



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Masterarbeit / Title of the Master's Thesis

Grundrechtliche Grenzen des Lockdowns

Massenquarantäne und Impfdiskriminierung

in der COVID-19-Pandemie im Lichte der Verfassung und der EMRK

verfasst von / submitted by

Richard Maria Raphael Eibl

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2021 / Vienna, 2021

Studienkennzahl lt. Studienblatt /

Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 992 548

Universitätslehrgang lt. Studienblatt / Postgraduate
programme as it appears on
the student record sheet:

Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht /
European and International Business Law

Betreut von / Supervisor:

Dr. Maria Sturm, LL.M

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	5
II. Der Schutz vor Selbstgefährdung	10
1. Die Menschenwürde als Ausgangspunkt des Rechts	10
2. Das Selbstbestimmungsrecht als Ausfluss der Menschenwürdegarantie	12
3. Das Selbstgefährdungsrecht als Teil des Selbstbestimmungsrechts	13
4. Grundrechtsdogmatische Überlegungen	18
4.1 Die Lehre der objektiven Wertordnung	18
4.2 Die Schutzpflichtenlehre	19
4.3 Der Grundrechtsverzicht	21
4.4 Rechte und Pflichten	22
5. Rechtsprechung	24
6. Ergebnis	25
III. Der Schutz vor Fremdgefährdung	28
1. Der Schutz der Volksgesundheit	29
2. Der Schutz vor Infektionen	30
2.1 Mangelnde Eignung bzw. Erforderlichkeit	30
2.2 Illegitimer Zweck bzw. Unangemessenheit	32
2.3 Zwischenergebnis	33
3. Der Schutz vor sozialen Folgekosten	34
4. Der Schutz vor einer Überlastung des Gesundheitswesens	37
4.1 Eignung und Erforderlichkeit	40
a) Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum	41
b) Der Faktor Zeit	41
c) Beobachtungs- und Anpassungspflicht	42
d) Evidenzgrundlagen	42
e) Eignung	43
f) Erforderlichkeit	45

4.2 Angemessenheit.....	47
4.3 Das Legalitätsgebot als grundrechtliche Grenze des Lockdowns	48
4.4 Die Entschädigungspflicht als grundrechtliche Grenze des Lockdowns	50
5. Ergebnis	56
III. Grundrechtliche Grenzen der Impfdiskriminierung	58
1. Freiwillige Diskriminierung.....	58
1.1 Unmittelbare Diskriminierung.....	59
1.2 Mittelbare Diskriminierung.....	59
1.3 Sachliche Rechtfertigung	60
1.4 Widerspruch zu einfachgesetzlichen Bestimmungen unproblematisch.....	61
2. Gesetzliche Diskriminierung.....	63
2.1 (2.) COVID-19-Öffnungsverordnung	63
2.2 Grundrechtliche Diskriminierungsverbote.....	64
3. Gesetzliche Impfpflicht.....	66
3.1 Deutsche Masern-Impfpflicht.....	67
4. De-facto-Impfpflicht.....	69
4.1 Art 9 EMRK	69
4.2 Art 8 EMRK	70
4.2 Art 2 EMRK	72
a) Staatliche Zurechnung einer unabsichtlichen Tötung.....	72
4.3 Lebens- und Gesundheitsverrechnungsverbot.....	79
a) Der Maßstab der Menschenwürdegarantie.....	80
IV. Zusammenfassung.....	83
Literaturverzeichnis.....	86

Vorwort

Diese Arbeit wurde zu Beginn des österreichischen Lockdown-Herbstes im November 2020 konzeptualisiert und mit Beginn des sich nun ankündigenden Lockdowns für Ungeimpfte im September 2021 fertiggestellt. Einschlägige Rechtsprechung und Literatur konnte daher nur bis zum 10. September 2021 berücksichtigt werden.

Ich bedanke mich herzlich bei Dr. Maria Sturm, LL.M. für die Betreuung der Arbeit, bei meinem Bruder Albert für sein Lektorat und ganz besonders bei meinem Vater – für seine Erziehung zur Mündigkeit und Wertschätzung der Freiheit.

Wien, im September 2021

Richard Maria Raphael Eibl

I. Einleitung

Wir erleben derzeit die gravierendsten Grundrechtseingriffe der zweiten Republik. Verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte wie das Selbstbestimmungsrecht, die Freizügigkeit der Person, die Erwerbsfreiheit, die Religionsfreiheit, die Versammlungsfreiheit, das Recht auf Privat- und Familienleben, die Eigentumsfreiheit und der Gleichheitssatz werden durch die zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie erlassenen Gesetze und Verordnungen zugunsten eines in seinen unterschiedlichen Ausformungen zumeist nicht näher konkretisierten Schutzguts – der Gesundheit – auf rechtshistorisch einmalige Weise in den Hintergrund gestellt.

Selbstverständlich werden die meisten Grundrechte verfassungsrechtlich nicht absolut gewährt und sind Einschränkungen derselben *grosso modo* insoweit zulässig, als sie gesetzlich vorgesehen und im öffentlichen Interesse sind. Insbesondere das Auftauchen exogener Bedrohungen kann einen Eingriff in die Grundrechte notwendig und für die Beseitigung des unerwünschten Zustandes zweckmäßig werden lassen, und zwar dann, wenn Grundrechte oder Rechtsgüter verschiedener Personengruppen miteinander konkurrieren und eine Interessensabwägung erforderlich wird. Krisenfälle können den Schutzbereich der Grundrechte in seiner Gesamtheit daher unmittelbar verkleinern, wenn die Gewährleistung einzelner Grundrechte bedroht wird. Der Schutzbereich des bedrohten Grundrechts oder Rechtsguts kann dann nämlich für die Dauer des Krisenfalls „nach Maßgabe des Notwendigen, um die Gefahr zu bannen und den Normalzustand wiederherzustellen“¹ damit verteidigt werden, dass der Schutzbereich anderer Grundrechte beschnitten wird.

Zulässigkeitsvoraussetzungen von derartigen Grundrechtseinschränkungen werden in den entsprechenden Grundrechtsquellen zumeist nicht konkret definiert und bleiben absichtlich nebulös, weil sie auch für Ausnahmesituationen bestimmt sind, deren Erscheinungsformen sich schon dem Wesen nach einer präzisen und abschließenden Deskription entziehen. So beeinträchtigt das Recht auf Achtung des Eigentums gemäß Art 1 1. ZPEMRK nicht „das Recht des Staates, diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die Regelung der Benutzung des Eigentums in Übereinstimmung mit dem Allgemeininteresse [...] für erforderlich hält“ (Art 1 Abs 2 1. ZPEMRK) und ist im hiesigen Kontext auch ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienleben gemäß Art 8 EMRK „statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich

¹ Rossiter, Constitutional Dictatorship, Crisis Government in the Modern Democracies (1948) 5.

vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft [...] zum Schutz der Gesundheit [...] notwendig ist“ (Art 8 Abs 2 leg cit). Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR ist durch letztere Formulierung eine Erheblichkeitsschwelle normiert, die nur durch das Vorhandensein eines begrifflich äußerst vagen „*pressing social need*“ überwunden wird.² In Bezug auf die diesbezügliche Auslegung wird dem Gesetzgeber ein Interpretationsspielraum („*margin of appreciation*“)³ gewährt.

Um der Legitimität politischen Handelns willen muss der Ausnahmezustand verrechtlicht und konstitutionalisiert sein.⁴ „*Legitimität ist soziale Geltung als rechtens*“⁵ und verlangt darum vom politischen Handeln „*seine Ausrichtung auf Verbindlichkeit*“ und „*sich normativ auszuweisen [...], so dass die Gefolgschaft der BürgerInnen vernünftigerweise freiwillig erfolgen kann und nicht allein mit den Mitteln des Zwangs durchgesetzt werden muss*“.⁶ Gleichzeitig kann dem Verfassungsgeber in einer hochkomplexen und dynamischen Welt nicht zugemutet werden, die Grenze zwischen Verfassungskonformität und Verfassungswidrigkeit von Grundrechtseingriffen während unvorhergesehener Krisenzeiten erschöpfend und trennscharf zu definieren. Daher muss ein gesetzgeberischer Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum bestehen, der tendenziell weiter als enger normiert ist. Denn ist der Spielraum zu eng, macht er den Gesetzgeber entweder handlungsunfähig, sodass er sich gegenüber Gefahren nicht verteidigen kann, oder die Einhaltung der Verfassung wird praktisch unmöglich, sodass sie beim Eintritt unvorhergesehener Ereignisse mit dem Preis ihres Gesichts- und Legitimitätsverlusts an der Realität zerbricht. Ein erhöhter gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum hingegen bewirkt eine Machtgewinnung zugunsten der Legislative und Exekutive, die aus Sicht des Staates und seiner Bürger das endogene Gefahrenpotential für Willkür und Missbrauch steigert. Ist eine Verfassung infolge weiter und zahlreicher Grundrechtsvorbehalte daher zu biegsam, kann sie keine Gegenkraft gegen totalitäre Bestrebungen entwickeln und wird ebenfalls unbrauchbar. Es ist darum jedenfalls Aufgabe der Judikative und der Lehre, Grundrechtseinschränkungen einer Verhältnismäßigkeitsüberprüfung zu unterziehen, etwaige normative Ungenauigkeiten im Wege der historischen, grammatischen, systematischen und teleologischen Auslegung im

² *European Court of Human Rights*, Guide on Article 8 of the European Convention on Human rights, Right to respect for private and family life, home and correspondence (2020) 12.

³ Vgl. *Gorzoni*, Der „margin of appreciation“ beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte: Eine prinzipientheoretische Rekonstruktion (2019).

⁴ Vgl. *Frankenberg*, Im Ausnahmezustand, KJ 50 Heft 1 (2017), 1 (12 ff).

⁵ *Kielmansegg*, Legitimität als analytische Kategorie (1971), Politische Vierteljahrsschrift Vol 13 Nr 3 (367) 367.

⁶ *Lembcke*, Regel und Ausnahme. Zu einer Leitunterscheidung der Politischen Ethik, ÖZP (2007) H 1 (49) 50.

Einzelfall nachzuschärfen und dadurch stets eine Orientierung für zukünftige Eventualitäten zu supplieren.

Die Herausforderung dieser Aufgabe spiegelt sich nicht zuletzt in der entsprechenden gesellschaftlichen Debatte wider. Denn während die Maskenpflicht und Datenerhebungsmaßnahmen noch weitestgehend unterstützt wurden, ist der Lockdown in der Bevölkerung und in juristischen Fachkreisen umstritten. So sieht der ehemalige Präsident des deutschen Bundesverfassungsgerichts *Papier* bereits im April 2020 eine Gefahr für die liberale Demokratie,⁷ sollten sich die Eingriffe in die Grundrechte noch lange hinziehen. Auch der Präsident des Verfassungsgerichtshofes *Grabenwarter* kritisiert die Krisenbewältigung der österreichischen Verwaltung.⁸ Der deutsche Staatsrechtler *Hufen* erkennt in der flächendeckenden Schließung der Gastronomie und Beherbergungsbranche einen klaren Verfassungsbruch,⁹ während der Schriftleiter des RdM-Magazins *Kopetzki* prinzipiell keine Grundrechtswidrigkeit in den Corona-Maßnahmen erblickt.¹⁰

Der gesellschaftliche sowie verfassungsrechtliche Zündstoff des Lockdowns liegt in der massiven Eingriffsintensität der Maßnahmen, er entflammt aber erst entlang der zeitlichen Perspektive, wenn jene Maßnahmen über Wochen oder Monate hinweg, in zyklischen Abständen oder ohne ersichtliches Ende verhängt werden. Wenn die Höherrangigkeit der Regel gegenüber der Ausnahme droht, nivelliert zu werden, kann offenbar werden, was weitaus problematischer als möglicherweise heuristisch-ungenaueres Vorgehen eines Gesetzgebers oder der Gerichte ist, das der in Notsituationen sicherlich gebotenen Reaktionsschnelligkeit geschuldet ist: die der Dynamik eines Ausnahmezustands inhärente Tendenz des Niedergangs grundrechtlicher Denkkategorien.¹¹

Ein rechtlicher Ausnahmezustand will prolongiert werden, will seine ausnahmerechtlichen Privilegien über sein offizielles Ende hinwegretten und – als *neue Normalität* – dauerhafte soziale

⁷ *oV*, *Papier* warnt vor „Erosion des Rechtsstaats“, Frankfurter Allgemeine Zeitung (02.04.2020).

⁸ *Lehner*, Chef des Verfassungsgerichts kritisiert CoV-Politik, ORF Salzburg (24.07.2020).

⁹ *Ehlke*, Mainzer Verfassungsrechtler kritisiert Corona-Beschlüsse, Main-Spitze (29.10.2020) URL: https://www.main-spitze.de/lokales/rhein-main/mainzer-verfassungsrechtler-kritisiert-corona-beschlusse_22509589 [abgerufen am 10.09.2021].

¹⁰ *Kopetzki*, „Der Rechtsstaat funktioniert sehr gut“, MANZ im Gespräch mit RdM-Schriftleiter Christian Kopetzki, CuRe 2020/21.

¹¹ Vgl den gleichnamigen Beitrag von *Lepsius*, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie (06.04.2020). URL: <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/> [abgerufen am 15.08.2021].

Geltung erlangen. Dabei behilflich ist die *normative Kraft des Faktischen*,¹² indem sie den Status Quo als neuen Referenzpunkt ausruft und verfassungsrechtliche Maßstäbe unabhängig von politischem Kalkül in einen Abwärtsstrudel treibt. Rechtsfehler, die allein aufgrund der Dringlichkeit der Lage und der überfordernden Komplexität, die sich aus der Ausnahmesituation selbst sowie aus dem Umstand ergibt, dass sie noch nie ausjudiziert wurde, zementiert sie in die gängige Rechtsprechung ein und erzeugt so eine schleichende Radikalisierung der Gesetzgebung. Das politische Kalkül kommt hinzu, denn die Versuchung, sich in Krisenzeiten – *der Stunde der Exekutive* – als starker Staat zu profilieren, ist groß und wird zusätzlich befeuert von Bürgern, die *Nietzsche* die „*Nothsüchtigen*“¹³ nennt und die sich *Agamben* zufolge nach dem „*permanenten Ausnahmezustand*“ sehnen.¹⁴ Selbst auf faktischer Ebene verläuft der Weg aus dieser Entwicklung bergauf, weil die behauptete Erforderlichkeit einer präventiven, ausnahmsweisen Maßnahme niemals widerlegt werden kann und in der Nachschau zumeist reflexartig, weil unabhängig vom Ausgang der verfolgten Strategie bejaht wird; ist das Ziel erreicht, hat sich die Maßnahme bewährt, ist das Ziel nicht erreicht, war die Maßnahme nicht intensiv genug. Es ist dieser Mechanismus, der die von *Mises* beobachteten *Interventionsspiralen*¹⁵ auslöst.

Jene Entwicklungen können sich nur vollziehen, wenn verfassungsrechtliche Konzepte (wie Schutzgutbestimmung, Verhältnismäßigkeit etc) vernachlässigt, wenn rechtsstaatliche Argumentationsstandards verwässert werden. Dort, wo der Jurist die grundrechtlichen Grenzen staatlichen Handelns im Blick behält, sind derartige Tendenzen machtlos. Doch so, wie für die staatliche Gewalt das COVID-19-Virus ein in seiner Tragweite neues, unerwartetes Phänomen darstellt, ist ihre Reaktion, für die gesamte Bevölkerung eine Massenquarantäne anzuordnen, ein ebenso herausforderndes Novum für die rechtsprechende Gewalt und Wissenschaft. Der Jurist muss sich also, um die verfassungsrechtlichen Grenzen der COVID-19-Maßnahmen ausfindig zu machen, ganz elementarer grundrechtsdogmatischer Instrumente bedienen und Fragen nachgehen wie: Welche konkreten Rechtsgüter können mit den Lockdown-Maßnahmen geschützt werden? Darf der Mensch durch die Lockdown-Maßnahmen vor sich selbst, vor Infektionen durch andere oder durch die Wahrung eines öffentlichen Interesses geschützt werden? Können die grundrechtseinschränkenden Maßnahmen in Bezug auf diese Rechtsgüter geeignet, erforderlich und angemessen sein? Wo hört der diesbezügliche gesetzgeberische Gestaltungs-

¹² *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (1960), 337 ff.

¹³ *Nietzsche*, Die fröhliche Wissenschaft (1882) 80.

¹⁴ *Agamben*, Die Zivilisation wird nicht mehr dieselbe gewesen sein: Was es bedeutet, Zeugnis von unserer maskierten Gegenwart abzulegen, Neue Zürcher Zeitung (28.10.2020).

¹⁵ *Mises*, Kritik des Interventionismus (1976) 10.

und Beurteilungsspielraum auf? Welchen Einfluss können Erfindungen der Zeit (COVID-19-Tests oder Vakzine), ja der Faktor Zeit selbst auf die Antwort dieser Fragen haben? Unter welchen Voraussetzungen kann die (indirekte) Impfpflicht zulässig oder unzulässig sein?

Medizinwissenschaftliche Feststellungen tatsächlicher Gegebenheiten, wie die virologische Bedrohung des COVID-19-Virus oder die Kapazitätenauslastung des Gesundheitswesens, sind für ein rechtliches Urteil zwar unentbehrlich, aber im Rahmen einer rein rechtswissenschaftlichen Arbeit nur zweitrangig. Diese kann der Jurist in seiner wissenschaftlichen Tätigkeit keiner kritischen und profunden Begutachtung unterziehen ohne seine Kompetenzen zu überschreiten; er muss sich diesbezüglich auf einschlägige Sachverständige verlassen. Darum ist der maßgebliche Anspruch dieser Arbeit, in Beantwortung der vorgenannten Fragen eine Anleitung dafür zu geben, welche Lockdown-Maßnahmen *unter welchen Umständen* nicht oder durchaus mit den Grundrechten vereinbar sind. Es sollen die grundrechtlichen Beeinträchtigungen (angesichts der internationalen Relevanz insbesondere im Hinblick auf die Europäischen Menschenrechtskonvention) durch die stärksten Ausformungen der österreichischen Lockdown-Maßnahmen (Ausgangssperren und Betretungs-, Kontakt- und Veranstaltungsverbote) sowie deren verfassungsrechtliche Grenzen mittels Verhältnismäßigkeitsüberprüfungen jeweils in Bezug auf potentiell gesetzgeberisch verfolgte Zwecke untersucht werden.

II. Der Schutz vor Selbstgefährdung

Grundsätzlich kann das im Rahmen der COVID-Pandemiebekämpfung verfolgte Interesse des Gesetzgebers zwischen der Intention, einen „Kollaps in [...] Spitälern zu verhindern“¹⁶ und dem Fokus auf „jeden einzelnen Infektionsfall, der vermieden werden muss“¹⁷ oszillieren. Die Unterschiede der gesetzgeberischen Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume, die sich durch die Verfolgung dieser Ziele und all ihren Schattierung eröffnen, sind dabei erheblich. Umso wichtiger ist es, die grundrechtlichen Grenzen jener Spielräume nachzuzeichnen und an diesen festzuhalten.¹⁸

Insofern das gesetzgeberische Ziel eines Lockdowns darin besteht, Infektionsfälle um ihrer selbst willen zu vermeiden, ist er rechtlich als ein durch Zwangsmaßnahmen oktroyierter Schutz des Menschen vor Selbstgefährdung zu bewerten. Ein Lockdown ist für den Einzelnen nicht fakultativ und gilt für die gesamte Bevölkerung gleichermaßen. Darum würden insbesondere diejenigen geschützt, die sich in Abwesenheit der Maßnahme anders verhalten und dadurch „gefährden“ würden. Inwieweit der Schutz des Menschen vor sich selbst zulässig ist, gehört zu den ältesten und umstrittensten juristischen Fragen. Zur Beantwortung muss auf die tiefsten Grundlagen der Grundrechtsdogmatik zurückgegriffen werden.

1. Die Menschenwürde als Ausgangspunkt des Rechts

Die Würde des Menschen ist der archimedische Punkt natur-, verfassungs- und unionsrechtlich gewährleisteter Grundrechte, die an der Spitze der Normenhierarchie verankert den unabdingbaren Referenzpunkt aller Rechtsvorschriften bildet.¹⁹ Ihre Achtung ist zunächst rechtsunverbindlich, aber dennoch richtungsweisend in Art 1 AEMR (auf die in der Präambel der im

¹⁶ Anschöber, Pressekonferenz, Bundeskanzleramt (14.11.2021).

¹⁷ Anschöber, Pressekonferenz, Bundeskanzleramt (13.04.2021).

¹⁸ Dies insbesondere in Zeiten, in denen Bundeskanzler derartige Fragestellungen als „juristische Spitzfindigkeiten“ abtun und Bundespräsidenten Gesetze im Wissen ihrer Verfassungswidrigkeit unterschreiben (Jäger, Kurz weist „juristische Spitzfindigkeiten“ zurück, Die Presse [07.04.2020]; Moser, Gesetz zu COVID-19: Verfassungswidrig, aber notwendig? Addendum [25.03.2020]).

¹⁹ Vgl. Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, in FS Theo Mayer-Maly (1988) 257; Korinek, Der Schutz der Menschenwürde im Verfassungsrecht und im internationalen Recht (2010); Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar (2010) Art 1 Rn 2.

Verfassungsrang stehenden EMRK Bezug genommen wird) bestimmt.²⁰ Sowohl subjektiv-rechtlich einklagbaren als auch objektivrechtlichen Schutz erhält die Menschenwürde in Art 1 GRC,²¹ die in ihrem Anwendungsbereich der Unionsrechtsbezüglichkeit auch einen Prüfungsmaßstab für den VfGH bildet.²² Auch der EGMR legt seinen Entscheidungen die Menschenwürde als Auslegungsmaßstab zugrunde,²³ obschon der Begriff der Menschenwürde im Text der EMRK selbst nicht vorkommt. Verschiedene konventionsrechtlich gewährleistete Rechte können allerdings als spezielle Ausformung der Menschenwürde interpretiert werden.²⁴ Insofern kann von der Menschenwürde als Wertmaßstab aller in der EMRK gewährten Menschenrechte ausgegangen werden.²⁵

In der speziell österreichischen Bundesverfassung ist die Achtung der Menschenwürde zwar weder im StGG, noch im B-VG explizit normiert.²⁶ Ihr rechtliches Primat ergibt sich jedoch implizit aus ständiger Rechtsprechung, dem Gesamtaufbau des B-VG²⁷ und aus grundsätzlichen rechtsphilosophischen Überlegungen; denn der Mensch ist Grund und Ziel allen Rechts, nicht umgekehrt.²⁸ Es handelt sich somit um „*nichtnormiertes Verfassungs(gewohnheits)recht*“.²⁹

²⁰ Dort heißt es: „*Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen*“ (Art 1 AEMR).

²¹ Bezeichnenderweise steht in den Erläuterungen zur GRC: „*Die Würde des Menschen ist nicht nur ein Grundrecht an sich, sondern bildet das eigentliche Fundament der Grundrechte.*“ (Erläuterungen der Charta, Abl. vom 16.12.2004 C 310/425).

²² VfSlg 19.632/2012.

²³ Vgl Frowein, Human Dignity in International Law, in Kretzmer/ Klein (Hg), The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse (2002) 121 (124 f); Meyer-Ladewig, Menschenwürde und Europäische Menschenrechtskonvention, NJW 57 (2004) 981 (982 f).

²⁴ Vgl Wallau, Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union (2010) 60; Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar (2011) Art 3 Rn 22, Art 8 Rn 1; Engelbrecht, Die Menschenwürde als Grundsatz und Grundrecht im Europäischen Verfassungsrecht, (2013) 7.

²⁵ Dafür Schmidt, Der Schutz der Menschenwürde als „Fundament“ der EU-Grundrechtecharta unter besonderer Berücksichtigung der Rechte auf Leben und Unversehrtheit, ZEuS 4 (2002) 631 (640); Engelbrecht, Menschenwürde 8; dagegen Wallau, Menschenwürde 118.

²⁶ In Deutschland ist die Achtung der Menschenwürde ausdrücklich normiert; deren Vorrangstellung wird durch die prominente Platzierung in Artikel 1 des Grundgesetzes deutlich. Hier heißt es prägnant: „*Die Würde des Menschen ist unantastbar*“ (§ 1 Abs 1 GG). Das BVerfG bezeichnet in st Rstpr die Menschenwürdegarantie iSd § 1 Abs 1 GG als „*obersten Wert*“ der Verfassung (VerfGE 5, 85 [204]; 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 30, 173 [193]; 32, 98 [108]; 50, 166 [175]). Hervorzuheben ist auch, dass das (daraus abgeleitete) Selbstbestimmungsrecht gleich im Anschluss in Artikel 2 leg cit zur Geltung kommt: „*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*“ (§ 2 Abs 1 GG) bzw „*Die Freiheit der Person ist unverletzlich*“ (§ 2 Abs 2 GG).

²⁷ Vgl Auer, Das Selbstbestimmungsrecht im Kontext der Patientenverfügung, in Barta/Kalchschmid (Hg), Die Patientenverfügung - Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (Band 2 der Reihe: Recht und Kultur) (2005) 107 (3,6).

²⁸ Vgl Radbruch, Rechtsphilosophie (1932); Pointiert auch die Eingangsformel im Herrenchiemseer Verfassungsentwurf: „*Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen*“ (Art 1 Abs 1 HChE).

²⁹ Barta, Zivilrecht, Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken² (2004) 306.

Diese Ansicht wird auch in der herrschenden österreichischen Rechtslehre vertreten. *Marcic* zufolge bilden Würde und Freiheit „die präpositiven Strukturelemente der positiven Rechtsordnung“. ³⁰ *Berka* führt aus, man könne von einem umfassenden grundrechtlichen Schutz der Menschenwürde ausgehen, weil letztlich alle Grundrechte ihre gemeinsame Mitte im Schutz der menschlichen Würde hätten. Seine praktische Bedeutung liege in der Gewährleistung eines unantastbaren Kernbereichs, den es bei allen Grundrechten gebe und in den der Staat nicht eingreifen dürfe. ³¹ Für *Korinek* ist das Prinzip der Menschenwürde der Leitgedanke, der hinter den Grund- und Freiheitsrechten steht und überdies auch „geltendes österreichisches Verfassungsrecht“ sowie „das tragende Fundament unserer demokratischen Ordnung“. ³² Ähnliche Ansichten vertreten *Schambeck* und *Ermacora*. ³³

Auch vom VfGH wird in Anlehnung an die Objektformel *Dürigs* ³⁴ die Menschenwürde durch das Bild vom Menschen als Selbstzweck postuliert, wonach „kein Mensch jemals als bloßes Mittel für welche Zwecke immer betrachtet und behandelt werden darf“. ³⁵ Die Menschenwürde sei ein „allgemeine[r] Wertungsgrundsatz unserer Rechtsordnung“.

2. Das Selbstbestimmungsrecht als Ausfluss der Menschenwürdegarantie

Weil der Mensch der alleinige Rechtsträger der eigenen Würde ist, steht ihm auch das *Selbstbestimmungsrecht* zu. Umgekehrt ist nach *Kant* die Menschenwürde wiederum in der sittlichen Autonomie bzw in der moralischen Selbstbestimmung begründet. Aufgrund dieses reziproken Verhältnisses muss, um die Würde des Menschen zu wahren, zwangsläufig auch die „die Würde der Person begründende Freiheit“ ³⁶ (rechtlich) geachtet werden. ³⁷ Nach herrschender Lehre ist

³⁰ *Marcic*, Der unbedingte Rechtswert des Menschen, in FS Eric Voegelin (1962), 360 (368).

³¹ *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium² (2008).

³² *Korinek*, Der Schutz der Menschenwürde im Verfassungsrecht und im internationalen Recht, Manuskript des Vortrags vom 20.4.2010 im Parlament (2010) 2.

³³ Vgl *Traunwieser*, Die Rolle der Menschenwürde im österreichischen Recht und im Bereich der Medizinethik, in *Kirste et al* (Hg), Menschenwürde im 21. Jahrhundert (2018) 199 (200).

³⁴ Vgl *Storr*, Governance, Behavioral Science und das Bild des Menschen im Verfassungsrecht, Konzeptive Überlegungen zur Inkorporierung von Behavioral-Science-Erkenntnissen in die Rechtswissenschaften am Beispiel einer Dogmatik staatlichen Informationshandelns, ALJ 1/2014 78 (82).

³⁵ VfGH 10.12.1993, G 167/92.

³⁶ *Goertz*, Autonomie im Disput, Moraltheologische Überlegungen zum Anspruch auf Selbstbestimmung, JCSW 55. Band (2014) 105 (112).

³⁷ *Hegel* zufolge ist Recht mit Freiheit sogar gleichzusetzen (vgl *Auer*, Selbstbestimmungsrecht 6).

das Selbstbestimmungsrecht auch in der speziell österreichischen Rechtsordnung normativ verankert.³⁸

Dieses apodiktische Prinzip bedarf im Grunde genommen keiner normativen Positivierung, da die Gewährleistung der Selbstbestimmungsfreiheit als *causa finalis* des Rechtssystems dieses erst konstituiert. Wohingegen die Menschenwürde als „*Quelle normativer Verbindlichkeiten*“³⁹ bürgend dafür sorgt, dass die Rechtsordnung nicht in referenzlose Schwerelosigkeit hinabgleitet, ist das Selbstbestimmungsrecht das Ziel und damit die überpositive Legitimationsgrundlage des Rechtssystems.

Der VfGH hat sich – zunächst zögerlich mit der Aussage, dass die selbstbestimmte Handlungsfreiheit „*auf verschiedenen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten fußt*“,⁴⁰ aber spätestens seit dem Erkenntnis vom 11. Dezember 2020, mit welchem er die Sterbehilfe als verfassungswidrig aufhob, eindeutig – zur Frage der positivrechtlichen Verortung und Qualität des Selbstbestimmungsrechts positioniert. Die Freiheit aller Menschen, die uA Art 63 Abs 1 StV St. Germain 1919⁴¹ voraussetze, konkretisiere sich insbesondere durch das Recht auf Privatleben gemäß Art 8 EMRK, das Recht auf Leben gemäß Art 2 EMRK sowie den Gleichheitsgrundsatz gemäß Art 2 StGG und Art 7 Abs 1 B-VG, woraus sich das „*verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf freie Selbstbestimmung*“ ergebe.⁴² Auch der EGMR bestätigt in ständiger Rechtsprechung das grundrechtliche Selbstbestimmungsrecht, dass sich aus Art 8 EMRK ergibt.⁴³

3. Das Selbstgefährdungsrecht als Teil des Selbstbestimmungsrechts

Dieses Recht inkludiert freilich auch das Entscheidungsrecht der Menschen, die Utilität der eigenen Handlungskonsequenzen unterschiedlich zu priorisieren; weiter sogar die Möglichkeit,

³⁸ Vgl MwN Wachter, Freiheit als verfassungsrechtliche Garantie, Eine rechtstheoretische Grundsatzanalyse, JURIDIKUM 3/2020 310 (314); Welan, Liberales im Verfassungsrecht des Bundes (1995).

³⁹ Vgl Bielefeldt, Menschenwürde: Der Grund der Menschenrechte (2008) 12 f.

⁴⁰ VfGH 3.10.2019, G 189/2019.

⁴¹ „*Österreich verpflichtet sich, allen Einwohnern Österreichs ohne Unterschied der Geburt, Staatsangehörigkeit, Sprache, Rasse oder Religion vollen und ganzen Schutz von Leben und Freiheit zu gewähren*“ (Art 63 Abs 1 StV St. Germain 1919). Gemäß Art. 149 B-VG gilt der Staatsvertrag von Saint-Germain seit dem 1. Oktober 1920 als Verfassungsgesetz.

⁴² VfGH 11.12.2020, G 139/2019-71 Rz 5.

⁴³ RS0125085

den eigenen Präferenzen willkürliche und irrationale Maßstäbe zugrunde zu legen.⁴⁴ Der Einzelne müsse sich *Storr* zufolge gerade nicht nach Kosten-Nutzen-Überlegungen verhalten, sein Handeln nicht rechtfertigen.⁴⁵ Der Gleichheitssatz des § 7 B-VG, wonach die Staatsbürger vor dem Gesetz gleich sind, setze diese (ohnein unbestreitbare) Tatsache der Unterschiedlichkeit der Menschen verfassungsrechtlich voraus.⁴⁶ Nach *Kneihs* verpflichtet auch die Menschenwürdegarantie, die Individualität eines Menschen nicht zu missachten.⁴⁷ Daher betont richtigerweise *Auer*, dass der Schutz des Selbstbestimmungsrechts auch dann nicht minder ausgeprägt sein dürfe, wenn die geplanten Entscheidungen des Einzelnen nicht den Idealvorstellungen einer kapital- und profitgesteuerten Gesellschaft entsprächen.⁴⁸ Die freiheitlichen und liberalen Merkmale dieses Menschenbilds sind konstitutiv für die verfassungsrechtliche Grundrechtskonzeption,⁴⁹ in dessen Lichte Maßnahmen eines *harten Paternalismus*⁵⁰ nicht zu rechtfertigen sind.

Das Substrat der frühzeitigen Paternalismuskritik bildet der famose Essay *On Liberty* von *John Stuart Mill*, worin auch die ethische Grenze zur Legitimität von Grundrechtseinschränkungen der Selbstbestimmung veranschaulicht wird: „*Man kann einen Menschen nicht rechtmäßig zwingen, etwas zu tun oder zu lassen, weil dies besser für ihn wäre, weil es ihn glücklicher machen, weil er nach Meinung anderer klug oder sogar richtig handeln würde. [...] Nur insoweit sein Verhalten andere in Mitleidenschaft zieht, ist jemand der Gesellschaft verantwortlich.*“

⁴⁴ Treffend idZ der Vergleich von *Feinberg* zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Menschen und dem Souveränitätsrecht der Staaten in *Harm to Self: The Moral Limits of Criminal Law* (1986) 52 ff. Genauso wenig, wie ein Staat sein Souveränitätsrecht nicht schon dann verlieren dürfe, wenn es schlecht regiert wird, dürfe ein Bürger nicht sein Selbstbestimmungsrecht verlieren, wenn er nachteilige Entscheidungen für sich trifft.

⁴⁵ Vgl. *Storr*, *Governance* (2014) 83.

⁴⁶ Vgl. dazu auch *Holoubek*, Art 7/1 S 1, 2 B-VG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hg), *Bundesverfassungsrecht*,¹⁴ Kommentar (2018) Rz 62 ff; VfGH 11.12.2020, G 139/2019-71 Rz 5.3.

⁴⁷ *Kneihs* in *Merten/Papier*, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Kommentar*, Band VII/1 (2014) 172. In diesem Sinne interpretiert das BVerfG den Schutz der Würde des Menschen „*wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewusst ist. Hierzu gehört, dass der Mensch über sich selbst verfügen, sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann*“ (BVerfGE 49, 298), wobei es nicht entscheidend ist, „*ob der Träger sich dieser Würde bewusst ist oder sie selbst zu wahren weiß*“ (BVerfGE 39, 41).

⁴⁸ *Auer*, *Selbstbestimmungsrecht* 4.

⁴⁹ Vgl. *Storr*, *Governance* 83.

⁵⁰ Die Konzeption des „*harten*“ und „*weichen*“ Paternalismus geht auf *Joel Feinberg* zurück (*Feinberg*, *Moral* 12) und wird akkurat erläutert in *Miehling*, *Grundrechtliche Grenzen des harten Rechtspaternalismus* (2016): „*Der weiche Paternalismus bezweckt, vor den nachteilhaften Konsequenzen nicht autonom getroffener Entscheidungen zu schützen. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn der Bevormundete geistig behindert ist oder unter Drogeneinfluss steht und seine konkrete Entscheidung deshalb – so die wohl herrschende Meinung – nicht seiner Autonomie, sondern der dauerhaften Behinderung oder dem vorübergehenden Rausch geschuldet ist. Aufgrund dessen wird weicher Paternalismus in der Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich für zulässig erachtet. Der harte Paternalismus wendet sich unterdessen generell und zielgerichtet gegen selbstbestimmte Entscheidungen aller Bevormundbaren, indem er auch voll autonomen Menschen bestimmte Entscheidungen vorwegnimmt. Der paternalistisch handelnde Staat unterdrückt hier die freie Entscheidung aller Bürger, obwohl zumindest ein Teil derer autonomiefähig ist.*“

*Soweit er dagegen selbst betroffen ist, bleibt seine Unabhängigkeit von Rechts wegen unbeschränkt. Über sich selbst, über seinen eigenen Körper und Geist ist der einzelne souveräner Herrscher“.*⁵¹

Daher sind ausschließlich die eigene Person betreffende Entscheidungen, die möglicherweise dem Gesundheitsschutz oder dem Leben an sich keinen hohen Stellenwert beimessen, ebenfalls zu respektieren.⁵² Der Mensch ist dem VfGH zufolge „in seiner Personalität und Individualität sich selbst verantwortlich“, weshalb zur freien Selbstbestimmung auch die Entscheidung gehört, „ob und aus welchen Gründen ein Einzelner sein Leben in Würde beenden will“.⁵³ All dies hänge von den Überzeugungen und Vorstellungen jedes Einzelnen ab und liege in seiner Autonomie. Aus dem Selbstbestimmungsrecht erfließt folgerichtig auch ein verfassungsrechtlich gewährleistetes *Selbstgefährdungsrecht*,⁵⁴ dessen sachlicher Schutzbereich das Nachgehen von Aktivitäten, die ein erhöhtes COVID-19-Infektionsrisiko bergen, mitumfasst.⁵⁵

Das Selbstgefährdungsrecht wird erst dann nicht mehr garantiert, wenn die Rechtsausübung in faktischer Hinsicht kein Ausdruck von Autonomie und Eigenverantwortlichkeit ist; die Fähigkeit zur Selbstbestimmung beim Grundrechtsträger tatsächlich eingeschränkt oder nicht gegeben ist.⁵⁶ Bei Minderjährigen, Geisteskranken oder Personen, die sich in „vulnerablen

⁵¹ Mill, *Über die Freiheit* (1986); auch Immanuel Kant schloss sich der Paternalismuskritik an. Exemplarisch sein Zitat: „Eine Regierung, die auf dem Prinzip des Wohlwollens gegen das Volk als eines Vaters gegen seine Kinder errichtet wäre, das ist eine väterliche Regierung (...), wo also die Untertanen als unmündige Kinder, die nicht unterscheiden können, was ihnen wahrhaftig nützlich oder schädlich ist, sich bloß passiv zu verhalten genötigt sind, um wie sie glücklich sein sollen, bloß von dem Urteile des Staatsoberhaupts, und, dass dieser es auch wolle, bloß von seiner Gütigkeit zu erwarten“ (Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre [1992] 25).

⁵² Kolbe verdeutlicht idZ den Begriff des harten Paternalismus am Beispiel eines zwangsweisen Verbots ungesunder Lebensmittel gegenüber autonom entscheidenden Erwachsenen zum Wohle ihrer eigenen Gesundheit, das im eindeutigen und unzulässigen Widerspruch zum liberal-individualistischen Grundverständnis stünde (Kolbe, *Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung*, Grundrechtliche Grenzen paternalistischen Handelns [2017] 120).

⁵³ VfGH 11.12.2020, G 139/2019-71 Rz 6.

⁵⁴ RS0125085.

⁵⁵ Dagegen Peters in: Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in FS Rudolf Laun (1953) 669. Gemäß der hier entwickelten *Persönlichkeitskerntheorie* sind vom Selbstbestimmungsrecht iSd freien Entfaltung der Persönlichkeit nicht beliebige, sondern nur „wertvolle, die geistigen Anlagen des Menschen entfaltende menschliche Verhaltensweisen“ mitumfasst (Hillgruber, *Schutz* 83). Die entsprechende (Wortlaut-)Argumentation stellt dabei hauptsächlich auf die Auslegung des Wortes „Persönlichkeit“ im vom deutschen Verfassungsrecht gewährleisteten Selbstbestimmungsrecht ab: „Wer das Grundrecht aus Art 2 Abs 1 GG nicht für die Selbstentfaltung, sondern für die Zerstörung seiner eigenen menschlichen Existenz in Anspruch nehmen will, kann sich schwerlich auf das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit berufen“ (VG Karlsruhe JZ 1988, 208[209]). Die stRstpr des BVerfG (vgl. Hillgruber, *Schutz* 83 ff) und des EGMR (RS0125085), sowie das Erkenntnis des VfGH vom 11.12.2020, G 139/2019-71, wonach selbst die Entscheidung des Suizids vom Selbstbestimmungsrecht geschützt wird, widersprechen indes einer solchen Persönlichkeitstheorie und derartigen Einschränkungen des Selbstbestimmungsrechts.

⁵⁶ Vgl. VfGH 11.12.2020, G 139/2019-71 Rz 11.5; Fischer, *Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung* (1997) 266; Woitkewitsch, *Strafrechtlicher Schutz des Täters vor sich selbst* (2004) 24 f.

*Positionen*⁵⁷ befinden, kann daher ein gesetzlicher Schutz vor Selbstgefährdung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht nur zulässig, sondern im Rahmen staatlicher Schutzpflichten sogar geboten sein.⁵⁸ Nach bisheriger Rechtsprechung des EMGR wird diese Schutzpflicht gemäß Art 2 EMRK dann angenommen, wenn sich der Grundrechtsträger in Gewahrsam bzw Haft befindet,⁵⁹ gesetzlich verpflichtenden Militärdienst ausübt,⁶⁰ oder psychiatrisch behandelt wird bzw mentale Behinderungen aufweist, die eine eingeschränkte Eigenverantwortlichkeit zur Folge haben.⁶¹ Da dies auf den Großteil der Normadressaten der Lockdown-Gesetze offensichtlich jedoch nicht zutrifft, kann sich der Gesetzgeber auf einen Selbstschädigungsschutz von psychisch eingeschränkten Personen als einen die Maßnahmen rechtfertigenden Zweck nicht berufen.

Objektivrechtlich zwar nicht erforderlich, aber verfassungsrechtlich dennoch zulässig können gesundheitsfürsorgliche Maßnahmen des Gesetzgebers jedoch auch dann sein, wenn dieser bei der Bevölkerung durch Wissensmängel und objektive Fehlvorstellungen verursachte Autonomiedefizite vermutet,⁶² welche die Eigenverantwortlichkeit einer konkreten Entscheidung entfallen lassen können. Nun könnte man dem Gesetzgeber eine Einstufung reger Menschenkontakte als gesundheitsgefährdendes Verhalten, das aufgrund objektiver Wissensmängel oder Fehlvorstellungen (zB in Bezug auf die tatsächliche Gefährlichkeit des COVID-19-Virus)

Bublitz weist richtigerweise daraufhin, dass in der Literatur fälschlicherweise von Eingriffen in das Selbstbestimmungsrecht bzw von Einschränkungen des Selbstbestimmungsrechts zum Schutz des Grundrechtsträgers die Rede ist. Tatsächlich ist der Umfang der Autonomiefähigkeit des Grundrechtsträgers aber nicht Ursache einer Rechtsbeschränkung, sondern ihre Beschreibung: „Hier jedoch gerät abstraktes Denken an logische Grenzen. Der Rechtssatz: „P darf eigene Entscheidungen treffen“, lässt sich durch das Recht, eben jenes zu tun, nicht beschränken. Es wird auch von keiner noch so schlechten Entscheidung berührt. Gemeint ist: das Selbstbestimmungsrecht gelte nur in dem Maße, in dem keine (schwer) defizitären Entscheidungen getroffen werden.“ (*Bublitz, Paternalismus & the Pursuit of Happiness - Grundrechtsdogmatische Gedanken über den Schutz vor sich selbst*, in Beck [Hg], *Gehört mein Körper noch mir? Strafgesetzgebung zur Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper in den Lebenswissenschaften* Hamburg [2012] 369 [396]).

⁵⁷ EGMR U 24.3.2009, *Beker gegen Türkei*, Nr 27866/03 Z 41.

⁵⁸ Vgl *Hillgruber*, Schutz 121; *Kolbe*, Freiheitsschutz 304 f.

⁵⁹ EGMR U 05.07.2005, *Trubnikov gegen Russland*, Nr 49790/99; EGMR U 18.10.2005 *Akdoğdu gegen Türkei*, Nr 46747/99; EGMR U 06.12.2011, *De Donder und De Clippel gegen Belgien*, Nr 8595/06; EGMR U 19.07.2012, *Ketreb gegen Frankreich*, Nr 38447/09; EGMR U 13.12.2012, *Volk gegen Slowenien*, Nr 62120/09; EGMR U 22.01.2012, *Mitić gegen Serbien*, Nr 31963/08; EGMR U 17.02.2014, *Keller gegen Russland*, Nr 26824/04; EGMR E 02.03.1994, *S.F. gegen Schweiz*, Nr 16360/90; EGMR U 03.04.2001, *Keenan gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 27229/95.

⁶⁰ EGMR U 28.03.2000, *Kılınç gegen Türkei*, Nr 22492/93; EGMR U 05.03.2007, *Ataman gegen Türkei*, Nr 74552/01; EGMR U 24.04.2014, *Perevedentsev gegen Russland*, Nr 39583/05; EGMR U 01.09.2017, *Malik Babayev gegen Aserbaidshan*, Nr 30500/11; EGMR U 24.3.2009, *Beker gegen Türkei*, Nr 27866/03 Z 41-42; EGMR U 17.01.2013, *Mosendz gegen Ukraine*, Nr 52013/08 Z 92.

⁶¹ EGMR U 16.01.2009, *Renolde gegen Frankreich*, Nr 5608/05 Z 84; EGMR E 02.03.1994, *S.F. gegen Schweiz*, Nr 16360/90 Z 78; EGMR U 13.03.2012, *Reynolds gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 2694/08; EGMR U 31.01.2019 (GK), *Fernandes de Oliveira gegen Portugal*, Nr 78103/14; EGMR U 22.11.2016, *Hiller gegen Österreich*, Nr 1967/14.

⁶² Vgl *Kolbe*, Freiheitsschutz 131 ff.

durchgeführt wird, noch zubilligen. Unabhängig von dem damit aufgeworfenen rechtsphilosophischen Problem, ob und inwieweit persönliche Vorstellungen überhaupt *objektiv* falsch sein können,⁶³ dürfen aufgrund dessen motivierte Maßnahmen allerdings nicht über eine ausschließlich informatorische bzw edukatorische Qualität⁶⁴ hinausgehen, weil sich die unterstellten Autonomiedefizite infolge von Wissensmängeln und Fehlvorstellungen bereits auf Ebene der Aufklärung ausräumen lassen.⁶⁵

In Hinblick darauf, dass die staatlichen Lockdown-Maßnahmen indes durch gesetzliche Verbote mit Bußgeldandrohungen (die im Freiheitsentzug kulminieren können) ausgestaltet sind, muss auch der Selbstgefährdungsschutz für (nicht psychisch kranke, aber aus möglicher Sicht des Gesetzgebers) „unvernünftige“ Bürger als präsumierter Zweck der Lockdown-Maßnahmen zurückgewiesen werden.⁶⁶ Andernfalls würde die Verfassungsmäßigkeit des Lockdowns spätestens an der Erforderlichkeitsüberprüfung scheitern, weil immer das gelindere Mittel einer rein informatorischen Maßnahme alternativ zur Verfügung stünde.⁶⁷

⁶³ Dafür Thaler/Sunstein: „[...] sozialwissenschaftliche[...] Studien zeigen, dass Menschen in vielen Situationen ziemlich schlechte Entscheidungen treffen - Entscheidungen, die sie nicht treffen würden, wenn sie richtig aufgepasst hätten, umfassend informiert wären und unbegrenzte kognitive Fähigkeiten sowie absolute Selbstkontrolle besäßen“ (Thaler/Sunstein, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt [2011] 14 f); Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, (1979) 282; Dworkin, Paternalism, in Sartorius (Hg), Paternalism (1983) 19 (29); Gert/Culver, The Justification of Paternalism, Ethics 89 (1979) 199. Dagegen jedenfalls Mill, der davon ausgeht, dass der Einzelne selbst am besten weiß, was gut für ihn ist: „Die Einmischung der Gesellschaft in der Absicht, Urteil und Vorhaben des Betreffenden in privaten Angelegenheiten zu beherrschen, muß sich auf allgemeine Annahmen stützen, die ganz falsch sein können. Selbst wenn sie richtig sein sollten, besteht die Möglichkeit, daß Personen, die mit den näheren Umständen nicht besser vertraut sind als Außenstehende, diese Vermutungen auf den individuellen Fall falsch anwenden“ (Mill, Freiheit 18).

⁶⁴ Während informatorische Maßnahmen bereits deswegen immer zulässig sind, weil sie nicht in die verfassungsrechtliche Freiheitssphäre des Grundrechtsträgers eingreifen, gilt dies laut Kolbe für gewisse edukatorische Maßnahmen bereits nicht mehr: „Anders als gesetzliche Verbote belassen monetäre Anreize sowie mehrere (edukatorische) Entscheidungsarchitekturen in ihrem intensiven Zusammenwirken als Mittel der Denormalisierung dem Einzelnen zwar die Möglichkeit, das gesundheitsgefährdende Verhalten auszuüben. Sie verkürzen die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung[...] aber gleichwohl, indem sie die Ausübung gesundheitsgefährdenden Verhaltens oder bereits die gesundheitsbezogenen Wertvorstellungen erheblich beeinflussen und erschweren (Kolbe, Freiheitsschutz 315).

⁶⁵ Vgl Kolbe, Freiheitsschutz 285 ff, 315.

⁶⁶ Dafür spricht auch, dass sich Lockdown-Maßnahmen nicht gegen die (aus möglicher Sicht des Gesetzgebers unvernünftigen) (Fehl-)Vorstellungen der Bürger *per se*, sondern - wenn überhaupt - gegen das zugrundeliegende (Fehl-)Verhalten richten würde.

⁶⁷ Nach Kolbe halten Maßnahmen zum Selbstschädigungsschutz, die über informatorische Ausmaße hinausgehen, auch der Angemessenheitsüberprüfung nicht stand: „Entscheiden[die Bürger] sich in Kenntnis der entscheidungsrelevanten Informationen dennoch dafür, das Gesundheitsrisiko einzugehen, so dürfen sie daran nicht gehindert werden - weder durch eingreifende Restriktionen in Form von Verboten und monetären Anreizen noch durch eine eingreifende edukatorische Einflussnahme auf die inneren Wertvorstellungen. Solche Eingriffe stünden außer Verhältnis zur (vorrangigen) grundrechtlichen Freiheit individueller Selbstbestimmung“ (Kolbe, Freiheitsschutz 316).

4. Grundrechtsdogmatische Überlegungen

Da für eigenverantwortliche Grundrechtsträger also ein umfassendes Selbstgefährdungsrecht durch die Menschenwürde und das Selbstbestimmungsrecht konstituiert wird, gibt es bisweilen Versuche, Einschränkungen desselben auf Ebene der Grundrechtsdogmatik herzuleiten.

4.1 Die Lehre der objektiven Wertordnung

Es ist mittlerweile unstrittig, dass Grundrechte über ihren primär subjektiv-abwehrrechtlichen Charakter hinaus auch eine objektivrechtliche Ausstrahlungswirkung besitzen, sodass sie „*umfassende objektive Grundsatznormen für das staatliche Handeln [darstellen], die potentiell in alle Richtungen und in alle Rechtsbereiche hineinwirken können*“.⁶⁸ Solange die Konzeption der sogenannten *objektiven Wertordnung*, die auf das deutsche *Lüth-Grundsatzurteil*⁶⁹ von 1958 zurückgeht, zu einer verstärkten Durchschlagskraft der Grundrechte führt, ist ihr auf grundrechtsdogmatischer Ebene nichts entgegenzuhalten. Einer Auslegung, wonach aus der objektivrechtliche Grundrechtsdimension ein Wertesystem abgeleitet werden kann, das gewisse Freiheitsausübungen als wertgefährdend oder wertverfehlend, und dadurch als schutzunwürdig qualifiziert, ist jedoch nicht zu folgen. Dafür müssten Grundrechte objektivrechtliche Wertmaßstäbe enthalten, die über ihren normativen Gehalt hinausgehen. Für diese These lassen sich jedoch keine gesetzlichen Anhaltspunkte finden; auch durch verfassungsrechtliche Prinzipien ist sie nicht begründbar.⁷⁰

Das Selbstbestimmungsrecht als zunächst subjektives Abwehrrecht knüpft seine normative Gewährleistung nicht an eine *Bewertung* der Freiheitsausübung. Wenn aus dem Grundrecht auf Leben also ein objektivrechtliches Werturteil abgeleitet wird, das selbstgefährdendes Verhalten als schutzunwürdig betrachtet, wird in den objektivrechtlichen Wertgehalt etwas hineininterpretiert, was im subjektivrechtlichen Normgehalt nicht vorgesehen ist; die Grundrechtsgewährleistung wird in zwei *abstracta* losgelöst und diese gegeneinander ausgespielt. Dabei wird

⁶⁸ Berka, Die Grundrechte (1999) Rz 89.

⁶⁹ BVerfGE 7, 198.

⁷⁰ Für Hillgruber und Bublitz geht eine derartige Auslegung auf eine Fehlinterpretation des *Lüth-Grundsatzurteils* vom 15.01.1958 (BVerfGE 7, 198) zurück, in der erstmalig das Konzept der objektiven Wertordnung entwickelt wurde. Da im selben Urteil begründend angeführt wird, dass die Lehre von der objektiven Wertordnung die Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte bezweckt, bleibt für diese Auslegung in der Tat wenig Spielraum, wie Hillgruber anmerkt (Hillgruber, Schutz 126 ff; Bublitz, Psyche 369 ff).

übersehen, dass der objektive Wertgehalt des Grundrechts in seinem Schutzgut liegt, dh „mit seinem normativen Inhalt identisch ist“.⁷¹

Ein Recht und die Intention seiner Verstärkung – das BVerfG hält im selben Urteil fest, in dem es die (bis dahin unbekannte) Lehre der objektiven Ordnung erstmalig postuliert, dass im durch die Grundrechte konstituierten Wertsystem „eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck“⁷² kommt – kann beim besten Willen nicht als Argument für seine Verkürzung verwandt werden.⁷³ Entsprechende Versuche bleiben das Produkt nebulöser Mentalakrobatik, die in die rechtstheoretische Irre führen. Die subjektive Grundrechtsposition des Einzelnen kann durch den objektiven Grundrechtsgehalt nicht eingeschränkt werden.⁷⁴

4.2 Die Schutzpflichtenlehre

Ähnliche Begründungslinien finden sich auch im Bereich der Schutzpflichtenlehre, welche gleichfalls einen zentralen Aspekt der objektivrechtlichen Grundrechtsdimension darstellt.⁷⁵ Die normative Erstreckung der staatlichen Verpflichtung in Drittrichtung dergestalt, dass die Staatsgewalt Eingriffe in die Grundrechtssphäre nicht nur selbst zu unterlassen, sondern auch von dritter Seite zu unterbinden hat (Schutzpflicht), ist in diesem Zusammenhang zunächst ebenfalls unstrittig. Demnach schützen Grundrechte im Grundsatz die Freiheit des Einzelnen vor ihrer Beeinträchtigung durch *andere* (*erga-omnes*-Wirkung).

⁷¹ Hillgruber, Schutz 127.

⁷² BVerfGE 7, 198 (205) 3.

⁷³ Vgl BVerfGE 50, 290 (337f): „Die Funktion der Grundrechte als objektiver Prinzipien besteht in der prinzipiellen Verstärkung ihrer Geltungskraft, hat jedoch ihre Wurzel in dieser primären Bedeutung[...]. Sie läßt sich deshalb nicht von dem eigentlichen Kern lösen und zu einem Gefüge objektiver Normen verselbständigen, in denen der ursprüngliche und bleibende Sinn der Grundrechte [zu ergänzen: als subjektive Abwehrrechte] zurücktritt“. Bublitz beobachtet in der hL nichtsdestotrotz, dass zumindest iZm mit der „oft als Höchstwert verstandenen Menschenwürde ein von der abwehrrechtlichen Seite gelöstes freiheitsverkürzendes Verständnis auf breite Zustimmung“ stößt (Bublitz, Psyche 388). Über den Bereich der Menschenwürde hinausgehende Beschränkungen individueller Grundrechte aufgrund objektiver Werte lehnt auch er entschieden ab. Demzufolge ist menschenwürdige Selbstschädigung ein Eingriffstitel in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit.

Dem muss entgegen gehalten werden, dass die Würde des Menschen maßgeblich in seiner Autonomie verankert ist, weshalb die selbstbestimmte Entscheidung des Betroffenen seinen allenfalls würdeverletzenden Charakter aufhebt (vgl dazu auch Hillgruber, Schutz 138). Da untersuchungsgegenständliche, gesundheitsgefährdende Aktivitäten in Zeiten der COVID-19-Pandemie (wie bspw der Besuch eines Gasthauses) ohnehin in keinem Fall als menschenunwürdig bezeichnet werden können, muss auf diesen Aspekt in hiesigem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden.

⁷⁴ Vgl Hillgruber, Schutz 130.

⁷⁵ Vgl Böckenforde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990) 12.

Zuweilen wird allerdings auch vertreten, die Schutzpflichtdimension könne sich gegen den Grundrechtsberechtigten selbst richten, dh die Staatsgewalt ebenfalls dazu verpflichten (oder zumindest dazu berechtigen), den Grundrechtsträger vor „*Eingriffen in die eigene Grundrechtssphäre*“⁷⁶ und somit gegen seinen eigenen Willen zu schützen.⁷⁷ Dabei stellt sich unweigerlich die Frage, inwieweit Grundrechtsträger den Schutzbereich ihrer eigenen Grundrechte überhaupt berühren können. Sind *Eingriffe* in die eigene Grundrechtssphäre überhaupt möglich, oder ist nicht jede selbstbestimmte Handlung gleichzeitig *Wahrnehmung* der eigenen Grundrechtssphäre? Die Antwort hängt von der Auffassung ab, ob Grundrechte in letzter Instanz *Rechtsgüter* oder *Freiheitssphären* schützen. Der Wortlaut des Art 2 EMRK⁷⁸ gibt darüber Aufschluss: Demzufolge ist der Schutzbereich das *Recht* auf Leben, nicht das Leben selbst.⁷⁹ Wenn eigenverantwortliches, selbstgefährdendes Verhalten oder gar ein Suizid ausgeübt wird, wird der Grundrechtsschutzbereich somit nicht tangiert, weil zwar das Leben beeinträchtigt wird, aber nicht das (vor Eingriffen Fremder schützende Abwehr-)Recht auf Leben.⁸⁰ Anders formuliert: das Rechtsgut *ist* hier die Freiheitssphäre, welche unberührt bleibt. Eine eigenverantwortliche, selbstgefährdende Grundrechtsausübung vermag in den Schutzbereich des Grundrechts auf Leben daher nicht einzudringen.

Dementsprechend findet keine Kollision des Selbstbestimmungsrechts mit dem Recht auf Leben statt, welche der Staat durch eine Interessensabwägung auszutarieren hätte. Eine Rechtskollision in ein und derselben Person ist widersinnig, weil beide Rechte widerspruchsfrei nebeneinander bestehen können.⁸¹ Darum liegt beispielsweise auch keine zivilrechtliche

⁷⁶ Diese Wendung ist insofern missverständlich, als es Eingriffe in die eigene Grundrechtssphäre *per definitionem* nicht geben kann: „Zum Begriff des Eingriffs gehört es, daß der Wille des betroffenen Grundrechtsträgers überwunden oder zumindest übergangen wird“ (Hillgruber, Schutz 136 unter Berufung auf Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik [1981] 65).

⁷⁷ zB bei Sachs in Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1 (1977) 736; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht (1987) 220 ff.

⁷⁸ „Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt“ (Art 2 Abs 1 EMRK).

⁷⁹ Vgl MwN Kopetzki, Art 2 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hg), Kommentar zum österreichischen Bundesverfassungsrecht, (2002) Rz 21; Kneihls, Das Recht auf Leben in Österreich, JBl 1999, 76 (85).

⁸⁰ Der EGMR scheint dieser Ansicht zu folgen, wenn er festhält, dass bei der Prüfung einer möglichen Verletzung des Art 8 EMRK das Recht auf Leben gemäß Art 2 EMRK (nur) dann miteinzubeziehen ist, wenn die Verpflichtung missachtet wurde, (lediglich) *vulnerable* Personen vor Handlungen zu schützen, mit denen sie ihr eigenes Leben gefährden, und die Selbsttötung eines Individuums zu verhindern, falls die diesbezügliche Entscheidung weder frei noch in voller Kenntnis der Umstände erfolgt ist (EGMR U 20.01.2011, Haas gegen Schweiz, Nr 231322/07 Z 54; vgl. hierzu auch EGMR U 5.6.2015 (GK), Lambert gegen Frankreich, Nr 46043/14).

⁸¹ Genauso wenig kollidiert das Recht auf Benutzung einer Wohnung mit dem Recht auf Freizügigkeit, wenn von Letzterem Gebrauch gemacht wird, um in den Urlaub zu reisen. Treffend idZ der Gedanke von Bublit: „Nun mag es zwar zutreffen, dass die geschützten **Interessen** [HdV] nicht gleichzeitig wahrgenommen werden können[...]. Doch auch aus dieser, wenn man will, Interessenskollision entspringt kein ex officio zu lösender Konflikt. Indem er das jeweils andere Recht nicht ausübt, wählt der Grundrechtsberechtigte, welches Interesse er realisieren möchte.“ (Bublit, Psyche 394).

Eigentumsstörung vor, wenn die Störung durch den Eigentümer erfolgt. Auch aus strafrechtlicher Sicht ist der Anwendungsbereich der Sachbeschädigung nur dort eröffnet, wo sie nicht durch den Eigentümer begangen wird. Lediglich Grundrechte verschiedener Inhaber – nicht verschiedene Grundrechte desselben Inhabers – können konkurrieren; sie können sich daher auch nicht wechselseitig beschränken.⁸²

Nach diesem abwehrrechtlichen Verständnis der Grundrechte stellen Selbstgefährdungen mangels einer Intervention von staatlicher oder dritter Seite keinen Eingriff in die Grundrechts-sphäre dar, die dem Gesetzgeber als Berechtigung zum Eingriff in die grundrechtliche Privat-autonomie dienen könnte.⁸³ Geht man demgegenüber ungeachtet der vorherigen Ausführungen dennoch von einem Schutz des Lebens statt des Rechts auf Lebens aus, dessen Gefährdungen der Staat selbst dann hintanhalten muss, wenn sie vom Grundrechtsträger selbst ausgehen, würde eine Selbstschädigung infolge mangelnder staatlicher Maßnahmen *prima facie* eine Beeinträchtigung des grundrechtlichen Schutzguts *durch den Gesetzgeber* darstellen, weil er damit seine objektivrechtlichen Schutzpflichten verletzt hätte – der Grundrechtsträger hätte ein „*Recht auf Schutz vor Selbstschädigungen*“.⁸⁴ Demzufolge könnte eine Selbstschädigung als staatliche Beeinträchtigung des Grundrechtsguts eine selbstschädigungsverbietende, freiheitsbeschränkende Maßnahme zur Vermeidung derartiger Beeinträchtigungen gewissermaßen selbstreflexiv rechtfertigen.

4.3 Der Grundrechtsverzicht

Dem steht allerdings die Möglichkeit des in der Literatur umstritten diskutierten *Grundrechtsverzichts* entgegen, der sich im hiesigen Kontext präziser als *Ausübungsverzicht*⁸⁵ beschreiben lässt.⁸⁶ Wenn nämlich staatlicherseits mit *Einwilligung* des Grundrechtsträgers in den

⁸² Vgl. Bublitz, Psyche 393 ff.

⁸³ Kneihls, Die Grundrechte: Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) 192; Khakzadeh-Leiler, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011) 39.

⁸⁴ Robbers, Sicherheit als Menschenrecht (1987) 220.

⁸⁵ Der Grundrechtsverzicht lässt sich laut Ahammer, in: Der Grundrechtsverzicht als dogmatische Kategorie (2016) 62 unter Bezugnahme auf Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1905) 342 grundsätzlich in einen Totalverzicht und in einen Ausübungsverzicht unterteilen, wobei Ersteres die vollständige, zukunftsirksame Aufgabe des Rechts und Letzteres lediglich den situativen Verzicht der Grundrechtsausübung bedeute. Für Hillgruber ist nur der Ausübungsverzicht von praktischer Bedeutung (Hillgruber, Schutz 135).

⁸⁶ Ob der Ausübungsverzicht eines Grundrechts wirksam ist, hängt maßgeblich davon ab, ob das Grundrechtsgut für den Grundrechtsträger disponibel ist. Den Schutz der Menschenwürde ausgenommen wird diese Voraussetzung bei Grundrechten in der Literatur regelmäßig bejaht (zB Bublitz, Psyche 390; Robbers, Sicherheit 220). Andernfalls wären Grundrechtsträger schließlich keine Inhaber der (nichtdisponiblen) Rechte, weil sich die Stellung

Schutzbereichs eines Grundrechts eingegriffen wird, wird durch die Einwilligung eine andernfalls gegebene Grundrechtsverletzung ausgeschlossen. Denn eine teleologische Grundrechtsauslegung führt zu der Schlussfolgerung, dass eine mit Erlaubnis des Grundrechtsträgers erfolgende Beeinträchtigung grundrechtlicher Schutzgüter mangels Schutzbedürftigkeit als vom Schutzbereich der Grundrechtsnormen gar nicht erfasst anzusehen ist (*volenti non fit iniuria*).⁸⁷ Da eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung eindeutig als eine solche (allenfalls konkludente)⁸⁸ Zustimmung zu werten ist, wird der Staat durch den Ausübungsverzicht des Grundrechtsträgers nicht nur von entsprechenden Schutzpflichten dispensiert;⁸⁹ die Selbstgefährdung scheidet als Rechtfertigungstitel für freiheitsbeschränkende Eingriffe mangels Beeinträchtigung eines Grundrechtsschutzguts *a priori* aus, zumal darüber hinaus auch keine Belange der Allgemeinheit oder Rechte anderer betroffen sind.

4.4 Rechte und Pflichten

Ungeachtet dessen müsste ein Staat, ausgehend von dieser Ansicht, seine Bürger im Rahmen der objektivrechtlichen Schutzpflichten zur Unterlassung von Selbstgefährdungen strafrechtlich verpflichten. Beim Bürger als Normadressaten einfachgesetzlicher Verpflichtungen entstünde somit die Pflicht gegenüber dem Staat als Normgeber, keine Handlungen entgegen seinen eigenen Grundrechten auszuführen. Es läge der bizarre Rechtsverhalt vor, dass Grundrechtsberechtigter und Normadressat einfachgesetzlicher Vorschriften, die zum Wohle desselben Grundrechtsberechtigten bestehen, ein und dieselbe Person wären. In dieser Konstellation würde der Staat somit als rechtlicher „Strohmann“ (euphemistischer: als Bürge) zur Aufrechterhaltung eines formellen Zweiecksverhältnisses fungieren; in Wirklichkeit bestünde die Pflicht des Bürgers ausschließlich zu Gunsten des – und damit (wenngleich indirekt) gegenüber dem – Grundrechteinhaber, also gegenüber ihm selbst. Somit bestünde auch das *Grundrecht*

eines Rechteinhabers maßgeblich dadurch auszeichnet, dass er über seine Rechte verfügen kann (vgl. *Harel*, Theories of Rights, in *Golding/Edmundson*, The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, [2005] 191). Nach der österreichischen hL ist ein Grundrechtsverzicht dann zulässig, wenn die Grundrechtsposition überwiegend privatnützig ist, der Verzicht freiwillig erfolgt und nicht unverhältnismäßig ist (vgl. *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung, ÖZW 1995, 108 (112); *Berka*, in *Kneihs/Lienbacher* (Hg), Bundesverfassungsrecht, Vorbem StGG, Rz 60; Ähnlich *Ahammer*, der idZ speziellen Bezug auf den Schutz des Menschen vor sich selbst nimmt [*Ahammer*, Grundrechtsverzicht 139]).

⁸⁷ Vgl. insbesondere *Hillgruber*, Schutz 136; *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik (1977) 99; *Amelung*, Einwilligung 24; *Pietzcker*, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 17 (1978) 527.

⁸⁸ Eine konkludente Willenserklärung als zulässige Ausübungsverzichtserklärung kann nach deutschem Verfassungsrecht (ausnahmsweise) angenommen werden, wenn der Verzichtswille eindeutig erkennbar ist (*Bethge*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts [2014]; *Ahammer*, Grundrechtsverzicht 56 f).

⁸⁹ Vgl. *Bublitz*, Psyche 391.

des Bürgers gegenüber ihm selbst. Der Grundrechtsträger kann aber nicht Inhaber und Verpflichteter des selben Rechts zugleich sein; Rechte und Pflichten können nicht gegen sich selbst entstehen.⁹⁰

Noch anschaulicher wird dies, wenn solch paternalistisches Verständnis auf das Eigentumsrecht angewendet wird. Der grundrechtsnormadressierte Staat wäre gemäß dieser Auffassung dazu angehalten, seine Bürger im Einklang mit der objektivrechtlichen Grundrechtsdimension des Art 1 ZPEMRK (Recht auf Achtung des Eigentums) zur Unterlassung von Eigentumsgefährdungen *durch den Eigentümer* zu verpflichten und zivilrechtliche Rechtsfolgen auch für diese Fälle vorzusehen. Ein Eigentümer, der sein Rechtsgut beschädigt, hätte folglich einen Schadenersatzanspruch gegenüber sich selbst; eine denkmögliche Situation. Daher erlöschen zivilrechtliche Ansprüche, wenn Gläubiger und Schuldner zusammenfallen (Konfusion). Gegenteilige Anschauungen implizieren die Umdeutung von Grundrechten „in eine Art Gütererhaltungspflichten“.⁹¹ Derartige selbstverpflichtende Grundrechte kann es allerdings nicht geben.⁹²

So wie mehrere Abstraktionsfehler dazu führen, Grundrechte in Grundpflichten zu verwandeln, verleiten sie offenbar auch dazu, aus einer vermeintlichen staatlichen Pflicht (zum Schutz vor Selbstschädigung) ohne Weiteres ein entsprechendes Recht abzuleiten. Eine Pflicht ist standardmäßig das Komplement zum Recht, das *per se* keinen Aussagegehalt darüber enthält, ob der Verpflichtete zur Ausführung seiner Verpflichtung auch *berechtigt* ist. Das hängt nämlich davon ab, ob die Erfüllung der Verpflichtung vom Rechteinhaber erlaubt bzw eingefordert wird.⁹³

Welcher Blickwinkel auch immer eine staatliche Verpflichtung bzw Befugnis zum Selbstgefährdungsschutz dialektisch zu legitimieren versucht, es wird stets die eigentliche Funktion der Grundrechte als subjektivrechtlicher Abwehrmechanismus unterminiert, ja ihre Funktion sogar

⁹⁰ Vgl Merkel, Früheuthanasie: Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin (2001) 396.

⁹¹ Bublitz, Psyche 395.

⁹² MwN Bublitz, Psyche 395.

⁹³ Bublitz führt dieses Missverständnis auf den üblichen, diesbezüglich undifferenzierten Sprachgebrauch zurück: „Ist von einer Pflicht die Rede, φ zu tun, ist damit häufig gemeint, dass es geboten sei, φ zu tun (der Adressat also φ tun muss). In diesem Sinne impliziert eine Pflicht eine Erlaubnis. Denn wenn φ geboten ist, muss es auch erlaubt sein. Wäre es nicht erlaubt, wäre es verboten und könnte nicht zugleich geboten sein. Bei paternalistischen Eingriffen besteht häufig nur eine prima-facie Pflicht, bei der gerade fraglich ist, ob mit ihr eine entsprechende Erlaubnis verbunden ist, wenn der Berechtigte die Erfüllung ablehnt. Ein ungeprüfter Schluss von Pflichten auf Erlaubnisse setzt häufig schon voraus, was es zu begründen gilt.“ (Bublitz, Psyche 389).

in ihr Gegenteil verkehrt,⁹⁴ indem Grundrechte in Eingriffstitel gegen den Grundrechteinhaber verwandelt werden.⁹⁵ Damit gilt auch hier, was bezüglich der Lehre der objektiven Wertordnung bereits ausgeführt wurde: Aufgrund des objektivrechtlichen Gehalts der Grundrechte lässt sich keine Erlaubnis zur Verkürzung ihrer subjektivrechtlichen Schutzbereiche begründen. Eine solche normative Metamorphose vermag die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte, in der auch die Schutzpflichtlehre verortet wird, nicht zu leisten, ohne eine ihrer Intention zuwiderlaufende Schwächung und unzulässige Wesensveränderung der Grundrechte zu bewirken. *Hillgruber* fasst richtig zusammen: „Für einen zwangsweisen, staatlich oktroyierten Grundrechtsschutz des Menschen vor sich selbst gibt es daher keinen Raum.“⁹⁶

5. Rechtsprechung

Der VfGH scheint diese Ansicht grundsätzlich ebenfalls zu vertreten, wenn er ähnlich argumentierend das österreichische Sterbehilfeverbot für verfassungswidrig erklärt und aufhebt.⁹⁷ Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung gehe es nicht um ein Abwägen zwischen dem Schutz des Lebens des Suizidwilligen und dessen Selbstbestimmungsrecht. Stehe unzweifelhaft fest, dass der Entschluss der Selbsttötung auf einer freien Selbstbestimmung gründe, habe der Gesetzgeber dies zu respektieren. Es sei nämlich schon im Ansatz verfehlt, aus dem in Art 2 EMRK verankerten Recht auf Schutz des Lebens eine Pflicht zum Leben abzuleiten und derart den Grundrechtsträger zum Adressaten der Schutzverpflichtung zu machen. Was für die wohl höchste Verletzung des Schutzguts „Leben“ gilt, nämlich die Vernichtung desselben durch freiwilligen Suizid, muss *argumentum a maiore ad minus* erst recht für alle (auch in Bezug auf den COVID-19-Virus potentiell) gesundheitsgefährdende Aktivitäten gelten.

Der EGMR vertritt in ständiger Rechtsprechung ebenfalls die Ansicht, dass das Recht auf Selbstbestimmung aus Art 8 EMRK auch das Recht beinhaltet, Aktivitäten nachzugehen, die

⁹⁴ Von einer „Umkehrung der Grundrechtsidee“ spricht *Schwabe* in *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, JZ (1998) 66; vgl. dazu auch *Bublitz*, *Psyche* 371. Zur eigentlichen Funktion der Grundrechte führt das BVerfG aus, der ursprüngliche und bleibende Sinn der Grundrechte sei es, vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern (BVerfGE 50, 290 [337]).

⁹⁵ Vgl. *Münch*, *Grundrechtsschutz gegen sich selbst?* in FS Hans Peter Ipsen (1977) 127.

⁹⁶ *Hillgruber*, *Schutz* 148; dieser Ansicht auch folgend *Grüner*, *Biologische Katastrophen, Eine Herausforderung an den Rechtsstaat* (2017) 60 und *Kolbe*, *Freiheitsschutz* 284 ff et passim sowie die österreichischen Autoren *Kneihs*, *Grundrechte* 192, *Khakzadeh-Leiler*, *Grundrechte* 39; *Kopetzki*, Art 2 EMRK, Rz 20; *Machacek*, *Das Recht auf Leben in Österreich*, EuGRZ (1983) 464.

⁹⁷ VfGH 11.12.2020, G 139/2019-71 Rz 84.

schädlich oder gefährlich für den Grundrechtsträger sein können. Eingriffe in das Recht auf Privatleben bedürften konsequenterweise selbst dann einer Rechtfertigung nach Art 8 Abs 2 EMRK, wenn sie dem Schutz des Lebens des Betroffenen dienen.⁹⁸ Daraus folgt, dass alleine der Schutz der Gesundheit *des Grundrechtsträgers*, in dessen Grundrechte eingegriffen werden, die Voraussetzungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts des Art 8 Abs 2 EMRK, wonach der Grundrechtseingriff durch eine „*Maßnahme[...] zum Schutz der Gesundheit*“ gerechtfertigt ist, *nicht* erfüllt. Damit ist nichts anderes als die grundsätzliche Unzulässigkeit des Schutzes eines automoniefähigen Menschen vor sich selbst ausgedrückt.

6. Ergebnis

Im Ergebnis ist ein Lockdown, der den Schutz des Menschen vor einer COVID-19-Infektion gegen seinen Willen bezweckt und kein darüber hinausgehendes legitimes Rechtsgut oder öffentliches Interesse schützt, verfassungswidrig. Die Möglichkeit, Aktivitäten nachzugehen, die ein erhöhtes COVID-19-Infektionsrisiko bergen, ist vom verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstgefährdungsrecht, das unumstößlich durch die Menschenwürdegarantie und das Selbstbestimmungsrecht konstituiert wird, mitumfasst. Die für eine legitime Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts erforderlichen Voraussetzungen einer reduzierten Eigenverantwortlichkeit liegen bei den Normadressaten eines Lockdowns nicht regelmäßig vor. Lediglich vermutete objektive Wissensmängel oder Fehltritte innerhalb der Bevölkerung reichen nicht aus, um derartige Zwangsmaßnahmen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Grundrechtsdogmatische Konzepte wie spezielle Interpretationen der objektivrechtlichen Grundrechtsdimension, welche die Gewährleistung des Selbstbestimmungsrechts weiteren Einschränkungen unterlegen, indem sie die Grundrechte gegen den eigenen Grundrechtsträger verkehren, vermögen nicht zu überzeugen.

Exemplarisch dafür, wie diese grundrechtliche Grenze und die korrekte Schutzgutbestimmung in der Pandemiebekämpfung verschwimmen und übersehen werden kann, ist ein deutsches Fernsehduell zwischen FDP-Politiker und Rechtsanwalt Dipl.-Vw. Wolfgang Kubicki und Prof. Dr. Karl Lauterbach, seines Zeichens Bundestagsabgeordneter der regierenden SPD und Epidemiologie. Letzterer begrüßt den Beschluss weiterer Einschränkungen für Ungeimpfte,

⁹⁸ RS0125085. Richtig, andernfalls könnten alle gesundheitsgefährdenden Aktivitäten unter Berufung auf den qualifizierten Gesetzesvorbehalt des Art 8 EMRK *eo ipso* verboten werden.

woraufhin RA Dipl.-Vw. Wolfgang Kubicki repliziert. Es sei vorweggenommen, dass das deutsche Grundgesetz in Art 2 Abs 1 GG eine allgemeine Handlungsfreiheit des Einzelnen garantiert, die ebenfalls das Recht umfasst, solche Handlungen vorzunehmen, die gesundheitliche Risiken für den Einzelnen bergen.⁹⁹

RA Dipl.-Vw. Wolfgang Kubicki: *„Ich verstehe die Logik nicht ganz, denn ich bin ja aufgefordert worden oder ich habe mich selbst aufgefordert, mich impfen zu lassen, damit ich vor Ungeimpften oder Infektiösen keine Angst mehr haben muss, weil klar ist: Die Impfung schützt mich nicht vor Infektionen, sie schützt mich nur vor einem schweren Verlauf und möglicherweise vor einem Todesfall. Also ich weiß jetzt nicht warum Geimpfte sich sorgen machen müssen über Ungeimpfte. Ungeimpfte müsse sich möglicherweise sorgen machen über Ungeimpfte, aber die haben sich selbst entschieden, dass sie sich nicht impfen lassen, das heißt, die tragen dann das Risiko. Mein Risiko ist ja dankenswerterweise durch die Impfung – so habe ich das bis jetzt verstanden – deutlich minimiert worden [...]. Die Logik, Herr Lauterbach, war doch: Wir lassen uns alle impfen, weil wir dann ausschließen können, jedenfalls in aller Regel: schwere Verläufe und Todesfälle. Deshalb habe ich, wenn ich in eine Kneipe gehe und da sitzen fünf Ungeimpfte, schon gar keine Sorge mehr, denn ich bin ja geimpft.“*

Prof. Dr. Karl Lauterbach: *„Ja, aber...Ich will ja, also...erst Mal: Sehr guter, also sehr sehr guter Punkt. Also einfach unbenommen sehr sehr guter Punkt. Trotzdem, also, sehe ich es anders und wird es auch von den meisten Wissenschaftlern anders gesehen, und zwar auf der Grundlage: Wenn jetzt meinetwegen eben in dieser Kneipe wo ich gestern war [...], wenn da jetzt also meinetwegen fünf Ungeimpfte sind, die gefährden sich ja gegenseitig. Und somit: Auch der Ungeimpfte muss geschützt werden. Also ich muss die Ungeimpften untereinander schützen. Ich kann nicht einfach sagen: Die sind selbst schuld [...].“*

RA Dipl.-Vw. Wolfgang Kubicki: *„Aber doch nicht gegen deren Willen, die entscheiden doch selbst, dass sie sich nicht selbst impfen lassen. Ich kann doch die nicht gegen ihren Willen jetzt schützen.“*

Prof. Dr. Karl Lauterbach: *„Mit der Logik, die wir allzeit gefahren sind, verhindern wir, dass Menschen sich gegenseitig gefährden. Auch zum Beispiel auf der Demonstration, die wir gerade gesehen haben, das sind ja alles Querdenker. Wenn ich so argumentieren könnte, könnte*

⁹⁹ BVerfG, Beschl v 21.12.2011, 1 BvR 2007/10; BGHSt 32, 262 (265); BGHSt 36, 1 (17).

ich sagen, wenn die sich da selbst gefährden und infizieren sich, das ist doch nicht mein Problem, die machen das ja freiwillig. Aber wir haben die Menschen immer geschützt, selbst die, die vollkommen rücksichtslos waren, die also von den Corona-Maßnahmen nichts gehalten haben, denen es in Wirklichkeit egal war, ob sie geschützt waren und so weiter und so fort. Und somit: wenn ich da in dem Restaurant fünf Ungeimpfte habe, ist das halt ein Problem, dass die sich gegenseitig gefährden.[...] Wir müssen sogar die unsympathischen Ungeimpften schützen.“¹⁰⁰

Prof. Dr. Lauterbach argumentiert hier ausschließlich aus epidemiologischer Perspektive, er denkt nicht ansatzweise in rechtlichen Kategorien. Unklar bleibt dabei, wo zumindest seiner Meinung nach die grundrechtlichen Grenzen der Lockdown-Maßnahmen verlaufen. Es kommt ihm jedenfalls gar nicht in den Sinn, dass staatlich oktroyierter Schutz des Menschen vor sich selbst verfassungsrechtlich unzulässig sein könnte und die Diskriminierung von Ungeimpften daher einer anderen Rechtfertigung bedarf.

¹⁰⁰ *BILD*, Corona-Duell: Lauterbach vs. Kubicki | Die richtigen Fragen (01.08.2021). URL: <https://www.youtube.com/watch?v=IBh5T-y9gUw&t=5s>.

III. Der Schutz vor Fremdgefährdung

Aus grundrechtsdogmatischer Sicht darf die Freiheit des Einzelnen außer in den Fällen defizitärer Autonomiefähigkeit nur dort eingeschränkt werden, wo ihre Ausübung die Freiheit der Anderen beeinträchtigt.¹⁰¹ Doch wie lassen sich offenkundig selbstschützende Maßnahmen, wie beispielsweise die Gurtanlegepflicht, die Schutzhelmtragepflicht oder das Cannabis-Verbot im Lichte der vorherigen Ausführungen noch begründen? Der entsprechende Argumentationstypus zielt jedenfalls immer auf die Kollektivierung individueller Rechtsgüter bzw Interessen ab. Dergestalt wird versucht, den Eingriff in die Selbstbestimmungsfreiheit durch ihre immanente Grenze in den Rechten der Anderen zu rechtfertigen.

So werde die Schutzhelmtragepflicht nicht mit ihrem offenkundigen Zweck – der Schutz des Fahrers vor Unfallfolgen –, sondern „mit einem arg gekünstelten“ Schutz des Vermögens, anderen Unfallopfern zu helfen, gerechtfertigt, wie *Bublitz* das entsprechende BVerfG-Urteil kommentiert.¹⁰² Dem Urteil zufolge schade ein Krafttradfahrer, der ohne Schutzhelm fährt und deshalb bei einem Unfall eine schwere Kopfverletzung davonträgt, keineswegs nur sich selbst. Wenn dieser dank eines Schutzhelms bei Bewusstsein bleibe, könne er in vielen Fällen weiteren Schaden bei Dritten abwenden.¹⁰³ *Hillgruber* wendet allerdings richtigerweise ein, dass eine für diese Auffassung prämissive Vorbeugepflicht des Verkehrsteilnehmers, alle nur zumutbaren Selbstschutzmaßnahmen zu ergreifen, um sich im Falle eines Unfalls zur Rettung anderer Unfallbeteiligter hilfsbereit zu erhalten, nicht existiert.¹⁰⁴ Wo aber Einzelne keine Pflichten verletzen, wird in die Rechte anderer nicht eingegriffen. Eine *petitio principii* wäre es, eine derartige Vorsorgepflicht aus der Helmtragepflicht selbst herzuleiten.

¹⁰¹ Vgl. *Bublitz*, Psyche 378; *Hillgruber*, Schutz 25; *Kant*, Metaphysik der Sitten (2016) 336 ff.

¹⁰² *Bublitz*, Psyche 382.

¹⁰³ BVerfGE 59, 275 (278f.). Ähnlich und genauso abwegig die Begründung des BVerfG zur Gurtanlegepflicht: „Ein Kraftfahrer, der unangeschnallt verunglückt, kann keineswegs nur sich selbst schaden. So wird ein Unfallbeteiligter, der durch den Schutz des Sicherheitsgurtes nicht oder nur leicht verletzt worden ist, eher noch sachgerecht reagieren können, wo dies erforderlich ist, um die Schädigung anderer Verkehrsteilnehmer zu vermeiden. Der Sicherheitsgurt kann auch dagegen schützen, daß bei einer Kollision ein Fahrzeuginsasse gegen einen anderen geschleudert wird“ (BVerfG (K), NJW 1987 180 ff.).

¹⁰⁴ Weder könne eine solche Vorsorgepflicht aus strafrechtlicher Perspektive, noch aus haftungsrechtlicher Sichtweise der Betriebsgefahr hergeleitet werden (*Hillgruber*, Schutz 97 f). Ebenfalls kritisch zum Urteil insgesamt: *Klimpel*, Bevormundung oder Freiheitsschutz? (2003) 177; *Schünemann*, Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – Eine Sysyphus-Arbeit?, in *Hirsch/Neumann/Seelmann* (Hg), Paternalismus im Strafrecht, Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten (Baden-Baden 2010) 221; *Barczak*, Staatliche Gesundheitssteuerung zwischen Nachtwächterstaat und Nanny-State - Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung in einem ethischen und rechtlichen Graubereich, in *Ach* (Hg), Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin (Münster 2013) 65; *Kolbe*, Freiheitsschutz 363 f.

1. Der Schutz der Volksgesundheit

Der Begriff der *Volksgesundheit* ist das Paradebeispiel für eine geläufige Misskonzeption,¹⁰⁵ die sich als Rechtfertigungsstrategie für Verbote selbstgefährdender Handlungen in Literatur und Rechtsprechung durch wechselseitiges Abschaun und Übernehmen beharrlich eingenistet hat. Abgesehen von ihrer erstmaligen Verwendung durch das BVerfG im *Apotheken-Urteil* im Jahr 1958¹⁰⁶ erscheint ebenfalls bemerkenswert dessen Ausführung in der *Cannabis-Entscheidung*, wonach der Schutzzweck des Betäubungsmittelgesetzes das Universalrechtsgut der Volksgesundheit sei und diese *sowohl* die Gesundheit des Einzelnen, *als auch* die Gesundheit der Bevölkerung *im Ganzen* umfasse.¹⁰⁷ Auch in der aktuellen Debatte zur Pandemie hält der Begriff unkritisch Einzug; beispielsweise bei *Froese*, der zufolge es bei den Lockdown-Maßnahmen „um den Schutz der ‚Volksgesundheit‘“ gehe.¹⁰⁸

Wie *Kolbe* zum Begriff der Volksgesundheit richtig festhält, können krank oder gesund aber nicht ein Volk an sich oder die Bevölkerung im Ganzen sein, sondern nur die ihm angehörigen Individuen.¹⁰⁹ Die Volksgesundheit lasse sich nur als summative Bezeichnung für die individuellen Gesundheitszustände auffassen, die keinen darüber hinausgehenden normativen Gehalt besitze, so *Huster*. Denn der Einzelne „ist nicht Bestandteil eines ‚Volkskörpers‘, für dessen Gesundheitszustand er verantwortlich wäre.“¹¹⁰ Daher gebe es die Volksgesundheit *per se* nicht, resümiert *Bublitz*. Insoweit das Verbot von Betäubungsmitteln also mit ihr begründet würde, würden Eingriffe mit „fiktiven Rechtsgütern“ gerechtfertigt.¹¹¹ *Hillgruber* erblickt in der

¹⁰⁵ Kritisch zum Begriff der Volksgesundheit *Frenzel*, Die „Volksgesundheit“ in der Grundrechtsdogmatik, Schlaglicht auf einen aufhaltbaren Aufstieg, DÖV (2007) 243; *Lecheler*, Art 12 GG, 2. Mitbericht, VVDStRL 43 (1985) 48 (58); *Schünemann*, Kritik 232; *Huster*, Grundfragen staatlicher Erziehungsambitionen, in *Schumann* (Hg), Das erziehende Gesetz, 16. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ (2013) 193 (223); *Bublitz*, Psyche 382; *Kolbe*, Freiheitsschutz 364 ff; *Pasedach*, Verantwortungsbereiche wider Volksgesundheit, Zur Zurechnungs- und Rechtsgutslehre im Betäubungsmittelstrafrecht (2012) 153 f; *Hillgruber*, Schutz 163.

¹⁰⁶ „Unbestritten ist, daß die Volksgesundheit ein wichtiges Gemeinschaftsgut ist, dessen Schutz Einschränkungen der Freiheit des Einzelnen zu rechtfertigen vermag.“ (BVerfGE 7, 377 [414]).

¹⁰⁷ BVerfG NJW 1994, 1577 (1579).

¹⁰⁸ *Froese*, Absoluter Lebensschutz? Zur Verhältnismäßigkeit von Infektionsschutzmaßnahmen, JRP Heft 3 (2020) 148 (150).

¹⁰⁹ MwN *Kolbe*, Freiheitsschutz 363.

¹¹⁰ *Huster*, Grundfragen 223.

¹¹¹ *Bublitz*, Psyche 386. Ähnlich die scharfsinnige Argumentation von *Kolbe*: „Das individuelle Gut der Gesundheit würde durch ‚Vergesellschaftung‘ im kollektiven Gut der ‚Volksgesundheit‘ der Disposition des Individuums entzogen. Jedwedes gesundheitsgefährdende Handeln könnte mit Verweis auf die für den Einzelnen unverfügbare Gesundheit der Bevölkerung eingeschränkt werden - paternalistischen Interventionen des Staates stünden unter dem Deckmantel der Volksgesundheit damit Tür und Tor offen. So reizvoll - da einfach - dieser Weg auch erscheint, die schwierige Frage eines paternalistischen Gesundheitsschutzes durch die summenmäßige Kumulierung der individuellen Gesundheit zu einer neuen Klasse der Kollektivgesundheit zu umgehen; er führt zurück zu jenen überwundenen Zeiten, in denen der Begriff der Volksgesundheit seine Wurzeln findet und denen die freiheitliche

Volksgesundheit-Diktion einen verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen „*Umschlag*“ von Quantität in eine neue Rechtsqualität.¹¹² Mögen Selbstgefährdungen als Massenphänomen auch von einer gewissen „*sozialen Relevanz*“ sein, so berechtige dieser Umstand allein den Staat noch nicht, in die Freiheit zur Selbstgefährdung regelnd einzugreifen. Selbstgefährdungen würden ihren rechtlichen Charakter nicht dadurch ändern können, dass sie massenhaft auftreten. Der Schutz der Volksgesundheit könne über den unproblematischen Schutz der Gesundheit Einzelner oder Vieler vor Gefährdungen durch Dritte, etwa bei *Seuchen*, nicht hinausgehen.

2. Der Schutz vor Infektionen

Damit tritt nun ein Aspekt in Erscheinung, der speziell dem insofern rechtlich vielschichtigen Phänomen der Infektiosität des COVID-19-Virus anhaftet. Denn wer sich mit dem Virus infiziert, gefährdet eben nicht nur sich selbst, sondern *nolens volens* auch andere. Eine Infektion durch Dritte kann für einen Teil der Bevölkerung eine (sowohl subjektiv empfundene, als auch objektiv) ernstzunehmende Gefahr darstellen, deren Beseitigung darum ein verfassungsrechtlich legitimen Zweck von Lockdown-Maßnahmen darstellt.

2.1 Mangelnde Eignung bzw. Erforderlichkeit

In Bezug auf diejenigen Grundrechtsträger, die aufgrund dessen auch *freiwillig* auf ihre Freiheitsausübung zugunsten von Quarantäne-Maßnahmen verzichten würden, erweisen sich Lockdown-Maßnahmen in Form von Veranstaltungsverböten, Ausgangssperren, Kontaktverböten und Betretungsverböten für Gastronomie, Handel und Hotellerie jedoch als *ungeeignet* bzw. *nicht erforderlich*, insoweit sie den Zweck des Schutzes vor Infektionen durch Dritte verfolgen. Für diese Bürger ist nichts gewonnen, wenn anderen – aber damit eben auch ihnen – eine Selbstisolation aufgezwungen wird, für die sie sich ohnehin entschieden hätten. Die (deswegen ungeeigneten) Maßnahmen bieten in diesem Sinne keinen Mehrwert, keine zusätzliche Unterstützung. Anders betrachtet steht für diesen Bevölkerungsteil immer das gelindere Mittel einer rein fakultativen – und damit nicht grundrechtseingreifenden, wenngleich genauso wirksamen –

Ordnung des Grundgesetzes entschieden entgegensteht: der Konstruktion eines Volkskörpers, dessen (Gesund-)Erhaltung über den individuellen Menschen steht.“ (Kolbe, Freiheitsschutz 363 f).

¹¹² Hillgruber, Schutz 163.

Selbstisolation zur Verfügung. Ein gesetzliches Verbot freiheitsauslebender Aktivitäten ist gemäß dem hier untersuchten Zweck und bezogen auf diese Bevölkerungsgruppe somit verzichtbar und damit überschießend. Es bietet nur noch den Schutz des Grundrechtsträgers vor seiner allenfalls anderen Entscheidung an und kulminiert damit in einem unzulässigen Schutz vor sich selbst.

Eine auf den ersten Blick ähnliche Ausgangslage liegt dem generellen Rauchverbot in Gastronomiebetrieben zugrunde, das demgegenüber verfassungskonform ist.¹¹³ Der VfGH hat diesbezüglich ausgeführt, dass das Rauchen von Tabakwaren ein gesellschaftliches Phänomen sei, das gesundheitsschädlich sei und auch andere Menschen gefährde. Mit Blick auf das Ziel des Schutzes der Gesundheit der Gäste und Arbeitnehmer von Gastronomiebetrieben ungeachtet des Umstandes, dass der Besuch dieser Betriebe durch Gäste freiwillig erfolge, sei es insofern sachlich gerechtfertigt und nicht unverhältnismäßig, wenn der Gesetzgeber ein im Wesentlichen allgemeines Rauchverbot in Räumen der Gastronomie vorsehe.¹¹⁴

Hier bietet ebenfalls eine Gesundheitsgefährdung – die Beeinträchtigung des Passivrauchens, die von Aktivrauchern ausgehend insofern ähnlich zur grundrechtlichen Systematik des COVID-19-Infektionsrisiko gelagert ist – das Motiv zur Einschränkung von Gastronomiebetrieben bzw derjenigen, die den Gastronomiebetrieb betreten (möchten). Worin liegt also der strukturelle Unterschied zwischen dem Rauchverbot in Gastronomiebetrieben und dem Betretungsverbot von Gastronomiebetrieben, der in Bezug auf den Schutz vor Anderen zur Verhältnismäßigkeit der ersteren Maßnahme, aber zur Unverhältnismäßigkeit der letzteren Maßnahme führt? Er lässt sich im Schutzzweck des Rauchverbots selbst verorten, dessen Beschreibung des VfGH präzisiert werden muss: Zwar wird hiermit ebenfalls die Gesundheit der Gäste und Arbeitnehmer von Gastronomiebetrieben geschützt, sie wird allerdings – und dies ist der entscheidende Unterschied zu Lockdown-Betretungsverboten – geschützt *während* die Arbeitnehmer bewirten bzw die Gäste bewirtet werden dürfen. Der präziser beschriebene Zweck lautet also, den Gastronomiebesuch ohne Gesundheitsbeeinträchtigungen durch andere zu ermöglichen. Durch die gesetzliche Verwirklichung dieses Ziels wird Nichtrauchern ein Mehrwert geboten, weil sie das Desiderat, gewisse Gastronomiebetriebe ohne Gesundheitsbeeinträchtigung zu besuchen, alleine nicht erreichen können. All dies ist bei einem Betretungsverbot aufgrund COVID-19 freilich nicht gegeben, weil der Gastronomiebesuch durch die Maßnahme selbst verunmöglicht

¹¹³ VfGH 03.10.2019, G 189/2019.

¹¹⁴ VfSlg 19.541/2011.

wird. Es wird bezogen auf einen etwaigen Normzweck des Schutzes vor Infektionen durch andere kein Mehrwert geboten, weil jeder auf den Besuch der Gastronomie und Hotellerie ohnehin freiwillig verzichten kann.

Gleichzeitig wird am Beispiel des verfassungskonformen Rauchverbots auch deutlich, warum dem Oktroy einer Maskenpflicht und sonstigen Hygienevorgaben in Gastronomie- und Beherbergungsbetrieben aus grundrechtsdogmatischer Sicht prinzipiell nichts entgegenzuhalten ist. Denn die Argumentation für das Rauchverbot, wonach die Inkaufnahme der Freiheitseinschränkung Einzelner zugunsten der gesundheitsgeschützten Freiheitsausübung anderer grundsätzlich zulässig ist, ist auch in Bezug auf COVID-19 einschlägig. Man stelle sich parallel zu den Betretungsverboten aufgrund COVID-19 hingegen vor, der Gesetzgeber erlasse ein allgemeines Betretungsverbot für Gastronomiebetriebe, um Nichtraucher vor der Gesundheitsgefährdung des Passivrauchens zu schützen. Verdeutlicht an diesem Beispiel wird die Unverhältnismäßigkeit dieser Maßnahme bereits intuitiv klar.

2.2 Illegitimer Zweck bzw Unangemessenheit

Andere Grundrechtsträger kommen für einen Schutz durch die Maßnahmen nicht in Frage, da für den anderen Teil der Bevölkerung, der die Quarantäne-Maßnahmen *gezwungenermaßen* befolgt – den Freiheitsgebrauch der Isolation somit vorzieht und gesetzlich verbotenen Aktivitäten nachgehen würde, sofern sie erlaubt wären – das von Dritten ausgehende Infektionsrisiko keinen Rechtseingriff darstellt, da sie es billigen. Es wurde bereits dargelegt, dass eine mit Erlaubnis des Rechtsträgers erfolgende Beeinträchtigung rechtlicher Schutzgüter mangels Schutzbedürftigkeit als vom Schutzbereich der Rechtsnormen gar nicht erfasst anzusehen ist (*volenti non fit iniuria*).¹¹⁵ Bei diesem Bevölkerungsteil besteht insofern auch keine Rechtekollision, die der Gesetzgeber als Legitimationsgrundlage für Eingriffe in die Freiheitsausübung anderer verwenden könnte.

Anders betrachtet halten Quarantäne-Maßnahmen zugunsten des Schutzes dieser Bevölkerungsgruppe der *Angemessenheitsüberprüfung* kategorisch nicht stand. Denn der zu schützende mündige Grundrechtsträger, der in seiner Entscheidung die Freiheit der Gesundheit vorzieht,

¹¹⁵ Vgl Kapitel II. 4.3.

erleidet aus seiner subjektiven Sichtweise – und nur auf diese kommt es bei dem hier untersuchten Zweck der Maßnahme an, wonach der Grundrechtsschutz eben jenes Grundrechtsträgers das Ziel ist – offenbar einen größeren Nachteil durch die Freiheitseinschränkung, als durch ein andernfalls erhöhtes Risiko einer Gesundheitseinschränkung. Andersherum: Der Freiheitsgebrauch bietet diesen Grundrechtsträgern trotz höherem Gesundheitsrisiko offenbar subjektiv mehr Vorteile als ein geringeres Gesundheitsrisiko durch weniger Freiheit. Aus Sicht dieser Grundrechtsträger überwiegen also die subjektiven Nachteile des Lockdowns seine subjektiven Vorteile, weshalb Lockdown-Maßnahmen zugunsten dieser Grundrechtsträger – mangels ihrer Angemessenheit – ebenso verfehlt wären. Wenn nicht einmal die Interessen des durch die Maßnahme gemäß dem hier untersuchten Zweck Geschützten insgesamt gefördert werden, werden keine Interessen gefördert. Staatlich oktroyierter Fremdschutz, der gegen den Willen des Gesetzes durchgesetzt wird, entpuppt sich hier als Selbstschutz, der in Wirklichkeit nur vor dem eigenen Willen bewahrt.

Eindrücklich verstehbar wird dieses Phänomen auch am konkreten Beispiel des Kontaktverbots. Dieses bewirkt, dass sich eine Gruppe von Freunden in einer gewissen Anzahl dann nicht mehr treffen darf, wenn sie keinem gemeinsamen Haushalt angehören. Logisch ist, dass sich ohne ein gesetzliches Verbot nur diejenigen Freunde getroffen hätten, die dem Treffen und infolgedessen auch einem erhöhten Infektionsrisiko durch COVID-19 bewusst zugestimmt hätten. Nun mag es zutreffen, dass diese Gruppe von Freunden vor einer Infektion durch Dritte indirekt geschützt werden. Da die Personen aber gegen ihren Willen geschützt werden, werden sie vordergründig vor sich selbst geschützt. Dies ist grundrechtlich solange unzulässig, als kein rechtfertigendes Interesse der Allgemeinheit involviert ist.

2.3 Zwischenergebnis

Es stellt sich also heraus, dass es für die Zulässigkeit von Lockdown-Maßnahmen in Form von Veranstaltungsverboten, Ausgangssperren, Kontaktverboten und Betretungsverboten für Gastronomie, Handel und Hotellerie auch nicht ausreicht, wenn sie den Schutz vor Infektionen durch Dritte als Normzweck reklamieren, weil sie ausschließlich diejenigen schützen, die nicht geschützt werden wollen und faktisch ein unzulässiger Schutz vor sich selbst entsteht. Somit kann das Rechtfertigungsbedürfnis der Grundrechtseingriffe durch den vorgeblichen Zweck des Schutz vor Infektionen durch Dritte ebenfalls nicht befriedigt werden.

Im Übrigen ist spätestens ab dem Zeitpunkt, in dem jeder Bürger regelmäßig die Möglichkeit hatte, ein COVID-19-Impfangebot wahrzunehmen, die Zulässigkeit von Lockdown-Maßnahmen zum Schutz vor anderen auch aus diesem Grund ausgeschieden. Eine freiwillige Impfung ist ein in Bezug auf die Verhinderung von schweren krankheitlichen Verläufen hochwirksames,¹¹⁶ nicht grundrechtseingreifendes und damit im Vergleich zu gesetzlichen Lockdown-Maßnahmen jedenfalls gelinderes Mittel zur Förderung des Schutzes vor COVID-19-Infektionen.

Im Ergebnis ist ein Lockdown, der die Vermeidung von COVID-19-Infektionen als gesetzgeberischen Selbstzweck verfolgt und kein darüber hinausgehendes legitimes Rechtsgut oder öffentliches Interesse schützt, verfassungswidrig.

3. Der Schutz vor sozialen Folgekosten

Im Gegensatz zur Volksgesundheit, die ein allgemeines Interesse über den Schutz der Gesundheit des Einzelnen (vor Dritten) hinausgehend nicht zu konstituieren vermag, verkörpert die gesetzliche Krankenversicherung – und damit ihre finanzielle Stabilität – als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips durchaus ein schutzwürdiges Kollektivgut.¹¹⁷ Da selbstgefährdende Handlungen stets soziale Folgekosten im Sinne finanzieller Mehrkosten für die Gesundheitssysteme produzieren können, verführt dieses Problem regelmäßig dazu, als vermeintliche Begründung für in Wahrheit selbstschützende Maßnahmen missbraucht zu werden. So insbesondere auch bei der Rechtfertigung der Schutzhelmtrage- und Gurtanlegepflicht, deren Vergesetzlichung auch mit der sich daraus ergebenden Kostenreduktion von Verletzungsbehandlungen verteidigt wird.¹¹⁸

¹¹⁶ Nach derzeitigem Kenntnisstand bieten die COVID-19-mRNA-Vakzine (*BioNTech, Pfizer, Moderna*) eine Wirksamkeit von bis zu 95 Prozent (*Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung*, Wirksamkeit der Impfstoffe gegen COVID-19 URL: <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/schutzimpfung/wirksamkeit-der-covid-19-impfstoffe.html#c15542> [abgerufen am 18.08.2021]).

¹¹⁷ Vgl. *Kolbe*, Freiheitsschutz 370 f.

¹¹⁸ So die Argumentation des BVerfG: „Daß Unfälle mit schweren Kopfverletzungen weitreichende Folgen für die Allgemeinheit haben (z.B. durch Einsatz der Rettungsdienste, ärztliche Versorgung, Rehabilitationsmaßnahmen, Versorgung von Invaliden), steht außer Frage“ (BVerfGE 59, 275 [279]); vgl. auch *Ahammer*, Grundrechtsverzicht 193.

Bezogen auf etwaige soziale Folgekosten von COVID-19-Infektionen können diese aber schon aus tatsächlichen Gründen nicht für die Legitimation freiheitseinschränkender Lockdown-Maßnahmen eintreten. Erstens ist fraglich, ob sich COVID-19-Infektionen nicht kostengünstiger oder zumindest kostenneutral auf die Sozialsysteme auswirken, da entsprechende Todesfälle zum größten Teil Menschen im Pensionsalter betreffen, die dann – leider – von den Sozialsystemen keine Leistungen mehr beziehen (können).¹¹⁹ Zweitens wird der durch die Lockdown-Maßnahmen allenfalls verhinderte finanzielle Schaden für das Gesundheitswesen jedenfalls vom finanziellen Schaden des Lockdowns für die Marktwirtschaft – und damit auch für den Staatshaushalt – übertroffen.¹²⁰ Ein Lockdown ist somit (verfassungsrechtlich) ungeeignet, den Schutz vor sozialen Folgekosten zu fördern.

Auch auf grundrechtsdogmatischer Ebene sind Verbote selbstgefährdender Handlungen zur Vermeidung finanzieller Mehrbelastungen für die Sozialsysteme zurückzuweisen.¹²¹ Das Sozialsystem ist bereits ein Pflichtsystem, das einen großen Teil der Bevölkerung zur Entrichtung finanzieller Beiträge zwingt. Daraus wiederum weitere Pflichten abzuleiten bewirkt – ähnlich zur dialektische Umwandlung von Grundrechten in Grundpflichten aufgrund objektivrechtlicher Erwägungen – eine Verkürzung der Freiheit, deren Gebrauch durch den Sozialstaat als *enabling state* erst ermöglicht, nicht verboten werden soll.¹²² Dadurch wird dem Einzelnen nicht nur auferlegt, seine Gesundheitsversorgung finanziell abzusichern; ihm wird zusätzlich befohlen, sich gesundheitsgerecht zu verhalten, um diese Sicherung nicht in Anspruch zu

¹¹⁹ Das gleiche Argument wird auch in Bezug auf Raucher, Alkoholiker oder adipöse Menschen vorgebracht (vgl. Kolbe, Freiheitsschutz 373 f.; Schwabe, JZ 1998 72; Schünemann, Kritik 239).

¹²⁰ Die Kosten des Lockdowns (siehe dazu Kapitel III. 4.2) überschreiten sogar die Kosten *sämtlicher* staatlicher und privater Gesundheitsausgaben in Österreich, die im Jahr 2019 41,48 Milliarden Euro betrugen (Statistik Austria, Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen, eigene Berechnungen/Schätzungen, Rechnungsabschlüsse, Geschäftsberichte [2021]).

¹²¹ Die Gefahr einer gegenteiligen Sichtweise betont Kolbe: „Die Gefahr der Auflösung individueller Freiheit in einer kollektivistischen Gemeinschaftsgebundenheit ist dem Argumentationstopos der sozialen Folgekosten und der Entlastung der sozialen Sicherungssysteme immanent: Jedwedes gesundheitsgefährdende Verhalten verursacht Kosten im System der Sozialversicherung, sodass einer flächendeckenden Durchsetzung einer Gesundheitspflicht – sei es in Bezug auf Alkoholtrinken, Rauchen, ungesundes Essen, zu wenig Sport, aber auch zu viel oder zu gefährlicher Sport – Tür und Tor offen stünden“ (Kolbe, Freiheitsschutz 375); beipflichtend Streicher, Gurtanlegezwang – Grundrechtsverletzung?, NJW 1977 282 (284); Doebling, Die Gesunderhaltung des Menschen im Spannungsverhältnis zwischen Staatsfürsorge und Individualentscheidung, in FS Wolfgang Zeidler (1987) 1553 (1557); Rigopoulou, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht (2013) 96 f.; Koch, Grundrechtsschutz des Dritt Betroffenen, Zur Rekonstruktion der Grundrechte als Abwehrrechte, (2000) 115; Pasedach, Verantwortungsbereiche 217; Schünemann, Kritik 239.

¹²² Vgl. Heinig, Sozialstaat im Dienst der Freiheit, Zur Formel vom »sozialen« Staat in Art. 20 Abs. 1 GG (2008); Kingreen, Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, Gemeinschaftliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (2003) 128 ff.; Kolbe, Freiheitsschutz 376.

nehmen.¹²³ Man dürfte also „*nichts riskieren, sich nicht frei entfalten, [müsste] aber ständig zahlen.*“¹²⁴

Aus dem Blickwinkel des Übermaßverbots dürften entsprechende Freiheitseinschränkungen ohnehin nur diejenigen betreffen, die auf einen Nettoempfang vom Sozialsystem angewiesen sind, weil auf die Übrigen die Folgekosten selbstgefährdender Betätigungen als gelinderes Mittel (im Vergleich zur – hier somit nicht erforderlichen – Freiheitsbeschränkung) abgewälzt werden könnten.¹²⁵ Dies wiederum stünde nicht nur dem Sozialstaatsprinzip – wonach gerade den sozial Schwachen der Freiheitsgebrauch durch soziale Sicherheit ermöglichen soll – an sich entgegen,¹²⁶ sondern widerspräche auch dem Diskriminierungsverbot gemäß Art 7 B-VG und Art 2 StGG. Freiheitseinschränkungen schließlich aus Solidarität auch auf Nettozahler des Sozialsystems auszuweiten „*könnte dann bloß noch das Interesse der Moralität bezwecken, und für dieses Interesse ist gegen Mündige der Zwang gleich ungeeignet als ungerecht.*“¹²⁷

Vielmehr trifft in der Literatur die Ansicht auf breite Zustimmung, wonach den verfassungsrechtlich zulässigen und gebotenen Ausgleichsmechanismus für die grundrechtlich gewährleistete Freiheit zur selbstschädigenden Unvernunft das Haftungsrecht unter dem Gesichtspunkt schadensrechtlicher Obliegenheit bereit halte, der es – in den durch das Sozialstaatsprinzip gezogenen Grenzen – gestatte, auch versicherungsrechtlich dem Verletzten bzw Kranken das Risiko aufzubürden, das er durch den unvorsichtigen Verzicht auf eine im eigenen Interesse zumutbare Schutzmaßnahme selbst eingegangen sei.¹²⁸ Verfassungsrechtlich geboten erscheine diese Lösung des Folgelastenproblems, weil sie auf dem mit der grundrechtlich eröffneten Selbstbestimmung korrelierenden Prinzip der Selbstverantwortung beruhe.¹²⁹

¹²³ Vgl Kolbe, Freiheitsschutz 376.

¹²⁴ Doebling, Gesunderhaltung 1557.

¹²⁵ Vgl Hillgruber, Schutz 161.

¹²⁶ Vgl Doebling, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und des Völkerrechts: Ein Lehrbuch (1984) 259.

¹²⁷ Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, Band 3 (1834) 377.

¹²⁸ Hillgruber, Schutz 102.

¹²⁹ Ebda; ebenso Kolbe, Freiheitsschutz 378; Gampp/Hebeler, Grundrechtsschutz vor Selbstgefährdung?, BayVBl 2004 257 (264); Liskén, Freispruch für „Gurtmuffel“ - ein Polizeiproblem?, NJW 1985, 3053 (3055); Englerth, Vom Wert des Rauchens und der Rückkehr der Idioten - Paternalismus als Antwort auf beschränkte Rationalität?, in Engel et al (Hg), Recht und Verhalten: Beiträge zu Behavioral Law and Economics (2007) 231 (250); Rigopoulos, Grenzen 94; Huster, Eigenverantwortung im Gesundheitsrecht, Ethik in der Medizin 22 (2010) 289 (295); derselbe, Grundfragen 220 f; Barczak, Grenzen 102 f; Fischer, Zulässigkeit 260 ff; Volkmann, Darf der Staat seine Bürger erziehen? (2012) 21.

Damit bleibt festzuhalten, dass der Preis der Freiheit, den ein Sozialstaat zu zahlen hat, nicht durch die Einschränkung derselben reduziert werden darf. Soziale Folgekosten vermögen freiheitseinschränkende Verbote nicht zu legitimieren.¹³⁰

4. Der Schutz vor einer Überlastung des Gesundheitswesens

Neben der finanziellen Stabilität des Gesundheitssystems stellt seine generelle Funktionsfähigkeit unzweifelhaft ein schutzwürdiges öffentliches Interesse dar. Gesetzliche Maßnahmen, die auf die Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitswesens abzielen, verfolgen daher einen legitimen Zweck. Zunächst fraglich und für die anschließend vorzunehmende Angemessenheitsabwägung von Bedeutung ist die abstrakte Wertigkeit des Zwecks, die davon abhängt, welchen Rang der verfolgte Zweck in der Rechtsordnung einnimmt. Ziele zur Wahrung einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht rechtfertigen einen intensiveren Grundrechtseingriff als Zwecke, die lediglich einfachgesetzliche oder gar keine rechtlichen Ausprägungen aufweisen.

Ein Grundrecht auf Gesundheit ist in der Europäischen Menschenrechtskonvention jedenfalls nicht normiert.¹³¹ Auch das Recht auf Leben in Art 2 EMRK impliziert seiner Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut nach kein „*allgemeines Recht auf physische Integrität*“ und „*kein Recht auf Gesundheit*.“¹³² Dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte nach schützt Art 2 lediglich zunächst als subjektives Abwehrrecht des Grundrechtsträgers gegen zuwiderhandelnde Eingriffe durch den normadressierten Träger öffentlicher Gewalt.¹³³ Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR ergeben sich aus den Einzelgarantien jedoch nicht nur Unterlassungspflichten, sondern im Rahmen der objektivrechtlichen Schutzpflichten auch Handlungspflichten für den Staat bzw Leistungsrechte für den Grundrechtsträger.¹³⁴

¹³⁰ Vgl. Kolbe, Freiheitsschutz 379; Streicher, Gurtanlegezwang 284; Hillgruber, Schutz 99 ff, 158 ff; Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht (1997) 51 ff; Hirsch, Direkter Paternalismus: Sollten Selbstschädigungen bestraft werden?, in: *Anderheiden et al* (Hg), Paternalismus und Recht, Tübingen (2006) 235 (245 f); derselbe, Direkter Paternalismus im Strafrecht: Sollte selbstschädigendes Verhalten kriminalisiert werden?, in: *Hirsch/Neumann/Seelmann* (Hg), Paternalismus im Strafrecht (2010) 57 (66 f); Woitkewitsch, Schutz 98 ff; Schünemann, Kritik 239; Barczak, Grenzen 102 f; Fischer, Zulässigkeit 259 ff; Huster, Eigenverantwortung 295.

¹³¹ Vgl. EGMR U 19.12.2017, *Lopes de Sousa Fernandes gegen Portugal*, Nr 56080/13 Z 165.

¹³² MWN Kopetzki, Art 2 EMRK, in: *Korinek/Holoubek* (Hg), Kommentar zum österreichischen Bundesverfassungsrecht, (2002) Rz 20.

¹³³ Vgl. Bleckmann, Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten aus den Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *Beyrerlin/Bothe/Hofmann/Petersmann*, Recht zwischen Umbruch und Bewahrung - FS Bernhardt (1995) 309; Rensmann, Wertordnung und Verfassung (2007) 216; Schmahi/Winkler, Schutz vor Armut in der EMRK?, AVR Band 48 Nr 4 (2010) 405 (414).

¹³⁴ Vgl. EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx gegen Belgien*, Nr 6833/74 Z 31; Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik (1997) 54; Szczekalla, Die sogenannten

Im Allgemeinen leitet er diese vor dem Hintergrund der Gewährleistungsgarantie des Art 1 leg cit mittels dynamisch-evolutiver Auslegungsmethode vom Ziel und Zweck der Konventionsverbürgungen ab,¹³⁵ wobei er stets auf das Erfordernis einer nicht nur theoretischen, sondern auch praktisch-effektiven Wirksamkeit des Menschenrechtsschutzes verwiesen hat.¹³⁶ Im Speziellen legt er den Wortlaut „*Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt*“ des Art 2 Abs 1 S 1 leg cit dahingehend aus, dass sich daraus neben dem relativen Verbot absichtlicher Tötungen auch die Schutzpflicht für den Staat ergibt, angemessene Maßnahmen zur Absicherung des Lebens derer, die sich in dessen Hoheitsgebiet aufhalten, zu ergreifen.¹³⁷ Dies umfasst sowohl die Bereitstellung entsprechender gesetzlicher Rahmenbedingungen, als auch die Durchführung präventiver, operativer Handlungen.¹³⁸ Eine Gewährleistung absoluter Sicherheit in allen potentiell lebensbedrohlichen Situationen, insbesondere wenn sich der betroffene Grundrechtsträger der Gefahrensituation unbegründet aussetzt, ist dadurch freilich nicht geboten.¹³⁹

Schutzpflichten aus Art 2 leg cit im Kontext der medizinischen bzw ärztlichen Versorgung wird in ständiger Rechtsprechung des EGMR explizit bejaht. *Grabenwarter* und *Pabel* konstatieren zwar, dass kein Anspruch auf eine bestimmte lebensrettende Behandlung und keine *allgemeine* Verpflichtung der Staaten zur Bereithaltung eines funktionierenden Gesundheitssystems abgeleitet werden könne.¹⁴⁰ Krankenhäuser müssen jedoch zur Implementierung geeigneter, das Leben der Patienten schützender Maßnahmen gesetzlich verpflichtet werden.¹⁴¹ Dabei wird die Regulationspflicht des Staates so weit ausgelegt, dass zur konventionskonformen Erfüllung

grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Inhalt und Reichweite einer »gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion«, Berlin (2002) 712.

¹³⁵ Vgl *Krieger*, Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?, *ZaöRV* 74 (2014) 187 (189).

¹³⁶ Vgl EGMR U 27.09.1995, *McCann et al gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 18984/91 Z 146; *Ungern-Sternberg/Hong/Matz-Lück*, Autonome und funktionale Grundrechtskonzeptionen - Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: *Matz-Lück/Hong* (Hg), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem - Konkurrenzen und Interferenzen (2012) 69.

¹³⁷ Vgl EGMR U 17.07.2014 (GK), *Câmpeanu gegen Rumänien*, Nr 47848/08 Z 130; EGMR U 19.12.2017 (GK), *Lopes de Sousa Fernandes gegen Portugal*, Nr 56080/13 Z 165; EGMR U 17.03.2016, *Vasileva gegen Bulgarien*, Nr 23796/10 Z 63; EGMR U 18.07.2017, *Kutsenko gegen Ukraine*, Nr 25114/11 Z 178; EGMR U 28.10.1998, *Osman gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 23452/94 Z 115.

¹³⁸ *European Court of Human Rights*, Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights (2020) 8.

¹³⁹ Vgl EGMR E 18.09.2013, *Molie gegen Rumänien*, Nr 13754/02 Z 44; EGMR E 22.06.2010, *Koseva gegen Bulgarien*, Nr 6414/02; EGMR E 09.05.2015, *Gökdemir gegen Türkei*, Nr 66309/09 Z 17; EGMR U 13.10.2020, *Çakmak et al gegen Türkei*, Nr 33436/10.

¹⁴⁰ *Gabenwarter/Pabel*, § Fundamentalgarantien, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) Rz 25.

¹⁴¹ Vgl EGMR U 17.01.2002 (GK), *Calvelli und Ciglio gegen Italien*, Nr 32967/96; EGMR U 08.07.2004 (GK), *Vo gegen Frankreich*, Nr 53924/00; EGMR U 18.06.2013 (GK), *Nencheva et al gegen Bulgarien*, Nr 48609/06; EGMR U 17.07.2014 (GK), *Câmpeanu gegen Rumänien*, Nr 47848/08; EGMR E 16.10.2018, *Dumpe gegen Litauen*, Nr 71506/13; EGMR U 19.12.2017, *Lopes de Sousa Fernandes gegen Portugal*, Nr 56080/13 Z 166.

derselben das effektive Funktionieren der Gesetze – somit auch die Überwachung der Einhaltung und des Vollzugs – gewährleistet werden muss.¹⁴²

Ein Verstoß liegt jedoch nicht schon dann vor, wenn die rechtlichen Grundlagen lediglich abstrakt-hypothetische Unzulänglichkeiten aufweisen. Es muss ein kausaler Zusammenhang zwischen der Insuffizienz des gesetzlichen Schutzes und dem konkreten Nachteil eines Patienten nachweisbar sein,¹⁴³ wobei wenn der Tod nicht die Folge ist, nur unter außergewöhnlichen Umständen eine Verletzung von Art 2 EMRK begründet werden kann.¹⁴⁴ Daher fallen Urteilsfehler oder unzureichende Koordination seitens des medizinischen Personals für sich genommen nicht in den Anwendungsbereich von Art 2 EMRK.¹⁴⁵ Der Bezug zu Art 2 leg cit ist nur insoweit hergestellt, als individuelle Fehler auf systematische Defizite innerhalb der Krankenhausinfrastruktur infolge gesetzlicher Schwachstellen zurückzuführen sind.¹⁴⁶ Wenn der Zugang zu medizinischer Behandlung, die der Bevölkerung grundsätzlich zur Verfügung steht, verweigert wird, kann der Anwendungsbereich des Art 2 leg cit demnach eröffnet sein.¹⁴⁷ Dies ist umso wahrscheinlicher, wenn es sich beim Grundrechtsträger um eine besonders schutzbedürftige Person handelt.¹⁴⁸

In den Fällen *Aydoğdu gegen Türkei*¹⁴⁹ und *Asiye Genç gegen Türkei*¹⁵⁰ wurden Säuglingen mit Symptomen akuter Atemnot der Zugang zu lebensrettender, medizinischer Versorgung aus kapazitären Gründen verwehrt; die Folge war der Tod der Säuglinge. Der EGMR führte diesen Umstand auf systematische und strukturelle Defizite innerhalb der Krankenhausinfrastruktur zurück und erkannte darin eine Verletzung des Art 2 EMRK. Die zuständigen Behörden hätten von diesem Missstand entweder Kenntnis gehabt oder Kenntnis haben müssen. Es sei ihnen zumutbar gewesen, diesen Missstand zu beheben.

Zusammenfassend müssen demnach folgende Kriterien kumulativ gegeben sein, damit eine Verletzung des Art 2 leg cit gegeben sein kann: Der Gesundheitsdienstleister muss – im

¹⁴² Vgl EGMR U 19.12.2017 (GK), *Lopes de Sousa Fernandes gegen Portugal*, Nr 56080/13 Z 190.

¹⁴³ Vgl ebda Z 188.

¹⁴⁴ RS0127311.

¹⁴⁵ Vgl EGMR E 04.05.2000, *Powell gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 45305/99; EGMR U 17.01.2008, *Dodov gegen Bulgarien*, Nr 59548/00 Z 82; EGMR U 18.12.2012, *Kudra gegen Kroatien*, Nr 13904/07 Z 102; EGMR U 19.12.2017 (GK), *Lopes de Sousa Fernandes gegen Portugal*, Nr 56080/13 Z 187.

¹⁴⁶ Vgl EGMR U 30.08.2016, *Aydoğdu gegen Türkei*, Nr 40448/06.

¹⁴⁷ Vgl EGMR U 10.05.2001 (GK), *Cyprus gegen Türkei*, Nr 25781/94 Z 219; EGMR U 13.11.2012, *Hristozov et al gegen Bulgarien*, Nr 47039/11 358/12 Z 106.

¹⁴⁸ Vgl EGMR, U 17.07.2014 (GK), *Campeanu gegen Rumänien*, Nr 47848/08 Z 130.

¹⁴⁹ EGMR U 30.08.2016, *Aydoğdu gegen Türkei*, Nr 40448/06.

¹⁵⁰ EGMR 27.01.2015, *Asiye Genç gegen Türkei*, Nr 24109/07.

Unterschied zu einem reinen Urteils- oder Behandlungsfehler – den Zugang zu medizinischer, lebensrettender Versorgung im Bewusstsein darüber, dass dadurch das Leben des Grundrechtsträgers in Gefahr gebracht wird, verwehren. Der für diesen Vorgang ursächliche Missstand muss eine kausale Verbindung zweitens zu objektiv identifizierbaren, strukturellen Mängeln des Gesundheitssystems und drittens zu einem real erlittenen Schaden des Grundrechtsträgers aufweisen. Letztlich muss der Missstand aus dem Versagen des Staates resultieren, einen gesetzlichen Schutz gemäß Art 2 *leg cit* im weiteren Sinne bereitzustellen.¹⁵¹

Eine Auslegung des Art 2 *leg cit* im Zusammenhang mit Epidemien bzw Pandemien (oder vergleichbaren Szenarien) existiert in der bisherigen Rechtsprechung des EGMR nicht. Der Sachverhalt zu Beginn der Coronakrise unterscheidet sich von der erwähnten Rechtsprechung insofern, als dass das Gesundheitssystem von einer Pandemie als einem exogenen Faktor und nicht durch einen systematischen Missstand infolge einer gesetzlichen Schwachstelle *per se* bedroht wurde. Ab dem Zeitpunkt, in dem die Gefährlichkeit und Nachhaltigkeit des COVID-19-Virus erstmalig ersichtlich war, muss eine ausgebliebene Reaktion des Gesetzgebers auf mangelhafte Kapazitäten des Gesundheitswesens jedoch durchaus als staatliche zurechenbare, systematische Mangelhaftigkeit des Gesundheitssystems gewertet werden, da dessen Kapazitäten zwangsläufig immer in Bezug auf tatsächliche, naturbedingt stetigen Änderungen unterworfenen Erfordernisse auszurichten sind. Damit kommt dem Schutz vor einem Ausfall lebensrettender, medizinischer Versorgung für den Einzelnen jedenfalls eine schwerwiegende Bedeutung zu, und stellt eine legitime Zweckgrundlage für die Verhängung eines Lockdowns dar. Entscheidend ist dabei nicht, ob entsprechende Maßnahmen diesen Zweck *de jure* verfolgen, sondern dass die tatsächlichen aktuellen Gegebenheiten die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens auch *de facto* bedrohen.

4.1 Eignung und Erforderlichkeit

Nebst der Verfolgung eines legitimen Zwecks ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die Eignung staatlicher Maßnahmen zur Förderung entsprechender Ziele und deren Erforderlichkeit notwendig. Der Lockdown muss also geeignet sein, dazu beizutragen, dass das Gesundheitssystem nicht an seine Kapazitätsgrenzen stößt. Darüber hinaus führt die Disponibilität

¹⁵¹ *European Court of Human Rights, Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights* (2020) 13 f.

gelinderer Mittel, welche die Erreichung des Ziels mindestens genauso effektiv, aber weniger eingriffsintensiv begünstigen, zur Verfassungswidrigkeit der Maßnahme.

a) Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum

Die diesbezügliche Einschätzungsprärogative hat der Gesetzgeber. Dadurch wird ihm ein weiterer *Beurteilungsspielraum* (hinsichtlich der Einschätzung des Bedrohungspotentials des COVID-19-Virus) und ein weiterer *Gestaltungsspielraum* (hinsichtlich seiner Reaktion auf dieses Bedrohungspotential reagiert) zuteil, der in Krisensituationen umso größer ist, wenn der Gesetzgeber „*Neuland*“¹⁵² betreten muss.¹⁵³ Während der Coronakrise verläuft die Größe des gesetzgeberischen Spielraums proportional zur fachwissenschaftlichen Ungewissheit über das COVID-19-Virus (seine gesundheitlichen Auswirkungen, seine Verbreitung und Möglichkeiten zu seiner Eindämmung) und zur Messbarkeit des Zielerfolgs (die erlassenen Maßnahmen befinden sich in ständiger Wechselwirkung, sodass es anfänglich schwieriger feststellbar ist, welche Maßnahme für sich genommen zur Zielerreichung geeignet und erforderlich ist).¹⁵⁴

b) Der Faktor Zeit

Mit fortschreitender Zeit führt der einhergehende Zugewinn an Wissen und Erfahrung also zur Verkleinerung des gesetzgeberischen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums.¹⁵⁵ Darüber hinaus verringert ein steigender Kapazitätsausbau der COVID-19-Tests nicht nur den gesetzgeberischen Spielraum durch die verbesserte Messbarkeit des Zielerfolgs, sondern schmälert auch die Erforderlichkeit des Lockdowns, weil mehr Personen rechtzeitig abgesondert werden können und die Kontaktpersonennachverfolgung erleichtert wird. Die Erforderlichkeit des Lockdowns wird zusätzlich von zwei Tendenzen über die Zeit hinweg geschwächt: Die steigende Anzahl an Impfungen, die das Gesundheitssystem entlasten, und die Möglichkeit, die Kapazitäten des Gesundheitssystems staatlich aufzustocken. Zeit ist also in jeder Hinsicht ein Faktor, der die verfassungsrechtliche Rechtfertigungsbedürftigkeit der Lockdown-Maßnahmen erhöht.¹⁵⁶ Zu Ende gedacht folgt aus diesem Blickwinkel die verfassungswidrige

¹⁵² VfSlg 19.598/2011.

¹⁵³ Vgl. Fister, Grundrechte in der Krise, Grundrechtliche Maßstäbe für das COVID-19-Recht, AnwBl 2020/195 407.

¹⁵⁴ Vgl. Froese, Lebensschutz 152.

¹⁵⁵ Vgl. Fister, Grundrechte 408.

¹⁵⁶ Vgl. ebda 411.

Unverhältnismäßigkeit nicht nur eines Dauerlockdowns, sondern auch eines unüberschaubar oft und regelmäßig verhängten Lockdowns.¹⁵⁷

c) Beobachtungs- und Anpassungspflicht

Der Ordnungsgeber ist dazu angehalten, sich in regelmäßigen Zeitabständen vom Weiterbestehen der tatsächlichen Ordnungsgrundlagen zu überzeugen, um die Ordnung allenfalls den Änderungen anzupassen,¹⁵⁸ weil bei wesentlichen Veränderungen der für die Verordnungserlassung ausschlaggebenden tatsächlichen Verhältnisse eine Verordnung rechtswidrig wird. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Verordnung sind nach ständiger Rechtsprechung des VfGH nämlich nicht nur die zum Zeitpunkt ihrer Erlassung gegebenen Umstände maßgeblich, sondern die (möglicherweise geänderten) tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Prüfung.¹⁵⁹ *Mutatis mutandis* gilt dies auch für Gesetze,¹⁶⁰ woraus sich eine gesetzgeberische *Beobachtungs-* und *Anpassungspflicht* ergibt.¹⁶¹ Während eines Lockdowns ist dem Gesetzgeber also nicht nur die Pflicht auferlegt, die Wirksamkeit der gesetzlichen Maßnahmen mit geeigneter Methodik im Auge zu behalten, sondern auch ihren möglichen *Zweckfortfall* auf Grundlage der tatsächlichen Verhältnisse regelmäßig zu überprüfen. In diesem Sinne wird dem Lockdown durch den Wegfall der Bedrohung einer gesundheitskapazitären Überlastung die verfassungsrechtliche Grundlage entzogen.

d) Evidenzgrundlagen

Im Zuge dieser Pflicht ausschließlich auf die Anzahl der positiven COVID-19-Tests beispielsweise in Form der 7-Tage-Inzidenz abzustellen, erweist sich jedenfalls als ungeeignet. Die Anzahl der Neuinfektionen kann mit dem Auslastungsgrad des Gesundheitssystems allenfalls korrelieren, weil dieser in Relation zu den vorhandenen Spitalskapazitäten steht, die je nach Aufstockung oder Abbau einem entsprechenden Wandel unterliegen (können). Außerdem wird der Auslastungsgrad auch maßgeblich durch das Auftreten anderer Krankheiten als COVID-19 beeinflusst, weil diese die Kapazitäten zusätzlich beanspruchen oder frei werden lassen können. Drittens liefert die Anzahl an Neuinfektionen keinen direkten Aufschluss darüber, wie groß der

¹⁵⁷ Ähnlicher Meinung wohl auch *Gamper* in Corona und Verfassung (2020).

¹⁵⁸ VfGH 02.10.2013, V30/2013; VfSlg 14.601/1996.

¹⁵⁹ VfGH 02.10.2013, V30/2013; VfSlg 6774/1972, 8329/1978, 8699/1979, 16.366/2001.

¹⁶⁰ Vgl VfSlg 11.641/1988, 14.601/1996.

¹⁶¹ *Fister*, Grundrechte 410.

Anteil an gesundheitlich schweren Verläufen der Patienten ist. So wird aufgrund unterschiedlicher Immunstärken ein Ausbruch des COVID-19-Virus in einer Schule die Intensivstationen weitaus weniger belasten, als ein Infektionsherd in einem Altenheim.

Erschwerend kommt hinzu, dass das ohnehin nur bedingt aussagekräftige Infektionsgeschehen lediglich verzerrt abgebildet werden kann. Denn die Anzahl an festgestellten Neuinfektionen ist wiederum abhängig von der Anzahl durchgeführter Tests. So führt bei gleich bleibender Testanzahl pro Tag ein doppelt so hohes tatsächliches Infektionsgeschehen zwar grundsätzlich zu einer Verdopplung der 7-Tage-Inzidenz, allerdings wird eine Verdoppelung der 7-Tage-Inzidenz bei gleich bleibendem tatsächlichem Infektionsgeschehen auch durch eine Verdoppelung der durchgeführten Tests erreicht. Die Faktoren „Testanzahl“ und „tatsächliche Infektionslage“ sind somit gleich gewichtig, obwohl die Testanzahl in Bezug auf die Bedrohung durch COVID-19 keine zweckmäßigen Informationen liefert. Durchaus beachtlich ist auch die Spezifität der verwendeten COVID-19-Tests, da falsch-positive Testergebnisse die 7-Tage-Inzidenz ebenso künstlich anheben.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Regelung des § 28b deutsches Infektionsschutzgesetz (IfSG), wonach ein Lockdown in einem Landkreis verhängt werden muss, wenn die 7-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100 überschreitet, hochbedenklich und unter Umständen verfassungswidrig. Es könnte vorkommen, dass sie in keiner Beziehung mehr zum zulässigen Ziel steht, die Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern; nämlich dann, wenn die Überlastung des Gesundheitssystems gar nicht droht. Ein entsprechender Zweckfortfall könnte un bemerkt vonstattengehen, solange nicht auf die tatsächliche Situation in den Spitälern abgestellt wird. Es wäre unverhältnismäßig, einen Lockdown auch dann zu verhängen, wenn die 7-Tage-Inzidenz zwar größer als 100 ist, das Gesundheitssystem jedoch unterlastet ist, weil dessen Kapazitäten entweder erweitert wurden, oder weil die Testanzahl erheblich angestiegen ist.

e) Eignung

Darum muss stets der Auslastungsgrad des Gesundheitssystems ins Zentrum aller Beobachtungen und Erwägungen gerückt werden. Die Statistik der *Österreichischen Agentur für Ernährungssicherheit* (AGES) zeigt, dass der Auslastungsgrad der für Corona-Patienten bereitgestellten Normal- bzw Intensivbetten während der ersten Infektionswelle seinen Höhepunkt mit 5,21 Prozent respektive 26,06 Prozent am 30. April 2021, während der zweiten Infektionswelle mit

50,9 Prozent respektive 59,4 Prozent am 27. November 2020 und während der dritten Infektionswelle mit 45,6 Prozent respektive 57,4 Prozent am 12. April 2021 erreichte.¹⁶² Eine tatsächliche Überlastung des Gesundheitswesens war also zu keinem Zeitpunkt der Pandemie gegeben.

Ob dieser Umstand auf den Lockdown zurückzuführen ist, ist wissenschaftlich umstritten. In einer Studie der *Universität Stanford* verglich die Forschergruppe um den Epidemiologen Prof. Dr. Ioannidis unterschiedliche Maßnahmen aus zehn verschiedenen Ländern und kam zu dem Ergebnis, dass die These eines zusätzlichen Rückgangs der Infektionszahlen aufgrund der Verschärfung eines „weichen“ Lockdowns zu einem „harten“ Lockdown (Ausgangssperren und Betriebsschließungen) „inkompatibel mit den akkumulierten Daten“ sei.¹⁶³ Vielmehr würden die Datensätze aufzeigen, dass Maßnahmen eines „harten“ Lockdowns einen Anstieg der Infektionszahlen bewirken. Eine mögliche Erklärung dafür sei, dass der Menschenkontakt durch die Maßnahmen in den Privatbereich verlagert werde, der aufgrund der geschlossenen Räumlichkeiten ein erhöhtes Infektionsrisiko berge.¹⁶⁴ Ein Bericht der *Ludwig-Maximilians-Universität München* hält fest, dass die Infektionszahlen an deutschen Schulen trotz ihrer Öffnung für den Präsenzunterricht zurückgegangen sind.¹⁶⁵ Zudem erkenne man, dass die Reproduktionszahl in Deutschland bereits vor dem „Lockdown-Light“ am 2. November 2020 und der „Verschärfung“ am 16. Dezember 2020 sank, was somit auf eine Abschwächung des Infektionsgeschehens bereits vor den ergriffenen Maßnahmen hindeute. Der Abfall der Reproduktionszahl Mitte April sei auch schon vor der „Bundesnotbremse“ erkennbar, sodass die ergriffenen Maßnahmen den Verlauf des Infektionsgeschehens durchaus positiv beeinflusst haben könnten, jedoch nicht allein ursächlich für den Rückgang verantwortlich seien.

Bemerkenswerte Korrelationen ergeben sich auch in Österreich, wenn man die epidemiologische Kurve in Beziehung zu den erlassenen Maßnahmen setzt. So wurden am 7. Dezember 2020¹⁶⁶ im Wesentlichen die gleichen Maßnahmen wie am 8. Februar 2021¹⁶⁷ beschlossen, obwohl sich die Anzahl aktiver COVID-19-Fälle unmittelbar danach in diametral

¹⁶² Österreichische Agentur für Ernährungssicherheit/BMSGPK, URL: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1155556/umfrage/auslastungsgrad-von-normal-und-intensivbetten-durch-corona-patienten-in-oesterreich/> [abgerufen am 18.08.2021].

¹⁶³ Ioannidis et al., Assessing mandatory stay-at-home and business closure effects on the spread of COVID-19, *European Journal of Investigation* 51/4 (2021).

¹⁶⁴ Vgl dazu auch Sun et al., Transmission heterogeneities, kinetics, and controllability of SARS-CoV-2, *Science* 371/6526 (2020).

¹⁶⁵ Kauermann et al., CODAG Bericht Nr. 16, LMU München (2021).

¹⁶⁶ Am 7. Dezember 2020 trat die 2. COVID-19-SchuMaV in Kraft.

¹⁶⁷ Am 8. Februar 2021 trat die 4. COVID-19-SchuMaV in Kraft.

entgegengesetzte Richtungen entwickelte. Betretungsverbote für Gastronomie, Hotellerie (etc) sowie Veranstaltungsverbote und nächtliche Ausgangssperren waren weiter in Kraft, Geschäfte und Betriebe körpernaher Dienstleistungen durften unter Auflagen öffnen. Während in den Wochen nach dem 7. Dezember 2020 die Anzahl aktiver COVID-19-Fälle stetig sank, stieg sie in den Wochen nach dem 8. Februar 2021 konstant.¹⁶⁸

Ein bedeutender Teil der Lehre geht durchaus von der prinzipiellen Wirksamkeit von Lockdown-Maßnahmen aus.¹⁶⁹ Grundsätzlich erscheint es auch plausibel, dass ein Lockdown insgesamt (wenngleich nicht unbedingt alle Maßnahmen für sich genommen) menschliche Kontakte reduzieren, dadurch Infektionen verringern und das Gesundheitswesen entlasten kann. Auf Ebene der Eignung wird der Lockdown daher aufgrund des derzeitigen Wissenstandes vom insofern weiten gesetzgeberischen Ermessensspielraum jedenfalls gedeckt sein. Die gerichtliche Kontrolldichte grundrechtlicher Verstöße erfordert nicht, dass der vom Gesetzgeber zugrunde gelegte medizinische Standpunkt mit Sicherheit richtig ist.¹⁷⁰ Auch kann ein Gericht nicht seine Einschätzungen und Schlussfolgerungen schlicht an die Stelle des Ermessens des Gesetzgebers stellen.¹⁷¹ Es ist nicht Aufgabe der Gerichtsbarkeit, eine etwaige „schlechte Politik“ zu unterbinden, sondern nur gesetzgeberischer Willkür und grundrechtsfeindlicher Gesinnung Einhalt zu gebieten. Daher hat der Gesetzgeber jedenfalls dann eine Lockdown-Maßnahme zurückzunehmen, wenn eine große Mehrheit der wissenschaftlichen Forschung ihre Unwirksamkeit belegen kann.

f) Erforderlichkeit

Ebenso sind Lockdown-Maßnahmen zurückzunehmen, die gleich effektiv, aber eingriffsintensiver als alternative Maßnahmen wirken. Diese Perspektive lässt auch zu, dass sich gewisse Lockdown-Maßnahmen gegenseitig verfassungsrechtlich aufheben können. So wird beispielsweise diskutiert, ob bloße Kontaktverbote nicht das gelindere Mittel im Vergleich zu

¹⁶⁸ ORF, URL: <https://orf.at/corona/daten/oesterreich?ref=articletext> [abgerufen am 18.08.2021].

¹⁶⁹ Vgl die Metanalyse des *Robert-Koch-Instituts* von 27 einschlägigen Studien in: Rapid Review der Wirksamkeit nicht-pharmazeutischer Interventionen bei der Kontrolle der COVID-19-Pandemie (2020); vgl auch *Robert-Koch-Institut*, Auswirkungen der Maßnahmen zum Infektionsschutz auf das Wachstum der COVID-19-Epidemie: Mitgliedsstaaten der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), Januar - Juli 2020 (2020).

¹⁷⁰ VfSlg 8212/1977.

¹⁷¹ Vgl Thüringer Verfassungsgerichtshof 01.3.2021, VerfGH 18/20 75; EGMR U 23.9.1994, *Hokkanen gegen Finnland*, Nr. 19823/19 Z 55; EGMR U 25.11.1994, *Stjerna gegen Finnland*, Nr 18131/91 Z 39; EGMR, U 16.5.2013, *Garnaga gegen Ukraine*, Nr. 20390/07 Z 39 ff.

Ausgangsbeschränkungen darstellen.¹⁷² Beide Maßnahmen bezwecken und bewirken – zumindest rechtlich gesehen – das Gleiche: die Reduktion menschlicher Zusammenkünfte. Doch während Ausgangsbeschränkungen dazu führen, dass bereits das Verlassen des Wohnbereichs gerechtfertigt und gestattet werden muss, lassen Kontaktverbote die persönliche Bewegungsfreiheit der Bürger unberührt.

Bei vogelperspektivischer Betrachtung der Maßnahmen drängt sich jedenfalls die Frage auf, ob nicht bereits eine erhebliche Aufstockung medizinischer Kapazitäten im Gesundheitswesen hinsichtlich der Schutzzweckerfüllung ausreicht¹⁷³ und damit die gelindere Maßnahme im Vergleich zum Lockdown darstellt, weil kein Grundrechtseingriff vorgenommen wird und auch die wirtschaftlichen und sozialen Folgen vergleichsweise deutlich geringer ausfallen.¹⁷⁴ Eine derartige Aufstockung hat in Österreich jedenfalls nicht stattgefunden. So existierten laut OECD im vor der Pandemie zuletzt registrierten Zeitraum 28,9 Intensivbetten pro 100.000 Einwohner¹⁷⁵ – somit gesamt 2.547 Intensivbetten –, wohingegen zum derzeitigen Zeitpunkt im Jahr 2021 genau 2.053¹⁷⁶ Intensivbetten vorhanden sind. Dies kann nicht etwa darauf zurückgeführt werden, dass die Beschaffung von Intensivbetten oder Beatmungsgeräten problematisch wäre – denn sie ist es nicht –, sondern darauf, dass das Pflegepersonal auf Intensivstationen eine mehrjährige Ausbildung benötigt und eine Kompensation durch Pflegepersonal ohne entsprechende Intensivausbildung nur bedingt möglich ist.¹⁷⁷

¹⁷² *Fremuth*, Coronavirus und Menschenrechte, Die Bekämpfung des Coronavirus - Menschenrechtliche Grundlagen und Grenzen (2020) 19.

¹⁷³ In diesem Zusammenhang muss sich die Regierung jedenfalls den Vorwurf von gesetzlichen Versäumnissen in der Pandemie Vorbereitung gefallen lassen. Zwar war der Ausbruch und die Entwicklung der COVID-19-Pandemie in dieser Form nicht antizipierbar, doch war das Gesundheitswesen generell nicht auf eine Pandemie vorbereitet, mit der allein aus historischen Erfahrungen stets gerechnet werden muss. Der Grund für die Knappheit der medizinischen Versorgung liegt dabei im staatlich nicht aufgehaltenen, durch wachsenden ökonomischen Druck bedingten Abbau der Überhänge in den Versorgungsstrukturen und im Trend zur Privatisierung des Gesundheitswesens, was eine logistische „Just-in-time“-Strategie der Spitäler zur Folge hat (mwN *Grüner*, Katastrophen 80). Entsprechend prognostiziert *Ohde* bereits im Jahr 2007 einen Mangel an Beatmungsgeräten und persönlichen Schutzausrüstungsartikeln im Pandemiefall (*Ohde*, Influenzapandemieplanung auf kommunaler Ebene, Bevölkerungsschutz 3/2007, 23 [24]).

¹⁷⁴ Zu den Kosten des Lockdowns siehe Kapitel III. 4.2.

¹⁷⁵ *OECD*, URL: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1111057/umfrage/intensivbetten-je-einwohner-in-ausgewählten-ländern/> [abgerufen am 18.08.2021].

¹⁷⁶ *Österreichische Agentur für Ernährungssicherheit*, URL: https://covid19-dashboards.ages.at/data/Auslastung_COVID-19_Intensivpflegestation.pdf [abgerufen am 18.08.2021]; siehe auch *Bachner/Rainer/Zuba*, die von österreichweit 2.057 Intensivbetten ohne Zusatzkapazität ausgehen (*Bachner/Rainer/Zuba*, Fact-Sheet, Intensivpflege und COVID [2021]).

¹⁷⁷ *Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz*, Hintergrund-Informationen zur Bettenauslastung auf Intensivstationen (2021) 5; siehe auch die Umfrage aus Deutschland, wonach drei von vier Spitälern angaben, dass sie Probleme dabei haben, Stellen in der Intensivpflege zu besetzen (ZDF, Reichen die Intensivbetten in der Corona-Krise? (2020) URL: <https://zdfheute-stories-scroll.zdf.de/intensivbetten/corona/krankenhaeuser/index.html> [abgerufen am 18.08.2021].

Das bedeutet jedoch nicht, dass der Aufbau des Gesundheitssystems gesetzgeberisch nicht stärker hätte gefördert werden können bzw nicht stärker gefördert werden kann. Durch gezielte finanzielle Incentivierungen und eine Komprimierung der Ausbildungszeit beispielsweise ließe sich irgendwann der erforderliche Personalstand erreichen, der die Verhängung weiterer Lockdowns zur Vermeidung eines Zusammenbruchs der medizinischen Versorgung obsolet macht. Dabei stünden die vergleichsweise geringen Kosten durch den zusätzlichen Personalaufwand in keinem Verhältnis zu den enormen wirtschaftlichen und sozialen Folgekosten eines Lockdowns. In Anbetracht des Faktums, dass das COVID-19-Virus nicht verschwinden wird und dass systematische und strukturelle (und somit auch kapazitäts) Defizite innerhalb des Gesundheitswesens eine staatliche Schutzpflichtverletzung gemäß Art 2 EMRK darstellt, erscheint diese Lösung sogar geboten. Allerdings könnten die gesetzlichen Regelungen eines bestehenden Lockdowns nicht unmittelbar als verfassungswidrig aufgrund derartiger Versäumnisse unmittelbar aufgehoben werden, weil das gelindere Mittel des Aufbaus intensivmedizinischer Kapazitäten im Zeitpunkt der gerichtlichen Maßnahmenüberprüfung schließlich noch keine Wirkung entfaltet. Denkbar wäre daher allenfalls, dass der VfGH gemäß § 140 Abs 5 B-VG eine Frist von bis zu 18 Monaten für das Außerkrafttreten von gesetzlichen Lockdown-Bestimmungen bestimmt, binnen der dem Gesetzgeber die Abwicklung einer angemessenen Kapazitätsaufstockung zugemutet wird. Sollte der Gesetzgeber damit scheitern, wäre es ihm dadurch allerdings nicht verwehrt, notfalls neuformulierte Lockdown-Maßnahmen nach Ablauf der Frist zu beschließen.

4.2 Angemessenheit

Ein Grundrechtseingriff ist stets auch am Maßstab der verfassungsrechtlichen Angemessenheit (oder in den Worten des EGMR, ob die Maßnahme *„proportionate to the legitimate aim pursued“*¹⁷⁸ ist) zu prüfen; diese ist dann gewahrt, wenn der Eingriff nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.

Im Zuge eines Lockdowns wird dieses Verhältnis in dreifacher Hinsicht strapaziert und so einer besonderen Belastungsprobe unterzogen. Zum einen wird zugunsten eines einzigen Schutzguts

¹⁷⁸ *European Court of Human Rights*, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights 12; *European Court of Human Rights*, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights (2020) 46.

(ein nicht überlastetes Gesundheitssystem als insofern – wie bereits festgestellt – schwerwiegender Schutzzweck) nicht in den Schutzbereich eines einzigen Grundrechts, sondern in den mehrerer fundamentaler Grundrechte eingegriffen; und zwar substanziell in die persönliche Freiheit, die Freizügigkeit der Person und des Aufenthalts, die Eigentumsgarantie, die Erwerbsfreiheit, die Religionsfreiheit, die Versammlungsfreiheit und das Recht auf Privat- und Familienleben. Zum anderen stehen diese Grundrechte einer gesamten Bevölkerung dem Schutzgut einer vergleichsweise kleinen Risikogruppe gegenüber. Letztlich hat ein Lockdown nicht nur die Reduktion der Bürgerfreiheiten, sondern in erheblichem Maße auch negative wirtschaftliche, gesellschaftliche und auch gesundheitliche Auswirkungen zur Folge. So wird der volkswirtschaftliche Schaden für Österreich bis zum Jahr 2024 von *Agenda Austria* mit 175 Milliarden Euro beziffert,¹⁷⁹ in Deutschland berechnet das *ifo Institut* die Kosten eines Lockdowns mit 25 bis 57 Milliarden Euro pro Woche.¹⁸⁰ Die *WHO*, die im Übrigen schätzt, dass aufgrund der Corona-Maßnahmen allein im Jahr 2020 zusätzlich 83 bis 132 Millionen Menschen von Unterernährung betroffen waren,¹⁸¹ setzt Lockdowns auch mit einem Anstieg häuslicher Gewalt, psychischer Störungen¹⁸² und vorzeitiger Todesfälle von chronisch Kranken, die Spitäler seltener aufsuchen würden, in Verbindung.¹⁸³ Auch ein signifikantes und teilweise nicht aufholbares Bildungsdefizit geht mit dem Verbot von Präsenzunterricht an Schulen einher.¹⁸⁴

4.3 Das Legalitätsgebot als grundrechtliche Grenze des Lockdowns

Eine weitere grundrechtliche Grenze des Lockdowns stellt das Legalitätsprinzip als fundamentaler Ausdruck des rechtsstaatlichen Grundsatzes dar, das bundesverfassungsrechtlich in Art 18 B-VG verankert ist. Art 18 Abs 1 leg cit normiert zunächst die Gesetzesgebundenheit der

¹⁷⁹ *Agenda Austria*, So viel kostet uns die Corona-Krise, URL: <https://www.agenda-austria.at/grafiken/so-viel-kostet-uns-die-corona-krise/> [zuletzt abgerufen am 02.09.2021].

¹⁸⁰ *Dorn et al*, Die volkswirtschaftlichen Kosten des Corona-Shutdown für Deutschland: Eine Szenarienrechnung, ifo Schnelldienst 4/2020.

¹⁸¹ *Junge*, Corona verschärft den Hunger (2020), FAZ (13.07.2020).

¹⁸² Laut einer repräsentativen Studie des *Gallups Instituts* fühlten sich im Frühjahr 2021 ein Drittel der österreichischen Bevölkerung starken psychischen Belastungen ausgesetzt, die sich mitunter in Antriebsverlust, Erschöpfungszuständen, gesteigerter Reizbarkeit und Aggression und dem Verlust von Freude äußerte (ORF, Gruppe der stark Betroffenen wächst (21.04.2021), URL: <https://orf.at/stories/3210048/> [abgerufen am 02.09.2021]).

¹⁸³ *WELT*, WHO warnt vor negativen Folgen kompletter Lockdowns (2020), URL: <https://www.welt.de/politik/ausland/article218959586/Europa-Buero-der-WHO-warnt-vor-negativen-Folgen-kompletter-Lockdowns.html> [abgerufen am 02.09.2021].

¹⁸⁴ *Agenda Austria*, Die Kosten des Corona-Lockdowns für die Bildung (2020), URL: <https://www.agenda-austria.at/grafiken/die-kosten-des-corona-lockdowns-fuer-die-bildung/> [abgerufen am 02.09.2021].

Verwaltung und der Gerichtsbarkeit.¹⁸⁵ Danach kann jedes Staatshandeln nur auf Grundlage des Gesetzes und im Einklang damit ausgeübt werden; das Gesetz ist Voraussetzung und Schranke der Verwaltung zugleich.¹⁸⁶ Art 18 Abs 2 leg cit hebt das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage auch für das Erlassen von Verordnungen durch Verwaltungsbehörden hervor. Eine Verordnung entfaltet demnach nur insoweit Rechtskraft, als ihr ein Gesetz zugrunde liegt und sie dessen Anwendungsbereich und Normgehalt nicht transzendiert. Aus Art 130 Abs 3 geht hervor, dass das Gesetz dem Verordnungsgeber Ermessen einräumen kann. In diesem Fall muss der Gesetzgeber jedoch deutlich machen, dass und inwieweit die Behörde zur Ermessensübung ermächtigt ist und in welchem Sinn die Behörde vom Ermessen Gebrauch zu machen hat.¹⁸⁷ Eine Verordnung darf im Grundsatz also nur präzisieren, was in den wesentlichen Konturen bereits im Gesetz selbst determiniert ist.¹⁸⁸ Ziel und Zweck einer Verordnung kann daher nur die Durchführung eines bestehenden Gesetzes sein.¹⁸⁹

Davon ausgenommen sind Notverordnungen des Bundespräsidenten gem Art 18 Abs 3 leg cit. Dieser kann zur Abwehr eines offenkundigen, nicht wieder gutzumachenden Schadens für die Allgemeinheit auf Vorschlag der Bundesregierung gesetzesändernde Verordnungen eigenständig erlassen, sofern der Nationalrat nicht versammelt ist, nicht rechtzeitig zusammentreten kann oder in seiner Tätigkeit durch höhere Gewalt (zB Kriegshandlungen oder schwere Epidemien)¹⁹⁰ behindert ist. Allerdings wurde weder zur Zeit der COVID-19-Pandemie, noch sonst jemals von dieser Ausnahmebestimmung Gebrauch gemacht.¹⁹¹

Der Verordnungsgeber wiederum wird dem VfGH zufolge informationspflichtig.¹⁹² Überlasse der Gesetzgeber im Hinblick auf bestimmte tatsächliche Entwicklungen dem Verordnungsgeber die Entscheidung, welche aus einer Reihe möglicher, unterschiedlich weit gehender, aber jeweils Grundrechte auch intensiv einschränkender Maßnahmen er seiner Prognose zufolge und in Abwägung der betroffenen Interessen für erforderlich halte, habe der Verordnungsgeber seine Entscheidung auf dem in der konkreten Situation zeitlich und sachlich möglichen und zumutbaren Informationsstand über die relevanten Umstände, auf die das Gesetz maßgeblich abstellt, und nach Durchführung der gebotenen Interessenabwägung zu treffen. Der

¹⁸⁵ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht (2015) Rz 165 ff.

¹⁸⁶ Grabenwarter/Frank, B-VG, Bundes-Verfassungsgesetz und Grundrechte (2020) Rz 3.

¹⁸⁷ VfSlg 5810/1968.

¹⁸⁸ VfSlg 11.547/1987.

¹⁸⁹ VfSlg 2276/1952.

¹⁹⁰ Grabenwarter/Frank, B-VG Rz 19.

¹⁹¹ Ebda.

¹⁹² Vgl VfSlg. 15.765/2000, 11.972/1989, 17.161/2004, 20.095/2016.

Verordnungsgeber sei verpflichtet, die Wahrnehmung seines Entscheidungsspielraums im Lichte der gesetzlichen Zielsetzungen insoweit nachvollziehbar zu machen, als er im Verordnungserlassungsverfahren festhält, auf welcher Informationsbasis über die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände die Verordnungsentscheidung fußt und die gesetzlich vorgegebene Abwägungsentscheidung erfolgt ist, sodass nachgeprüft werden könne, ob die konkrete Verordnungsregelung dem Gesetz in der konkreten Situation entspreche. Die diesbezüglichen Anforderungen dürften naturgemäß nicht überspannt werden; sie würden sich maßgeblich danach bestimmen, was in der konkreten Situation möglich und zumutbar sei.¹⁹³

Vor dem Hintergrund dieses Legalitäts- und Informationsgebots hat der VfGH signifikante Bestimmungen diverser Verordnungen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für gesetzeswidrig erklärt und aufgehoben. Die bisherigen Erkenntnisse lauten im Wesentlichen: *„Keine gesetzliche Grundlage für allgemeines Betretungsverbot von öffentlichen Orten“*¹⁹⁴; *„Betretungsverbot für Gaststätten gesetzeswidrig“*¹⁹⁵; *„Verbot von Veranstaltungen mit mehr als 10 Personen gesetzeswidrig“*¹⁹⁶; *„Maskenpflicht an öffentlichen Orten in geschlossenen Räumen gesetzeswidrig“*¹⁹⁷; *„Maskenpflicht im Schulgebäude und Klassenteilung im Frühjahr waren gesetzeswidrig“*¹⁹⁸; *„Betretungsverbot für Gaststätten und Einlass von Besuchergruppen mit maximal vier Personen, wenn kein gemeinsamer Haushalt, und Mindestabstand zwischen Tischen von einem Meter waren gesetzeswidrig“*¹⁹⁹; *„Betretungsverbot für Sport- und Freizeitbetriebe gesetzeswidrig“*²⁰⁰; *„Auskunftspflicht an Gesundheitsbehörde bei COVID-19 gesetzeswidrig“*²⁰¹; *„Maskenpflicht im Mai 2020 im Handel war gesetzeswidrig“*.²⁰²

4.4 Die Entschädigungspflicht als grundrechtliche Grenze des Lockdowns

Die für gesetzeswidrig erklärten und aufgehobenen Maßnahmen stellen überwiegend Beschränkungen des Eigentumsrechts dar, in das massiv eingegriffen wurde. Während des ersten

¹⁹³ VfGH 01.10.2020, G 271/2020, V 463/2020 ua (V 463-467/2020-16).

¹⁹⁴ VfGH 14.07.2020, V 363/2020.

¹⁹⁵ VfGH 01.10.2020, V 429/2020; VfGH 01.10.2020, V 405/2020.

¹⁹⁶ VfGH 01.10.2020, V 428/2020.

¹⁹⁷ VfGH 01.10.2020, G 271/2020.

¹⁹⁸ VfGH 10.12.2020, V 436/2020.

¹⁹⁹ VfGH 01.10.2020, G 272/2020.

²⁰⁰ VfGH 09.03.2021, V 530/2020.

²⁰¹ VfGH 10.03.2021, V 573/2020.

²⁰² VfGH 08.06.2021, V 587/2020.

Lockdowns landesweit in Salzburg, Kärnten, Tirol und Vorarlberg durch Verordnungen auf Grund des Epidemiegesetzes 1950, BGBl. Nr. 186/1950 und bundesweit durch die COVID-19-Maßnahmenverordnung-96, BGBl. II Nr. 96/2020 und COVID-19-Lockerungsverordnung, BGBl. II Nr. 197/2020, auf Grund des COVID-19 Maßnahmengesetzes, BGBl. I Nr. 12/2020. Im Wesentlichen wurden hierdurch Betretungsverbote für Beherbergungsbetriebe (vom 17. März 2020 bis zum 29. Mai 2020), Gastronomiebetriebe (vom 17. März 2020 bis zum 14. Mai 2020), Handelsbetriebe (vom 16. März 2020 bis zum 30. April 2020) und Sport- und Freizeitbetriebe (vom 16. März 2020 bis zum 14. Mai 2020) verordnet, was mit Ausnahme für Gastronomiebetriebe, denen gem § 3 Abs 5 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 zumindest die Auslieferung von Speisen gestattet war, deren unmittelbare Schließung zur Folge hatte.

Der zweite Lockdown wurde durch die COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 463/2020 die COVID-19-Notmaßnahmenverordnung und die 2. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 544/2020, jeweils auf Grund des COVID-19 Maßnahmengesetzes verordnet. Der sogenannte dritte Lockdown wurde durch die 3. COVID-19 Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 566/2020 und die 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 598/2020 ebenfalls auf Grund des COVID-19 Maßnahmengesetzes verordnet. Dabei ist durch die Differenzierung zwischen dem zweiten und dritten Lockdown für Beherbergungs-, Gastronomie, Freizeit- und Sportbetriebe nichts gewonnen, da diese seit dem 3. November 2020 dem erneuten Betretungsverbot durchgängig unterlagen – lediglich Handelsbetrieben war die Öffnung zwischen dem 7. Dezember 2020 und dem 23. Dezember 2020 gestattet. Die Einschränkungen blieben im Wesentlichen bis zum 19. Mai 2021 wirksam, als erste Öffnungsschritte durch die COVID-19-Öffnungsverordnung auf Grund des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. I Nr. 12/2020 und des Epidemiegesetzes 1950, BGBl. Nr. 186/1950 gesetzt wurden. Die 2. COVID-19-Öffnungsverordnung, ebenfalls auf Grund des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. I Nr. 12/2020 und des Epidemiegesetzes 1950, BGBl. Nr. 186/1950 trat mit 1. Juli 2021 in Kraft und brachte weitere Öffnungen aller Bereiche des öffentlichen Lebens mit sich.

Das Recht auf Achtung des Eigentums wird in Art 5 StGG und Art 1 1. ZPEMRK verfassungsrechtlich gewährleistet und umfasst alle vermögenswerte Privatrechte²⁰³ und Interessen²⁰⁴ sowohl natürlicher, als auch juristischer Personen.²⁰⁵ Im Hinblick auf Eingriffe in das

²⁰³ VfSlg 71, 1305, 3508, 12.227, 13.164, 19.904; VwGH 26. 4. 1995, 94/07/0147.

²⁰⁴ *Muzak*, Art 5 StGG, B-VG⁶ (2020) Rz 3.

²⁰⁵ VfSlg 2680/1954; 5513/1967.

Eigentumsrecht wird in ständiger Judikatur des VfGH zwischen Enteignungen im engeren Sinn und Eigentumsbeschränkungen differenziert. Eine Enteignung im engeren Sinn liegt dann vor, wenn eine Sache durch einen Verwaltungsakt oder unmittelbar kraft Gesetzes (Legalenteignung) dem Eigentümer zwangsweise entzogen und auf den Staat, eine öffentliche Körperschaft oder eine gemeinnützige Unternehmung übertragen wird oder wenn daran auf gleiche Weise fremde Rechte begründet werden.²⁰⁶ Sonstige Eigentumseingriffe („*Eigentumsbelastungen*“)²⁰⁷ werden als Eigentumsbeschränkungen qualifiziert.²⁰⁸

Der EGMR erkennt in der Auslegung des Art 1 1. ZPEMRK überdies zu, dass eine jede sinnvolle Nutzung des Eigentums ausschließende staatliche Maßnahme einer Eigentumsentziehung (*de-facto*-Enteignung bzw materielle Enteignung) gleichkommt und daher auch als solche zu werten ist.²⁰⁹ Man sei dazu angehalten, über den äußeren Anschein hinaus zu blicken und die Realität der strittigen Situation zu analysieren, weil der Normzweck der Konvention darauf abziele, konkrete und effektive Rechte zu schützen.²¹⁰ Ein Eigentumsentzug iSd Art 1 S 2 1. ZPEMRK ist daher in verschiedenen Situationen (unabhängig von der nationalrechtlichen Qualifikation) dann anzunehmen, wenn das Substrat eines individuellen Eigentumsrechts ausgelöscht wird.²¹¹

Der VfGH kam in seiner Entscheidung vom 14. Juli 2020 zu dem Schluss, dass das Betretungsverbot der COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 iVm § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz für Beherbergungs-, Gastronomie-, Handels-, Sport- und Freizeitbetriebe während des ersten Lockdowns keine Vermögensverschiebung auslöste und die zivilrechtliche Eigentumsposition unberührt ließ, somit keine Enteignungen im formellen Sinn bewirkte. Im Hinblick auf die kurze Geltungsdauer des Betretungsverbotes könne auch nicht davon gesprochen werden, dass dieses in seiner Wirkungsweise einer Enteignung gleichgekommen wäre.²¹²

Die (bemerkenswerterweise einzige) Begründung für das Nichtvorliegen einer *de-facto*-Enteignung durch Betretungsverbote, die Betriebsschließungen unmittelbar zur Folge hatten, erscheint dürftig. Der EGMR hat die Schwierigkeit zugegeben, die Trennlinie zwischen formellen

²⁰⁶ VfSlg 9911/1983.

²⁰⁷ VfSlg 8195.

²⁰⁸ VfSlg 12.227, 18.257, 19.119.

²⁰⁹ EGMR U 18. 2. 1991, *Fredin gegen Schweden*, Nr 12033/86.

²¹⁰ EGMR U 23.09.1982, *Sporrong und Lönnroth gegen Schweden*, Nr 7151/75 7152/75 Z 63.

²¹¹ Vgl *European Court of Human Rights*, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention of Human Rights (2020) 20.

²¹² VfGH 14. 7. 2020, G 202/2020 Rz 92.

Enteignungen und de-facto-Enteignungen in Einzelfällen nachzuzeichnen,²¹³ zumal die Grenze einer *de-facto*-Enteignung zur bloßen Eigentumsnutzungsregelungen fließend ist.²¹⁴ Dennoch oder gerade deshalb wäre es für den VfGH angebracht gewesen, seine Begründung stärker zu substantiieren.

Es erweist sich jedenfalls als problematisch, im Zuge der Klassifizierung eines Eigentumseingriffs ausschließlich auf die zeitliche Dimension der Maßnahme abzustellen; von diesem Modus gänzlich abzusehen nur *prima facie*. Einerseits entbehrt die Argumentation der Zeitlichkeit jedweder Objektivität und ebnet den Weg zur Willkür bei der Determinierung, welche Zeitgrenze der Geltungsdauer einer Maßnahme zu einer unterschiedlichen Kategorisierung des Eigentumseingriffs führen soll. Andererseits erscheint eine *de-facto*-Enteignung für einen kurzen Zeitraum zunächst skurril – auf den zweiten Blick jedoch nicht abwegig. Eine kurze Geltungsdauer mag zwar in der Praxis unrealistisch sein, denkunmöglich ist sie in der Theorie jedenfalls nicht. Unstrittig ist, dass eine formelle Enteignung unmittelbar nach Erledigung des entsprechenden Verwaltungsaktes rechtswirksam ist und nicht etwa nach Ablauf einer zunächst unbestimmten, gerichtlich *ex post* festzustellenden Frist. Aus materiellrechtlicher Sicht des Enteigneten ist eine formelle Enteignung und eine de-facto-Enteignung jedoch kongruent. Warum also im einen Fall ein Maßstab angesetzt werden soll, der im anderen Fall keine Relevanz hat, ist nicht nachvollziehbar. Dafür spricht auch die Sichtweise des EGMR, welcher eine Enteignung als einmaligen Akt betrachtet, der keinen andauernden Zustand des Eigentumsentzugs begründet.²¹⁵ Umso weniger kann demzufolge umgekehrt die Dauer des Zustands einer Maßnahme den Akt einer Enteignung begründen; die Zeitlichkeit der Maßnahme spielt schlicht eine untergeordnete Rolle. Die Begründung des VfGH ist diesbezüglich daher unzureichend.

Vielmehr als die zeitliche erscheint eine andere Perspektive erörterungswürdig. Im Fall *Papamichalopoulos et al gegen Griechenland*²¹⁶ wurde die Errichtung eines Marinestützpunktes auf dem Grundstück des Beschwerdeführers als *de-facto*-Enteignung ausgelegt, weil dies dem Beschwerdeführer verunmöglichte, das Grundstück zu verkaufen, zu vererben, zu verpfänden oder zu verschenken. In *Sporrong und Lönnroth gegen Schweden*²¹⁷ stellte der EGMR bei der

²¹³ *European Court of Human Rights*, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention of Human Rights (2020) 20.

²¹⁴ Vgl Ziniel, Art 17, in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² Rz 41.

²¹⁵ EGMR E 13.12.2000 (GK), *Malhous gegen Tschechien*, Nr 33071/96 Z 35; vgl auch *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention § 25. Wirtschaftliche Grundrechte Z 13.

²¹⁶ EGMR U 24.06.1993, *Papamichalopoulos et al gegen Griechenland*, Nr 14556/89.

²¹⁷ EGMR U 23.09.1982, *Sporrong und Lönnroth gegen Schweden*, Nr 7151/75 7152/75.

Begründung, wonach die Belastung eines Besitzes durch ein Bauverbot und eine Enteignungsgenehmigung keine *de-facto*-Enteignung darstellt, maßgeblich darauf ab, dass der Eigentümer weiterhin die Möglichkeit besaß, sein Eigentum zu benutzen und zu verkaufen.

Ziniel erblickt in der Judikatur des EGMR daher das Erfordernis einer Einschränkung *jeder* Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeit durch eine Maßnahme, damit diese als *de-facto*-Enteignung qualifiziert werden könne.²¹⁸ *Grabenwarter* ist präziser und konstatiert dem Wortlaut seiner Ausführungen nach eine weitere Auslegungspraxis des EGMR, wonach bei der Beurteilung einer *de-facto*-Enteignung darauf abgestellt werde, ob die verbleibende Rechtsposition noch eine *sinnvolle* Nutzung der betroffenen vermögenswerten Gegenstände zulasse.²¹⁹

Die Möglichkeit der Veräußerung ist den Betriebseigentümern während des Lockdowns *de jure* jedenfalls nicht versagt und würde nach *Ziniels* Auffassung der bisherigen Rechtsprechung des EMGR einer Einordnung der Maßnahme als *de-facto*-Enteignung entgegenstehen. Allerdings fällt im Unterschied zu *Sporring und Lönnroth gegen Schweden* schwerer ins Gewicht, dass die Betretungsverbote das Ziel und den Zweck der Eigentumsobjekte (die Beherbergung von Gästen, das Veranstellen von Sport- bzw Freizeitaktivitäten etc) vollständig unterminieren. Dadurch ist die Nutzung des Betriebes *als solcher* verwehrt und eine anderweitige Nutzung des Eigentumsobjekts sinnbefreit. Auch die Veräußerung der Betriebe ist während eines Lockdowns im Hinblick darauf, dass das Eigentumsobjekt erwartungsgemäß mehrere Monate bzw Jahre (insbesondere Nachtgastronomiebetriebe) blockiert sein wird, wohl unersprießlich. Die Qualifikation als *de-facto*-Enteignung wäre gemäß *Grabenwarters* Auslegung also noch möglich und durchaus plausibel. Bediente man sich der Definition des schweizerischen Bundesgerichts, wonach eine materielle Enteignung dann vorliegt, wenn „*dem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil ihm eine wesentliche aus dem Eigentum fließende Befugnis entzogen wird*“,²²⁰ wären die Voraussetzungen durch Betretungsverbote bzw Betriebs-schließungen mit großer Wahrscheinlichkeit erfüllt.

Nach der umstrittenen²²¹ Rechtsprechung des VfGH löst sowohl eine Eigentumsbeschränkung, als auch eine Enteignung nicht in jedem Fall eine Verpflichtung des Gesetzgebers, eine

²¹⁸ *Ziniel*, GRC-Kommentar Art 17 Rz 41.

²¹⁹ *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention § 25. Wirtschaftliche Grundrechte Rz 12.

²²⁰ BGE 105 Ia 339.

²²¹ Vgl *Muzak*, Art 5 StGG, B-VG⁶ (2020) Rz 12.

Entschädigung vorzusehen, aus.²²² Die Frage nach einer Entschädigungspflicht ist ihm zufolge stattdessen mit der *Sonderopfertheorie* als Konzept des Verhältnismäßigkeits- und Gleichheitsgrundsatzes zu beantworten. Danach hat sich die Allgemeinheit an Vermögensnachteilen einer Einzelperson angemessen zu beteiligen, wenn diese schwerwiegende Belastung zugunsten der Gesellschaft auf sich nehmen muss.²²³

Der EGMR fordert ebenfalls einen fairen Ausgleich zwischen den Allgemeininteressen der Gemeinschaft und den Interessen des Einzelnen, dessen Eigentumsrecht berührt wird²²⁴ und betont, dass die Berufung auf mangelnde Haushaltsmittel den Staat von dieser Verpflichtung nicht dispensiert.²²⁵ Dieser Ausgleich ist nicht erreicht, wenn dem Einzelnen eine individuelle und exzessive Last auferlegt wird.²²⁶ In seiner Rechtsprechung gegenüber dem VfGH ist der EGMR insofern strenger, als die Nichtgewährung einer Entschädigung in der Regel zur Verletzung des Art 1 1. ZPEMRK führt, sodass von einer grundsätzlichen Entschädigungspflicht im Falle einer Enteignung auszugehen ist.²²⁷ Das Vorhandensein einer Sonderopferkonstellation ist für den EGMR daher auch weniger ein Kriterium dafür, ob eine Entschädigungspflicht besteht, sondern vielmehr relevant für die Frage, wie hoch die Enteignungsentschädigung zu bemessen ist. Wo hingegen für ein Sonderopfer tendenziell der volle Ersatz des Markt- oder Verkehrswertes des enteigneten Objekts zum Zeitpunkt der Enteignung zu gewähren ist, kann die Entschädigung bei einer Enteignung, die einen größeren Bevölkerungskreis betrifft (Globalenteignung) auf eine unter dem Verkehrswert liegende Kompensation beschränkt sein.²²⁸ Da es sich bei Betretungsverboten jedenfalls um gravierende Eigentumseingriffe handelt, ist eine grundsätzliche Entschädigungspflicht als weitere grundrechtliche Grenze in einem Lockdown zu bejahen.

Der auffälligste Unterschied zum ersten Lockdown bestand während der nachfolgenden Lockdowns darin, dass den betroffenen Unternehmen ein branchenmäßig differenzierender Umsatzersatz²²⁹ von bis zu 80 Prozent (im November 2020) bzw 50 Prozent (im Dezember 2020) des Umsatzes der Vorjahresperiode und ab dem 16. Dezember 2020 ein sogenannter

²²² Vgl Ellor/Wachter, Die Rechtsprechung des VfGH zu den „Corona-Regelungen“ der Bundesregierung, Eine Analyse ausgewählter Entscheidungen, ÖJZ 2021/3 (12) 13; VfSlg 2572/1953, 2680/1954; VfGH 4.10.2018, E 1818/2018.

²²³ Wimmer, Art 11 TLO, in Bußjäger/Gamper/Ranacher [Hg], Tiroler Landesverfassungsrecht (2020) Rz 25.

²²⁴ Vgl EGMR U 23.09.1982, *Sporrong und Lönnroth gegen Schweden*, Nr 7151/75 7152/75.

²²⁵ Vgl Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar (2009) Art. 1 des 1. ZP, Rz 69, 183.

²²⁶ EGMR U 23.4.1996, *Phocas gegen Frankreich*, Nr 17869/91 Z 84.

²²⁷ Vgl Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Entschädigung für enteignetes oder vergesellschaftetes Vermögen aus völkerrechtlicher Sicht (2020) 6; Muzak, Art 5 StGG, B-VG⁶ (2020) Rz 12.

²²⁸ Vgl Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Entschädigung 7.

²²⁹ VO Lockdown-Umsatzersatz, BGBl. II Nr. 503/2020.

Verlustersatz²³⁰ ausgekehrt wurde, wohingegen während des ersten Lockdowns nur unter Umständen die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Härtefallfonds, des Fixkostenzuschusses und der Kurzarbeitshilfe bestand. Einer allenfalls bestehenden Entschädigungspflicht des Gesetzgebers wurde während des zweiten und dritten Lockdowns somit jedenfalls nachgekommen.

Die Bestimmungen des ersten Lockdowns gemäß COVID-19-Maßnahmengesetzes iVm § 1 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 sahen für die erfolgten Betretungsschließungen im Gegensatz zu § 32 Abs 1 Z 5 Epidemiegesetz 1950 keine Entschädigungen vor. Da der Gesetzgeber das Betretungsverbot jedoch nicht als isolierte Maßnahme erlassen habe, sondern in ein umfangreiches Maßnahmen- und Rettungspaket (Härtefallfonds, Fixkostenzuschuss und Kurzarbeitshilfe) eingebettet habe, das funktionell darauf abziele, die wirtschaftlichen Auswirkungen des Betretungsverbotes auf die davon betroffenen Unternehmen bzw allgemein die Folgen der COVID-19-Pandemie abzufedern und damit eine im Wesentlichen vergleichbare Zielrichtung wie die Einräumung von Ansprüchen auf Entschädigung nach § 32 Epidemiegesetz 1950 habe, könne dahingestellt bleiben, ob die Anordnung des zeitlich begrenzten Betretungsverbotes durch § 1 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 eine derart gravierende Eigentumsbeschränkung darstellt, die bereits für sich genommen entschädigungspflichtig wäre.²³¹ Dabei verkennt der Gerichtshof, dass Konstellationen denkbar sind, in denen ein Betrieb zwar vom Betretungsverbot nach § 1 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 betroffen war, aber mangels subjektiver Rechte weder Härtefallfonds, noch Fixkostenzuschuss oder Kurzarbeitshilfe beanspruchen durfte.²³²

5. Ergebnis

Im Ergebnis ist ausschließlich der Schutz vor einer Überlastung des Gesundheitswesens prinzipiell geeignet, die Grundrechtseinschränkungen eines Lockdowns verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Der Schutz der Volksgesundheit entpuppt sich als fiktives Rechtsgut, das keine über die summativ Bezeichnung individueller Gesundheitszustände hinausgehende normative Bedeutung besitzt. Lockdown-Maßnahmen in Form von Veranstaltungsverböten, Ausgangssperren, Kontaktverböten und Betretungsverböten für Gastronomie, Handel und Hotellerie zum

²³⁰ VO über die Gewährung eines Verlustersatzes, BGBl. II Nr. 568/2020.

²³¹ VfGH 14. 7. 2020, G 202/2020 Rz 100 ff.

²³² Dieser Meinung auch *Muzak*, Art 5 StGG, B-VG⁶ (2020) Rz 12.

Schutz vor Infektionen verfolgen zwar grundsätzlich einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck, scheitern allerdings kategorisch an der Verhältnismäßigkeitsüberprüfung, weil sie nicht geeignet sind, diejenigen Grundrechtsträger zu schützen, die auch freiwillig auf ihre Freiheitsausübung verzichten würden (bzw angesichts der Möglichkeit einer fakultativen Selbstisolation oder einer Impfung als gelindere Mittel nicht erforderlich sind), und auch nicht der Schutz desjenigen Teils der Bevölkerung als gesetzgeberischen Zweck reklamiert werden kann, der die Lockdown-Maßnahmen gezwungenermaßen befolgt, da die subjektive Nutzenabwägung dieser Grundrechtsträger zur Unangemessenheit der Maßnahmen führt (bzw wiederum ein unzulässiger Schutz des Menschen vor sich selbst entsteht). Ein Lockdown ist auch (verfassungsrechtlich) ungeeignet, den Schutz vor sozialen Folgekosten zu fördern, da die volkswirtschaftlichen Kosten eines Lockdowns einen allenfalls verhinderten finanziellen Schaden für das Gesundheitswesen jedenfalls übersteigen; zudem sind Grundrechtseinschränkungen zum Schutz vor sozialen Folgekosten bereits auf grundrechtsdogmatischer Ebene zurückzuweisen. Weitere grundrechtliche Grenzen des Lockdowns ergeben sich aus dem Legalitätsgebot und der grundsätzliche Entschädigungspflicht im Falle von (*de-facto*-)Enteignungen.

III. Grundrechtliche Grenzen der Impfdiskriminierung

Ein langfristiger Ausblick auf die zukünftige Pandemiebekämpfung erfordert es, sich derjenigen Tendenz zuzuwenden, die nicht nur am kontroversesten diskutiert wird, sondern die sich auch am stärksten abzeichnet: Der Zugewinn an Rechten und Freiheiten ausschließlich für Geimpfte, die diverse Dienstleitungen wieder in Anspruch nehmen dürfen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist bereits eine gesundheitsrechtliche Beweislastumkehr durchgesetzt, aufgrund derer die österreichischen Staatsbürger so lange nicht als gesund gelten, bis sie dies mittels eines negativen COVID-19-Test, einer nachgewiesenen Genesung oder Impfung belegen können. Für den Herbst 2021 ist seitens der Regierung bereits angekündigt, lediglich geimpften Personen den Zugang zur Nachtgastronomie zu gewähren (*IG-Regel*).²³³ Die Einen bewerten diese Entwicklung als begrüßenswertes Aufleben der alten Freiheiten, das gleichzeitig die Gefahr des Virus nicht außer Acht lässt. Die Anderen erblicken darin die ersten Vorzeichen einer Zweiklassengesellschaft und Impfpflicht, die sich früher oder später entweder *de jure* oder *de facto* manifestiert. Je nach Standpunkt findet also entweder eine Stärkung, oder eine Beschneidung bzw Verletzung der Grundrechte statt. Die verfassungsrechtliche Qualität dieses Phänomens erscheint also jedenfalls erörterungswürdig.

1. Freiwillige Diskriminierung

Betrachten wir zunächst Diskriminierung im Zusammenhang mit Impfungen, die unabhängig von gesetzlichen Auflagen erfolgt. Grundsätzlich steht es Betriebsinhabern wie Gastronomen, Hoteliers, Dienstleistern oder Kaufmännern bzw Kauffrauen frei, Personen den Zugang zu Dienstleistungen oder Gütern zu verweigern. Auf bundesgesetzlicher Ebene wird eine Diskriminierung im hiesigen Kontext nur dort untersagt, wo ihre Ursache gemäß § 31 GIBG auf das Geschlecht, die ethnische Zugehörigkeit oder gemäß Art 3 Abs 1 Z 3 EGVG in ungerechtfertigter Weise auf ein religiöses Bekenntnis oder eine Behinderung zurückzuführen ist. In der Arbeitswelt wird dieser Schutzbereich um ein Diskriminierungsverbot iZm der Weltanschauung, des Alters und der sexuellen Orientierung bundesgesetzlich erweitert (§ 17 Abs 1 GIBG). Die gleiche Erweiterung des Schutzbereichs wird teilweise durch diverse Landesgesetze (zB

²³³ Bundeskanzler Kurz, Pressekonferenz, Bundeskanzleramt (21.08.2021).

das Wiener Antidiskriminierungsgesetz) auch beim Zugang zu Dienstleistungen oder Gütern wirksam.

1.1 Unmittelbare Diskriminierung

Die Verweigerung des Zugangs zu Dienstleistungen oder Gütern für (bzw die Kündigung oder Nichteinstellung von) Personen, die nicht geimpft sind, weil sie nicht geimpft sind, stellt jedenfalls keine unmittelbare Diskriminierung iSd des am ehesten in Betracht kommenden Kriteriums der Weltanschauung dar. Selbst wenn man eine Impfgegnerschaft der Impfverweigerer, die vorhanden sein kann, aber nicht vorhanden sein muss, als Weltanschauung qualifiziert, wäre diese Weltanschauung *per se* nicht der plausible Grund für die Verweigerung, sondern schlechthin der Umstand, dass aus Sicht des Betriebsinhabers ein erhöhtes Infektionsrisiko von Impfverweigerern ausgeht. Damit bezieht sich die Verweigerung auf jede Person, die nicht geimpft ist, unabhängig davon, warum sie nicht geimpft ist und somit auch unabhängig von einer etwaigen Weltanschauung, insbesondere, da die subjektiven Gründe gegen eine Impfung vielfältig sein können und die entsprechende Entscheidung dagegen auch durch schlichtes Desinteresse motiviert sein kann.²³⁴

1.2 Mittelbare Diskriminierung

Daher kommt allenfalls nur eine *mittelbare* Diskriminierung in Betracht, die dann vorliegt, wenn sich ein an sich neutrales Kriterium in der Anwendung einer Maßnahme so auswirkt, dass einer bestimmten Gruppe zugehörige Mitglieder regelmäßig und überproportional benachteiligt werden und die Maßnahme nicht durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist, nicht angemessen ist oder nicht zur Erreichung des Zieles nicht erforderlich ist.²³⁵ Danach spielt es im vorliegenden Szenario für die Verwirklichung einer mittelbaren Diskriminierung keine Rolle, ob die Verweigerung des Zugangs zu Dienstleistungen oder Gütern durch den Betriebsinhaber lediglich aus gesundheitlichen Überlegungen erfolgt. Es reicht bereits aus, wenn durch

²³⁴ Vgl. *Grüner*, Katastrophen, 239.

²³⁵ Vgl. *Bundesministerium für Arbeit*, URL: https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/gleichbehandlung/Seite.1860100.html [abgerufen am 18.08.2021].

diese Praxis die Gruppe einer bestimmten Weltanschauung unfreiwillig regelmäßig und überproportional benachteiligt wird.

Impfgegner könnten dies für sich beanspruchen, wenn die Position der Impfb ablehnung im Rahmen einer Weltanschauung geschützt wäre. Für den EGMR müssen Sichtweisen ein gewisses Maß an den insofern konstitutiven Merkmalen der „*cogency, seriousness, cohesion and importance*“²³⁶ erreichen, um als Weltanschauung iSd Art 9 Abs 1 EMRK zu gelten. Nach *Krasser* wären diese Merkmale unter Umständen vorhanden, wenn eine Person jeden Eingriff in ihre körperliche Integrität inklusive Impfungen ablehnte und ihr Leben dieser Überzeugung entsprechend ausrichtete. Demgegenüber könne eine einzelne Meinung oder Überzeugung – wie etwa, dass Impfungen nicht den Menschen, sondern nur den Pharmakonzernen nützen würden oder dass Impfungen die Wahrscheinlichkeit von Autismus erhöhten – dem ganzheitlichen Anspruch, der an Weltanschauungen gestellt wird, wohl nicht gerecht werden.²³⁷ Unzweifelhaft ist jedenfalls, dass es religiöse Glaubensgemeinschaften gibt, die eine Impfung als Folge ihre Lehren ablehnen.²³⁸ Das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung von ungeimpften Religionsgemeinschaften erscheint daher noch am plausibelsten, wenn diesen der Zugang zu Dienstleistungen und Gütern verwehrt wird.

1.3 Sachliche Rechtfertigung

Es verbleibt dann allerdings noch die Möglichkeit, eine potentielle sachliche Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme ins Treffen zu führen, um die Qualifikation als unzulässige mittelbare Diskriminierung zu verhindern. Der Schutz zB der Gäste in einem Restaurant käme als sachliche Rechtfertigung dafür jedenfalls nicht in Frage, da für geimpfte Gäste ohnehin ein hochwirksamer Schutz besteht, dessen allenfalls minimale Steigerung durch die Maßnahme der Zutrittsverweigerung für Ungeimpfte diese unangemessen erscheinen lässt; zudem würde durch die verpflichtende Vorlage eines Genesungs- bzw Gesundheitsnachweises mindestens der gleiche Schutz gewährleistet werden. Der Schutz ungeimpfter Gäste im Restaurant als sachliche Rechtfertigung entfällt ebenso, da diese bei konsequenter Anwendung der

²³⁶ EGMR U 25.02.1982, *Campbell und Cosans gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 7511/76, 7743/76 Z 36.

²³⁷ *Krasser*, Die grundrechtliche Zulässigkeit einer Impfpflicht in Österreich (2019) 53.

²³⁸ So zB christliche Amische in den USA und ultraorthodoxe Juden in New York (Vgl *Meyer/Reiter*, Impfgegner und Impfskeptiker - Geschichte, Hintergründe, Thesen, Umgang, Bundesgesundheitsblatt Band 47 (2004) 1182.

Maßnahme nicht anwesend sein können; nur bei einer willkürlichen Anwendung der Maßnahme, die dann aber die Sachlichkeit ihrer eigenen Rechtfertigung annulliert und *eo ipso* zu ihrer Unzulässigkeit führt. Der Schutz ungeimpfter Angestellter als Rechtfertigung wäre demgegenüber wohl vertretbarer, insbesondere, wenn dabei die Vermeidung von Mitarbeiterausfällen aufgrund Infektionen mit COVID-19 ins Auge gefasst wird. Zusätzliches Gewicht könnte diese Argumentation in der Arbeitswelt bei der Einstellung von Personal erlangen.

1.4 Widerspruch zu einfachgesetzlichen Bestimmungen unproblematisch

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive wäre allerdings selbst ein Widerspruch zu den vorgenannten bundesgesetzlichen bzw landesgesetzlichen Vorschriften prinzipiell unproblematisch, da es sich um einfachgesetzliche Bestimmungen handelt, deren gleichheitsrechtliche Aspekte jederzeit durch neue Regelungen des Gesetzgebers derogiert und vermindert werden können; jedenfalls insoweit, als die neuen Bestimmungen den Rahmen der Verfassungskonformität nicht überspannen und die sich aus den Grundrechten ergebenden einschlägigen Schutzpflichten nicht verletzen.

Diesen Rahmen bilden zunächst die grundrechtlichen Gleichheitsgebote aus Art 2 StGG und Art 7 B-VG, welche die gesamte Vollziehung²³⁹ und den Gesetzgeber,²⁴⁰ nicht jedoch natürliche oder juristische Personen bzw Dienstleister oder Produzenten binden. Im Grundsatz unterliegen Private bei der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse untereinander im Gegensatz zum Staat keiner Gleichbehandlungspflicht,²⁴¹ denn – so Murswiek – „*Bürgerliche Freiheit ist auch die Freiheit zu willkürlicher Ungleichbehandlung*“.²⁴² Im „*quasi-öffentlichen Bereich*“²⁴³

²³⁹ Muzak, B-VG, Art 2 StGG Rz 18.

²⁴⁰ Ebda Rz 21.

²⁴¹ Grabenwarter/Frank, Art 7 B-VG Rz 13.

²⁴² Murswiek, Die Pflicht des Staates zum Schutz vor Eingriffen Dritter nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, in Konrad (Hg), Grundrechtsschutz und Verwaltungsverfahren/Internationaler Menschenrechtsschutz (Berlin 1985) 213 (234); vgl auch Sachs: „*Der in seiner Verhaltensfreiheit grundrechtlich geschützte Mitbürger hat (...) grundsätzlich das Recht zur Beliebigkeit, zur Willkür; er ist prinzipiell nicht zu rationalem Handeln, zur Verfolgung nur legitimer Ziele, zum Einsatz verhältnismäßiger Mittel verpflichtet, und ebenso wenig dazu, die Unterscheidungen, die er macht, mit sachlichen Gründen aus den Verschiedenheiten der Situation zu rechtfertigen. In einem von dieser Freiheit geprägten Verfassungssystem kann es keine umfassende Pflicht zur Gleichbehandlung geben, wie sie den Staat trifft, kann das gegenüber dem Mitbürger zu schützende Gleichheitsanliegen nicht so weit reichen wie gegenüber dem Staat*“ (Sachs, Diskriminierungsverbote im Spannungsfeld zu Freiheitsrechten, in Klein/Christoph (Hg), Universalität, Schutzmechanismen, Diskriminierungsverbote (2008) 325 (348).

²⁴³ So nennt Altwickler den Bereich des Zugangs zu „*zu öffentlichen und quasi-öffentlichen Orten, Dienstleistungen und Gütern, die der Allgemeinheit, d.h. einem nicht von vornherein abgrenzbaren Personenkreis, zu dienen bestimmt sind*“. Dieser Bereich sei im Gegensatz zum „*engeren Privatbereich oder Persönlichkeitsbereich*“ und

besteht aufgrund der mittelbaren Drittwirkung des Gleichheitsgrundsatzes ausnahmsweise Kontrahierungszwang überall dort, wo faktische Übermacht eines Beteiligten bei bloß formaler Parität die Möglichkeit der Fremdbestimmung über andere gibt.²⁴⁴ Darum darf ein Unternehmer, der die Leistung bestimmter Sachen oder Dienste öffentlich in Aussicht gestellt hat, einem Interessenten die zur Deckung seines Normalbedarfs nötigen Leistungen nicht verweigern, wenn dem Interessenten zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen, es sei denn, der Unternehmer kann für die Weigerung sachlich gerechtfertigte Gründe ins Treffen führen.²⁴⁵ Da nicht der Not-, sondern bereits der Normalbedarf (das ist der für eine durchschnittliche Lebensführung erforderliche Bedarf) ausreicht, um einen (in die Privatautonomie eingreifenden) Kontrahierungszwang zu begründen,²⁴⁶ ist fraglich, ob Gastronomie-, Veranstaltungs- und Hotelbetriebe (etc) hiervon grundsätzlich erfasst sein können; mangels gesetzlicher Diskriminierung und weil schließlich nicht alle Betriebsinhaber freiwillig Ungeimpfte diskriminieren würden, wären allerdings stets zahlreiche pflichtendbindende Ausweichmöglichkeiten für Personen, denen der Zugang verwehrt würde, vorhanden. Eine derartige Diskriminierung wäre aufgrund der Akzessorietät des Diskriminierungsverbots aus Art 14 EMRK zu den Konventionsfreiheiten auch der konventionsrechtlichen Überprüfung entzogen, weil es sich beim Zugang zu bspw Restaurants oder Nachclubs nicht um Grundrechte der EMRK handelt.²⁴⁷ Aus diesen Gründen ist der Gesetzgeber im Grundsatz nicht dazu verpflichtet, Impfverweigerer vor der Diskriminierung durch andere Staatsbürger zu schützen.

dem „erweiterten Privatbereich“ dadurch gekennzeichnet, dass „in ihm der Staat eine gesteigerte Verantwortlichkeit für die Sicherung und Ermöglichung individueller Freiheitsausübung trägt“ (Altwickler, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz [2011] 331 ff).

²⁴⁴ OGH 16.9.1971, 1 Ob 227/71.

²⁴⁵ OGH SZ 59/130.

²⁴⁶ Vgl Kerschner, Zur unmittelbaren privatrechtlichen Wirkung der EG-Grundfreiheiten (Teil II), *ecolex* 12/2007 (982) 985.

²⁴⁷ Zudem kann, wie Altwickler in seiner Untersuchung richtig konkludiert, „von einer dogmatisch ausgereiften Konzeption zur Begründung gleichheitsrechtlicher Schutzpflichten unter der EMRK allerdings noch nicht gesprochen“ und aus dem Diskriminierungsverbot der EMRK „kein abstraktes subjektives Recht auf Normenerlass, d.h. auf Gewährung gleichheitsrechtlicher Schutzvorschriften oder auch ein Recht auf Ausgestaltung des nationalen Gleichheitsrechts“ abgeleitet werden (Altwickler, Gleichheitsschutz 326, 335).

2. Gesetzliche Diskriminierung

Doch wie verändert sich die Rechtslage, wenn den Dienstleistern und Produzenten die Entscheidung über den Zugang zu ihren Dienstleistungen und Gütern vom Gesetzgeber abgenommen wird und sie zur gesundheitsmäßigen Diskriminierung verpflichtet werden?

2.1 (2.) COVID-19-Öffnungsverordnung

Diese Situation ist in Österreich mit Inkrafttreten der COVID-19-Öffnungsverordnung am 19.05.2021 eingetreten. Demgemäß müssen Personen einen Nachweis einer geringen epidemiologischen Gefahr vorweisen, wenn sie eine Betriebsstätte körpernaher Dienstleistungen (§ 5 Abs 3 Z 1 leg cit), einen Gastgewerbebetrieb (§ 6 Abs 4 Z 5 leg cit), einen Beherbergungsbetrieb (§ 7 Abs 3 leg cit), bei länger andauernder Interaktion mit anderen Personen eine Sportstätte (§ 8 Abs 4 leg cit), eine Freizeit- oder Kultureinrichtung (§ 9 Abs 5 leg cit), oder – sofern sie als Lehrer, Lagerarbeiter, Arbeitnehmer mit unmittelbarem Kundenkontakt oder im Parteienverkehr in Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten tätig sind – ihren Arbeitsort (§ 10 Abs 4 Z 4 leg cit) betreten möchten. Als Nachweis einer geringen epidemiologischen Gefahr gilt gemäß § 1 Abs 2 leg cit ein negativer Antigentest, dessen Durchführung (bei behördlich erfasster Eigenanwendung) maximal 24 Stunden (Z 1 leg cit) bzw (bei Durchführung durch eine befugte Stelle) 48 Stunden (Z 2 leg cit) zurückliegt, ein negativer PCR-Test, dessen Durchführung maximal 72 Stunden zurückliegt (Z 3 leg cit), eine ärztliche Bestätigung über eine in den letzten sechs Monaten überstandene COVID-19-Infektion (Z 4 leg cit), ein Nachweis über eine Impfung, deren Durchführung maximal neun Monate zurückliegt (Z 5 leg cit), ein Absonderungsbescheid, dessen Ausstellung maximal sechs Monate zurückliegt (Z 6 leg cit), oder ein positiver Antikörpertest, dessen Durchführung maximal neun Monate zurückliegt (Z 7 leg cit), wobei die Geltungsdauer der Nachweise gemäß § 1 Abs 2 Z 1 bis 3 leg cit, die für das Betreten von Arbeitsorten gemäß § 10 Abs 4 Z 4 leg cit erforderlich sind, auf sieben Tage verlängert wird.

Diese *3G-Regel* (Getestet, Genesen, Geimpft) wurde für die Nachtgastronomie mit Inkrafttreten der 2. COVID-19-Öffnungsverordnung am 1. Juli 2021 durch die *2G-Regel* (Getestet, Geimpft) ersetzt, wonach gemäß § 5 1a leg cit Betreiber von Betriebsstätten der Gastgewerbe, in denen mit einer vermehrten Durchmischung und Interaktion der Kunden zu rechnen ist (wie

insbesondere Diskotheken, Clubs und Tanzlokale), Kunden zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen nur einlassen dürfen, wenn diese einen negativen PCR-Test gemäß § 1 Abs 2 Z 1 lit c leg cit oder einen Nachweis über eine Impfung, die gemäß Z 2 leg cit nicht länger als neun Monate zurückliegen darf, vorweisen.

2.2 Grundrechtliche Diskriminierungsverbote

Durch die Verrechtlichung der gesundheitsmäßigen Diskriminierung wird der Anwendungsbereich des Art 7 B-VG und Art 2 StGG eröffnet. Solange die gesetzliche Regelung sachlich gerechtfertigt ist²⁴⁸ und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, ist sie jedoch nicht unzulässig. Als sachliche Rechtfertigung einer *3G-Regel* kann hier ebenfalls die Vermeidung eines drohenden Kollaps des Gesundheitssystems und zusätzlich der Schutz vor Infektionen durch andere angeführt werden, weil die vorliegenden Regelungen auf dem Prüfstand des letzteren Zwecks im Unterschied zur Lockdown-Maßnahme der kategorischen Betretungsverbote nicht an der Verhältnismäßigkeit scheitern.²⁴⁹ Ähnlich zum verfassungskonformen Rauchverbot in Gastronomiebetrieben²⁵⁰ werden hierdurch nämlich andere, insbesondere nicht geimpfte Personen vor einer Infektion mit COVID-19 geschützt, *während* sie eine Dienstleistung in Anspruch nehmen. Die verfassungsrechtliche Erforderlichkeit und Angemessenheit dieser Regelung ist aufgrund der Möglichkeit, sich den Zugang auch vermittelt durch Antigen-, Antikörper- oder PCR-Tests „frei zu testen“ gewahrt.

Art 14 EMRK beschränkt seinen gleichheitsrechtlichen Normgehalt ausdrücklich auf die in der EMRK gewährleisteten Rechte und Freiheiten und ist infolgedessen auf die Regelungen der COVID-19-Öffnungsverordnung nicht anwendbar, weil es sich beim Zugang zu Dienstleistungen und Produkten der Privatwirtschaft grundsätzlich nicht um Grundrechte (iSd EMRK) handelt. Ein möglicher Eingriff in Art 14 EMRK kann daher überhaupt erst in Erwägung gezogen werden, wenn ähnliche Regelungen beispielsweise auch in Bezug auf den konventionsrechtlich gewährleisteten Zugang zu Bildung (Art 2 1. ZPEMRK) und das Konventionsrecht, sich frei zu bewegen (Art 2 4. ZPEMRK und Art 8 EMRK), in Gesetzeskraft träten. Zwar erweitert Art 12. ZPEMRK den Geltungsbereich des Gleichheitsgrundsatzes auch auf alle

²⁴⁸ Muzak, B-VG Art 2 StGG Rz 21, Rz 38.

²⁴⁹ Siehe die Begründung, warum Lockdown-Maßnahmen bezogen auf das Eingriffsziel des Schutzes vor Infektionen unverhältnismäßig sind, in Kapitel II. 2.

²⁵⁰ Dieses Beispiel wird in Kapitel II. 2.1. aufgegriffen.

einfachgesetzlichen Bestimmungen, allerdings wurde das 12. Zusatzprotokoll der EMRK von Österreich noch nicht ratifiziert.

Für die Rechtfertigung der *2G-Regel* (Getestet, Geimpft) oder einer künftigen *1G-Regel* (Geimpft) kommt lediglich der Schutz vor einer Überlastung des Gesundheitssystems als gesetzgeberischer Zweck in Frage.²⁵¹ Weil im Sommer 2021 das Gesundheitssystem nicht zu überlasten drohte, ist die *2G-Regel* mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar und daher verfassungswidrig.

Die Berufung auf den gesundheitlichen Schutz von Ungeimpften gegen ihren Willen verbietet sich von selbst, weil der zwangsweise Schutz des Menschen vor sich selbst verfassungsrechtlich unzulässig ist.²⁵² Zwar darf sich der Staat das Ziel einer (fast) vollständigen Durchimpfung der Gesellschaft grundsätzlich setzen und fürsorglich auf die Gesundheit und Impfbereitschaft seiner Bürger hinwirken, somit selbst autonomiefähige Grundrechtsträger „erziehen“ – allerdings nur insoweit, als er sich dazu ausschließlich informatorischer bzw. edukatorischer Steuerungsinstrumente bedient, die nicht die Grenze zu grundrechtseinschränkenden Maßnahmen überwinden (Nudges).²⁵³ Richtig ist, dass kein Grundrecht auf Zugang zur Gastronomie, Hotellerie, oder zu Freizeit- und Sportbetrieben existiert (und grundsätzlich auch nicht abgeleitet werden kann) und die *2G-Regel* sich in dieser Hinsicht somit nicht grundrechtseinschränkend auswirkt – daher in Bezug auf Ungeimpfte, denen der Zugang verweigert wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeitsgrenze dieses Steuerungsinstruments auch nicht überschreitet. Im Hinblick auf die Betriebseigentümer jedoch stellt die Maßnahme eine klare und massive Grundrechtseinschränkung der Eigentumsgarantie aus Art 5 StGG und Art 1 1. ZPEMRK dar, weshalb sie als Steuerungsinstrument zur Förderung des Schutzes vor Selbstgefährdung unzulässig ist.

²⁵¹ Gleichwohl begründet Gesundheitsminister Dr. Wolfgang Mückstein eine künftige 1G-Regel stattdessen mit dem unzulässigen Schutz des Menschen vor sich selbst: „*Das Virus unterscheidet zwischen ungeimpften Menschen und geimpften. Wir haben daher besonders heikle Bereiche, wo viele Ungeimpfte aufeinander treffen. Ein Bereich ist die Nachgastronomie, aber auch Stehparties wie beim Après-Ski. Wir müssen die Ungeimpften schützen. Das heißt, dass Ungeimpfte in diese Risikobereiche keinen Zutritt haben sollen – zu ihrem eigenen Schutz.*“ (Pommer, Corona: Lockdown für Ungeimpfte rückt näher, (05.09.2021) Kronen Zeitung, URL: <https://www.krone.at/2499703> [abgerufen am 06.09.2021]); Vgl dazu auch Kapitel III. 4.

²⁵² Vgl dazu Kapitel II.; Hillgruber, Schutz 148 et passim; Grüner, Katastrophen 60; Kolbe, Freiheitsschutz 284 ff et passim; Kneih, Grundrechte 192, Khakzadeh-Leiler, Grundrechte 39; Kopetzki, Art 2 EMRK, Rz 20; Machacek, Recht 464.

²⁵² VfGH 11.12.2020, G 139/2019-71 Rz 84.

²⁵³ Vgl Kolbe, Freiheitsschutz 285 ff et passim; Kapitel II. 3.

Der Schutz von Geimpften vor Ungeimpften vermag als Rechtfertigung aus zwei Gründen ebenfalls nicht durchzuschlagen. Erstens besteht für Geimpfte ohnehin ein hochwirksamer Schutz vor einer Erkrankung, sodass ihnen eine Infektion in der Regel nichts anhaben kann²⁵⁴ (mangelnde Eignung der Maßnahme iSd Verhältnismäßigkeit). Zweitens ist die verpflichtende Vorlage eines Genesungs- bzw eines Testzertifikats (somit die *3G-Regel*) in Bezug auf den hiesigen Schutzzweck ein mindestens genauso wirksames und gelinderes, weil weniger invasives Mittel (mangelnde Erforderlichkeit der Maßnahme iSd Verhältnismäßigkeit); Genesene weisen eine mindestens so hohe Immunität wie Geimpfte auf²⁵⁵ und ein negatives Testzertifikat ist verglichen mit einem Impfbzertifikat sogar ein noch wirksames Mittel, um zwischen infektiösen und nichtinfektiösen Personen zu differenzieren, da Geimpfte weiterhin andere Personen infizieren können.²⁵⁶ Aus diesem Grund schlägt auch der Versuch fehl, den Schutz von Ungeimpften, die sich aufgrund von Kontraindikationen nicht impfen lassen können und insofern von der *2G-* bzw *1G-Regel* befreit sind, als Rechtfertigung der Maßnahme anzuführen. In Bezug auf den Schutz dieser Personenengruppe ist eine *3G-Regel* ebenso wirksam.

3. Gesetzliche Impfpflicht

Solange die Impfdiskriminierungsregelungen lediglich im Zuge einer zeitlich begrenzten „Öffnung“ (iSd Überschrift der COVID-19-Öffnungsverordnung) bestehen, sind sie aus grundrechtsdogmatischer Perspektive unproblematisch. Wenn sie die demgegenüber *dauerhaft* werden, ist dies nicht mehr der Fall. In diesem Szenario wären Ungeimpfte *nolens volens* (wenngleich nicht rechtlich, wohl aber faktisch) dazu gezwungen, sich zu impfen, weil ihnen nicht

²⁵⁴ Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Wirksamkeit der Impfstoffe gegen COVID-19, URL: <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/schutzzimpfung/wirksamkeit-der-covid-19-impfstoffe.html#c15542> [abgerufen am 18.08.2021].

²⁵⁵ Beispielsweise bietet eine natürliche Immunisierung einen höheren Schutz gegen die Delta-Variante als eine doppelte Pfizer-BioNTech-Impfung, wie die betreffend dieses Untersuchungsgegenstandes weltweit größte dies-Studie aus Israel herausfand (Gazit, Shlezinger, Perez et al., Comparing SARS-CoV-2 natural immunity to vaccine-induced immunity: reinfections versus breakthrough infections [2021]).

²⁵⁶ Seit dem Ausbruch der Delta-Variante des COVID-19-Virus wird die beunruhigende Beobachtung gemacht, dass Geimpfte zwar stets in signifikantem Maße gegen schwere krankheitliche Verläufe geschützt sind, aber im Hinblick auf ihre Infektiosität eine ähnliche Viruslast entwickeln können, wie Ungeimpfte (Pouwels, Pritchard, Matthews et al., Impact of Delta on viral burden and vaccine effectiveness against new SARS-CoV-2 infections in the UK [2021]; Brown, Vostok, Johnson et al., Outbreak of SARS-CoV-2 Infections, Including COVID-19 Vaccine Breakthrough Infections, Associated with Large Public Gatherings — Barnstable County, Massachusetts, July 2021, Centers for Disease Control and Prevention [2021]). Von einem gesicherten diesbezüglichen Wissensstand kann aber derzeit nicht die Rede sein. Ansonsten wäre die Maßnahme der 1G-Regel auch aus diesem Blickwinkel verfassungsrechtlich ungeeignet iSd Verhältnismäßigkeit, Geimpfte durch das Absondern von Ungeimpften vor einer Infektion zu bewahren.

zugemutet werden kann, sich im besten Fall entweder für die nächsten Jahre alle 48 Stunden einem COVID-19-Test unterziehen, oder den regelmäßig verwehrten Zugang zu Geschäften, Restaurants, Bars, Nachtclubs, Hotels, Fitnessstudios, Theatern, Kinos, Opern, Transportmitteln, Veranstaltungen (etc) und zum Arbeitsmarkt schlichtweg hinzunehmen (dies ist mit einem menschenwürdigen Leben nicht vereinbar und eine Scheinoption). Bestrebungen, die Gültigkeitsdauer von negativen Testzertifikaten zu verkürzen²⁵⁷ und die Kostenfreiheit der Test entfallen zu lassen,²⁵⁸ verschlimmern dieses Dilemma. Im Falle einer (sich bereits ankündigenden) flächendeckenden *IG-Regel* bliebe ohnehin nur noch die menschenunwürdige Scheinoption der dauerhaften Selbstisolation übrig. Daher – ob dauerhafte *3G-Regel* oder flächendeckende *IG-Regel* – bestünde jedenfalls eine *de-facto*-Impfpflicht.

Auch bei einer gesetzlichen Impfpflicht haben Staatsbürger theoretisch die Möglichkeit, diese nicht zu erfüllen. Die Folge kann dann die Verhängung von Bußgeldern sein, die mangels Einbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen enden können. Doch verwaltungsstrafrechtliche Rechtsfolgen von Zuwiderhandlungen müssen nicht zwangsläufig ausgelöst werden, damit eine entsprechende Impfpflicht als solche gilt.

3.1 Deutsche Masern-Impfpflicht

Die deutsche Masern-Impfpflicht in Ausgestaltung des Masernschutzgesetzes beispielsweise verpflichtet alle Personen, die in einer Gemeinschaftseinrichtung (Kitas, Kindergärten, Schulen etc.) arbeiten oder dort betreut werden, den Nachweis eines vollständigen Impfschutzes vorzulegen. Wer keinen Nachweis vorlegt, darf weder in den betroffenen Einrichtungen betreut, noch in diesen tätig werden; ausgenommen hiervon sind Personen, die einer gesetzlichen Schul- oder Unterbringungspflicht unterliegen;²⁵⁹ ansonsten würde im Falle einer Impfweigerung die Schulpflicht aus diversen landesrechtlichen Schulgesetzen mit der Impfpflicht aus dem Masernschutzgesetz kollidieren und müsste der schulpflichtige, ungeimpfte Minderjährige, der gemäß § 53 Abs 2 OWiG sogar polizeilich in die Schule vorgeführt werden kann,

²⁵⁷ Vgl. *ORF*, Testgültigkeit ab September verkürzt (24.08.2021), URL: <https://wien.orf.at/stories/3118100/> [abgerufen am 09.09.2021].

²⁵⁸ Vgl. *ORF*, Aus für Gratistests in Deutschland (10.08.2021), URL: <https://orf.at/stories/3224363/> [abgerufen am 09.09.2021].

²⁵⁹ Siehe die Antwort des deutschen Bundesministeriums für Gesundheit zur Frage „Was passiert, wenn ein Nachweis nicht vorgelegt wird?“ (URL: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/impfpflicht/faq-masernschutzgesetz.html> [abgerufen am 18.08.2021]).

schlimmstenfalls einer physisch forcierten Zwangsimpfung unterzogen werden. Eine Zwangsimpfung soll nach dem Masernschutzgesetz aber gerade in keinem Fall in Betracht kommen.²⁶⁰

Bußgelder von bis zu EUR 2.500,00 sieht das Masernschutzgesetz lediglich für Verstöße gegen die Nachweispflicht, sprich für die Leitung einer Einrichtung, die entgegen der gesetzlichen Verbote eine Person betreut oder beschäftigt hat sowie für Personen, die ohne Nachweis betreut haben bzw für Eltern, deren minderjährige Kinder ohne Nachweis betreut wurden, vor.²⁶¹ Eltern in Deutschland könnten die gesetzliche Impfpflicht ihrer Kinder somit straffrei umgehen, indem sie den Ausschluss ihrer Kinder von Gemeinschaftseinrichtungen schlicht hinnähmen; dies zumindest insoweit, als es sich nicht um schulpflichtige Minderjährige handelt, deren Eltern ansonsten Geldstrafen aufgrund des Verstoßes gegen die gesetzliche Schulpflicht auferlegt würden.

Auch in anderen Ländern Europas bestehen (begrifflich anerkannte) gesetzliche Impfpflichten für Minderjährige und deren Betreuer, die bei Zuwiderhandlungen vor allem die Beschränkung von Freiheiten (zB in Form von Ausschlüssen der Minderjährigen bzw Angestellten aus Gemeinschaftseinrichtungen), nicht zwangsläufig aber Geldstrafen vorsehen.²⁶² Die gesetzliche Impfpflicht ist insofern kein verfassungsrechtlicher, sondern ein rechtswissenschaftlicher Begriff. Eine gesetzliche Impfpflicht bedeutet jedenfalls nicht zwangsläufig, dass bei Zuwiderhandlungen Bußgelder drohen, geschweige denn, dass eine Zwangsimpfung durchgeführt wird – gerade hierin besteht der begriffliche Unterschied zwischen einer Impfpflicht und einem *Impfzwang*. Insofern besteht auch hierbei die theoretische Alternative der Hinnahme von Freiheitsbeschränkungen. Diese „Alternative“ der Freiheitsbeschränkungen ist aber dermaßen unattraktiv, dass von einer realen freien Wahl nicht die Rede sein kann und darum allgemein anerkannt von einer Impfpflicht gesprochen wird.

Der erhebliche Aufwand einer dauerhaften Testungspflicht bzw der Verzicht auf Aktivitäten, die das Leben maßgeblich erst lebenswert machen, würden ebenfalls eine Form des Freiheitsentzugs und keine wirklichen Alternativen zur Vornahme einer Impfung darstellen. Dadurch, dass die Impfdiskriminierungsregeln auch in das Arbeitsleben eindringen, können sie sich bei langfristiger Anwendung für Impfgegner sogar existenzbedrohend auswirken.

²⁶⁰ Siehe die Antwort des deutschen Bundesministeriums für Gesundheit zur Frage „Kann die Impfpflicht durch Zwang durchgesetzt werden?“ (ebda).

²⁶¹ Siehe die Antwort des deutschen Bundesministeriums für Gesundheit zur Frage „Wann werden Bußgelder verhängt?“ (ebda).

²⁶² Vgl Krasser, Die grundrechtliche Zulässigkeit einer Impfpflicht in Österreich (2019) 3.

Damit bleibt festzuhalten, dass im Falle des Wegfalls der flankierenden Alternativen einer Testpflicht bei den derzeitigen Impfdiskriminierungsregeln jedenfalls eine *gesetzliche* Impfpflicht vorliegt. Aber auch bei Fortbestehen derselben ist die *3G-Regel* – *ihre permanente Gültigkeit vorausgesetzt* – angesichts der Extensivität ihres Anwendungsbereichs und mangels Zumutbarkeit einer dauerhaften Testpflicht als *de-facto-Impfpflicht* zu behandeln.

4. De-facto-Impfpflicht

Eine teleologische Auslegung der Grundrechte führt dazu, dass eine *de-facto*-Impfpflicht einer gesetzlichen Impfpflicht rechtlich gleichzustellen ist. Was der EGMR zur *de-facto*-Enteignung²⁶³ ausgeführt hat, die für ihn nicht anders als eine formelle Enteignung zu behandeln ist, gilt *mutatis mutandis* auch hier: Das Gericht ist dazu angehalten, über den äußeren Anschein hinaus zu blicken und die Realität der strittigen Situation zu analysieren, weil der Normzweck der Konvention darauf abzielt, konkrete und effektive Rechte zu schützen.²⁶⁴ Daher ist zu prüfen, ob eine COVID-19-Impfpflicht mit den Grundrechten vereinbar ist.

4.1 Art 9 EMRK

Die EKMR hat der Ansicht, der zufolge eine Impfpflicht einen Eingriff in die Religions- und Weltanschauungsfreiheit des Art 9 EMRK darstellt, in ihrer Entscheidung *Boffa und 13 andere gegen San Marino*²⁶⁵ eine Absage erteilt. Der Artikel schütze primär die Sphäre des privaten, persönlichen Glaubens (*forum internum*)²⁶⁶ und nicht zwangsläufig jede Handlung in der

²⁶³ Vgl dazu auch die Parallele im Rahmen der Eigentumsgarantie in Kapitel III. 4.4, wonach laut stRspr und hL eine Legalenteignung die gleichen Rechtsfolgen auslösen muss wie eine de-facto-Enteignung.

²⁶⁴ EGMR U 23.09.1982, *Sporrong und Lönnroth gegen Schweden*, Nr 7151/75 7152/75 Z 63; EGMR U 22.05.1998, *Vasilescu gegen Rumänien*, Nr 27053/95 Z 51; EGMR E 19.09.2017, *Schembri gegen Malta*, Nr 66297/13 Z 29; EGMR U 23.01.2001 (GK), *Brumărescu gegen Rumänien*, Nr 28342/95 Z 76; EGMR U 29.03.2010 (GK), *Depalle gegen Frankreich*, Nr 34044/02 Z 78.

²⁶⁵ EKMR E 15.01.1998, *Boffa et al gegen San Marino*, Nr 26536/95.

²⁶⁶ In Bezug auf den Schutzbereich der Religionsfreiheit wird zwischen dem *forum internum* und dem *forum externum* differenziert. Das *forum internum* erfasst den inneren Bereich des menschlichen Glaubens bzw der Überzeugungsbildung; das *forum externum* hingegen die nach außen wirkende Freiheit zur Ausübung der Religionen und das den religiösen Vorschriften entsprechende Verhalten. Bspw beinhaltet in Deutschland das *forum internum* ein Verbot religiöser Indoktrinierung durch staatliche Akteure und wird ohne Einschränkungsmöglichkeit gewährt (vgl Pottmeyer, Religiöse Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland und England, Staatliche Neutralität und individuelle Rechte im Rechtsvergleich [2001] 83).

öffentlichen Sphäre, die durch solche Überzeugungen vorgeschrieben wird. Der Schutzbereich der Ausübungsfreiheit umfasse keine Handlungen, die nicht direkt ein Glaubenssystem ausdrücken, sondern dadurch nur motiviert oder beeinflusst sind. Eine Impfpflicht stelle keine Kollision mit der Religions- und Weltanschauungsfreiheit dar, weil sie für jeden gelte, unabhängig von der Religion oder Weltanschauung.²⁶⁷

4.2 Art 8 EMRK

Vielmehr werden medizinische Eingriffe, die auch aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen abgelehnt bzw. gefordert werden, in erster Linie auf dem Prüfstand des Art 8 EMRK beurteilt.²⁶⁸ Da eine Impfpflicht gerade nicht auf Freiwilligkeit beruht, ist ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht (über den eigenen Körper)²⁶⁹ bzw. das Recht auf körperliche Unversehrtheit²⁷⁰ des Art 8 EMRK eindeutig zu bejahen. Als legitimes Eingriffsziel ist in Art 8 Abs 2 leg cit der Gesundheitsschutz normiert.

Krasser macht es sich zu einfach, wenn sie nicht hinreichend differenziert und pauschal konstatiert, dass durch Impfungen gegen Krankheiten, die von Mensch zu Mensch übertragbar sind, der Einzelne selbst, aber *auch die Gesellschaft* geschützt werde und somit der Gesundheitsschutz in seiner individuellen und gesellschaftlichen Dimension berührt sei.²⁷¹ Die Gesellschaft kann zwar durch ein intaktes Gesundheitswesen als öffentliches Gemeinschaftsgut geschützt sein – krank oder gesund kann ein Volk an sich oder die Bevölkerung im Ganzen aber nicht sein, sondern nur die ihm angehörigen Individuen.²⁷² Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR bedürfen Eingriffe in das Recht auf Selbstbestimmung aber selbst dann einer Rechtfertigung nach Art 8 (Abs 2) EMRK, wenn sie dem Schutz des Lebens des vom Grundrechtseingriff Betroffenen dienen,²⁷³ wodurch nichts anderes als die grundsätzliche Unzulässigkeit des Schutzes eines autonomiefähigen Menschen vor Selbstgefährdungen ausgedrückt ist.²⁷⁴ Eine

²⁶⁷ EKMR E 15.01.1998, *Boffa et al gegen San Marino*, Nr 26536/95 27 f.

²⁶⁸ Vgl *Murdoch*, Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights (2012) 73.

²⁶⁹ MwN *Grabenwarter/Pabel*, Art 8 EMRK Rz 7.

²⁷⁰ *Marauhn/Meljnik/Grote*, EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Privat- und Familienleben (2006) Rz 32.

²⁷¹ *Krasser*, Zur grundrechtlichen Zulässigkeit einer Impfpflicht, RdM 2020/206 (2020) (136) 140.

²⁷² MwN *Kolbe*, Freiheitsschutz 363; Die Formulierung erinnert an das falsche Konzept der „Volks Gesundheit“ (siehe dazu Kapitel III. 1.).

²⁷³ RS0125085.

²⁷⁴ Vgl dazu Kapitel II.

Impfpflicht zugunsten derjenigen zu erlassen, die diese nicht wünschen, verbietet sich aus diesem Grund von selbst. Daher kommt für eine Impfpflicht als Rechtfertigung zunächst nur der Schutz von denjenigen Bürgern in Frage, die durch eine COVID-19-Infektion auch geschützt sein *wollen*. In Bezug auf diese Personen ist ein freiwilliges Impfangebot allerdings grundsätzlich das gelindere Mittel, wodurch eine Impfpflicht der gebotenen Erforderlichkeit iSd verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit *prima facie* nicht gerecht wird; denn um denjenigen, die vor einer Infektion geschützt sein möchten, zur Erreichung dieses Ziels zu verhelfen, ist es ausreichend, dass ihnen eine freiwillige Impfung bereitgestellt wird, mit der sie sich selbst gegen COVID-19 immunisieren können.

Dies gilt ausnahmsweise nicht für Personen, die aus medizinischen Gründen nicht immunisiert werden können (zB Schwangere, Neugeborene oder immunsupprimierte Personen) und insofern auf den Herdenschutz angewiesen sind. Das BVerfG und der EGMR haben bei der Zulässigkeit einer Impfpflicht für Kinder jüngst genau auf diesen Aspekt abgestellt;²⁷⁵ allerdings ist diese Rechtsprechung in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit einer generellen Impfpflicht (somit auch für autonomiefähige Erwachsene) nicht aussagekräftig. Eine Impfpflicht für Minderjährige ist im Vergleich zur kategorischen Impfpflicht grundrechtsdogmatisch verschieden und unproblematisch, weil es Kindern bereits an der notwendigen Fähigkeit zur (rechtlichen) Eigenverantwortlichkeit mangelt, die der Genuss des vollständigen Selbstbestimmungsrecht aus Art 8 EMRK erfordert.²⁷⁶ Das Ungleichgewicht eines Eingriffs in die Rechte einer großen Mehrheit zu Gunsten einer kleinen Minderheit wäre jedenfalls ein Aspekt, der am Maßstab der Angemessenheit einer generellen Impfpflicht schwierig zu begründen wäre. Erschwerend käme hier hinzu, dass der Eingriff (rechtlich) sehr invasiv und die entsprechende Maßnahme für den Betroffenen nicht gänzlich ungefährlich wäre.²⁷⁷ Weiter untersucht werden muss der Umfang des Phänomens, dass Geimpfte weiterhin ansteckend sein können,²⁷⁸ da es bezogen auf den hiesigen Schutzzweck die Eignung der Impfpflicht iSd Verhältnismäßigkeit untergräbt.

²⁷⁵ „Auf diese Weise könnten auch Personen geschützt werden, die aus medizinischen Gründen selbst nicht geimpft werden können, bei denen aber schwere klinische Verläufe bei einer Infektion drohen“ (BVerfG, 11.05.2020, 1 BvR 469/20, 1 BvR 470/20, Rz 15); EGMR U 08.4.2021 (GK), *Vavricka et al gegen Tschechien*, Nr 47621/13: „{The objective to protect diseases} refers both to those who receive the vaccinations concerned as well as those who cannot be vaccinated and are thus in a state of vulnerability, relying on the attainment of a high level of vaccination within society at large for protection against the contagious diseases in question. This objective corresponds to the aims of the protection of health and the protection of the rights of others, recognised by Article 8“.

²⁷⁶ Vgl Kapitel II. 3.

²⁷⁷ Vgl Kapitel IV. 4.2 a).

²⁷⁸ Österreichische Agentur für Ernährungssicherheit, URL: <https://www.ages.at/themen/krankheitserreger/coronavirus/faq-coronavirus/> [abgerufen am 18.08.2021]; Pouwels, Pritchard, Matthews et al., Impact (2021); Brown, Vostok, Johnson et al., Outbreak (2021).

Daher spricht vieles dafür, dass eine generelle Impfpflicht nur ausnahmsweise während der andauernden Notsituation einer tatsächlichen Überlastung des Gesundheitssystems diskutabel wäre. Als überindividuelles Gemeinschaftsgut und schwergewichtiges öffentliches Interesse²⁷⁹ stellt der Schutz eines intakten Gesundheitswesens zweifelsfrei einen legitimen Eingriffsvorbehalt gemäß Art 8 Abs 2 EMRK dar. Die Erforderlichkeit der Impfpflicht ist jedoch auch in dieser Situation unsicher, da sich die überwiegende Mehrzahl der Bevölkerung bei entsprechender Aufklärung ohnehin freiwillig impfen lässt²⁸⁰ und sich der Freiwilligkeitseffekt durch gezielte Impfkampagnen und Impfstrategien als insofern gelinderes Mittel zusätzlich steigern lässt.²⁸¹

4.2 Art 2 EMRK

Ein Eingriff in das Recht auf Leben des Art 2 EMRK wäre jedenfalls bereits das Ausschlusskriterium²⁸² für die Zulässigkeit einer Impfpflicht, weil sie die Voraussetzungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts, die sich auf abschließend aufgezählte Fälle einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung beschränken, jedenfalls nicht erfüllt. Notwendig für das Vorliegen eines Eingriffs ist zunächst, dass potentiell lebensgefährliche Umstände im Einzelfall hinzutreten.²⁸³ Im Falle der Impfpflicht ist dies insbesondere bei Allergien oder anderen Immundefekten des Betroffenen grundsätzlich möglich; im Einzelfall können unter Umständen gravierende Nebenwirkungen einschließlich äußerst seltenen Todesfällen die Folge einer Impfung sein.²⁸⁴

a) Staatliche Zurechnung einer unabsichtlichen Tötung

Krasser, die von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer möglichen Impfpflicht auch in Bezug auf COVID-19-Impfungen ausgeht, qualifiziert einen impfassozierten Todesfall richtig als unabsichtliche Tötung, weil das primäre Ziel von Impfungen im Schutz der Bevölkerung liegt.²⁸⁵ Dass unbeabsichtigte Tötungen grundsätzlich ebenfalls Grundrechtseingriffe konstituieren

²⁷⁹ Vgl Kapitel III. 4.

²⁸⁰ *Erdle*, Infektionsschutzgesetz⁴, Kommentar (2013) § 20 Rn 7; *Meyer/ Reiter*, Impfgegner 1182.

²⁸¹ Vgl *Grüner*, Katastrophen 279.

²⁸² Vgl *Zacherl*, Leben gegen Leben? - Lebensrecht des Einzelnen im Spannungsverhältnis zur Schutzpflicht des Staates gemäß Art 2 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) am Beispiel der Terrorismusbekämpfung. Gleichzeitig ein Beitrag zur interpretativen Weiterentwicklung der EMRK (2010) 25.

²⁸³ *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 27.

²⁸⁴ *Grüner*, Katastrophen 220.

²⁸⁵ *Krasser*, Zur grundrechtlichen Zulässigkeit einer Impfpflicht, RdM 2020/206 (2020) (136) 136 ff.

können,²⁸⁶ verkennt sie dabei nicht. Allerdings verneint sie das Vorliegen der für eine Qualifizierung einer unabsichtlichen Tötung als Grundrechtseingriff notwendigen Bedingung einer *staatlichen Zurechnung* ohne eine zufriedenstellende Begründung. Es ist zunächst richtig, dass die staatliche Zurechnung einer unabsichtlichen Tötung die *conditio sine qua non* eines Grundrechtseingriffs gemäß Art 2 EMRK ist. Unter Berufung auf *Kopetzki*,²⁸⁷ demzufolge für die staatliche Zurechnung einer unabsichtlichen Tötung die Verletzung einer dem Staat auferlegten *Sorgfaltspflicht* zusätzlich verlangt wird, folgert sie, dass eine staatliche Zurechnung im Falle impfassoziierter Todesfälle nicht gegeben sei, weil sie das österreichische System staatlicher Vorkehrungen, bestehend uA aus dem Nationalen Impfgremium, dem Impfschadengesetz und dem Arzneimittelgesetz im Hinblick auf die Sorgfaltspflicht als ausreichend qualifiziert. Diese Schlussfolgerung ist zwar im Falle impfassoziierter Todesfälle infolge freiwilliger Impfungen richtig, aber nicht zwangsläufig auch im gegenständlichen Kontext einer *Impfpflicht*. Denn die von *Kopetzki* (aufgegriffene) Sorgfaltswidrigkeitstheorie zur Bestimmung der staatlichen Zurechnung eines Grundrechtseingriffs gemäß Art 2 EMRK ist grundsätzlich für Handlungen durch *Dritte* – also im Rahmen staatlicher Schutzpflichten – einschlägig, nicht aber für Handlungen durch den Staat selbst, die stets die abwehrrechtliche Grundrehtedimension entfalten und eine staatliche Zurechnung ohnedies implizieren.

Kopetzki verweist in der von *Krasser* diesbezüglich zitierten Textstelle auf das Werk „*Die Pflicht des Staates zum Schutz vor Eingriffen Dritter nach der Europäischen Menschenrechtskonvention*“ (hervorgeh vom Verf) von *Murswiek*. Bereits an der Überschrift wird ersichtlich, in welchem Kontext das Prinzip der Sorgfaltswidrigkeit als Voraussetzung einer staatlichen Zurechnung grundsätzlich zu gelten hat. In Drittrichtung dient es nämlich dazu, eine mittelbare *Kausalität* zwischen staatlicher Handlung bzw staatlicher Unterlassung und einem Todesfall, der vordergründig durch einen Dritten verursacht wurde und bei staatlicher Einhaltung der objektivrechtlichen Sorgfaltsgebote nicht passiert wäre, festzustellen. Insofern dient es auch zur Abgrenzung einer unbeabsichtigten Tötungshandlung durch einen staatlich Bediensteten, der entweder infolge staatlicher Sorgfaltswidrigkeiten und somit als Verkörperung des Staates, oder andernfalls als privates Individuum agiert hat.²⁸⁸

Zwischen einem Staat, der sämtliche zumutbaren Sorgfaltsgebote eingehalten hat, und einem Todesfall infolge einer freiwilligen, medizinisch für sich genommen einwandfreien Impfung

²⁸⁶ *Grabenwarter/Frank*, B-VG, § 20 Fundamentalgarantien Rz 5; *MwN Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 25.

²⁸⁷ *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 27.

²⁸⁸ Vgl *Zacherl*, *Leben* 28.

besteht kein kausaler Zusammenhang, weil der Staat weder objektivrechtlich dazu angehalten ist, alle Interaktionen der Staatsbürger untereinander, die ein noch so geringes Gesundheitsrisiko mit sich bringen, zu verbieten, noch dazu befugt ist (dies nicht zuletzt wegen des unzulässigen Schutzes des Menschen vor sich selbst). Ein alternatives Verhalten des Staates hätte die impfassoziierte Todesfolge dieses Szenarios somit nicht hintanhaltend können.

In Staatsrichtung – darunter fällt eine Impfpflicht als eine zweifellos unmittelbar staatliche Maßnahme, die (ausgehend von der Einwandfreiheit des verabreichten Impfstoffs) mit einem Eingriff Dritter nichts zu tun hat – ist die staatliche Kausalität hingegen bereits *eo ipso* etabliert, die staatliche Zurechnung *per definitionem* gegeben.²⁸⁹ Die Maßnahme der Impfpflicht geht nicht einmal von einem staatlich Bediensteten, sondern direkt vom Gesetzgeber – als dem Substrat des Staatsbegriffs – selbst aus. Insofern man also das Konzept der Sorgfaltswidrigkeit als Voraussetzung eines Grundrechtseingriffs auf diesen Bereich der Staatsabwehrrichtung ausdehnen und das Konzept von *Kopetzki* nicht verwerfen möchte, kann es höchstens zur Klärung der Frage dienlich sein, ob der Staat durch seine Maßnahme eine allfällige unbeabsichtigte Tötung *schuldhaft*²⁹⁰ herbeigeführt hat. Da die Kausalität zwischen der Maßnahme einer Impfpflicht und einem allfälligen Todesfall im Unterschied zur Maßnahme eines freiwilligen Impfangebots zwangsläufig (iSd *conditio-sine-qua-non*-Formel) bereits festgestellt ist, müsste im Hinblick auf das Prinzip der Sorgfaltswidrigkeit dann allerdings konsequenterweise ein strengerer Maßstab als im Fall eines freiwilligen Impfangebots angelegt werden.

Von daher vermag die von *Krasser* zitierte Kommissionentscheidung *Association of Parents gegen das Vereinigte Königreich*²⁹¹ – wonach bei Bestehen eines staatlichen Kontroll- und Überwachungssystems, welches die Minimierung impfassoziierter Nebenwirkungen zum Ziel hat, vereinzelte Todesfälle keinen Eingriff in das Recht auf Leben darstellen – ihrer Argumentation keinen ausreichenden Halt geben. Denn der konkrete Vorwurf der Beschwerdeführer lautete, dass die britischen Behörden regelmäßige Impfkampagnen durchgeführt hätten, ohne die Eltern über Risiken zu informieren, deren Kenntnis ihnen eine informiertere Entscheidung darüber, ob oder ob sie nicht ihre Kinder einer Impfung unterziehen lassen sollten, erlaubt hätte.²⁹² Zusammengefasst war die untersuchte Frage somit, ob der Staat im Falle impfassoziierter Nebenwirkungen *aufgrund mangelnder Aufklärung* gegen das Recht auf Leben gemäß

²⁸⁹ Vgl auch *Zacherl*, *Leben* 122.

²⁹⁰ Insofern würde das Verständnis der Sorgfaltswidrigkeit aus dem Prüfungsmodell der objektiven Zurechnung zur Eingrenzung einer rein *strafrechtlich* relevanten Kausalität angewendet werden.

²⁹¹ EKMR 12.7.1978, *Association of Parents gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 7154/75.

²⁹² Ebda S 31.

Art 2 EMRK verstoßen hat. Das völlig anders gelagerte, ausschlaggebende Kriterium einer Impfpflicht war hier gerade nicht vorhanden und wurde somit auch gar nicht erörtert. Der Entscheidung der EKMR musste gegen die Beschwerdeführer ergehen, weil eine Kausalität zwischen dem Staat und dem Todesfall nicht gegeben war.

Dieser signifikante materielle Unterschied, der im Falle einer Impfpflicht zu einem für den Staat deutlich ungünstigeren Maßstab der Schuldhaftigkeit (bzw der Sorgfaltswidrigkeit idS – wenn man so will) seines Handelns führen muss, äußert sich nicht nur in der zwangsläufig bewiesenen Kausalität zwischen einem allfälligen Todesfall, der auf eine medizinisch einwandfreie Vakzine zurückzuführen ist und der Pflicht, sich mit jener Vakzine zu impfen. Infolge der Umwandlung eines freiwilligen Impfangebots in eine gesetzliche Impfpflicht nimmt der Staat seinen Bürgern auch ihre im Todesfall andernfalls in welchem Grad auch immer zu tragende Selbstverantwortung und überträgt sie sich, sodass seine grundrechtliche Verantwortung dadurch insgesamt und somit auch gegenüber unerwünschten Todesfällen bereits prinzipiell vergrößert ist. Durch das verpflichtende Moment der Maßnahme gelangt diese aus der objektivrechtlichen Schutzpflichtensphäre in die subjektivrechtliche Abwehrsphäre,²⁹³ die grundsätzlich sensibler gegenüber Eingriffen normiert ist²⁹⁴ und bei Gleichrangigkeit bedrohter Rechtsgüter gegenüber der Schutzpflicht den Vorrang genießt.²⁹⁵

Vor diesem rechtlichen Hintergrund muss sich ein impfverpflichtender Staat in der Frage der Schuldhaftigkeit seines Handelns einen weiteren Auslegungsspielraum zu seinen Ungunsten gefallen lassen, als bei der reinen Zurverfügungstellung eines freiwilligen Impfangebots. Dabei kommt für die Schuldhaftigkeit eines impfassozierten Todesfalls bzw einer impfassozierten Lebensbedrohung grundsätzlich vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln in Frage. Aus strafrechtlicher Sicht handelt vorsätzlich bereits, wer in Bezug auf den relevanten Sachverhalt dessen „*Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet*“²⁹⁶ (*dolus eventualis*). Fahrlässig handelt, wer „*es für möglich hält, daß er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will*“.²⁹⁷

²⁹³ Auch Kopetzki trägt dieser Unterscheidung implizit Rechnung: „*Die EKMR hat lebensgefährdende Sachverhalte - sowohl bei direkter staatlicher Zurechnung als auch unter dem Gesichtspunkt der Schutzpflichtverletzung bei privaten Gefahrenquellen - am Maßstab des Art 2 EMRK überprüft[...]*“ (Kopetzki, Art 2 EMRK Rz 28).

²⁹⁴ Vgl BVerfGE 50, 290 [337].

²⁹⁵ Merkel, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?, JZ 2007, 373 (381).

²⁹⁶ § 5 Abs 1 S 2 StGB.

²⁹⁷ § 6 Abs 2 StGB.

Damit gelangen wir zum tatsächlichen Hintergrund der Impfung. Eine Impfung korreliert stets mit Nebenwirkungen, weil „es kein Arzneimittel ohne Nebenwirkungen gibt“.²⁹⁸ Die Wahrscheinlichkeit, dass einige wenige Bürger infolge einer Impfung – insbesondere, aber nicht ausschließlich aufgrund (unbekannter) Kontraindikationen – in einen lebensbedrohliche Gesundheitszustand geraten oder versterben, wäre bei einer flächendeckenden Impfverpflichtung aller Einwohner in Österreich sogar wahrscheinlich.²⁹⁹ Im Falle des COVID-19-Impfstoffs der Firma *AstraZeneca PLC* beispielsweise sind bis zum 30.04.2021 5,8 Millionen Impfdosen verabreicht worden und 14 Menschen an dem Thrombosen mit Thrombozytopenie-Syndrom (TTS), das eine nachgewiesene Nebenwirkung der Impfung ist, verstorben.³⁰⁰ Erschwerend kommt hinzu, dass die Vakzine teilweise auf einer neuartigen Wirkstoffklasse³⁰¹ – nämlich der genbasierten mRNA-Technologie mit insofern vergleichsweise weniger empirischen Daten – basieren und die europäische Arzneimittelbehörde EMA allen Vakzinen bisher nur die bedingte Zulassung³⁰² erteilt hat.³⁰³

Diese Fakten müssen einer Regierung bekannt sein und würde dies die maßgebliche Rolle bei einer möglichen Subsumtion unter fahrlässiges Verhalten im Falle einer Impfpflicht spielen. Bejaht man vor diesem Hintergrund das Vorliegen der Fahrlässigkeit und damit einhergehend einen Eingriff in Art 2 EMRK, könnte dieser durch keine noch so große erwiesene Nützlichkeit einer Impfpflicht geheilt werden; selbst nicht durch den Umstand, dass durch eine Impfpflicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mehr Leben gerettet würden, als Todesfälle einträten. Solange nicht zwei Schutzpflichten aus dem Recht auf Leben miteinander kollidieren (wie im Fall der *Schleyer-Entführung*,³⁰⁴ bei dem sich der deutsche Staat zwischen der Rettung des von Terroristen bedrohten Lebens *Schleiers* und der Freilassung anderer Terroristen mit der Folge, dass diese in weiterer Folge vermutlich andere Menschen umgebracht hätten,

²⁹⁸ Zuck, Impfrecht. Impfeempfehlungen. Impfentscheidungen., MedR 26 (2008) 410 (412).

²⁹⁹ In der BRD beispielsweise sind zwischen 1953 und 1962 112 Kinder infolge einer Pockenimpfung verstorben, im Zeitraum von 1971 bis 1990 lagen 902 anerkannte Impfschadensfälle (davon 13 Todesfälle) vor und von 2005 bis 2009 wurden 1036 Anträge auf Anerkennung von Impfschäden gestellt (mwN *Grüner*, Katastrophen 220 ff).

³⁰⁰ *Paul-Ehrlich-Institut*, Bundesinstitut für Vakzine und biomedizinische Arzneimittel, Sicherheitsbericht, Verdachtsfälle von Nebenwirkungen und Impfkomplicationen nach Impfung zum Schutz vor COVID-19 (2021).

³⁰¹ Webseite der Firma Biontech SE, URL: <https://biontech.de/de/covid-19-portal/mRNA-impfstoffe> [abgerufen am 19.08.2021].

³⁰² Die Definition der bedingten Zulassung nach der europäischen Arzneimittelbehörde EMA lautet übersetzt: „Die Zulassung eines Arzneimittels, das ungedeckte medizinische Bedürfnisse von Patienten auf der Grundlage weniger umfassender Daten als normalerweise erforderlich befriedigt. Aus den verfügbaren Daten muss hervorgehen, dass der Nutzen des Arzneimittels die Risiken überwiegt und der Antragsteller sollte in der Lage sein, künftig umfassende klinische Daten bereitzustellen“ (Webseite der europäischen Arzneimittelbehörde EMA, URL: <https://www.ema.europa.eu/en/glossary/conditional-marketing-authorisation> [abgerufen am 19.08.2021]).

³⁰³ Ebda.

³⁰⁴ BVerfGE 46, 160.

gezwungenermaßen entscheiden *musste*), sondern ein Abwehrrecht mit einer Schutzpflicht *ex aequo* aus Art 2 EMRK kollidiert, verbietet sich eine Abwägung „*Leben gegen Leben*“.³⁰⁵ Dies insbesondere auch aus dem Blickwinkel, dass derjenige, der gegen seinen Willen geimpft wird, die Pandemie nicht verursacht hat, sondern vielmehr der exogene Faktor des Virus.³⁰⁶

Das Problem, das der Bejahung einer Fahrlässigkeit und in weiterer Folge Schuldhaftigkeit des Staates im Falle einer Impfpflicht im Wege steht, ist, dass die Wahrscheinlichkeit einer Lebensbedrohung bzw eines Todesfalls infolge einer Impfung nur kumulativ betrachtet erheblich ist; im Einzelfall ist die entsprechende Wahrscheinlichkeit, insbesondere, wenn allfällige Kontraindikationen der Staatsbürger geprüft und diese Staatsbürger im Anschluss von der Impfpflicht befreit werden, verschwindend gering. Die gebotene Betrachtungsweise sollte aber eine Einzelfallbetrachtung sein. Bei der individuellen Geltendmachung einer Haftung nach Art 2 EMRK ist dies ohnehin der Fall; aber auch der allgemeinere Zugang, dem sich der VfGH bei der verfassungsrechtlichen Untersuchung der grundrechtlichen Vereinbarkeit einer Maßnahme bedient, sollte sich nicht von der Faktizität der individuellen Realität lösen. Diese kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Schutzbereich des Art 2 EMRK nicht kategorisch, geschweige denn zwangsläufig im Einzelfall tangiert ist, sondern lediglich im extrem seltenen Einzelfall lebensbedrohlicher Nebenwirkung, der letztlich gar nicht eintreten muss.

Aber auch im Einzelfall bleibt fraglich, ob die Todesfolge für sich genommen ausreicht, um schließlich einen Eingriff zu begründen. Nach *Kopetzki* wird „für die Qualifikation als Grundrechtseingriff nicht auf die Todesfolge, sondern auf die vorangegangene Lebensgefährdung[abgestellt].[...] Die Eingriffsqualität einer Maßnahme ist daher *ex ante* und unabhängig davon zu prüfen, ob überhaupt ein Todeserfolg eintritt oder nicht“.³⁰⁷ Demzufolge würde die Impfpflicht in der *ex-ante*-Einzelfallbetrachtung selbst im Todesfall keinen Eingriff darstellen, weil die Maßnahme für sich genommen die Erheblichkeitsschwelle einer *gewichtigen potentiellen Lebensbedrohung*³⁰⁸ nicht überschreitet. *Kopetzki* beruft sich auf den VfGH,³⁰⁹ der bei *fehlender Todesfolge* für einen Eingriff in das Recht auf Leben eine solche „*Gravität und Intensität*“ voraussetzt, dass er das Leben des Betroffenen „*ernsthaft zu gefährden geeignet ist*“. Daraus folgt aber gerade nicht die vorgenannte Schlussfolgerung *Kopetzki*s, weil die genannte Voraussetzung nur für den Fall einer fehlenden Todesfolge postuliert wird und so zumindest nicht

³⁰⁵ Vgl *Grüner*, Katastrophen 248, 272.

³⁰⁶ Vgl ebda 245.

³⁰⁷ *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 27.

³⁰⁸ MwN ebda.

³⁰⁹ VfSlg 15.046/1997.

ausgeschlossen wird, dass umgekehrt auch ein Todeserfolg unabhängig vom Grad der Lebensbedrohung einen Eingriff begründen kann.³¹⁰ Demgemäß wäre es möglich, dass Todesfolge und Lebensbedrohung jeweils für sich genommen hinreichende Bedingungen zur Verwirklichung eines Eingriffs sind und eine Betrachtung sowohl *ex ante*, als auch *ex post* erfolgen kann.³¹¹ Dagegen spricht, dass im Fall *Makaratzis gegen Griechenland* das Mittel der Gefährdungshandlung, das „*schon seiner Art nach [das] Leben gefährdete*“,³¹² eine Rolle spielte.³¹³

Aus grundrechtsdogmatischer Perspektive scheint es jedenfalls eine regelungsbedürftige Verfassungslücke zu geben, wenn eine (wenngleich unbeabsichtigte) Todesfolge, die sich andernfalls nicht ergeben hätte, im Fall einer staatlich oktroyierten Impfpflicht keine grundrechtliche Haftung im Einzelfall auslöst; das Impfschadengesetz sieht diese Möglichkeit nur einfachgesetzlich, nicht verfassungsrechtlich vor. Man könnte sich dem Konzept der *Gefährdungshaftung* aus dem Zivilrecht bedienen, um einen Kompromiss zwischen den beiden (eventuell übertriebenen) Schlussfolgerungen – eine grundrechtliche Unvereinbarkeit der Impfpflicht mit Art 2 EMRK im einen Fall und jeglicher Haftungsausschluss im anderen Fall – herzustellen. Der Grundgedanke der Gefährdungshaftung besagt, dass „*derjenige, der den Nutzen aus der abstrakt gefährlichen Handlungen zieht, welche die Gesellschaft für nützlich erachtet und daher erlaubt, gleichwohl für die Schäden einstehen soll, die sich aus der gefährlichen Handlung oder Einrichtung ergeben*“.³¹⁴ Damit wäre eine verhältnismäßige Impfpflicht nicht im Vornhinein unzulässig und würde dennoch ein immaterieller Schadenersatz gemäß Art 41 im Falle einer Lebensbedrohung oder Todesfolge nach dem Prinzip „wem die Vorteile zugutekommen, der soll auch die Nachteile tragen“ gewährleistet werden. Es wäre kein grundrechtlicher Unterlassungsanspruch, aber ein grundrechtlicher Haftungsanspruch vorhanden.

³¹⁰ Auch aus dem in *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 27 zitiertem Urteil des EGMR U 07.07.1989, *Soering gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 14038/88, EUGRZ 1989, 314 Z 90 ergibt sich dies nicht.

³¹¹ Dagegen wohl *Kneihs*, Schutz von Leib und Leben, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hg), Handbuch der Grundrechte² VII/1 § 9 Rz 52.

³¹² EGMR, U 20.12.2004, *Makaratzis gegen Griechenland*, Nr 50385/99 Z 55.

³¹³ Vgl dazu auch *Grüners* strafrechtlichen Exkurs: „*Die Impfhandlung ist als an sich einwandfreies Mittel zu verstehen.[...] Während die direkte Tötung durch die Art des Mittels oder die Absicht des Täters charakterisiert wird, bedeutet die indirekte Tötung eine Lebensvernichtung, bei der weder ein an sich tödliches Mittel verwendet wird noch die Absicht der Tötung gegeben ist. Bei der indirekten Tötung ist die Handlung per se keine Tötungshandlung. Es wird ein einwandfreies Mittel zur Erreichung eines berechtigten Zwecks eingesetzt. Der Tod tritt nur nebenher und ungewollt gleichsam als Nebenerscheinung ein. Damit könne die indirekte Tötung, da ihr nicht ein gleich schwerer Makel wie der direkten Tötung anhafte, unter Umständen ihren unrechtmäßigen Gehalt verlieren.*“ (*Grüner*, Katastrophen 268).

³¹⁴ *Lexikon RechtEasy*, URL: <https://www.rechteasy.at/wiki/gefaehrungshaftung/#:~:text=Der%20Grundgedanke%20der%20Gef%C3%A4hrdungshaftung%20liegt,aus%20der%20gef%C3%A4hrlichen%20Handlung%20ergeben> [abgerufen am 19.08.2021].

4.3 Lebens- und Gesundheitsverrechnungsverbot

Grüner, welche die Unvereinbarkeit einer Impfpflicht mit dem deutschen Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art 2 GG konstatiert, bezieht sich in ihrer Begründung auf das „*Lebens- und Gesundheitsverrechnungsverbot*“ als „*absolute Grenze der Angemessenheit*“ einer Maßnahme.³¹⁵ Verfassungsrechtlich sei jede Rechtfertigung ausgeschlossen, bei der eine irgendwie geartete Gewichtung von Leben stattfinde – sei es in qualitativer oder in quantitativer Hinsicht. Es sei rechtlich damit insbesondere gleichgültig, ob beispielsweise durch den Tod zweier Personen als Folge der Schutzimpfung das Leben von einer Million Menschen bewahrt werden könne; im Grundsatz sei Leben gegen Leben nicht abwägbar.

Dabei stützt sie sich insbesondere auf eine Entscheidung des BVerfG,³¹⁶ der die Verfassungsmäßigkeit des staatlichen Abschusses eines von Terroristen gekaperten zivilen Flugzeuges zur Vermeidung höherer menschlicher Opferzahlen aufgrund einer unzulässigen Quantifizierung der Wertigkeit des menschlichen Lebens bzw Abwägung des Lebensrechts der einen gegen das der anderen Gruppe verneinte und dabei auf die Menschenwürdegarantie aus Art 1 GG abstellte; als Konsequenz die entsprechende Ermächtigungsnorm des § 14 Abs 3 LuftSiG aufhob. Trotz eklatanter Unterschiede in der Manifestation liegt der Impfpflicht nach *Grüner* das gleiche Prinzip der dilemmatischen Grundstruktur wie dem Sachverhalt des Urteils zugrunde, nämlich dass der Staat durch die Impfung unzulässigerweise (jedenfalls) in das Lebens- bzw Gesundheitsrecht der kleinen Gruppe der Impfgeschädigten zum Schutz der Gesundheit der Gesamtbevölkerung eingreife.

Diese Auffassung verdient grundsätzlich Zustimmung, denn daraus folgt nicht, dass der Gesetzgeber jegliche potentiell gesundheitsgefährdende Handlungen verbieten müsste,³¹⁷ sondern nur, dass er im Grundsatz³¹⁸ nicht zu potentiell gesundheitsgefährdenden Handlungen verpflichtet darf. Eine bei *Grüner* offenbar auf Ablehnung stoßende, in Bezug auf die Zulässigkeit eines Eingriffs differenzierende Erheblichkeitsschwelle der Gefährdung erscheint aber schon aus Gründen der Praktikabilität geboten, da sich ansonsten ein zu weiter Raum für dialektische

³¹⁵ *Grüner*, Katastrophen 248, 272.

³¹⁶ 1 BvR 357/05 Rz 88.

³¹⁷ Beispielsweise muss demzufolge der Gesetzgeber selbstverständlich nicht den Straßenverkehr aufgrund regelmäßiger Verkehrsunfälle verbieten, weil sich die Verkehrsteilnehmer des bestehenden Risikos bewusst sind, freiwillig handeln und keine Staatsabwehrrichtung entfaltet wird. Zudem sind Verbote selbstbestimmter Gesundheitsgefährdungen der eigenen Person verfassungsrechtlich ohnehin unzulässig (vgl Kapitel II.).

³¹⁸ Abgesehen von Ausnahmen wie zB dem Wehrgesetz.

Möglichkeiten auftut, aufgrund der theoretischen Gefährlichkeit aller Handlungen von jeglichen staatlich auferlegten Bürgerpflichten dispensiert zu werden.

a) Der Maßstab der Menschenwürdegarantie

Die Überlegungen des BVerfG im erwähnten *LuftSiG-Urteil* zur Menschenwürdegarantie erscheinen jedenfalls bereits für sich genommen – unabhängig vom Vorliegen eines potentiellen Todeserfolgs – einschlägig. Anknüpfungspunkt für Menschenwürdeverletzungen ist in der Rechtsprechung des EGMR zumeist das Folterverbot und Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung aus Art 3 EMRK.³¹⁹ Eine Impfpflicht wird selbst die schwächste Stufe eines Eingriffs in den engen Schutzbereich des Art 3 leg cit nicht erreichen, weil es für eine erniedrigende Behandlung iSd Artikels erforderlich ist, dass das Element der *Demütigung* im Vordergrund steht.³²⁰ Dabei muss die Demütigung und Entwürdigung der betroffenen Person das Ziel der Behandlung sein.³²¹ Auf eine Pflichtimpfung trifft dies bereits deshalb nicht zu, weil die Behandlung weder als Selbstzweck dient, noch eine Demütigung ihr Ziel ist; Ziel und Zweck der Impfung ist es, eine Herdenimmunität zu erreichen, die insbesondere Personen schützt, die sich aus medizinischen Gründen selbst nicht impfen können.

Das Problem dabei ist, dass die Person, die gegen ihren Willen geimpft wird, durchaus als verpöntes bloßes Mittel zum Zweck betrachtet wird und nicht gleichzeitig zumindest auch Zweck des Mittels ist, denn sie lehnt Zweck und Mittel ab. Damit wird grundsätzlich dem zuwiderge laufen, was der VfGH als Ausdruck der Objektformel *Dürigs* zur Begriffsbestimmung der Menschenwürdegarantie postuliert hat: „*Kein Mensch [darf] jemals als bloßes Mittel für welche Zwecke immer betrachtet und behandelt werden*“.³²²

Die Ausführungen des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des gezielten Abschusses eines entführten Flugzeugs gemäß des Lebensrechts aus Art 2 Abs 2 S dGG, das er im Lichte der Menschenwürdegarantie des Art 1 Abs 1 dGG auslegt, weisen in dieselbe Richtung. Der Staat, der in einer solchen Situation zur Abwehrmaßnahme des § 14 Abs. 3 LuftSiG greife, handle die Flugzeuginsassen als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer. Die

³¹⁹ *Kneihs*, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* § 9 Rn 60; *Herbert*, Folter und andere Würdeverletzungen/Absoluter oder relativer Schutz der Menschenwürde?, *EuGRZ* (2014) 661; *Bührer*, Das Menschenwürdekonzept der Europäischen Menschenrechtskonvention (2020) 322.

³²⁰ *Grabenwarter/Frank*, B-VG § 20 Fundamentalgarantien Rz 48.

³²¹ EGMR U 24.07.2001, *Valasinas gegen Litauen*, Nr 4455/98, Z 101.

³²² VfGH 10.12.1993, G 167/92; zur Menschenwürdegarantie siehe auch Kapitel II. 1.

Ausweglosigkeit und Unentrinnbarkeit, welche die Lage der als Opfer betroffenen Flugzeuginsassen kennzeichne, bestehe auch gegenüber denen, die den Abschuss des Luftfahrzeugs anordnen und durchführen. Flugzeugbesatzung und -passagiere könnten diesem Handeln des Staates auf Grund der von ihnen in keiner Weise beherrschbaren Gegebenheiten nicht ausweichen, sondern seien ihm wehr- und hilflos ausgeliefert mit der Folge, dass sie zusammen mit dem Luftfahrzeug gezielt abgeschossen und infolgedessen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit getötet würden. Eine solche Behandlung missachte die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Die Betroffenen würden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt würde, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt würde, würde den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukomme.³²³

Zwar ist der Tod für den Geimpften alles andere als wahrscheinlich – bezogen auf die Gesamtbetrachtung einer Impfpflicht für die gesamte Bevölkerung hingegen ist es durchaus wahrscheinlich, dass vereinzelte Todesfälle in äußerst geringer Zahl auftreten³²⁴ –, doch muss für eine Verletzung der Menschenwürdegarantie nicht zwangsläufig gegen das Recht auf Leben verstoßen werden, schließlich sind alle Konventionsrechte „*nähere Ausprägungen der Menschenwürde*“.³²⁵ Beispielsweise wird nebst dem Folterverbot aus Art 3 EMRK insbesondere auch das Selbstbestimmungsrecht aus Art 8 EMRK, welches das Recht auf körperliche Unversehrtheit miteinschließt, in der Rechtsprechung des EGMR am Maßstab der Menschenwürdegarantie ausgelegt.³²⁶ Letztlich ist „*der Wesenskern der Konvention[...] der Respekt vor der menschlichen Würde und Freiheit*“.³²⁷ Auch das speziell österreichische Verfassungsrecht wird durch die Missachtung der Menschenwürde berührt.³²⁸

Selbstverständlich ist der Staat grundsätzlich dazu ermächtigt, Staatsbürgern Pflichten aufzuerlegen, die überwiegend anderen zugute kommen. Mit einem damit verbundenen physischen Eingriff in den Körper wird allerdings eine Grenze überschritten, deren Überwindung den

³²³ BVerfG, 1 BvR 357/05 Rz 124; vgl auch Rz 121.

³²⁴ Für *Grüner* reicht dieser Umstand offenbar bereits dafür aus, dass eine Impfpflicht gegen Art 2 Abs 2 S 1 dGG verstößt (*Grüner*, Katastrophen 278).

³²⁵ *Bührer*, Menschenwürdekonzent 331.

³²⁶ Ebda 322; idZ sei im Übrigen auch angemerkt, dass der im *LuftSiG-Urteil* mit dem Gehalt der Menschenwürdegarantie verknüpfte untersuchungsgegenständliche Art 2 Abs 1 S 1 GG nebst dem Recht auf Leben auch das Recht auf körperliche Unversehrtheit enthält.

³²⁷ EGMR U 29.04.2002, *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 2346/02 Z 65; vgl auch *Bührer*, Menschenwürdekonzent.

³²⁸ Vgl Kapitel II. 1.

Menschen objektiviert, ihn menschenunwürdig auf den infektiologischen Status seines Körper reduziert. Von anderen zulässigen physischen Zwangsmaßnahmen³²⁹ unterscheidet sich der Sachverhalt prinzipiell insofern, als dass der ungeimpfte Betroffene die Pandemie nicht verursacht hat.

Von der unzulässigen physischen Zwangsmaßnahme einer Zwangssterilisation hingegen unterscheidet sich die Impfpflicht substantiell sowohl hinsichtlich der rechtlichen Eingriffsintensität, als auch im Hinblick auf die objektiven Nachteile für die Betroffenen. Das Prinzip der Forcierung eines körperlichen Eingriffs, um in einem Fall Erbkrankheiten, im anderen Fall Infektionskrankheiten auszurotten, ist hingegen ähnlich und lässt beide Maßnahmen einander ideologisch gefährlich nahe kommen. Zwangssterilisationen, die im Dritten Reich auf Grundlage des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses (GzVeN) vom 14. Juli 1933 durchgeführt wurden, sind indiskutabel verfassungswidrige Menschenwürdeverletzungen.³³⁰ Wie unerlässlich es ist, derartig verwerfliche Prinzipien einer Volksgesundheitslogik bereits in ihrer geringstufigsten Manifestation abzulehnen, zeigt nicht zuletzt auch die Geschwindigkeit, mit der sich gesellschaftsmoralische Grenzen verschieben können.³³¹

³²⁹ So zB die polizeiliche Festnahme einer straffällig gewordenen Person oder die Delogierung eines Mieters, der seinen Mietzins rechtswidrig nicht bezahlt hat.

³³⁰ Vgl. Amtsgericht Kiel 07.02.1986, 4 XIII 1/85, FamRZ 1986 990 ff.

³³¹ So war die eugenisch motivierte Zwangssterilisation, deren Vereinbarkeit mit demokratischen Grundprinzipien heutzutage unvorstellbar und rechtlich mittlerweile anerkannt ist, keinesfalls ausschließlich ein nationalsozialistisches, sondern ein weit verbreitetes Phänomen, wie die Bundesregierung der BRD am 07.02.1957 bezeugte: „Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 ist kein typisch nationalsozialistisches Gesetz, denn auch in demokratisch regierten Ländern - z. B. Schweden, Dänemark, Finnland und in einigen Staaten der USA – bestehen ähnliche Gesetze“ (Plenarprotokoll 2/191, S. 10876 (A), zitiert nach Scheulen, Zur Rechtslage und Rechtsentwicklung des Erbgesundheitsgesetzes 1934 [2005]). Sogar bis in die 1950er und 60er Jahren herrschte in der BRD die Auffassung vor, das GzVeN hätte rechtsstaatlichen Prinzipien und wissenschaftlich-rationalen Kriterien entsprochen und sei daher weder als typisches NS-Unrecht noch als Unrecht überhaupt zu interpretieren (vgl. Hermann/Braun, Das Gesetz, das nicht aufhebbar ist. Vom Umgang mit den Opfern der NS-Zwangssterilisation in der Bundesrepublik, Kritische Justiz 3/43 [2010] 338 [339]). Auch in den USA wurden bis zum Jahre 1981 Zwangssterilisationen offiziell erlaubt und durchgeführt (vgl. Sullivan, State will admit sterilization past, Portland Oregonian, [2002]).

IV. Zusammenfassung

1. Das Selbstbestimmungsrecht als Ausfluss der Menschenwürdegarantie enthält ein umfassendes Selbstgefährdungsrecht, in dessen Schutzbereich auch Handlungen fallen, die ein erhöhtes COVID-Infektionsrisiko in sich bergen (S 10 ff). Ein Lockdown stellt einen Eingriff in dieses und andere Rechte dar und bedarf einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

2. Aus der objektivrechtlichen Dimension des Rechts auf Leben lässt sich keine Erlaubnis zur Verkürzung des Selbstbestimmungsrechts herleiten, wenn das Recht auf Leben desjenigen Grundrechtsträgers geschützt werden soll, in dessen Selbstbestimmungsrecht eingegriffen wird (S 18 ff). Die Ausnahmen vom Selbstgefährdungsrecht hinsichtlich des Geisteskrankenschutzes, des Jugendschutzes und zur Vorbeugung autonomiedefizitärer Entscheidungen sind auf die Lockdown-Maßnahmen nicht anwendbar (S 15 ff). Ein Lockdown zum Schutz vor Selbstgefährdung erfüllt daher nicht die Voraussetzungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts gemäß Art 8 Abs 2 EMRK, wonach der Grundrechtseingriff „zum Schutz der Gesundheit“ gerechtfertigt ist (S 24 f) und ist verfassungswidrig.

3. Ein Lockdown zum ausschließlichen Schutz vor Infektionen durch Dritte ist für denjenigen Bevölkerungsteil, der sich auch freiwillig isolieren würde, iSd Verhältnismäßigkeit ungeeignet bzw nicht erforderlich und in Bezug auf denjenigen Bevölkerungsteil, der entsprechende Maßnahmen gezwungenermaßen befolgt, ein unzulässiger zwangsweiser Schutz vor sich selbst bzw unangemessen und daher ebenfalls verfassungswidrig (S 30 ff).

4. Aus der ständigen Rechtsprechung des EGMR lässt sich ableiten, dass dem Schutz eines intakten Gesundheitssystems eine besonders schutzwürdige Bedeutung zukommt (S 37 ff). Zwar existiert kein Recht auf Gesundheit, doch kann die Verweigerung des Zugangs zu lebensrettender medizinischer Versorgung infolge kapazitärer und gesetzlicher Schwachstellen angesichts der Schutzpflichten aus dem Recht auf Leben gemäß Art 2 EMRK dessen Verletzung bewirken. Der Schutz vor einer Überlastung des Gesundheitswesens ist daher ein legitimer Zweck, der die Verhängung eines Lockdown rechtfertigen kann.

5. Die Einschätzungsprärogative hinsichtlich dieses Bedrohungspotentials hat der Gesetzgeber; der diesbezügliche Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum ist angesichts einer krisenhaften

Situation besonders weit, verkleinert sich jedoch über die Zeit hinweg aufgrund hinzugewonnener Erfahrung und aufgrund des Fortschritts der medizinischen Technologie (S 41).

6. Es besteht eine gesetzgeberische Beobachtungs- und Anpassungspflicht, zu deren Einhaltung das Heranziehen lediglich einer 7-Tage-Infektionsinzidenz als Richtwert ungeeignet ist, weil diese durch die unterschiedliche Anzahl durchgeführter COVID-19-Tests verzerrt wird und grundrechtlich betrachtet ausschließlich die aktuellen Spitalskapazitäten ausschlaggebend sind (S 42 ff). Weitere grundrechtliche Grenzen des Lockdowns ergeben sich aus dem Legalitätsgebot (S 48 ff) und der grundsätzliche Entschädigungspflicht für Eigentümer im Falle von *de-facto*-Enteignungen (S 50 ff).

7. Im Hinblick auf die Impfdiskriminierungsregelungen wäre die derzeit geltende *2G-Regel* in der Nachtgastronomie sowie eine zukünftig mögliche *IG-Regel* so lange verfassungskonform, wie sich der Gesetzgeber überzeugend auf den Schutz vor einer Überlastung des Gesundheitssystems als legitimes Eingriffsziel berufen könnte. Aufgrund des unzulässigen zwangsweisen Schutzes des autonomiefähigen Menschen vor sich selbst verbietet sich die Berufung auf den Schutz von Ungeimpften. Zwar darf sich der Staat das Ziel einer (fast) vollständigen Durchimpfung der Gesellschaft grundsätzlich setzen und fürsorglich auf die Gesundheit und Impfbereitschaft seiner Bürger hinwirken – allerdings nur insoweit, als er sich dazu ausschließlich informatorischer bzw edukatorischer Steuerungsinstrumente bedient, die nicht die Grenze zu grundrechtseinschränkenden Maßnahmen überwinden (*Nudges*). Der Schutz von Geimpften ist zwar ein legitimes Eingriffsziel; eine *2G-* bzw *IG-Regel* hält jedoch bezogen auf diesen Schutzzweck der Verhältnismäßigkeitsüberprüfung nicht stand, weil durch eine Impfung bereits ein hinreichender Schutz gewährleistet wird und zudem die *3G-Regel* ein gelinderes Mittel darstellt. Weil im Sommer 2021 das Gesundheitssystem nicht zu überlasten drohte, ist die *2G-Regel* mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar und daher verfassungswidrig (S 64 ff).

8. Solange die derzeit bestehende *3G-Regel* zeitlich begrenzt ist, ist sie aus grundrechtlicher Perspektive grundsätzlich unproblematisch. Wenn sie (oder eine flächendeckende *2G-* oder *IG-Regel*) demgegenüber dauerhaft bestehen bleibt, ist sie rechtlich als *de-facto-Impfpflicht* zu bewerten und einer gesetzlichen Impfpflicht rechtlich gleichzustellen (S 66 ff). Eine Impfpflicht stellt einen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art 8 EMRK (S 70 ff), jedoch keinen Eingriff in die Religions- und Weltanschauungsfreiheit aus Art 9 EMRK dar (S 69 f). Neben dem Schutz vor einer Überlastung der Spitäler stellt hier der Schutz von Personen,

die sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen können, ein legitimes Eingriffsziel dar (S 71 ff). Letzteres Eingriffsziel steht vor der Herausforderung, einer Angemessenheitsabwägung iSd Verhältnismäßigkeit standzuhalten. Fraglich bleibt, ob eine Impfpflicht einen Eingriff in das Recht auf Leben aus Art 2 EMRK darstellt (S 72 ff). Jedenfalls steht die Impfpflicht auch auf dem Prüfstand der Menschenwürdegarantie, die sie aufgrund der Physikalität der Eingriffsqualität und der für den Betroffenen einhergehenden verpönten Objektifizierung als Mittel zum Zweck vor erhebliche Rechtfertigungsprobleme stellt (S 79 ff).

Literaturverzeichnis

- | | |
|---|--|
| AGAMBEN Giorgio | <i>Die Zivilisation wird nicht mehr dieselbe gewesen sein: Was es bedeutet, Zeugnis von unserer maskierten Gegenwart abzulegen</i> , Neue Zürcher Zeitung (28.10.2020). |
| AGENDA AUSTRIA | <i>So viel kostet uns die Corona-Krise</i> , URL: https://www.agenda-austria.at/grafiken/so-viel-kostet-uns-die-corona-krise/ [zuletzt abgerufen am 02.09.2021]. |
| AHAMMER Rauni | <i>Der Grundrechtsverzicht als dogmatische Kategorie</i> , Baden-Baden (2016). |
| ALTWICKLER Tilmann | <i>Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz</i> (2011), Heidelberg. |
| AMELUNG Knut | <i>Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik</i> , Berlin (1981). |
| AUER Karlheinz | <i>Das Selbstbestimmungsrecht im Kontext der Patientenverfügung</i> , in Barta/Kalchschmid (Hg), <i>Die Patientenverfügung - Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus</i> (Band 2 der Reihe: Recht und Kultur), aktualisierte Fassung, Wien (2005) 107. |
| BACHNER Florian,
RAINER Lukas,
ZUBA Martin | <i>Fact-Sheet</i> , Intensivpflege und COVID (2021). |
| BARTA Heinz | <i>Zivilrecht, Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken²</i> , Wien (2004). |
| BARCZAK Tristan | <i>Staatliche Gesundheitssteuerung zwischen Nachtwächterstaat und Nanny-State - Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung in einem ethischen und rechtlichen Graubereich</i> , in Ach (Hg), <i>Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin</i> (Münster 2013) 65. |
| BERKA Walter | <i>Lehrbuch Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium²</i> , Wien (2008). |
| | <i>Die Grundrechte</i> , Wien/New York (1999). |
| BERKA Walter,
BINDER Christina,
KNEIHS Benjamin | <i>Die Grundrechte: Grund- und Menschenrechte in Österreich</i> , Wien (2019). |

BETHGE Nadine	<i>Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Grundrechtsverzehrs, Verfassungsrecht in Forschung und Praxis 108, Hamburg (2014).</i>
BIELEFELDT Heiner	<i>Menschenwürde: Der Grund der Menschenrechte, Berlin (2008).</i>
BLECKMANN Albert	<i>Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten aus den Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Beyerlin/Bothe/Hofmann/Petersmann (Hg), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung - FS Bernhardt (1995) 309.</i>
BMSGPK	<i>Hintergrund-Informationen zur Bettenauslastung auf Intensivstationen, Wien (2021).</i>
BROWN Catherine, VOSTOK Johanna, JOHNSON Hillary et al	<i>Outbreak of SARS-CoV-2 Infections, Including COVID-19 Vaccine Breakthrough Infections, Associated with Large Public Gatherings — Barnstable County, Massachusetts, July 2021, Centers for Disease Control and Prevention (2021).</i>
BUBLITZ Christoph	<i>Psyche, Paternalismus & the Pursuit of Happiness - Grundrechtsdogmatische Gedanken über den Schutz vor sich selbst, in Beck (Hg), Gehört mein Körper noch mir? Strafgesetzbuch zur Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper in den Lebenswissenschaften Hamburg (2012) 369.</i>
BÖCKENFORDE Ernst-W.	<i>Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990) 12.</i>
BÜHRER Torben	<i>Das Menschenwürdekonzept der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin (2020).</i>
DOEHRING Karl	<i>Die Gesunderhaltung des Menschen im Spannungsverhältnis zwischen Staatsfürsorge und Individualentscheidung, in Fürst/Herzog/Umbach (Hg), FS Wolfgang Zeidler (Berlin 1987) 1553.</i> <i>Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und des Völkerrechts: Ein Lehrbuch, München (1984) 259.</i>
DORN Florian et al	<i>Die volkswirtschaftlichen Kosten des Corona-Shutdown für Deutschland: Eine Szenarienrechnung, ifo Schnelldienst 4/2020, München.</i>

DWORKIN Gerald	<i>Paternalism</i> , in Sartorius (Hg), <i>Paternalism</i> , (Minneapolis 1983) 19.
ELLER Mathias, WACHTER Daniel	<i>Die Rechtsprechung des VfGH zu den „Corona-Regelungen“ der Bundesregierung, Eine Analyse ausgewählter Entscheidungen</i> , ÖJZ 2021/3 (12).
ENGELBRECHT Linda	<i>Die Menschenwürde als Grundsatz und Grundrecht im Europäischen Verfassungsrecht</i> , Berlin (2013).
ENGLERTH Markus	<i>Vom Wert des Rauchens und der Rückkehr der Idioten - Paternalismus als Antwort auf beschränkte Rationalität?</i> , in Engel et al (Hg), <i>Recht und Verhalten: Beiträge zu Behavioral Law and Economics</i> , Tübingen (2007) 231.
ERDLE Helmut	<i>Infektionsschutzgesetz⁴</i> , Kommentar (2013).
EUROPÄISCHER GERICHTSHOF FÜR MENSCHENRECHTE	<i>Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights</i> (2020). <i>Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights</i> (2020). <i>Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention of Human Rights</i> (2020).
FEINBERG Joel	<i>Harm to Self: The Moral Limits of Criminal Law</i> , Oxford (1986).
FISCHER Kai	<i>Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung</i> , Frankfurt/M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, (1997).
FISTER Mathis	<i>Grundrechte in der Krise, Grundrechtliche Maßstäbe für das COVID-19-Recht</i> , AnwBl 2020/195, 406.
FRANKENBERG Günter	<i>Im Ausnahmezustand</i> , KJ 50 Heft 1 (2017) 1.
FREMUTH Michael L.	<i>Coronavirus und Menschenrechte, Die Bekämpfung des Coronavirus - Menschenrechtliche Grundlagen und Grenzen</i> (2020).
FRENZEL Eike M.	<i>Die „Volksgesundheit“ in der Grundrechtsdogmatik, Schlaglicht auf einen aufhaltbaren Aufstieg</i> , DÖV 6/2007 243.
FROESE Judith	<i>Absoluter Lebensschutz? Zur Verhältnismäßigkeit von Infektionsschutzmaßnahmen</i> , JRP Heft 3 (2020) 148.

FROWEIN Jochen	<i>Human Dignity in International Law</i> , in Kretzmer/ Klein (Hg), <i>The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse</i> (Den Haag 2002) 121.
FROWEIN Jochen, PEUKERT Wolfgang	<i>EMRK-Kommentar</i> ³ (2009), Kehl am Rhein.
GAMPER Anna	<i>Corona und Verfassung</i> , Innsbruck (2020).
GAMPP Markus, HEBELER Timo	<i>Grundrechtsschutz vor Selbstgefährdung?</i> , BayVBl 2004 257.
GAZIT Sivan, SHLEZINGER Roei, PEREZ Galit et al	<i>Comparing SARS-CoV-2 natural immunity to vaccine-induced immunity: reinfections versus breakthrough infections</i> (2021).
GERT Bernart, CULVER Charles M.	<i>The Justification of Paternalism</i> , Ethics 89 (Chicago 1979) 199.
GRÜNER Anna-Maria	<i>Biologische Katastrophen, Eine Herausforderung an den Rechtsstaat</i> , Baden-Baden (2017).
GRABENWARTER Christoph, PABEL Katharina	<i>Europäische Menschenrechtskonvention</i> ⁶ , Kommentar, München/Basel (2016).
GRABENWARTER Christoph, FRANK Stefan L.	<i>B-VG: Bundes-Verfassungsgesetz und Grundrechte</i> , Kommentar, Wien (2020).
GROTE Rainer, MARAUHN Tilo, MELJNIK Konstantin	<i>EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz</i> , Tübingen (2006).
GORZONI Paula	<i>Der „margin of appreciation“ beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte: Eine prinzipientheoretische Rekonstruktion</i> , Baden-Baden (2019).
GOERTZ Stephan	<i>Autonomie im Disput, Moralthelogische Überlegungen zum Anspruch auf Selbstbestimmung</i> , JCSW 55. Band (2014) 105.
HAREL Alon	<i>Theories of Rights</i> , in Golding/Edmundson, <i>The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory</i> , Hoboken (2005) 191.
HÄBERLE Peter	<i>Das Menschenbild im Verfassungsstaat</i> , Berlin (1988).
HEINIG Hans M.	<i>Sozialstaat im Dienst der Freiheit, Zur Formel vom »sozialen« Staat in Art. 20 Abs. 1 GG</i> , Tübingen (2008).
HERBERT Georg	<i>Folter und andere Würdeverletzungen/Absoluter oder relativer Schutz der Menschenwürde?</i> , EuGRZ (2014) 661.

HERMANN Svea, BRAUN Kathrin	<i>Das Gesetz, das nicht aufhebbar ist. Vom Umgang mit den Opfern der NS-Zwangssterilisation in der Bundesrepublik</i> , Kritische Justiz 3/43 (2010) 338.
HILLGRUBER Christian	<i>Der Schutz des Menschen vor sich selbst, Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre</i> , München (1992).
HIRSCH Andrew von	<i>Direkter Paternalismus: Sollten Selbstschädigungen bestraft werden?</i> , in <i>Anderheiden et al</i> (Hg), <i>Paternalismus und Recht</i> , Tübingen (2006) 235.
HOLOUBEK Michael	<i>Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik</i> , Wien/New York (1997).
HOLOUBEK Michael, LIENBACHER Georg	<i>GRC-Kommentar</i> ² , Wien (2019).
HUSTER Stefan	<i>Eigenverantwortung im Gesundheitsrecht</i> , Ethik in der Medizin 22 (2010) 289. <i>Grundfragen staatlicher Erziehungsambitionen</i> , in Schumann (Hg), <i>Das erziehende Gesetz</i> , 16. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ (Göttingen 2014) 193.
IOANNIDIS John <i>et al</i>	<i>Assessing mandatory stay-at-home and business closure effects on the spread of COVID-19</i> , European Journal of Investigation 51/4 (2021).
JARASS Hans	<i>Charta der Grundrechte der Europäischen Union</i> , Kommentar, München (2010).
JÄGER Robert	<i>Kurz weist „juristische Spitzfindigkeiten“ zurück</i> , Die Presse (07.04.2020), URL: https://www.die-presse.com/5796917/kurz-weist-juristische-spitzfindigkeiten-zuruck [abgerufen am 07.09.2021].
JELLINEK Georg	<i>Allgemeine Staatslehre</i> ³ , Darmstadt (1960). <i>System der subjektiven öffentlichen Rechte</i> , Tübingen (1905).
KANT Immanuel	<i>Die Metaphysik der Sitten</i> , Berlin (2016).
KAUERMANN Göran <i>et al</i>	<i>CODAG Bericht Nr. 16</i> , LMU München (2021).
KERSCHNER Ferdinand	<i>Zur unmittelbaren privatrechtlichen Wirkung der EG-Grundfreiheiten (Teil II)</i> , ecolex 12/2007 (1982).

- KHAKZADEH-LEILER L. *Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs*, Wien/New York (2011).
- KIELMANSEGG, Peter Graf *Legitimität als analytische Kategorie* (1971), Politische Vierteljahrschrift Vol 13 Nr 3 (367).
- KINGREEN Thorsten *Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, Gemeinschaftliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung*, Tübingen (2003).
- KNEIHS Benjamin *Das Recht auf Leben in Österreich*, JBl 1999 (Wien 1999) 76.
- KNEIHS Benjamin, LIENBACHER Georg *Bundesverfassungsrecht*, Rill-Schäffer-Kommentar (2001).
- KOCH Thorsten *Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, Zur Rekonstruktion der Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen (2000).
- KOLBE Frederike *Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, Grundrechtliche Grenzen paternalistischen Handelns*, Baden-Baden (2017).
- KORINEK Karl *Der Schutz der Menschenwürde im Verfassungsrecht und im internationalen Recht*, in Mader et al (Hg), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly – FS Theo Mayer-Maly (Wien 2010).
- Der Schutz der Menschenwürde im Verfassungsrecht und im internationalen Recht*, Manuskript des Vortrags vom 20.4.2010 im Parlament (2010).
- KORINEK Karl, HOLOUBEK Michael *et al* *Bundesverfassungsrecht*¹⁴, Wien (2018).
- KORINEK Karl, HOLOUBEK Michael *Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung*, ÖZW 1995, 108.
- KOPETZKI Christian *Art 2 EMRK*, in Korinek/Holoubek (Hg), Kommentar zum österreichischen Bundesverfassungsrecht, Wien (2002).
- „Der Rechtsstaat funktioniert sehr gut“, MANZ im Gespräch mit RdM-Schriftleiter Christian Kopetzki*, CuRe 2020/21.
- KRASSER Anja *Die grundrechtliche Zulässigkeit einer Impfpflicht in Österreich*, Graz (2019).
- Zur grundrechtlichen Zulässigkeit einer Impfpflicht*, RdM 2020/206.

KRIEGER Heike	<i>Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?, ZaöRV 74 (2014) 187.</i>
LECHELER Helmut	<i>Art. 12 GG. 2. Mitbericht, VVDStRL 43, (1985) 48.</i>
LEHNER Gerald	<i>Chef des Verfassungsgerichts kritisiert CoV-Politik, ORF Salzburg (24.07.2020).</i>
LEMBCKE, Oliver	<i>Regel und Ausnahme. Zu einer Leitunterscheidung der Politischen Ethik, ÖZP (2007) H 1 (49).</i>
LEPSIUS Oliver	<i>Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie (06.04.2020). URL: https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/ [abgerufen am 15.08.2021].</i>
LISKEN Hans	<i>Freispruch für „Gurtmuffel“ – ein Polizeiproblem?, NJW 1985.</i>
MACHACEK Rudolf	<i>Das Recht auf Leben in Österreich, EuGRZ (1983) 464.</i>
MARCIC René	<i>Der unbedingte Rechtswert des Menschen, in FS Eric Voegelin (1962), 360.</i>
MAYER Heinz, KUCSKO-STADLMAYER G., STÖGER Karl	<i>Bundesverfassungsrecht, Kommentar, Wien (2015).</i>
MERKEL Reinhard	<i>Früheuthanasie: Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Baden-Baden (2001).</i> <i>§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?, JZ 2007, 373.</i>
MERTEN Detlef, PAPIER Hans <i>et al</i>	<i>Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Kommentar, Band VII/1, Heidelberg (2014).</i>
MEYER-LADEWIG Jens	<i>Menschenwürde und Europäische Menschenrechtskonvention, NJW 57 (2004) 981.</i> <i>Europäische Menschenrechtskonvention³, Handkommentar, Mannheim (2011).</i>
MEYER Christiane, REITER Sabine	<i>Impfgegner und Impfskeptiker – Geschichte, Hintergründe, Thesen, Umgang, Bundesgesundheitsblatt Band 47 (2004) 1182.</i>

MISES Ludwig von	<i>Kritik des Interventionismus</i> , Jena (1976).
MIEHLING Johannes	<i>Grundrechtliche Grenzen des harten Rechtspaternalismus</i> , Studienarbeit, München (2016).
MILL John Stuart	<i>Über die Freiheit</i> , Ditzingen (1986).
MOSER Moritz	<i>Gesetz zu COVID-19: Verfassungswidrig, aber notwendig?</i> , Addendum (2020) URL: https://www.addendum.org/coronavirus/covid-19-gesetz-verfassungswidrig/ [abgerufen am 18.08.2021].
MURDOCH Jim	<i>Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights</i> (2012).
MURSWIEK Dietrich	<i>Die Pflicht des Staates zum Schutz vor Eingriffen Dritter nach der Europäischen Menschenrechtskonvention</i> , in: Konrad (Hg), Grundrechtsschutz und Verwaltungsverfahren/Internationaler Menschenrechtsschutz (Berlin 1985) 213.
MUZAK Gerhard	<i>Bundes-Verfassungsrecht</i> ⁶ , Kommentar, Wien (2020).
MÜNCH Ingo von	<i>Grundrechtsschutz gegen sich selbst?</i> , in Stödter/Thieme (Hg), Hamburg, Deutschland, Europa: Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht Geburtstag - FS Hans Peter Ipsen, Tübingen (1977).
NIETZSCHE Friedrich	<i>Die fröhliche Wissenschaft</i> , Chemnitz (1882).
FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG	<i>Papier warnt vor „Erosion des Rechtsstaats“</i> , FAZ (02.04.2020), URL: https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-ex-verfassungsrichter-papier-sorgt-sich-um-grundrechte-16708118.html [abgerufen am 07.09.2021]
OHDE Georg	<i>Influenzapandemieplanung auf kommunaler Ebene</i> , Bevölkerungsschutz 3/2007, 23.
PASEDACH Christina	<i>Verantwortungsbereiche wider Volksgesundheit, Zur Zurechnungs- und Rechtsgutslehre im Betäubungsmittelstrafrecht</i> , Berlin (2012).
PAUL-EHRLICH-INSTITUT	<i>Bundesinstitut für Vakzine und biomedizinische Arzneimittel, Sicherheitsbericht, Verdachtsfälle von Nebenwirkungen und Impfkomplicationen nach Impfung zum Schutz vor COVID-19</i> (2021).

PETER Hans	<i>Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel</i> , in Constantopoulos/Wehberg, <i>Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie</i> - FS Rudolf Laun, (Hamburg 1953) 669.
PIETZCKER Jost	<i>Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts</i> , <i>Der Staat</i> 17 (Berlin 1978) 527.
POMMER Michael	<i>Corona: Lockdown für Ungeimpfte rückt näher</i> , <i>Kronen Zeitung</i> , URL: https://www.krone.at/2499703 [abgerufen am 06.09.2021].
POTTMAYER Maria	<i>Religiöse Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland und England, Staatliche Neutralität und individuelle Rechte im Rechtsvergleich</i> , Tübingen (2001).
POUWELS Koen, PRITCHARD Emma, MATTHEWS Philippa et al	<i>Impact of Delta on viral burden and vaccine effectiveness against new SARS-CoV-2 infections in the UK</i> (2021).
RADBRUCH Gustav	<i>Rechtsphilosophie</i> , Heidelberg (1932).
RAWLS John	<i>Theorie der Gerechtigkeit</i> , Berlin (1979).
RENSMANN Thilo	<i>Wertordnung und Verfassung</i> , Tübingen (2007).
RIGOPOULOU Maria	<i>Grenzen des Paternalismus im Strafrecht</i> , Berlin (2013).
ROBBERS Gerhard	<i>Sicherheit als Menschenrecht, Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion</i> , Baden-Baden (1987).
ROBERT-KOCH-INSTITUT	<i>Rapid Review der Wirksamkeit nicht-pharmazeutischer Interventionen bei der Kontrolle der COVID-19-Pandemie</i> (2020). <i>Auswirkungen der Maßnahmen zum Infektionsschutz auf das Wachstum der COVID-19-Epidemie: Mitgliedsstaaten der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), Januar - Juli 2020</i> (2020).
ROSSITER Clinton	<i>Constitutional Dictatorship, Crisis Government in the Modern Democracies</i> (1948), New York.
ROTTECK Carl von	<i>Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften</i> , Band 3, Stuttgart (1834).
RÜDIGER Zuck	<i>Impfrecht. Impfpfehlungen. Impfscheidungen</i> , <i>MedR</i> 26 (2008) 410.

SACHS Michael	<i>Diskriminierungsverbote im Spannungsfeld zu Freiheitsrechten</i> , in Klein/Menke (Hg), Universalität, Schutzmechanismen, Diskriminierungsverbote (Berlin 2008) 325.
SCHEULEN Andreas	<i>Zur Rechtslage und Rechtsentwicklung des Erbgesundheitsgesetzes 1934</i> (2005).
SCHMAHI Stephanie, WINKLER Tobias	<i>Schutz vor Armut in der EMRK?</i> , AVR Band 48 Nr 4 (Tübingen 2010) 405.
SCHMIDT Laura	<i>Der Schutz der Menschenwürde als „Fundament“ der EU-Grundrechtecharta unter besonderer Berücksichtigung der Rechte auf Leben und Unversehrtheit</i> , ZEuS 4 (2002) 631.
SCHÜNEMANN Bernd	<i>Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – Eine Sysyphus-Arbeit?</i> , in Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg), Paternalismus im Strafrecht, Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten (Baden-Baden 2010) 221.
SCHWABE Jürgen	<i>Probleme der Grundrechtsdogmatik</i> , Darmstadt (1977). <i>Der Schutz des Menschen vor sich selbst</i> , JZ (1998) 66.
STERN Klaus	<i>Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland</i> , Band III/1, Heidelberg (1977).
STERNBERG-LIEBEN Detlev	<i>Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht</i> , Tübingen 1997.
STORR Stefan	<i>Governance, Behavioral Science und das Bild des Menschen im Verfassungsrecht, Konzeptive Überlegungen zur Inkorporierung von Behavioral-Science Erkenntnissen in die Rechtswissenschaften am Beispiel einer Dogmatik staatlichen Informationshandelns</i> , ALJ 1/2014 78.
STREICHER Karl	<i>Gurtanlegezwang - Grundrechtsverletzung?</i> , NJW 1977, 282.
SULLIVAN Julie	<i>State will admit sterilization past</i> , Portland Oregonian (2002).
SUN Kaiyuan <i>et al</i>	<i>Transmission heterogeneities, kinetics, and controllability of SARS-CoV-2</i> , Science 371/6526 (2020).
SZCZEKALLA Peter	<i>Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Inhalt und Reichweite einer »gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion«</i> , Berlin (2002).

THALER Richard, SUNSTEIN Cass	<i>Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt</i> , Berlin 2011.
TRAUNWIESER Silvia	<i>Die Rolle der Menschenwürde im österreichischen Recht und im Bereich der Medizinethik</i> , in Kirste Stephan et al (Hg), Menschenwürde im 21. Jahrhundert (2018) 199.
UNGERN-STERNBERG A. v. HONG Mathias, MATZ-LÜCK Nele,	<i>Autonome und funktionale Grundrechtskonzeptionen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte</i> , in: Matz-Lück/Hong (Hg), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen (2012) 69.
VOLKMANN Uwe	<i>Darf der Staat seine Bürger erziehen?</i> , Baden-Baden (2012).
WACHTER Daniel	<i>Freiheit als verfassungsrechtliche Garantie, Eine rechtstheoretische Grundsatzanalyse</i> , JURIDIKUM 3/2020 310 (314).
WALLAU Philipp	<i>Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union</i> , Göttingen (2010).
WELAN Manfred	<i>Liberales im Verfassungsrecht des Bundes, Diskussionspapier Nr. 34-R-95</i> , Wien (1995).
WIMMER Andreas	<i>Art 11 TLO</i> , in Bußjäger Peter/Gamper Anna/Ranacher Christian [Hg], Tiroler Landesverfassungsrecht (2020).
WISSENSCHAFTLICHER DIENST DES DEUTSCHEN BUNDESTAGES	<i>Entschädigung für enteignetes oder vergesellschaftetes Vermögen aus völkerrechtlicher Sicht</i> (2020), AZ WD 2 – 3000 – 052/20, Fachbereich: WD 2: Auswärtiges, Völkerrecht, wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Verteidigung, Menschenrechte und humanitäre Hilfe.
WOITKEWITSCH Christopher	<i>Strafrechtlicher Schutz des Täters vor sich selbst</i> , Düren (2004).
ZACHERL Felicitas	<i>Leben gegen Leben? - Lebensrecht des Einzelnen im Spannungsverhältnis zur Schutzpflicht des Staates gemäß Art 2 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) am Beispiel der Terrorismusbekämpfung Gleichzeitig ein Beitrag zur interpretativen Weiterentwicklung der EMRK</i> , Wien (2010).
ZASTROW K.D., SCHÖNEBERG I., KOCH M.A.	<i>Erfassung und Bewertung von Impfschäden in der Bundesrepublik Deutschland und das Impfschadensregister des BGA</i> (1993).

Abstract

Die zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie verhängten Lockdowns stellen die gravierendsten Grundrechtseingriffe der zweiten Republik dar. Zahlreiche verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte werden zugunsten eines in seinen unterschiedlichen Ausformungen zumeist nicht näher konkretisierten Schutzguts – der Gesundheit – auf rechtshistorisch einmalige Weise in den Hintergrund gestellt. Die Arbeit legt dar, welche konkreten Rechtsgüter und Interessen durch einen Lockdown und durch Impfdiskriminierungsgesetze geschützt werden können und untersucht, ob die Förderung dieser Schutzgüter als verfassungsrechtlich legitimes Eingriffsziel infrage kommt bzw. ob die Maßnahmen in Bezug auf die potentiell gesetzgeberisch verfolgten Zwecke geeignet, erforderlich und angemessen im Sinne der erforderlichen Verhältnismäßigkeitsüberprüfung sind. Dabei wird insbesondere zwischen dem Schutz vor Selbstgefährdung, dem Schutz vor Fremdgefährdung und dem Schutz vor einer Überlastung des Gesundheitswesens differenziert. Weitere grundrechtliche Grenzen des Lockdowns werden im Zusammenhang mit der staatlichen Entschädigungs-, Anpassungs- und Beobachtungspflicht, dem Legalitätsgebot und dem gesetzgeberischen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum beleuchtet. Die Impfdiskriminierungsregelungen werden in ein Verhältnis zur gesetzlichen Impfpflicht gesetzt und am Maßstab der grundrechtlichen Gleichheitsgebote, der Weltanschauungsfreiheit, des Rechts auf körperliche Unversehrtheit, des Rechts auf Leben und der Menschenwürdegarantie überprüft. Die Ergebnisse stützen sich direkt auf die Verfassung in Form des B-VG, des StGG und insbesondere der EMRK sowie auf grundrechtsdogmatische Überlegungen der herrschenden Lehre und einschlägige Rechtsprechung des VfGH und des EGMR.