

Die Verhältnismäßigkeit von Lockdowns

Kai Möller¹

Viele Leser des britischen *Guardian* werden sich die Augen gerieben haben, als ihre linksliberale Lieblingszeitung, die wie weite Teile des britischen medialen Mainstreams seit Monaten für strengere Maßnahmen trommelt, am Sonntag einen ungewöhnlichen Artikel zum Thema Lockdowns veröffentlichte.² Darin wird der führende, an der Universität Edinburgh lehrende Epidemiologe Mark Woolhouse schon in der Überschrift damit zitiert, dass die langen Lockdowns mehr Schaden angerichtet als Gutes bewirkt hätten. Im Text wird ausgeführt, warum Woolhouse die Lockdowns für „moralisch falsch und hochgradig schädlich“ hält: sie seien keine Gesundheitspolitik (public health policy), sondern vielmehr ein Anzeichen des *Versagens* von Gesundheitspolitik. Kindern und jungen Erwachsenen seien ihre Ausbildung, Jobs und normale Existenz geraubt und ihre Zukunftsaussichten beschädigt worden, während ihnen ein rekordverdächtiger Schuldenberg hinterlassen worden sei. Dies sei passiert, um das staatliche Gesundheitssystem vor einer Erkrankung zu schützen, die „viel, viel“ gefährlicher für die Alten, Kranken und Schwachen sei als für die Jungen und Gesunden. Der Fehler? „Wir sind in Panik verfallen.“ Lockdowns seien eine „faule“ Lösung, die zudem auch sehr schädlich gewesen sei. Stattdessen hätten, ähnlich wie in Schweden, freiwillige Maßnahmen empfohlen werden müssen, und die Vulnerablen, insbesondere die Bewohner von Pflegeheimen, hätten besser geschützt werden müssen, wie auch deren Pfleger, die weitgehend von der Politik vernachlässigt worden seien.

Das Ungewöhnliche an diesem Vorgang ist nicht, dass es Wissenschaftler gibt, die Zweifel an Lockdowns haben, sondern, dass diese Zweifel nicht als Außenseiter- und Spinnermeinungen abgetan werden. Sie scheinen im Mainstream angekommen zu sein und werden sogar von dem politisch eher linken und besonders „maßnahmenfreudigen“ Teil der Presse aufgegriffen und wertungsfrei dargestellt.

Schon am Vortag hatte der britische Gesundheitsminister Sajid Javid in der *Daily Mail* einen Aufsehen erregenden Artikel veröffentlicht.³ Während die Inzidenz in Großbritannien bei etwa 1400 liegt (und damit etwa sechsmal so hoch wie in Deutschland), schreibt er: „Begrenzungen unserer Freiheit müssen ein absolutes letztes Mittel sein, und das britische Volk erwartet zurecht von uns, alles in unserer Macht stehende zu tun, um sie zu vermeiden.“ Ihm seien die enormen gesundheitlichen, sozialen und ökonomischen Kosten von Lockdowns überaus bewusst; es müsse alles getan werden, um strikte Maßnahmen zu vermeiden und stattdessen mit dem Virus zu leben.

Die Verhältnismäßigkeit als Rechts- und Vernunftprinzip

Der Forscher Woolhouse schaut in die Vergangenheit und bewertet die Lockdowns der ersten Phase der Pandemie kritisch; Gesundheitsminister Javid blickt als unter Handlungsdruck stehender Politiker in die Zukunft und denkt über mögliche zukünftige Lockdowns nach. Aber beiden ist gemein, dass sie zur Begründung ihrer Positionen auf die *Verhältnismäßigkeit* verweisen und fordern, nicht nur die

¹ Professor of Law, London School of Economics & Political Science (LSE).

² <https://www.theguardian.com/world/2022/jan/02/britain-got-it-wrong-on-covid-long-lockdown-did-more-harm-than-good-says-scientist>.

³ <https://www.dailymail.co.uk/news/article-10359549/SAJID-JAVID-Im-acutely-aware-cost-curbs-try-live-Covid.html>.

Gefahren des Virus für Gesundheit und Leben in die Bewertung einzubeziehen, sondern diese gegen die durch die Maßnahmen angerichteten Schäden abzuwägen. So trivial sich das anhört – selbstverständlich müssen Kosten und Nutzen von Maßnahmen wie Lockdowns gegeneinander abgewogen werden! – so bahnbrechend und wichtig ist es, dass diese Einsicht nun offensiv formuliert wird und endlich Gehör findet.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wurde im 19. Jahrhundert vom Preußischen Obergerverwaltungsgericht als Maßstab für die gerichtliche Überprüfung von polizeirechtlichen Maßnahmen entwickelt. In den 1950er Jahren wurde es dann vom deutschen Bundesverfassungsgericht von einem verwaltungsrechtlichen zu einem verfassungsrechtlichen Prinzip aufgewertet. Seitdem gilt: nur verhältnismäßige Grundrechts- und Freiheitsbeschränkungen sind verfassungskonform. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip entwickelte sich in den nächsten Jahrzehnten zum Exportschlager, und immer mehr oberste, internationale und Verfassungsgerichte zogen es in ihrer Grund- und Menschenrechtsrechtsprechung heran. Heute gilt es in fast allen liberalen Demokratien als *das* zentrale Rechts- und Verfassungsprinzip zur gerichtlichen Überprüfung staatlichen Handelns. Es verpflichtet staatliche Akteure, repressive Maßnahmen wie zum Beispiel Lockdowns nur anzuordnen, wenn sie verhältnismäßig sind. Das bedeutet, dass die Maßnahme erstens einen legitimen Zweck verfolgen muss, zweitens geeignet sein muss, den Zweck zu erreichen, drittens erforderlich sein muss, und viertens – zentral für die hier interessierende Fragestellung – angemessen sein muss. Die Angemessenheit wird bestimmt, indem eine Abwägung vorgenommen wird zwischen der Schwere der Freiheitsbeeinträchtigung und der Bedeutung des öffentlichen Interesses.

Die Verhältnismäßigkeit ist einerseits ein Rechtsprinzip: unverhältnismäßige Maßnahmen sind rechtswidrig und können vor Gericht erfolgreich angegriffen werden. Aber andererseits ist es viel mehr: es ist ein Gebot der Vernunft. Man muss kein Jurist sein, man braucht kein Spezial- oder gar Geheimwissen, um zu verstehen, dass repressive staatliche Maßnahmen, um gerechtfertigt zu sein, verhältnismäßig sein müssen, dass also insbesondere Kosten und Nutzen gegeneinander abgewogen werden müssen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gibt eine Struktur vor, die uns quasi mit der Nase drauf stößt, welche Fragen wir stellen müssen, um die Rechtfertigbarkeit einer Maßnahme wie z.B. eines Lockdowns zu bewerten.

Die Verhältnismäßigkeit von Lockdowns

Lockdowns verfolgen einen legitimen Zweck, nämlich den Schutz von Leben und Gesundheit. Sie sind aller Wahrscheinlichkeit nach auch geeignet, dieses Ziel zumindest temporär zu erreichen. Des Weiteren sind sie vermutlich auch erforderlich: zwar gibt es Alternativen zu Lockdowns (zum Beispiel den „schwedischen Weg“, der mehr auf Empfehlungen als auf Verbote setzt), diese sind aber möglicherweise weniger effektiv – viele Fragen sind in diesem Zusammenhang empirisch unklar. Die normative Crux liegt in der Angemessenheit, die eine Abwägung zwischen der Schwere der Freiheitseinschränkung und der Bedeutung des Schutzes von Leben und Gesundheit verlangt.

Hier müssen nun drei Fragen gestellt werden. Erstens muss die Schwere der Freiheitseinschränkung bestimmt werden. Um aber überhaupt eine Vorstellung davon zu bekommen, wie schwerwiegend eine so präzedenzlose und radikale Maßnahme wie ein Lockdown ist, muss zwingend eine *Folgenabschätzung* unternommen werden. Menschen sind soziale Wesen und sozialer Kontakt ist eine Notwendigkeit für unser Wohlergehen. Die äußeren Anzeichen für Kontaktmangel sind Einsamkeit und Langeweile; in schwereren Fällen Depression, Angst, oder Substanzmissbrauch; im

schlimmsten Fall Suizid. Lockdowns, die Schulen und Universitäten betreffen, legen Kindern und jungen Erwachsenen besonders schwere Lasten auf, indem sie ihre Ausbildung behindern und sie davon abhalten, Kenntnisse und Kompetenzen zu erwerben – was sowohl für sie selbst als auch für die Gesellschaft von größter Wichtigkeit ist. Je weniger Kontakt Kinder mit Erziehern, Lehrern und Ärzten haben, desto schwieriger wird es, Anzeichen für Missbrauch und häusliche Gewalt zu entdecken. Die Isolation, die vielen Bewohnern von Pflegeheimen „zu ihrem Schutz“ über Monate auferlegt wurden, würden wir zumindest in normalen Zeiten als unmenschlich und damit als menschenrechtswidrig bezeichnen. Des Weiteren haben Lockdowns schwere ökonomische Folgeschäden für Individuen und die Gesellschaft als Ganzes sowie für Künstler und im kulturellen Bereich arbeitende Menschen. Und schließlich werden bestimmte Gruppen von Menschen, die in besonderem Maße auf Hilfe, Kontakt und Unterstützung angewiesen sind, besonders hart von Lockdowns getroffen, wie z.B. psychiatrische Patienten, Menschen mit schweren Gesundheitsproblemen, Häftlinge oder obdachlose Menschen.

Diese Aufzählung der Schäden von Lockdowns ist nicht abschließend. Aber die Verhältnismäßigkeit verlangt, dass eine Regierung, die erwägt, einen Lockdown zu verhängen, so gut es eben geht, aufstellt, welche Schäden von dieser Maßnahme zu erwarten sind, und dies für die Dauer des Lockdowns unter Beobachtung hält. Es wäre dann die Rolle der Medien, der Öffentlichkeit, und schließlich der Gerichte, sich umfassend und kritisch mit diesen Erwägungen auseinanderzusetzen. Das Bemerkenswerte und Verstörende an der deutschen wie auch weiter Teile der internationalen Diskussion über Lockdowns in der gegenwärtigen Pandemie ist, dass die Frage nach den Schäden von Lockdowns allenfalls am Rande angesprochen wurde. Sowohl das Verhältnismäßigkeitsprinzip als auch der gesunde Menschenverstand verlangen aber, diese Fragen ins Zentrum zu rücken.

Die zweite Frage, die im Rahmen der Angemessenheit zu stellen ist, ist die nach der Bedeutung des Schutzes von Leben und Gesundheit. Hier lag der Schwerpunkt der öffentlichen Debatten zu Lockdowns. Allerdings wurde eine wichtige Frage schon am Anfang der Pandemie mit einem Tabu belegt: die Relevanz der Tatsache, dass Covid vor allem für ältere und vorerkrankte Menschen eine Gefahr darstellt und der Altersdurchschnitt der Covid-Toten bei über 80 Jahren liegt. Das Argument für dieses Tabu war, dass alle Leben gleich viel wert sind und sich daher jede Unterscheidung verbietet. Das ist sicherlich teilweise richtig. Doch man stelle sich vor, dass die nächste Pandemie, ähnlich wie die Spanische Grippe zwischen 1918 und 1920, gerade besonders junge Menschen dahinrafft. Sicherlich wäre dies relevant, und sicherlich dürfte eine Gesellschaft zu strikteren Maßnahmen greifen, um junge Menschen zu schützen. Das liegt aber nicht daran, dass junge Menschen „mehr wert“ sind als ältere, sondern vielmehr daran, dass sie den Großteil ihres Lebens noch vor sich haben. Es ist traurig, wenn ein uns nahestehender alter Mensch von uns geht, aber es ist tragisch, wenn ein junger Mensch stirbt, ohne ein volles Leben gelebt zu haben. Die Ausklammerung und Tabuisierung dieser Frage deutet auf eine weitere Schwachstelle im öffentlichen Diskurs zu der Verhältnismäßigkeit der Corona-Maßnahmen hin.

Der dritte und schwierigste Schritt ist dann die eigentliche Abwägung, in der die Schwere der Freiheitsbeeinträchtigung durch Lockdowns ins Verhältnis zur Bedeutung des Schutzes von Leben und Gesundheit gesetzt werden muss. Hierzu gab es zwei Argumente in der öffentlichen Diskussion in Deutschland. Zum einen wurde argumentiert, dass der Schutz des Lebens Vorrang haben müsse gegenüber sonstigen Freiheitsinteressen. Dies ist offensichtlich in dieser Absolutheit nicht korrekt: Tausende Menschen sterben jedes Jahr an der Grippe, ohne dass dies bisher als ein Problem gesehen wurde, das auch nur milde Maßnahmen wie etwa ein Maskenmandat in öffentlichen Verkehrsmitteln gerechtfertigt hätte. Im Straßenverkehr sterben jedes Jahr viele unschuldige Menschen, auch Kinder, und viele dieser Toten könnten vermieden werden. Keine Gesellschaft

handelt nach dem Motto, dass „derjenige, der sicherstellen will, dass sein Schiff nie sinkt, es immer im Hafen lässt.“ Ein Leben muss *gelebt* werden, und dies verlangt, dass gewisse Risiken für das *Überleben* in Kauf genommen werden müssen. Eine Abwägung zwischen Freiheit und Leben geht nicht notwendigerweise zugunsten des Lebensschutzes aus.

Zum anderen wurde argumentiert, die Abwägung zwischen Freiheit und Lebensschutz erfordere, dass das Gesundheitssystem nicht überlastet werde. Es ist verblüffend, dass die Briten etwa ein Viertel der deutschen Intensivbetten haben, gleichzeitig die sechsfache Inzidenz von Deutschland, und trotzdem klarkommen. Der Epidemiologe Klaus Stöhr verweist darauf, dass die Engländer Patienten später ins Krankenhaus einweisen und sie auch später auf die Intensivstation verlegen, trotzdem aber eine niedrigere Sterberate haben als in Deutschland.⁴ Es wäre wichtig, zu untersuchen, ob Deutschland in dieser Frage etwas lernen könnte. Aber wie dem auch sei: das vermeintliche Prinzip, demzufolge Lockdowns zulässig sind, um eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern, ist nicht rechtfertigbar. Zum ersten wird hier ein gefährlicher Präzedenzfall gesetzt, denn die Gesundheitssysteme sind schon aus ökonomischen Erwägungen so konzipiert, dass sie häufig am Limit operieren. Wollen wir wirklich bis in alle Ewigkeit jeden Winter überlegen, wegen der Grippe einen Lockdown zu verhängen? Dies kann nicht richtig sein. Das Hauptproblem mit diesem Argument ist aber, dass das Individualinteresse, bei einer Erkrankung im Krankenhaus maximal behandelt zu werden, zwar gewichtig ist, es aber – dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechend – nicht als absolut gesetzt werden darf, sondern mit anderen wichtigen Interessen abzuwägen ist. Ein Beispiel: es wäre nicht offensichtlich richtig, einen nationalen Lockdown zu verhängen, durch den vielleicht Millionen von Kindern traumatisiert werden, damit ein paar tausend Menschen im Krankenhaus maximal behandelt werden können. Richtigerweise ist dies eine Frage der Abwägung, nicht eine von absoluten Standards. Die Absolutsetzung – man könnte sagen, Fetischisierung – des Arguments von der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems überzeugt daher nicht.

Wenn die Panik weicht

Wie sollte die Abwägung denn nun vorgenommen werden? Auf diese schwierige Frage kann ich keine einfache und klare Antwort geben – schon deswegen nicht, weil ich als Einzelner nicht alle komplexen empirischen Daten und Fragen überschauen kann. Aber auf keinen Fall kann es eine Lösung sein, wie das Bundesverfassungsgericht in seinen Beschlüssen zur „Bundesnotbremse“ den Kopf in den Sand zu stecken und die Abwägung einfach dem Gesetzgeber zu überlassen. Damit wird das Gericht seiner Rolle als Hüter der Verfassung nicht gerecht, zumal es hier es um extreme Maßnahmen wie Ausgangsverbote und Schulschließungen ging.

Was wir brauchen, ist eine breite öffentliche, wissenschaftliche, und politische Diskussion zu dieser Frage. In dem Maße, in dem die Panik, von der Woolhouse spricht, langsam weicht, wird eine nüchterne und rationale gesellschaftliche Diskussion wieder möglich – eine Diskussion, die nicht einseitig und verengend auf Inzidenzen, Krankenhäuser und Todeszahlen fixiert ist, sondern auch die andere Seite der Abwägung mit gleicher Aufmerksamkeit in den Blick nimmt. In Großbritannien scheint der Zeitpunkt gekommen, diese Diskussion zu führen. Deutschland sollte dem nicht nachstehen. Es ist an der Zeit, die Ereignisse, die politischen Entscheidungen und den öffentlichen und medialen Diskurs der letzten zwei Jahre aufzuarbeiten. Dies könnte auch dazu beitragen, mit

⁴ <https://www.welt.de/politik/deutschland/video235750764/Corona-Mutation-Grossbritannien-als-Variantengebiet-zu-erklaeren-wird-Omikron-nicht-aufhalten.html?icid=search.product.onsitesearch>.

dem Rest dieser Pandemie angemessen umzugehen und Lehren aus ihr zu ziehen, die in der nächsten Krise oder dem nächsten Ausnahmezustand wichtig werden könnten. Mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit gibt es einen etablierten, erfolgreichen, überzeugenden und politisch neutralen Maßstab, der dabei hilft, die richtigen Fragen zu stellen und zu ausgewogenen Lösungen zu kommen.