

Ute Sacksofsky<sup>1</sup>

## Autonomie und Fürsorge

### I. Einführung

Durch die Maßnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie wird unsere Autonomie in einem zuvor unvorstellbaren Ausmaß beschränkt. Zugleich wird fürsorgliches Verhalten zum Schutz von Risikogruppen eingefordert, entwickelte sich aber auch spontan, etwa im Hinblick auf Unterstützung beim Einkaufen in der Nachbarschaft. Dies gibt Anlass, über das Verhältnis von Autonomie und Fürsorge neu nachzudenken.

Der Beitrag geht in vier Schritten vor. In den ersten beiden Teilen werden die Konzepte von Autonomie einerseits und Fürsorge andererseits erläutert. Im dritten Teil geht es dann darum, wie es das Recht mit Autonomie und Fürsorge hält. Im letzten Abschnitt werden einige ausgewählte Beispiele von Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie aus dem Blickwinkel von Autonomie und Fürsorge näher betrachtet.

### II. Zum Konzept von Autonomie

Für den modernen, freiheitlichen und demokratischen Verfassungsstaat ist die Autonomie der Person fundamental. Der Fokus auf Autonomie ist ein Kennzeichen der Moderne. Erst mit der Aufklärung kommt dem Begriff der Autonomie eine solche Schlüsselstellung zu.<sup>2</sup> Vor allem Immanuel Kant ist zentral für die Beschäftigung mit Autonomie – für ihn ist die Autonomie des Willens oberstes Gebot der Sittlichkeit. In seiner klassischen Formulierung ist das Prinzip der Autonomie des Willens: „nicht anders zu wählen als so, daß die Maximen seiner Wahl in demselben Willen zugleich als allgemeines Gesetz mit begriffen seien“.<sup>3</sup> Autonomie als Selbstgesetzgebung. In heutige Sprache übertragen, bedeutet individuelle Autonomie allgemein also „die Fähigkeit oder das Vermögen, sich selbst die Gesetze geben zu können, nach denen wir handeln und die wir selbst für richtig halten.“<sup>4</sup> Doch auf vielen Ebenen ist fraglich, was Autonomie genau bedeutet.<sup>5</sup> Insbesondere ist das Verhältnis von Autonomie und Freiheit nicht eindeutig.

1 Aktualisierte und mit Fußnoten versehene Fassung des anlässlich der Verleihung der Ehrenpromotion durch die Universität Wien am 18.9.2020 gehaltenen Vortrags.

2 John Christman, Autonomie, in: Gosepath/Hinsch/Rössler (Hrsg.), Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie, Band 1 A-M, Berlin 2008, 96; zur historischen Kontextualisierung siehe insbesondere Jerome B. Schneewind, *The Invention of Autonomy*, Cambridge 1998.

3 Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785 (zitiert nach Weischedel [Hrsg.], Werkausgabe Bd. VII, Berlin 1974, 74 f.).

4 Beate Rössler, *Autonomie: ein Versuch über das gelungene Leben*, Berlin 2019, 31.

5 Siehe etwa List/Stelzer (Hrsg.), *Grenzen der Autonomie*, Weilerswist 2010.

DOI: 10.5771/0023-4834-2021-1-47

In einem ersten Verständnis wird Autonomie mit negativer Freiheit identifiziert.<sup>6</sup> Negative Freiheit bedeutet die Abwesenheit von externen Beschränkungen und Hindernissen. Autonom sind wir nach diesem Verständnis, wenn wir nicht durch Fremdbestimmung daran gehindert werden, das zu tun, was wir für richtig halten. Seyla Benhabib hat herausgearbeitet, wie stark sich diese traditionelle Vorstellung von Autonomie auf Vorstellungen vom Naturzustand und damit auf die Botschaft gründet: „am Anfang war der Mann allein“.<sup>7</sup> Sie exemplifiziert dies an einem Bild von Thomas Hobbes, der die Menschen betrachten wollte, als ob sie „– gleichsam wie Pilze – plötzlich aus der Erde hervorgewachsen und erwachsen wären, ohne daß einer dem anderen verpflichtet wäre.“<sup>8</sup> Konsequenz dieses Denkens ist das souveräne Ich, welches durch die Begegnung mit anderen allenfalls gestört wird. Überspitzt formuliert könnte Robinson Crusoe geradezu als Idealbild dieses Verständnisses von Autonomie erscheinen.

Selbstverständlich ist ein solches Bild des völlig isolierten Individuums überzeichnet und beschreibt nicht adäquat die Position der Verfassungstheorie. Im Gegenteil hat das Bundesverfassungsgericht schon früh das soziale Wesen des Menschen, die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums, betont.<sup>9</sup> Doch aus der Perspektive der Geschlechterforschung greift selbst die Anerkennung des Sozialbezugs von Menschen noch zu kurz. Denn „Sozialbezug“ reflektiert nicht die elementaren Abhängigkeiten, die zu anderen Menschen bestehen. Das autonome Subjekt ist nicht „einfach da“ und wendet sich dann anderen Menschen zu, sondern schon die Konstitution des autonomen Subjekts kann nur situiert, innerhalb seiner (oder eben ihrer) jeweiligen Lage, erfolgen. Die Vorstellung des auf sich selbst gestellten, quasi autarken Individuums ist – selbst wenn sie nur als Idealisierung gedacht wird – daher für ein Verständnis von Autonomie nur wenig hilfreich. Eine solche Vorstellung kann überhaupt nur aufkommen, solange allein der gesunde, junge, erwachsene Mann betrachtet wird.<sup>10</sup> Kinder und Kranke sind offensichtlich von Zuwendung und Versorgung durch andere Menschen abhängig, Frauen werden typischerweise ohnehin als care-giver imaginiert. Doch nicht nur Kindheit, Alter und Krankheit bestimmen das Verhältnis zu anderen Menschen. Jede Person lebt in einem Geflecht von Beziehungen, welches ihr Sein, Denken und Handeln mitprägt. Eine isolierte Betrachtung des Individuums greift daher deutlich zu kurz. Und selbst bei Hobbes' Pilzen zeigt sich, wenn man genau hinsieht, dass sie durch ihr Mycel im Boden eben doch miteinander verbunden sind.

Die feministische Kritik am traditionellen Konzept der Autonomie könnte dazu verleiten, Autonomie als patriarchal infiziert ganz abzulehnen.<sup>11</sup> Ich halte das für falsch. Für mich und viele andere Frauen war das Anliegen der Frauenbewegung gerade darauf ge-

6 Vorüberlegungen zu diesem Abschnitt bei Ute Sacksofsky, *Geschlechterforschung im Öffentlichen Recht*, JöR N.F. 67 (2019), 377-402 (398 ff.).

7 Seyla Benhabib, *Der verallgemeinerte und der konkrete Andere*, in: List/Studer (Hrsg.), *Denkverhältnisse – Feminismus und Kritik*, 1989, 454-487 (464).

8 Thomas Hobbes, *De Cive*, (1642) (zitiert nach Gawlick [Hrsg.], *Thomas Hobbes Vom Menschen vom Bürger*, Hamburg 1959, 161).

9 Entwickelt in BVerfGE 4, 7 (15 f.) – Investitionshilfe (1954).

10 Siehe etwa Virginia Held, *Liberty and Equality form a Feminist Perspective*, in: MacCormick/Bankowski (Hrsg.), *Enlightenment, Rights and Revolution*, Aberdeen 1989, 214-228.

11 Eine lesenswerte kurze Zusammenfassung der feministischen Kritikpunkte findet sich bei Catriona Mackenzie/Natalie Stoljar, *Introduction: Autonomy Refined*, in: dies. (Hrsg.), *Relational Autonomy*, Oxford 2000, 3-31 (5 ff.).

richtet, Selbstbestimmung über das eigene Leben zu gewinnen. Autonomie ist unverzichtbar, wenn nicht dem Kollektiv die Macht über die Einzelnen gegeben werden soll. Das Konzept von Autonomie muss freilich neu gedacht werden. Einen Ansatz dafür bieten etwa Theoretikerinnen, die ein Konzept relationaler Autonomie entwickeln.<sup>12</sup>

Näher möchte ich hier auf Beate Rösslers Verständnis von Autonomie eingehen. Sie betont den Zusammenhang zwischen dem autonomen und dem sinnvollen Leben: Ein sinnvolles Leben können wir nur führen, wenn es selbstbestimmt ist. Rösslers Anliegen ist es, ein Verständnis von Autonomie zu entwickeln, das Autonomie nicht nur unter idealen Bedingungen akzeptiert und den vollkommen rationalen, sich selbst völlig transparenten Akteur voraussetzt.<sup>13</sup> Stattdessen arbeitet sie Autonomie in einer Weise aus, die ein selbstbestimmtes Leben auch unter realen Bedingungen als solches anerkennt, sich also mit der Autonomie von sozial situierten, unvollkommenen und verletzlichen Personen befasst. Als wesentliche Voraussetzung reicht ihr aus, dass eine Person ihre Vorhaben, hinter denen sie steht und für die sie sich entschieden hat, selbständig entwickeln kann.<sup>14</sup> Soziale Bedingungen, unter denen Menschen versuchen, autonom zu leben, zeigen „Janusköpfigkeit“: Sie können Autonomie ermöglichen oder behindern.<sup>15</sup> Gerade deshalb ist für Rössler Autonomie kein binäres und globales Konzept. Personen können Autonomie in verschiedenen Hinsichten und in unterschiedlichen Graden aufweisen.

Zudem reicht die Reduktion von Autonomie auf negative Freiheit nicht aus. Zur Autonomie gehört nicht nur die Abwehr von Hindernissen, sondern auch ein Horizont von sinnvollen und wünschenswerten Optionen.<sup>16</sup> Die Wahl zwischen Skylla und Charybdis ist keine autonome Entscheidung.

### III. Zum Konzept von Fürsorge

Von „Fürsorge“ sprechen wir, wenn „Personen auf Bedürfnisse anderer mit Aufmerksamkeit und Zuwendung sowie mit spontaner Unterstützung bei deren Befriedigung reagieren“.<sup>17</sup> Fürsorge ist zentral für menschliche Nähebeziehungen, sie ist geradezu deren Kern. Sie resultiert daraus, dass einer Person das Wohl Anderer am Herzen liegt. Fürsorgebeziehungen können wegen der Vielfalt menschlicher Lebensumstände und Lebensformen höchst unterschiedliche Formen annehmen. Sie können beispielsweise die praktische und materielle Versorgung ebenso umfassen wie emotionale Unterstützung. Entscheidend ist, dass die individuellen Bedürfnisse der Einzelnen, die aus ihren unterschiedlichen Wünschen, Interessen und Lebenssituationen resultieren, in der Fürsorgebeziehung im Mittelpunkt stehen.

In der politischen Philosophie war Fürsorge lange ein völlig unbeachtetes Konzept. Erst im Anschluss an Carol Gilligans Buch „In a Different Voice“, erschienen im Jahr

12 Einen guten Überblick geben die Beiträge in Mackenzie/Stoljar (Fn. 11); siehe auch: Marilyn Friedman, *Autonomy, Gender, Politics*, Oxford 2003; Jennifer Nedelsky, *Law's Relations*, Oxford 2011.

13 Rössler (Fn. 4), 394.

14 Ebd., 43 ff.

15 Ebd., 357.

16 Ebd., 43.

17 Martina Herrmann, „Fürsorgeethik“ und „Staatlicher Paternalismus“, in: Gosepath/Hinsch/Rössler (Fn. 2), 358.

1982, fing eine Debatte um Fürsorge bzw. Fürsorgeethik an. Gilligan fiel in ihren Forschungen zur kognitiv-moralischen Entwicklungspsychologie auf, dass Mädchen bei bestimmten moralischen Dilemmata typischerweise anders, kontextbezogener und eher an Beziehungen orientiert argumentierten als Jungen. Gilligan stellte daher einer Ethik der Gerechtigkeit und der Rechte, wie sie die Jungen vertraten, eine Ethik der Fürsorge und Verantwortung gegenüber, die sie in den Antworten der Mädchen gegeben sah.<sup>18</sup> Diese Beobachtungen, die eine Modifikation des Modells ihres Lehrers Lawrence Kohlberg beinhalteten, haben eine intensive Diskussion in den Gender Studies ausgelöst, aber auch darüber hinaus. Kritisiert wurde beispielsweise, dass sich eine Orientierung an entweder Fürsorge oder an Gerechtigkeit nicht zwingend ausschließen.<sup>19</sup> Auch korrespondieren die beiden moralischen Orientierungen nicht zwingend mit dem Geschlecht. Mir geht es hier nicht darum, die Debatte im Einzelnen nachzuzeichnen,<sup>20</sup> sie soll lediglich daran erinnern, dass alle Diskussionen über Selbstbestimmung Fürsorgebeziehungen einschließen müssen, um überhaupt die tatsächlichen Verhaltensoptionen, die selbstbestimmt erwählt werden könnten, zu eruieren.

Die zentrale Rolle von Fürsorgebeziehungen für das menschliche Dasein hat daher Konsequenzen für das Denken über Autonomie. In einem komplexen Autonomieverständnis, welches Autonomie nicht auf negative Freiheit reduziert, definieren Fürsorgebeziehungen den Raum der Wahlmöglichkeiten, die Menschen haben. Um es zu veranschaulichen: Eltern können nur zwischen Handlungsalternativen wählen, die einschließen, dass sie ihr Kind gut versorgt wissen.

#### IV. Autonomie, Fürsorge und das Recht

Nachdem die Konzepte von Autonomie und Fürsorge sowie deren Verwobenheit abstrakt näher erläutert worden sind, soll es nun um die Übertragung ins Recht, spezifischer ins Verfassungsrecht, gehen. Dabei stellt sich vor allem die Frage, wie ein oben skizziertes komplexeres Verständnis von Autonomie, welches auch Fürsorgebeziehungen mit aufnimmt, im Recht verortet und umgesetzt werden kann.

##### 1. Autonomie und Grundrechte

Autonomie ist Grundlage unserer Verfassungsordnung.<sup>21</sup> Die einzelnen Grundrechte erfassen jeweils spezifische Facetten von Autonomie und schützen sie als Rechte. Insbe-

18 Carol Gilligan, *In a Different Voice*, Cambridge 1982; deutsch: *Die andere Stimme*.

19 Ein weiterer Tenor der Kritik befürchtet, dass die Betonung psychologischer Unterschiede zwischen den Geschlechtern der Untermauerung traditioneller stereotyper Geschlechterrollen dienen könnte, siehe Andrea Büchler/Michelle Cottier, *Legal Gender Studies*, Zürich 2012, 262.

20 Für einen Überblick über die damalige Diskussion: Nunner-Winkler (Hrsg.), *Weibliche Moral. Die Kontroverse um eine geschlechtsspezifische Ethik*, Frankfurt a.M. 1991; Nagl-Docekal/Pauer-Studer (Hrsg.), *Jenseits der Geschlechtermoral*, Frankfurt a.M. 1993. Aus neuerer Zeit siehe etwa: Virginia Held, *The Ethics of Care*, Oxford 2006.

21 Aktuell zu Autonomie aus verschiedenen (rechtlichen) Perspektiven: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, Tübingen 2017; Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen*, Baden-Baden 2018.

sondere ist der Schutz von Autonomie Kern der Gewährleistung der Menschenwürde.<sup>22</sup> Dieser in der Würde des Menschen wurzelnde Gedanke autonomer Selbstbestimmung wird in den Gewährleistungsgehalten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG näher konkretisiert. Es sichert die Grundbedingungen dafür, dass die Einzelnen ihre Identität und Individualität selbstbestimmt finden, entwickeln und wahren können.<sup>23</sup>

Mit dem rechtlichen Schutz von Autonomie im Sinne negativer Freiheit tut sich das Verfassungsrecht leicht. Als primäre Funktion der Grundrechte gilt ihr abwehrrechtlicher Charakter. Grundrechte dienen dazu, die grundrechtliche Freiheit, also Autonomiebereiche, gegenüber staatlichen Eingriffen zu schützen. Doch die Eingriffsabwehr allein greift zu kurz, wenn Autonomie – wie hier vertreten – komplexer als nur im Sinne negativer Freiheit verstanden wird.

Ziel der Gewährleistung von Autonomie ist das Recht, ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Daher muss sich das Recht auch der Ermöglichungsbedingungen von Autonomie näher annehmen. Dazu gehört, dass die Strukturen, die diesen Möglichkeiten der Selbstbestimmung entgegenwirken, zur Kenntnis genommen und analysiert werden. Staatliche Aufgabe ist es dann, Bedingungen dafür zu schaffen, dass Selbstbestimmung gut gelebt werden kann.<sup>24</sup> Dies verlangt – wiederum – einen Blick auf tatsächlich gelebte Praxen und Bedingungen und kann nicht dabei stehen bleiben, Entscheidungen formal dann als „autonom“ zu deklarieren, wenn sie nicht durch nötigen Zwang getroffen worden sind.

Normativ verorten lässt sich der Gedanke, dass die Ermöglichung von Autonomie staatliche Aufgabe ist, in anderen Grundrechtsdimensionen als der Abwehrdimension. Im bundesdeutschen Verfassungsrecht ist allgemein anerkannt, dass Grundrechte über ihre Funktion als Abwehrrechte hinaus weitere Grundrechtsdimensionen aufweisen: Grundrechte können in – freilich seltenen – Fällen gar zu Leistungsrechten erstarken. Sie können prozedurale oder organisatorische Anforderungen stellen. Vor allem aber können Grundrechte auch Schutzpflichten auslösen. Für das Grundrecht auf Leben hat das Bundesverfassungsgericht explizit entschieden, dass es auch die Pflicht umfasst, sich „schützend und fördernd vor [das] Leben [des Einzelnen] zu stellen“.<sup>25</sup> Diese weiteren grundrechtlichen Dimensionen gelten auch für den verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutz von Autonomie. Dies ist die notwendige Konsequenz daraus, dass die über das Abwehrrecht hinausreichenden Grundrechtsdimensionen *grundrechtstheoretisch* fundiert, und nicht aus spezifischen Schutzgehalten einzelner Grundrechte abgeleitet, werden.<sup>26</sup> Daher

22 BVerfG, Urteil v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, Rn. 206 – Sterbehilfe.

23 Ebd., Rn. 207.

24 So eine zentrale These von Berit Völmann, Autonomiebedingungen im Rahmen der Regulierung von Prostitution/Sexarbeit, in: Baer/Sacksofsky (Fn. 21), 319-330; diesbezüglich sehr klar auch bereits Elisabeth Holzleithner, Legal Gender Studies: Grundkonstellationen und Herausforderungen, *juridikum* 2015, 471-481 (479); siehe ebenfalls: Ulrike Lembke, Zwischen Würde der Frau, reduziertem Liberalismus und Gleichberechtigung der Geschlechter, in: Baer/Sacksofsky (Fn. 21), 275-304 (281 f., 284).

25 BVerfGE 39, 1 (42) – Schwangerschaftsabbruch I (1975).

26 Siehe z.B.: Dreier, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz*, 3. Aufl. Tübingen 2013, Vorb. vor Art. 1 Rn. 82; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/ders. (Hrsg.), *Grundgesetz*, 7. Aufl. München 2018, Art. 1 Abs. 3 Rn. 182 ff.; Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz*, 90. EL München 2020, Art. 1 Abs. 3 Rn. 13 ff.; Hans D. Jarass, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, Heidelberg 2006, § 38.

weisen grundsätzlich alle Grundrechte diese verschiedenen Gewährleistungsrichtungen auf.

Darüber hinaus hat Autonomieschutz auch eine gleichheitsrechtliche Seite. Ein weiterer normativer Ansatzpunkt kann daher in den grundgesetzlichen Gleichheitsrechten gefunden werden. Grundlage der Demokratie ist nicht nur die wechselseitige Anerkennung als Freie, sondern auch als Gleiche.<sup>27</sup> Diskriminierungsstrukturen behindern dagegen freie, autonome Entscheidungen und enthalten sinnvolle Optionen vor.<sup>28</sup> Ein materielles Gleichheitsverständnis verlangt, dass diese Diskriminierungsstrukturen auch im Recht gesehen und bekämpft werden.<sup>29</sup> Gerade bei lang anhaltender Diskriminierung gegenüber bestimmten Personengruppen haben sich diskriminierende Strukturen in die Gesellschaft eingeschrieben. Ein formelles Gleichheitsverständnis, welches – ohne Rücksicht auf die Lebensbedingungen der Betroffenen – identische Behandlung verlangt, führt zur Verfestigung bestehender Privilegierungen. Daher hat sich das Antidiskriminierungsrecht seit Jahrzehnten von einem solchermaßen unzureichenden Gleichheitsverständnis verabschiedet. Ausdruck eines materiellen Gleichheitsverständnisses sind etwa die verfassungsrechtlich anerkannte Rechtsfigur der mittelbaren Benachteiligung, die auch scheinbar merkmalsneutrale Normen auf ihre benachteiligende Kraft untersucht, wie auch das Konzept angemessener Vorkehrungen. Beide nehmen die aus diskriminierenden Strukturen resultierenden Ungleichbehandlungen auf. Antidiskriminierungsrecht ist damit auch Autonomieschutz.

## 2. Fürsorge im Recht

Angesichts des zentralen Stellenwerts von Fürsorge für menschliches Leben ist die Frage aufgeworfen, welche Rolle Fürsorge im Recht spielen sollte. Empirisch lässt sich zunächst beobachten, dass der Begriff der Fürsorge im Recht kaum noch vorkommt. Zwar kennen wir noch die staatliche Fürsorgepflicht im Beamtenrecht, diese ist aber auch mit besonderen Pflichten verbunden. Im Hinblick auf den allgemeinen Bürgerstatus löst der Gedanke „fürsorglichen“ Rechts hingegen Abwehrreflexe aus. Es ist Fundament des liberalen Staates, dass der Staat nicht besser weiß als die Einzelnen, wie ein gutes Leben zu führen ist. Die „gute Policy“ des absolutistischen Staates, die den Menschen vorschrieb, welche Kleidung sie tragen und was sie bei Festen auftragen durften, gehört der Vergangenheit an.<sup>30</sup> Staatlicher Paternalismus erscheint aus heutiger Perspektive äußerst problematisch. Dies zeigt sich etwa an der heftigen Reaktion, als das Konzept des „Nudging“ die deutsche Politik erreichte.<sup>31</sup>

Traditionell wurde für sozialstaatliche Maßnahmen der Begriff der „öffentlichen Fürsorge“ verwendet; in der Liste der Gesetzkompetenzen des Grundgesetzes findet er sich

27 Grundlegend: Anna Katharina Mangold, *Demokratische Inklusion durch Recht*, Tübingen 2021 (im Erscheinen).

28 Die Auswirkungen diskriminierender Strukturen auf die Wahrnehmung von Autonomie thematisiert auch Rössler (Fn. 4), 321 ff.

29 Ausführlich dazu Ute Sacksofsky, *Gleichheit*, in: Herdegen u.a. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München 2021 (im Erscheinen).

30 Michael Stolleis, *Reichspublizistik und Policywissenschaft*, 2. Aufl. München 2012, 334 ff., 366 ff.

31 Nudging war das Thema einer intensiven Diskussion auf dem Verfassungsblog; viele der Beiträge finden sich in Kemmerer u.a. (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, Baden-Baden 2016.

noch (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG). Heute ist dieser Begriff aus der Mode gekommen. Hintergrund dieser Veränderung ist ein Wandel des Sozialstaatsverständnisses. Besonders deutlich wird dies beispielsweise im Hinblick auf das Existenzminimum. Die Gewährleistung des Existenzminimums ist nicht mehr als staatliche Wohltat – im Interesse der öffentlichen Ordnung – zu begreifen, sondern wird als Rechtsanspruch konzipiert.<sup>32</sup> Vor allem aber respektiert der moderne Staat die Autonomie *aller* Menschen. Auch diejenigen, die Sozialleistungen erhalten, gelten als vollwertige Bürgerinnen und Bürger und sind nicht – wie früher beispielsweise vom Wahlrecht<sup>33</sup> – von politischen Rechten ausgeschlossen. Diejenigen, die auf sozialstaatliche Hilfe angewiesen sind, gehören ebenso wie alle anderen dem Gemeinwesen an; sie haben Teil an der wechselseitigen Anerkennung als Freie und Gleiche.<sup>34</sup> Sozialstaatlichkeit rechtfertigt nicht sozialstaatlichen Paternalismus.

Recht kann zwar bestimmte Interessen schützen, Fürsorge in einem umfassenden Sinn kann das Recht aber nicht gewährleisten. Fürsorge verlangt das Wahrnehmen und Eingehen auf die jeweiligen individuellen Bedürfnisse. Welche Bedürfnisse die einzelne Person hat und wie sie ihre Bedürfnisse gewichtet, kann aber individuell sehr unterschiedlich sein. Es geht also nicht darum, den Staat zur Fürsorge zu verpflichten, sondern um die Einforderung des staatlichen Schutzes von – frei gewählten – Fürsorgebeziehungen der Einzelnen. Autonomieschutz darf nicht auf das isolierte Individuum beschränkt werden. Die engsten Nähebeziehungen gehören zum Kern des Menschseins. Das Verfassungsrecht erkennt die Bedeutung dieser Nähebeziehungen traditionell nur im Bereich von Ehe und Familie an. Doch dies greift zu kurz. In einer Welt mit pluralen Lebensentwürfen sind auch frei gewählte Fürsorgebeziehungen geschützt. Es ist irrelevant, ob sie sich aus verwandtschaftlichen Bindungen ergeben, wie beispielsweise Onkel und Nefte, oder ohne Blutsverwandtschaft auskommen, wie beispielsweise Freundinnen: Freundschaft ist in dieser Perspektive ebenso geschützt wie Familie. Dabei hat der Staat kein Recht, Kriterien dafür festzulegen, was als „Nähebeziehung“ anzusehen ist. Es muss den Einzelnen überlassen bleiben, für sich zu definieren, was sie als ihre engen Nähebeziehungen ansehen; Fürsorgebeziehungen können daher unterschiedliche Gestalt haben. Das Recht muss diese Nähebeziehungen und deren persönliche Ausgestaltung – als Teil des Autonomieschutzes – respektieren.

Normativ verorten lässt sich dieser Schutz engster Beziehungen – soweit es nicht ohnehin um Familie oder Ehe im verfassungsrechtlichen Sinne geht – im allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet – wie oben erläutert – den Schutz der Autonomie. Wird das Autonomieverständnis nicht unzulässig verkürzt auf das Individuum als Monade, gehört zu diesem Schutz auch der Schutz der engsten Nähebeziehungen. Die hier vertretene Auffassung geht über die bloße Betonung der Gemeinschaftsgebundenheit der Einzelnen durch das Bundesverfassungsgericht<sup>35</sup> hinaus. Es soll gerade nicht nur allgemein die soziale Verortung der Menschen berücksichtigt wer-

32 Siehe schon BVerwGE 1, 159.

33 Ausführlich und mit Nachweisen: Ute Sacksofsky, Wahlrecht und Wahlsystem, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, München 2016, 279–327, Rn. 19 ff.

34 Daher erkennt das BVerfG auch ein soziokulturelles Existenzminimum an: BVerfGE 125, 175 – Hartz IV (2010).

35 Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 4, 7 (15 f.) – Investitionshilfe (1954). Sehr deutlich etwa auch: BVerfGE 80, 367 (374) – Tagebuch (1989).

den, sondern die zentrale Rolle, die Fürsorgebeziehungen, also engste Nähebeziehungen, für das Menschsein spielen, hervorgehoben und grundrechtlich geschützt werden.

### V. *Autonomie und Fürsorge angesichts von Corona*

Diese allgemeinen Überlegungen zu Autonomie und Fürsorge möchte ich anhand von Aspekten der Corona-Krise konkretisieren. Dabei geht es nicht um eine umfassende und abschließende rechtliche Beurteilung der einzelnen Maßnahmen, sondern darum zu zeigen, wie sich das hier entwickelte Verständnis von Autonomie und Fürsorge argumentativ in diesen Konstellationen auswirkt.

#### 1. Corona-Schutzmaßnahmen im Spannungsverhältnis von Autonomie und Fürsorge

Auf den ersten Blick lassen sich staatlich angeordnete Maßnahmen zum Schutz vor der Infektion mit dem Corona-Virus als Handeln im Sinne von Fürsorge deuten. Die Einschränkungen, die die Corona-Maßnahmen für das Leben aller mit sich bringen, sollen insbesondere dem Schutz von Risikogruppen dienen. Sie sind somit Ausdruck der Verbundenheit im Gemeinwesen. Ganz im Sinne einer solchen Deutung hat Sabine Hark den Protestierer\*innen gegen die Corona-Maßnahmen vorgeworfen, „auf verzerzte, geradezu zynische, weil das Leben anderer riskierende, Weise die in die Herzkammern der bürgerlichen Moderne eingelassene antisoziale Mechanik [zu] spiegeln“.<sup>36</sup> Sie fordert, von der Verwundbarkeit Anderer und nicht der eigenen ausgehend zu handeln, so dass Distanz halten als eine Weise des Füreinander-Daseins erscheint.<sup>37</sup> Sie schließt damit an ihre auch andernorts geäußerte Kritik der Rechte und des Subjekt-Verständnisses an.<sup>38</sup> Trotz gewisser Übereinstimmungen im Ausgangspunkt hinsichtlich der Kritik am isoliert gedachten autonomen Subjekt, lassen sich ihre Überlegungen als moralische Forderung akzeptieren, nicht aber auf staatlich angeordnete Ge- und Verbote übertragen: Ohne grundrechtlich gewährleisteten Autonomieschutz sind Menschen staatlichem Zwang gegenüber ohnmächtig ausgeliefert.<sup>39</sup>

Erlässt der Staat Maßnahmen zum Schutz vor der Verbreitung der Pandemie, so verfolgt er damit ein klares Ziel: den Lebens- und Gesundheitsschutz. Selbst wenn es bei den Maßnahmen primär um den Schutz vor einer Überlastung des Gesundheitssystems geht,<sup>40</sup> dient dies doch jedenfalls mittelbar dem Gesundheitsschutz. Dass dieses Ziel legitim ist, steht außer Frage. Doch mit der Legitimität des Ziels ist nicht auch die Zulässigkeit aller Mittel impliziert.

36 Jüngst in dieser Zeitschrift: Sabine Hark, *Mit dem Virus leben*, KJ 2020, 475 ff.

37 Ebd.

38 Ausführlich dazu im Anschluss an Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015, Sabine Hark, *Enteignet Euch! oder: Keine Frage der Wahl. Über Autonomie in der Demokratie*, in: Baer/Sacksofsky (Fn. 21), 157-172.

39 Kritisch zu Harks Position: Anna Katharina Mangold, *Die politische Dimension subjektiver Rechte*, in: Baer/Sacksofsky (Fn. 21), 173 ff.

40 Oliver Lepsius, *Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie*, VerBlog 6.4.2020, <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>.

Dies gilt auch, obwohl das Leben vielfach als „Höchstwert“ gekennzeichnet wird.<sup>41</sup> Die bundesdeutsche Tendenz, Lebensschutz über alles zu stellen, ist ein Ergebnis der – auf vielen Ebenen – problematischen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch.<sup>42</sup> Das Gericht konnte nur deshalb, weil es den Lebensschutz des Embryos so hoch ansiedelte, die Rechte der schwangeren Frauen zurücktreten lassen (zumal es deren Gewicht geringschätzte).<sup>43</sup> Doch immerhin ging es bei der Frage des Schwangerschaftsabbruchs um Lebensrecht in einer konkreten Situation, beim Lock-down geht es hingegen um Prävention und Risikomanagement, mithin die Zuordnung von Eigenverantwortung und staatlich verordnetem Schutz. In vielen Fällen ist der Lebensschutz keinesfalls absolut, wie schon der Umstand zeigt, dass wir Tote im Straßenverkehr selbstverständlich in Kauf nehmen.<sup>44</sup>

Lebensschutz sticht also nicht immer und alles. Uwe Volkmann hat zutreffend herausgearbeitet, dass nicht Lebensschutz der höchste Wert ist, sondern ein Leben in Würde.<sup>45</sup> Die Frage, was ein Leben in Würde bedeutet, kann aber nur jede\*r Einzelne für sich beantworten. Staatlich verordneter Lebensschutz lässt sich also nicht als Fürsorge im umfassenden Sinne einordnen. Denn manchen Menschen mögen andere Aspekte des Lebens wichtiger erscheinen als die Vermeidung des Ansteckungsrisikos. Das Bundesverfassungsgericht hat vor kurzem das Verbot der Sterbehilfe für verfassungswidrig erklärt. Wenn das allgemeine Persönlichkeitsrecht aber schon als „Ausdruck persönlicher Autonomie“ ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben einschließt,<sup>46</sup> wie viel mehr muss es das Recht einschließen, selbst zu entscheiden, welche Ansteckungsrisiken man auf sich nimmt?

Freilich ist die Unterscheidung von Fremd- und Eigenschutz in einer Pandemie nicht ganz einfach, da jede Infektion Risiken der Ansteckung für weitere Personen, jedenfalls des medizinischen Personals im Fall der Krankheit, mit sich bringt. So viel aber kann festgehalten werden: Die Corona-Maßnahmen dürfen nicht einseitig an Lebensschutz ausgerichtet werden, sie müssen Raum für eigenverantwortliche Übernahme von Ansteckungsrisiken für die eigene Person lassen. Leitlinie der Ausgestaltung der Maßnahmen muss also sein, dass für beide Gewichtungen Raum ist: Schutz für die, die Ansteckungsrisiken vermeiden wollen, keine übermäßigen Beschränkungen für diejenigen, die bereit sind, gewisse Ansteckungsrisiken zu tragen.

41 BVerfGE 39, 1 (42) – Schwangerschaftsabbruch I (1975); Starck (Fn. 26), Art. 1 Abs. 3 Rn. 92; Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer, in: Kunig/Kämmerer (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. München 2021, Art. 2 Abs. 2 S. 1, Rn. 89.

42 BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch I (1975) oder BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

43 Dazu etwa Ute Sacksofsky, Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts, in: Rudolf (Hrsg.), Geschlecht im Recht, 2009, 191-215 (208 ff.).

44 Thorsten Kingreen, Whatever it Takes?, VerFBlog 20.3.2020, <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/>, weist darüber hinaus darauf hin, dass auch eine postmortale Organspende nicht verpflichtend ist.

45 Uwe Volkmann, Das höchste Gut, FAZ v. 1.4.2020, 12.

46 BVerfG Urteil v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, Rn. 208.

## 2. Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen

In den meisten Ländern der Welt wurde zumindest zeitweise ein Lockdown verhängt; häufig wurden Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Teil des Lockdowns angeordnet. Die Art der Ausgangsbeschränkungen unterschieden sich dabei erheblich: So gab es – beispielsweise in Frankreich – das Verbot, das Haus außer mit triftigem Grund zu verlassen, es gab zeitliche Beschränkungen – wie etwa in Spanien –, wo das Haus nur für eine Stunde am Tag verlassen werden durfte, oder räumliche Eingrenzungen, wie etwa das Verbot, sich mehr als eine bestimmte Anzahl von Kilometern von der eigenen Wohnung zu entfernen.<sup>47</sup> Jeder Typ dieser Ausgangsbeschränkungen stellt einen intensiven Grundrechtseingriff in die persönliche Freiheit dar.

Menschen, die ihre Wohnung verlassen, gehen ein gewisses Infektionsrisiko ein. Doch ist dies primär ein Risiko, dem sie sich selbst stellen und dessen Folgen sie selbst tragen müssen. Natürlich könnten sie auch selbst zur Ansteckung anderer beitragen, doch dies träfe auch nur Personen, die selbst sich diesem Risiko auszusetzen bereit waren. Wer dieses Risiko vermeiden will, kann sich in seiner Wohnung isolieren. Dies ist natürlich aber nicht die ganze Wahrheit. Die Freiheit, ihre Wohnung nicht zu verlassen, haben nur die, die in keinem Arbeitsverhältnis stehen oder deren Arbeit sich vollständig im Home-Office erledigen lässt. Und die Freiheit, niemanden in ihrer Wohnung zu empfangen, haben nur die, die nicht zwingend auf externe Hilfe angewiesen sind. Dass der Staat sich des Schutzes dieser Personengruppen annimmt, ist sicherlich legitim.

Doch muss dabei auch die zentrale Rolle persönlicher Freiheit berücksichtigt werden. Menschen zu verbieten, ihr Haus zu verlassen und – beispielsweise – spazieren zu gehen, kommt schon in die Nähe eines solchen geschützten Kernbereichs eines Lebens in Würde, ganz abgesehen davon, dass es sich in einer großzügigen Altbauwohnung mit Balkon leichter auf den Spaziergang verzichten lässt als in der engen Zwei-Zimmerwohnung – erst recht mit kleinen Kindern. Zudem erhöht das „Einsperren“ in der eigenen Wohnung das Risiko von häuslicher Gewalt erheblich – und nimmt den Betroffenen Auswegmöglichkeiten. Dies gilt zumal, als die Infektionsgefahr im Freien ausgesprochen gering ist, solange ein hinreichender Abstand zu anderen Menschen gewahrt ist. Beschränkungen des Aufenthalts im Freien stehen außer Verhältnis zum beabsichtigten Schutz und sind verfassungswidrig, solange Abstandsregeln eingehalten werden (können). Dies gilt sowohl für zeitliche wie auch für räumliche Begrenzungen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Pandemiebekämpfung besser gelingen soll, wenn Menschen nur eine statt zwei Stunden am Tag spazieren gehen können. Vollends ungeeignet sind zudem Regelungen, die den Bewegungsradius auf den Umkreis der eigenen Wohnung beschränken. Die Fahrradfahrer\*innen, die sich 20 km von ihrer Wohnung entfernt haben, sind nicht gefährlicher als diejenigen, die sich im Umkreis von einem Kilometer ihrer Wohnung aufhalten. Eher besteht die größere Gefahr der Ballung, wenn Menschen nicht aus Städten hinausfahren und dort ihren Bewegungsdrang ausleben können.

Mit der Einbeziehung von Fürsorgebeziehungen in den Autonomieschutz werden die bisherigen Überlegungen weiter verstärkt. Ausgangsbeschränkungen reduzieren Menschen auf den Umgang mit Angehörigen ihres Haushaltes. Dies berührt den Kern des Persönlichkeitsrechts. Verfassungsrechtlich geschützt sind ebenso Nähebeziehungen zu Personen, die nicht im eigenen Haushalt wohnen. Ob diese ein Ansteckungsrisiko einge-

47 Dazu OVG Bautzen NJW 2020, 1384, Rn 17 ff.

hen wollen, ist ihnen und ihnen allein überlassen. Der Staat kann Großveranstaltungen verbieten, kann Abstandsregeln im öffentlichen Raum erlassen, ein Verbot, andere Menschen auf individueller Ebene und aufgrund individueller Entscheidung zu treffen, steht hingegen nicht in seiner Macht. Daher steht den Einzelnen auch ein Recht auf Mobilität zu; denn andere Menschen, die nicht dem eigenen Haushalt angehören, können nur besucht werden, wenn man sich auch von seiner Wohnung wegbewegen kann. Pandemie-Gesichtspunkte stehen dem nicht entgegen. Bei Treffen zur Pflege von Nähebeziehungen sind potentielle Ansteckungsketten grundsätzlich leicht nachvollziehbar, da die Kontaktpersonen bekannt sind. Ob ein Mensch mit einem anderen Menschen zusammenlebt, eine Fernbeziehung führt oder zu verschiedenen Menschen intensive Kontakte pflegt, ist für den verfassungsrechtlichen Schutz nicht von Relevanz. Die Entscheidung über Anzahl und Intensität von Nähebeziehungen ist den Einzelnen überlassen.

Dies hat auch zur Folge, dass eine Ausgestaltung des Lockdowns, in der ein Verlassen der Wohnung nur bei triftigem Grund zugelassen wird (und dies von Polizeikräften kontrolliert wird), verfassungswidrig ist. Verfassungsrecht verlangt, dass auch die Wahrnehmung von Fürsorgebeziehungen ein „triftiger“ Grund ist. Da das Vorliegen einer – rechtlich nicht verfestigten – Nähebeziehung nicht kontrolliert werden kann und wegen des Schutzes der Privatsphäre auch nicht kontrolliert werden darf, ist eine Ausgangssperre, die ein Verlassen der Wohnung nur bei „triftigem Grund“ erlaubt, verfassungswidrig. Eine etwaige Missbrauchsgefahr ist gering. Da es um individuelle Kontakte geht, ist deren Wahrnehmung schon aus physikalischen Gründen begrenzt. Das gleichzeitige Treffen vieler Personen, wie etwa bei Feiern, ist unter diesem Aspekt nicht geschützt.

Die Kontaktbeschränkungen, die in der zweiten Welle der Pandemie auch Treffen im privaten Bereich reglementieren, verbinden eine Obergrenze von Personen mit einer Höchstzahl an Hausständen. So dürfen sich nach den im Dezember 2020 geltenden Regelungen maximal fünf Personen aus maximal zwei Hausständen treffen. Ist die Infektionsgefahr bei drei alleinstehenden Freundinnen, die sich treffen, wirklich höher? Natürlich könnte man die Festlegung auf maximal zwei Hausstände damit zu rechtfertigen suchen, dass Haushaltsangehörige sich ohnehin nahekomen und möglicherweise eher die gleichen Kontakte pflegen. Doch tieferliegend scheint auch hier wieder das Ideal der traditionellen Kleinfamilie auf. Menschen in anderen Lebensformen, die sich nicht auf einen Hausstand reduzieren lassen, sind auf sich allein verwiesen, denn weitere Personen dürfen sie nicht gemeinsam treffen. Die Privilegierung der Blutsbande zeigte sich besonders deutlich bei den Regelungen zu Weihnachten. Hier wurden zwar Personen von mehr als zwei Hausständen zugelassen, aber ausschließlich innerhalb familiärer Beziehungen (im traditionellen Sinn), frei gewählte Nähebeziehungen bleiben außen vor. Für Alleinstehende ist ein einsames Weihnachten vorprogrammiert.

Verbote, die eigene Wohnung zu verlassen, sind verfassungsrechtlich höchst problematisch und nur in extremen Ausnahmefällen zulässig. Nur eine konkrete Gefahrenlage von höchster Dringlichkeit kann Ausgangssperren rechtfertigen. Kontaktbeschränkungen sollten sich nicht an der Zahl der Hausstände, sondern der Zahl der Personen orientieren.

### 3. Kinderbetreuungseinrichtungen und Schulen

Im Hinblick auf Kinderbetreuungseinrichtungen und Schulen lässt sich ein deutlicher Bewusstseinswandel feststellen. Im Frühjahr wurden sie nachrangig behandelt, obwohl

nach dem ersten Lockdown immer weitere Bereiche des Wirtschaftslebens allmählich – und unter dem Entwerfen von Hygiene-Konzepten – wieder hochgefahren wurden. Dies hat sich seit dem Sommer deutlich verändert – glücklicherweise.

Das Schließen von Schulen und Kitas ist nicht nur aus Gründen der Bildungsgerechtigkeit problematisch, sondern vernachlässigt auch den Blick auf Fürsorgebeziehungen. Die Autonomie von Eltern wird massiv eingeschränkt, wenn sie ununterbrochen selbst für die Betreuung der Kinder zuständig sind (und noch einen Teil der Vermittlung schulischer Inhalte übernehmen sollen). Dieses Ein- und Anbinden der Eltern wurde noch dadurch verstärkt, dass auch die Großeltern wegen der Ansteckungsgefahr nicht besucht werden sollten und Nachbarschaftshilfe wegen des Lockdowns ebenfalls nicht in Frage kam. Das Schließen von Spielplätzen erschwerte die Betreuung zusätzlich.

Sicher ist die Entscheidung, Kinder zu bekommen, eine, die Autonomieeinschränkungen selbstverantwortet zur Folge hat. Doch der komplette Ausfall von Kinderbetreuungseinrichtungen potenziert die mit der Elternschaft notwendigerweise einhergehenden Autonomieeinschränkungen über das erträgliche Maß hinaus. Abhilfe schafft da auch nicht die Aufrechterhaltung eines Notbetriebes der Kinderbetreuung für Eltern mit systemrelevanten Arbeitsstellen. Autonomieschutz kann nicht nur für systemrelevante Eltern gewährleistet werden.

Das hier vertretene komplexere Verständnis von Autonomie reduziert Autonomieschutz nicht nur auf die Beseitigung externer Hindernisse, sondern verlangt auch, dass die zur Verfügung stehenden Handlungsoptionen wünschenswert und sinnvoll sind. Ein kompletter Ausfall von Kinderbetreuungsmöglichkeiten für Eltern – erst recht für alleinerziehende Eltern – genügt diesen Anforderungen nicht. Die politische Entscheidung, Schulen und Kindertagesstätten möglichst offenzuhalten, ist damit im Hinblick auf die objektiv-rechtliche Dimension der grundrechtlichen Autonomiegewährleistungen indiziert.

Hinzu kommt eine weitere Facette. Zwar haben sich in der Corona-Situation auch viele Väter an der Kinderbetreuung im Lockdown beteiligt. Teils belegen Studien eine überproportionale Steigerung der Kinderbetreuung durch Väter.<sup>48</sup> Doch die Gefahr einer „Retraditionalisierung“ im Geschlechterverhältnis ist dadurch nicht gebannt.<sup>49</sup> Das Ausgangsniveau, von dem aus sich der zeitliche Einsatz für Kinderbetreuung bei Müttern wie Vätern steigerte, war wegen der immer noch ungleichen Verteilung von Fürsorgeaufgaben im Geschlechterverhältnis sehr unterschiedlich. Mütter waren daher auch von der Schließung von Kinderbetreuungseinrichtungen besonders stark betroffen.<sup>50</sup> Politisches Handeln, das überwiegend Mütter nachteilig betrifft, stellt einen Verstoß gegen den Ver-

48 Sabine Zinn/Michaela Kreyenfeld/Michael Bayer, Kinderbetreuung in Corona-Zeiten: Mütter tragen die Hauptlast, aber Väter holen auf, Studie des sozio-ökonomischen Panels (SOEP) am Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung Berlin, DIW aktuell Nr. 51/2020; Marin Burjard et al., Eltern während der Corona-Krise. Zur Improvisation gezwungen, Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, BIB.Bevölkerungs.Studien Nr. 1/2020.

49 Jutta Allmendinger, Familien in der Corona-Krise, Frauen verlieren ihre Würde, ZEIT Online v. 12.5.2020, <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2020-05/familie-corona-krise-frauen-rolle-entwicklung-rueckentwicklung/komplettansicht>; dies., Gleichberechtigung unter Corona: Rolle rückwärts?, Die Soziologin Jutta Allmendinger im Gespräch, ARD Audiothek v. 28.11.2020, <https://www.ardaudiothek.de/gespraeche/gleichberechtigung-unter-corona-rolle-vorwaerts-oder-rolle-rueckwaerts-die-soziologin-jutta-allmendinger-im-gespraech/83656334>.

50 Gundula Zoch/Ann-Christin Bächmann/Basha Vicari, Kinderbetreuung in der Corona-Krise: Wer betreut, wenn Schulen und Kitas schließen?, Studie des Nationalen Bildungspanels, Leibniz-Insti-

fassungsauftrag zur Förderung tatsächlicher Gleichberechtigung, wie er in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG formuliert ist, dar. Auf diesen Verfassungsauftrag können sich zwar die Einzelnen nicht als subjektives Recht berufen, aber ein Verstoß gegen objektives Verfassungsrecht liegt vor.

Der Aspekt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Autonomie von Eltern hat im Übrigen auch Auswirkungen auf die Handhabung und Auslegung von Quarantäne-Regelungen. Überspitzt formuliert: Nicht jede Rotznase kann zur Anordnung von Quarantäne führen. Und nicht jeder positive Test bei einer einzelnen Erziehungskraft muss zur Schließung der Kindertagesstätte führen. Der Staat muss – beispielsweise durch hinreichende Testangebote – dafür Sorge tragen, dass Quarantäne, die Eltern wiederum massiv belastet, nicht überflüssigerweise verhängt wird.

#### 4. Alten- und Pflegeheime

Besonders schwierig stellt sich die Situation in Alten- und Pflegeheimen dar. Die Bewohner\*innen dieser Einrichtungen sind hochgefährdet und leben auf engem Raum zusammen. Immer wieder kam es zu Covid-19-Ausbrüchen gerade in diesen Institutionen. Die Reaktion des Staates stand – vor allem in der ersten Welle – ganz im Zeichen des Lebensschutzes. Teilweise wurden die Einrichtungen geschlossen, teils wurden Besuchszeiten massiv beschränkt auf wenige Stunden in der Woche und/oder auf ganz wenige besuchsberechtigte Personen. Teils wurden auch erhebliche Vorsichtsmaßnahmen verlangt: Schutzkleidung, Abstand und Trennungsscheiben.

All diese Einschränkungen sind außerordentlich problematisch, denn sie nehmen nicht hinreichend Rücksicht auf die zentrale Rolle von Fürsorgebeziehungen für Autonomie. Viele alte Menschen wären bereit, Risiken für ihre Gesundheit im Interesse des noch bestehenden Kontaktes zu Angehörigen oder Freund\*innen hinzunehmen. Das Recht, diese Wahl selbstbestimmt zu treffen, darf ihnen nicht genommen werden. Menschen geben auch dann nicht ihr Recht auf Autonomie auf, wenn sie pflegebedürftig werden. Aus demselben Grund sind auch „technische“ Einschränkungen, die Berührungen unmöglich machen, in ihrer Unbedingtheit nicht hinnehmbar. Für manche alten Menschen ist gerade die liebevolle Berührung das, was für sie den Kontakt ausmacht.

Besonders signifikant sind die Einschränkungen im Sterbeprozess. Hier geht es offensichtlich nicht mehr um den Schutz der Sterbenden, im Gegenteil wünschen sich viele Sterbende gerade, dass ihnen nahestehende Menschen sie in diesem Prozess begleiten. Dies gilt auch aus der Perspektive von Angehörigen sowie von Freund\*innen Sterbender: Der Abschied von Sterbenden ist etwas, was zum Kern des Menschseins gehört. Hier haben sich im Frühjahr und Frühsommer geradezu absurde Szenen abgespielt. So etwa, wenn der Besuch bei der sterbenden Mutter auf zwei Personen beschränkt wurde. Was sollen dann vier Kinder machen? Untereinander lösen?

Heime müssen Konzepte entwickeln, wie sie Menschen, die das wollen, auch in Zeiten der Pandemie Kontakte ermöglichen.<sup>51</sup> Auch insoweit hat sich seit der ersten Welle man-

tut für Bildungsverläufe e.V., Bericht Nr. 3/2020; Corinna Frodermann et al., Wie Corona den Arbeitsalltag verändert hat, Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Forschungseinrichtung der Bundesagentur für Arbeit, IAB-Kurzbericht Nr. 13/2020.

51 Dies gilt zumal, als eine „Kasernierung“ des Pflegepersonals – zu Recht – nicht vorgenommen wird. Ein gewisses Risiko mutet man den Bewohner\*innen also ohnehin zu.

ches verändert: Viele Alten- und Pflegeheime haben Besuche wieder ermöglicht. Dies ist nicht nur ein freiwilliges Unterfangen einzelner Einrichtungen. Im Gegenteil: Der Staat muss die Entwicklung solcher Konzepte in staatlich wie privat betriebenen Einrichtungen einfordern. Die Details solcher Schutz- und Besuchskonzepte sind nicht vorgegeben. Helfen kann beispielsweise der Einsatz von Schnelltests. Denkbar wäre aber auch, dass ein Heim einen „geschlossenen“ und einen „offenen“ Flügel einrichtet, je nachdem ob die Bewohner\*innen Besuche empfangen wollen oder nicht. Entscheidend ist aber, dass im Rahmen des Lebensschutzes auch für Heimbewohner\*innen die autonome Pflege von Fürsorgebeziehungen möglich ist.

## VI. Fazit

Ein umfassendes Konzept von Autonomie muss Fürsorge und insbesondere die Beziehungen, in denen Fürsorge gelebt wird, mitdenken. In der Corona-Pandemie stellen sich viele der dadurch aufgeworfenen Fragen neu. So könnte die starke Fokussierung auf Maßnahmen zur Vermeidung von Ansteckung, die nicht nur dem Selbstschutz, sondern auch dem Schutz der Anderen dienen soll, als Ausdruck fürsorglicher Denkens gedeutet werden. Doch wenn Schutzmaßnahmen in die Form staatlicher Ge- und Verbote gegossen werden, ist Vorsicht geboten: Das Berufen auf „Fürsorge“ ist kein Freibrief für staatlichen Paternalismus, sondern verlangt in erster Linie, dass individuell gelebte Fürsorgebeziehungen autonom ausgestaltet werden können.

Der Respekt vor individuell gelebten Fürsorgebeziehungen ist umso wichtiger, weil das Gebot von „social distancing“ in Corona-Zeiten so stark gepredigt wird und auch zur Infektionsvermeidung erforderlich ist. Die Verkürzung des Autonomieverständnisses dahingehend, dass andere als diejenigen erscheinen, die die eigene Freiheit gefährden, bekommt eine ganz neue – und elementare – Bedeutung. Der andere Mensch wird nicht nur zu demjenigen, der die eigene Freiheit beschränkt, sondern zur echten Gefahr. Das jedenfalls üben wir gesellschaftlich jetzt ein.

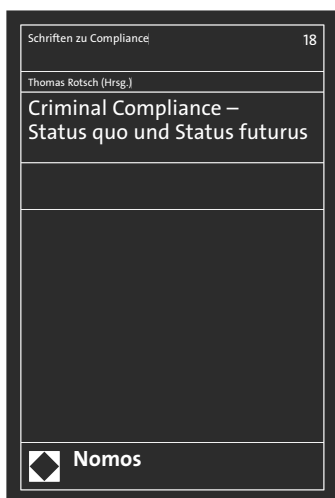
Der Umgang mit der Corona-Pandemie betrifft nicht nur die Ebene der Normsetzung: Von entscheidender Bedeutung ist auch, wie die Verwaltung Rechtsnormen um- und durchsetzt. Hier gab es in den letzten Monaten eine Vielzahl von Beispielen, in denen individuelle Autonomie in eklatantem Maße ignoriert und staatliche Macht in einer Weise demonstriert wurde, die an schon überwunden geglaubte obrigkeitstaatliche Verhaltensweisen erinnerte. Das Verbot des Verweilens auf Parkbänken – wobei das Mitnehmen eines Buches als Indiz für diese gefährliche Absicht stand –, das Verbot der Aufnahme eines Rundfunkgottesdienstes – weil ja Gottesdienste verboten waren<sup>52</sup> – oder auch das schlechte Absperren der Mainuferwiesen in Hanau – weil sich da ja Menschen versammeln könnten – sind beängstigende Signale, dass der verfassungsrechtlich fundierte Respekt vor Autonomie noch nicht in allen Teilen des staatlichen Behördenapparats angekommen ist. Man hatte gehofft, dass die Verwaltung in siebzig Jahren unter dem Grundgesetz besser gelernt hätte, dass Verbotsnormen im Sinne der Freiheitlichkeit, d.h.

52 Dazu Hans Michael Heinig, Gottesdienstverbot auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes, VerBlog 17.3.2020, <https://verfassungsblog.de/gottesdienstverbot-auf-grundlage-des-infektionsschutzgesetzes/>.

möglichst autonomiefreundlich, auszulegen sind und nicht schlicht den „Buchstaben des Gesetzes“ gefolgt werden darf.

Die Pandemie ist eine große Herausforderung für unser Gemeinwesen. Es geht mir mit den problematisierten Beispielen nicht darum, ein grundsätzliches Versagen der staatlichen Institutionen in der bisherigen Pandemiebekämpfung aufzuspießen. Parlament, Regierung und Behörden waren im Frühjahr in einer neuen und kaum überschaubaren Situation. Doch inzwischen ist klar, dass die Pandemie uns noch eine Weile begleiten wird und vergleichbare Konstellationen immer wieder auftreten können. Für die Zukunft muss unbedingt vermieden werden, im Namen der Infektionsbekämpfung Fundamente des freiheitlichen Verfassungsstaates auszuhebeln. Der Schutz von Autonomie – einschließlich ihrer sie prägenden Fürsorgebeziehungen – ist ein solches Fundament.

## Beiträge zur kriminalitätsbezogenen Compliance



### Criminal Compliance – Status quo und Status futurus

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Thomas Rotsch

2021, 507 S., geb., 118,- €  
ISBN 978-3-8487-7807-2

(Schriften zu Compliance, Bd. 18)

In der Reihe mit *Schriften zu Compliance* erscheint nunmehr der dritte vom Herausgeber betreute Band mit einer Vielzahl von Beiträgen, die sich über die gesamte Spannweite kriminalitätsbezogener Compliance erstrecken. Ziel ist eine erste Bilanz, aber auch einen Ausblick in die Zukunft dieses dynamischen Rechtsgebiets zu wagen.

 Nomos  
nomos-elibrary.de

Bestellen Sie im Buchhandel oder  
versandkostenfrei online unter [nomos-shop.de](https://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**