die drei Gruppen von Personen umfasst: Infizierte, Immune und nicht Infizierte.

(10) Die Streubreite der Maßnahmen reagiert auf Wissensprobleme: Ungefährliche Personen können nicht zielsicher von virusübertragenden Personen unterschieden werden, und die Gefahr einer ungebremsten exponentiellen Ausbreitung des Virus kann nur prognostisch bewertet werden. Deswegen erfolgt die Pandemiebekämpfung vorwiegend als Risikoprävention.

(11) Die Ausschaltung jeden Risikos aber wäre auch das Ende jeder Freiheit. Deswegen ist unerlässlich, in der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine letzte Grenze zu etablieren, damit nicht ein perfektionistischer Lebens- und Gesundheitsschutz alle Freiheit beendet.

2. Begründung und dynamisierte Wissensverarbeitung

(12) Das grundrechtliche Verteilungsprinzip verlangt, dass die exekutivischen Pandemiemaßnahmen gerechtfertigt, also begründet werden.

(13) Der je aktuelle Wissenstand muss dabei ebenso berücksichtigt werden wie Erkenntnisse über die Auswirkungen der Maßnahmen.

(14) Um die gebotene Dynamisierung prozedural abzusichern, ist die zeitliche Begrenzung der Maßnahmen grundrechtlich geboten.

3. Einzelmaßnahmen und Maßnahmenpaket

(15) Die in der Pandemiebekämpfung üblichen Maßnahmenpakete fordern die herkömmliche Verhältnismäßigkeitsprüfung heraus, die auf Prüfung von Einzelmaßnahmen gerichtet ist.

(16) Nur auf Grundlage einer doppelten Begründung der Maßnahmen, je für sich und in ihrem Zusammenspiel, lässt sich überprüfen, ob die Maßnahmen verhältnismäßig sind. An eine solche Begründung sind keine überspannten Anforderungen zu richten, aber sie müssen ein Gesamtkonzept erkennen lassen.

4. Gerichtliche Kontrolle

(17) Die Komplexität der Maßnahmen auf zugleich unsicherer Wissensbasis entzieht die Maßnahmenpakete nicht gerichtlicher Überprüfung. Insbesondere können die Gerichte außer der Verhältnismäßigkeit klassische Form, Verfahren, Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage sowie Kohärenz innerhalb eines Maßnahmenpaketes kontrollieren.

(18) Angesichts der prognostischen Natur der Abwägungsvorgänge hat die Exekutive eine Einschätzungsprärogative, die epistemisch, funktional sowie legitimatorisch begründet werden kann: Die Exekutive verfügt über die institutionelle Möglichkeit zur Einbindung von Fachwissen in die Entscheidungsprozesse und hat gerade die gesetzliche Aufgabe, Gefahren auch auf prognostischer Basis effektiv abzuwehren.

III. Die Verhältnismäßigkeit der Pandemiemaßnahmen

1. Der Zweck der Pandemiemaßnahmen

(19) Die Pandemiemaßnahmen dienen entweder unmittelbar dem Schutz von Leben und Gesundheit der Einzelnen oder verfolgen diesen Zweck mittelbar, indem eine Überlastung des Gesundheitssystems verhindert oder die Nachverfolgbarkeit von Infektionsketten zur Verhinderung weiterer Infektionen sichergestellt werden soll.

(20) Der Schutz von Leib und Leben ist ein legitimer Zweck staatlichen Handelns, der Grundrechtseingriffe rechtfertigen kann.

2. Zunehmende Zielgerichtetheit der Maßnahmen

(21) Die pandemische Risikoprävention muss so zielgerichtet wie möglich erfolgen. Personen, die andere noch nicht oder nicht mehr infizieren können, dürfen nicht Adressaten grundrechtsbeschränkender Maßnahmen sein, wenn mildere Mittel in Betracht kommen. Ein aktueller Testnachweis über fehlende Ansteckungsgefahr ist ein milderes Mittel.

(22) Die Debatte um sogenannte Privilegien für Geimpfte ist aus grundrechtlicher Sicht verfehlt, weil sie das grundrechtliche Verteilungsprinzip auf den Kopf stellt.

(23) Maßnahmen gegenüber Immunen können dennoch erforderlich sein, um die gesellschaftliche Überzeugung von der Richtigkeit der Maßnahmen zu erhalten, weil die Kapazitäten für flächendeckende und differenzierte staatliche Kontrollen fehlen.

3. Angemessenheit und Wesensgehalt der Grundrechte

(24) Die Abwägung der Schwere von Grundrechtseingriffen mit der Bedeutung der verfolgten Zwecke impliziert Kommensurabilität der abzuwägenden Werte. Ist der verfolgte Zweck nur „ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“, kann er auch die Wahl des „größten und radikalsten Mittels“ rechtfertigen (BVerfGE 7, 377 [408] – *Apothekenurteil* [1958]).

(25) Bei einigen Pandemiemaßnahmen ist der Wesensgehalt der relationalen Freiheiten nach Art. 19 Abs. 2 GG heranzuziehen, um Inkommensurabilität sicherzustellen.

IV. Gleiche Freiheit

1. Massenhafte und unspezifische Maßnahmen

(26) Die exekutivischen Rechtsverordnungen wirken faktisch wie Gesetze, durchlaufen jedoch nicht die für Gesetze üblichen transparenten und partizipativen Prozesse, in denen unterschiedliche Interessen und Sichtweisen berücksichtigt werden.

2. Angemessenheit: Unterschiedliche Maßstäbe

(27) Die Einzelnen befinden sich in unterschiedlichen Lebenslagen, weswegen sich die Pandemiemaßnahmen sehr unterschiedlich auf sie auswirken. Dies erfordert eine differenzierte Bewertung der Angemessenheit von Maßnahmen. Konkrete Pandemiemaßnahmen können gegenüber manchen Adressierten angemessen sein, während sie gegenüber anderen unangemessen sind.

3. Lösung: Kompensation und Differenzierung

(28) Angemessenheit kann durch Kompensation hergestellt werden, soweit Eingriffe monetarisierbar sind.

(29) Beschränkung der relationalen Freiheit, die versagte Zeit mit anderen Menschen, kann jedoch nicht ersetzt werden. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung kann dann eine spezifische Belastung geltend gemacht werden, die eine Differenzierung erfordert.

Schluss

(30) Zur grundrechtlichen Erfassung der Pandemiemaßnahmen muss die intrinsische Verknüpfung von Freiheit und Gleichheit ebenso in den Blick genommen werden wie die Bedeutung relationaler Freiheit.