

## **Prof. Dr. Friedhelm Hufen**

(Johannes Gutenberg – Universität Mainz)

# **Gesundheitsschutz und Freiheitsschutz in der Pflege – ein unauflöslicher Gegensatz?**

## **Thesen**

### **I. Einführung: Pflegebedürftige als Opfer der Corona-Pandemie**

1. Neben Kindern und Jugendlichen gehören Pflegebedürftige, insbesondere die Bewohner von Alten und Pflegeheimen, zu den am meisten betroffenen Opfern der Corona-Pandemie. Auch die besonderen Belastungen und Gefährdungen des Pflegepersonals dürfen nicht außer Betracht bleiben.

2. Corona ist nicht „vorbei“. Es kommt deshalb darauf an, aus den Fehlern der vergangenen Phase zu lernen und Wiederholungen zu vermeiden. Insbesondere dürfen – unabhängig von den vergleichsweise milden Regelungen in der derzeitigen Fassung des IfSG - unverhältnismäßige Grundrechtseingriffe nicht wieder vorkommen.

3. Gesundheitsschutz und Freiheitsschutz dürfen im demokratischen Rechtsstaat kein unauflöslicher Gegensatz sein. Sie sind vielmehr nach den Grundsätzen „praktischer Konkordanz“ einander zuzuordnen. Das heißt vor allem „angemessener und schonender Ausgleich“. Keinem der hier angesprochenen Grundrechte kommt ein absoluter Vorrang zu.

4. Bisher wurde der Gesundheitsschutz – verstanden als einseitiger Infektionsschutz - gegenüber dem Freiheitsschutz überbetont. Dadurch blieb auch der Schutz der seelischen Gesundheit vielfach auf der Strecke. Vor dem Tod und im Sterbevorgang gewinnen neben der Freiheit von Schmerz und Leiden die Wahrung der Würde und menschliche Zuwendung den Vorrang vor reiner Lebenserhaltung („in dubio pro dignitate“).

### **II. Schutzbereiche, Adressaten und Funktionen der Grundrechte**

5. Ungeachtet ihres Lebensalters, Gesundheitszustands, ihrer Entscheidungsfähigkeit und Betreuungsbedürftigkeit sind Heimbewohner grundsätzlich uneingeschränkt Träger der Grund- und Freiheitsrechte, insbesondere der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), des Grundrechts auf persönliche Freiheit, Leben und körperlicher Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), der Religionsfreiheit (Art. 4 GG), dem Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG), der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), der Freizügigkeit (Art. 11), Schutz und Nutzung des Eigentums (Art. 14 GG) sowie der Gleichheitsrechte (Art. 3 GG) und des rechtlichen Gehörs (Art. 103 GG). Zu beachten sind auch die Grundrechte der Angehörigen und anderer nahestehender Personen sowie Ärzte, Betreuer, Pfleger, Seelsorger und Rechtsbeistände.

6. Interne und externe Begegnungen und Kommunikationsmöglichkeiten sind auch und gerade in Pflegeheimen entscheidend für die soziale und kulturelle Teilhabe. Die genannten Grundrechte binden deshalb nicht nur Behörden und öffentliche Heimträger, sondern nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Drittwirkung von Grundrechten auch private Heimträger unmittelbar. Rechtsverordnungen, Heimverträge und Hausordnungen sind im Lichte der Grundrechte auszulegen.

7. Über subjektive Abwehrrechte hinaus haben staatliche Behörden und Gerichte, insbesondere die Träger der Heimaufsicht, eine objektive Schutzpflicht für Leben und Gesundheit, aber auch für die persönliche Handlungsfreiheit und alle anderen Grundrechte der Heimbewohner und Pflegebedürftigen sowie der Angehörigen.

### **III. Grundrechtseingriffe**

8. Die verfassungsrechtliche Beurteilung von Schutzmaßnahmen kann nicht pauschal, sondern muss einzelfallbezogen und unter Beachtung des jeweiligen Grundrechtsstatus erfolgen. Besuchsverbote und Maßnahmen der Isolation stellen schwerwiegende und rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in die genannten Grundrechte dar. Die Schwere des Eingriffs steigt mit dem Grad der Isolation und verweigerter Teilhabe an sozialer, religiöser und kultureller Teilhabe. Führen Verbote zu einsamem Leiden und Sterben, dann liegt eine nicht zu rechtfertigende Verletzung der Menschenwürde vor.

9. Das Leiden von Demenzkranken an für sie nicht begreifbarer Isolation, mangelnder körperlicher Nähe und von ihnen nicht begreifbaren Einschränkungen ist bei der Beurteilung von Maßnahmen besonders zu berücksichtigen.

### **IV. Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen**

10. Es gilt der allgemeine rechtsstaatliche Grundsatz: Nicht die Aufhebung einer Freiheitsbeschränkung, sondern deren Einführung und Fortbestehen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Als Rechtfertigungsgründe für Grundrechtseingriffe kommen (außer bei der Menschenwürde) grundsätzlich hinreichend bestimmte und ihrerseits verfassungsmäßige Gesetze und gleichrangige (Verfassungs-)Güter in Betracht. Grundrechtseingriffe sind am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit) zu messen.

11. Das Hausrecht des Trägers ist als Rechtsgrundlage für Grundrechtseingriffe problematisch, wird aber zum Schutz der Einrichtung und der Bewohner von der Rechtsprechung teilweise als Eingriffsgrundlage anerkannt. Seine Ausübung muss aber stets im Lichte eingeschränkter Grundrechte sowie der Sozialbindung des Eigentums erfolgen.

12. Nach der geltenden Fassung des IfSG gelten ab 1.10. 2022 bis zum 07. 04. 2023 bundeseinheitlich für Pflegeeinrichtungen für Besucher und Bedienstete nur die Pflicht zum Tragen einer FFP 2 Maske und Testnachweise. In besonderen Gefahrenlagen können die Bundesländer Abstandsgebote und Personenobergrenzen verhängen. Für Besuchsverbote und Ausgangssperren gibt es also derzeit keine Rechtsgrundlage.

13. Nach der Rechtsprechung sind Masken- und Testpflichten bei Pflegeheimen zumindest nach derzeitigem Stand verhältnismäßig. Kritische Aufmerksamkeit ist aber angebracht, wenn insbesondere die Testpflicht zu einer starken Einschränkung sozialer Kontakte der Heimbewohner führt.

14. Unter Politikern und Juristen besteht heute nahezu Einigkeit, dass die zu Anfang der Pandemie verhängten totalen und unbefristeten Besuchsverbote unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig waren. Das wäre auch aktuell zur Abwehr einer „weiteren Welle“ neuartige Varianten des Virus und angesichts vereinzelter „hotspots“ der Infektionen in Pflegeheimen der Fall.

15. Anders als zu Beginn der Pandemie verfügen die Heime heute über hinreichende Schutzkleidung, Trennwände und andere Hilfsmittel, um den Schutz der Heimbewohner untereinander und den Schutz des Personals zu gewährleisten. Auch räumliche Trennung von offenen und geschlossenen Bereichen, Gruppenbildung von risikowilligen und vorsichtigeren Bewohnern und ähnliche Abstufungen sind in Betracht zu ziehen.

16. Ausgangssperren, interne Kontaktsperren, Zwang zur Einnahme der Mahlzeiten auf dem Zimmer, Verbote von Gemeinschaftsveranstaltungen, Beschlagnahme von persönlichen Gegenständen usw. waren schwerwiegende Eingriffe in die persönliche Freiheit und missachteten das besonders für alte und pflegebedürftige Menschen lebenswichtige Bedürfnis nach persönlicher Nähe und Kommunikation.

17. Die sogenannte einrichtungsbezogene Impfpflicht war (nur) so lange verfassungsgemäß, wie davon ausgegangen werden konnte, dass eine obligatorische Impfung des Pflegepersonals zum Schutz vor einer Corona-Infektion geeignet und erforderlich sei. Da dies nicht mehr der Fall ist, musste diese Verpflichtung entfallen.

## **V. Ausblick**

18. Auch die etwaige Steigerung der Infektionszahlen und Ausbrüche in einzelnen Einrichtungen dürfen nicht zu erneuter verfassungswidriger Isolation von Heimbewohnern führen. Zentrale Maximen für die Lösung von Problemen und die Bewältigung von Krisen müssen – über die COVID-19 Pandemie hinausgehend – der absolute Vorrang der Menschenwürde, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die praktische Konkordanz der Rechtsgüter, die Beteiligung der Betroffenen und die wirksame Kontrolle durch die Gerichte sein.