

Zum verfassungsrechtlichen Umgang mit Risikoentscheidungen unter Unsicherheitsbedingungen

1. Die verfassungsrechtliche Güterabwägung insbesondere im Rahmen einer Grundrechtsprüfung ist darauf angelegt, einen auf gesicherten Tatsachen beruhenden Kausalverlauf mit alternativen Möglichkeiten vergleichend in Beziehung zu setzen und im Wege dieses Vergleichs die staatlichen Maßnahmen anhand der Parameter der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit zu bewerten. Sind dagegen maßgebliche Tatsachen nicht bekannt oder in ihrer genauen Kenntnis noch ungewiss (**Entscheidungen unter Ungewissheit**), so können Folgewirkungen nicht sicher abgeschätzt werden und die Bewertungsparameter verlieren ihre maßstabsbildende Kraft.¹

2. Subkutan kursieren in der öffentlichen Meinung Rechtsauffassungen, die in dieser Lage von der Verfassungswidrigkeit staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Ausbreitung des Coronavirus ausgehen. Im angelsächsischen Raum liegt eine solche Auffassung näher als in der deutschen Rechtsordnung, was vielleicht auch das erste Zögern im Hinblick auf die Verlangsamung der Ausbreitung in den USA und im Vereinigten Königreich (mit)erklärt. Denn dort gilt der Grundsatz, sofern keine ausreichende Faktenlage gegeben ist, die das Bestehen eines Risikos beweisen, soll nach dem so genannten risk-based-approach (noch) keine Freiheitsbeschränkung zulässig sein.² Das deutsche und das kontinentaleuropäische Recht erlauben demgegenüber auch staatliche Eingriffe in bürgerliche Freiheiten zur Abwehr von Gefahren deren genaue Schadensverwirklichung (noch) ungewiss ist.

¹ Anika Klafki, Risiko und Recht, 2017, S. 26.

² Etwas anderes wird für die Terrorbekämpfung angenommen, wo geradezu umgekehrt in den beiden Rechtskreisen optiert wird. Klafki, a.a.O. S. 28.

3. Je größer das befürchtete Schadensereignis, desto niedriger sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts.³ Wenn hinreichende Tatsachen ein erhebliches Risiko für wichtige oder überragende Rechtsgüter belegen, **kann die Ungewissheit in der wissenschaftlichen Beurteilung sogar ein die Rechtfertigung verstärkender sachlicher Grund für Eingriffe darstellen**. Die Corona-Pandemie weist einen entsprechenden Charakter auf. Anders als bei einer „gewöhnlichen“ saisonalen Influenza war zu Beginn der genaue Übertragungsweg unsicher und bleibt bis heute das genaue Schadenspotenzial des Virus unklar. Solche Unklarheiten führen nicht dazu, dass staatliche Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus ihre sachliche Rechtfertigung verlieren: Im Gegenteil gebietet bei einer nicht genau abschätzbaren Schadensintensität die den Staat treffende Schutzpflicht, auch Worst-case-Szenarien zugrunde zulegen, die dann aber fortlaufend an neue Erkenntnisse anzupassen sind.

4. Was die **gebotene Auswahl schonender Maßnahmen** angeht, kann in gegenläufige Weise das Argument, bestimmte alternative Maßnahmen seien schonender, seine Wirkung bei epidemiologischen Ungewissheitslagen einbüßen. Mit anderen Worten: **Es ist verfassungsrechtlich gesehen einfacher, einen epidemiologisch begründeten Lockdown anzuordnen, als in verantwortlicher Weise Lockerungen vorzunehmen**. Denn dafür muss das Risikowissen präziser sein. Ein Beispiel für entsprechende Unsicherheit und ein gewisses Schwanken sind die Aussagen des Robert-Koch-Institut zur Sinnhaftigkeit einer Schutzmaskenpflicht. Aber solche Unsicherheiten sollte man nicht beklagen oder gar skandalisieren, weil sie in einer neuen epidemiologischen Lage zu erwarten sind.

5. Der gegenwärtigen medizinische und wissenschaftliche Kenntnisstand begründet eine epidemiologische Gefahrenlage. Die Abschätzung dieser Gefahrenlage ändert sich mit neuen Erkenntnissen und besseren Informationen fortlaufend und muss über entsprechende sachverständige Gremien insbesondere durch im Rahmen des Bundesinfektionsschutzgesetzes zuständigen Robert-Koch-Institut jeweils neu bewertet werden. Die Lockerung von Maßnahmen oder ein abgestufter Bevölkerungsschutz nach Risikogruppen hängt dagegen von einem Minimum medizinisch-wissenschaftlich belegbaren Aussagen ab, dass die Übertragung auf Risikogruppen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann oder schwerwiegende resp.

³ Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 68 f.

lebensbedrohende Wirkungen der Infektion tatsächlich sich auf Risikogruppen beschränken.

6. Die Risikoeinschätzung und Risikobewertung liegt grundsätzlich in der Verantwortung der jeweils in der Sache zuständigen staatlichen oder überstaatlichen Regelungsebenen. Für gegenwärtig diskutierte Lockerungsmaßnahmen halte ich trotz der gesundheitspolitischen Kompetenzen der Länder und derjenigen für den Katastrophenschutz den Bund im Rahmen einer besonderen **Einschätzungs- und Koordinierungsverantwortung** für vorrangig zuständig, weil er mit dem Bundesinfektionsschutzgesetz den maßgeblichen gesetzlichen Regelungsrahmen setzt und mit dem beim Bundesgesundheitsminister ansiedelten Robert-Koch-Institut auch über den entsprechenden medizinisch-wissenschaftlichen Sachverstand verfügt.