Dürfen die das überhaupt?

geschrieben von H.j. Lüdecke | 5. April 2020

Zur Zeit hört man von verschiedenen Zeitgenossen, dass die von der Bundesregierung und den Landesregierungen ergriffenen Maßnahmen zur Bekämpfung des Corona-Virus unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig seien. Ob dieser Vorwurf juristisch berechtigt ist, soll hier erörtert werden.
Die derzeitigen Maßnahmen stellen erhebliche und schwerwiegende Eingriffe in eine Vielzahl von Grundrechten dar, wie sie die Bundesrepublik in diesem Ausmaß noch niemals seit 1949 erlebt hat. Beispielsweise wurde eingegriffen in das Recht auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 GG: bei der jetzigen Ausgangssperre kann man sich nicht mehr völlig frei bewegen, sondern ist von manchen sogar öffentlichen Orten abgeschnitten; diejenigen, die nach dem Infektionsschutzgesetz unter Quarantäne gestellt wurden, sind sogar rechtlich betrachtet tatsächlich in ihrer Wohnung eingesperrt und dürfen diese überhaupt nicht mehr verlassen), in das Recht auf Freiheit der Religionsausübung (Art. 4 GG: derzeit sind Gottesdienste in den meisten Bundesländern verboten), in das Recht auf Ehe und Familie (Art. 6 GG: Man kann seine Verwandten, die in Krankenhäusern, Altersheimen oder Pflegeeinrichtungen untergebracht sind, nicht mehr besuchen. Auch Eheschließungen werden derzeit schwierig bis unmöglich), in das Recht auf Beschulung von Kindern (Art. 7 GG: Die Schulen wurden geschlossen; nach der hier vertretenen Auffassung korrespondiert die Schulpflicht auch mit einem Recht auf Beschulung, welches sich gegen den Staat richtet), in das Recht auf Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG: derzeit sind Versammlungen in allen Bundesländern verboten), in das Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG: Freies Reisen im Inland und ins Ausland ist faktisch unmöglich), in das Recht auf freie Berufsausübung (Art. 12 GG: Beinahe alle Gewerbetreibende bis auf Supermärkte, Apotheken und Lebensmittel produzierende Betriebe mussten ihr Geschäft schließen) und mit dem zuletzt Genannten korrespondierend in das Recht auf Eigentum (Art. 14 GG), soweit es den Bestand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs angeht.
Diese erheblichen und schwerwiegenden Eingriffe in eine Vielzahl von Grundrechten sind nur dann verfassungsgemäß, wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.
(Von der Erörterung einzelner Fälle wird hier abgesehen. Darüber hinaus wird hier auch kein juristisches Seminar über die jeweilige Rechtsgrundlage gehalten. Wenn man der Auffassung ist, dass die Maßnahmen keine ausreichende Rechtsgrundlage haben, wären sie schon allein deshalb verfassungswidrig. Nach der überwiegenden und auch hier vertretenen Auffassung haben die ergriffenen Maßnahmen aber eine ausreichende Rechtsgrundlage im Infektionsschutzgesetz (ebenso die Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg vom 23.03.2020, Az. 11 S 12.20; und auch der VGH München in der Entscheidung vom 30.03.2020, Az. 20 NE 20.632) und, wo das nicht der Fall ist, in der Generalklausel des

jeweiligen Landesgesetzes, wonach alle Verwaltungsbehörden des Staates die Verpflichtung haben, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren.)
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Verfassungsrang, auch wenn er nirgendwo ausdrücklich im Grundgesetz geregelt ist. Die juristisch spannenden Fragen lauten daher: Sind die ergriffenen Maßnahmen verhältnismäßig? Falls ja: In welchem, auch zeitlichen Ausmaß bleiben die Maßnahmen verhältnismäßig? Oder verstoßen sie irgendwann gegen das Übermaßverbot?
Die juristische Frage, ob eine Maßnahme verhältnismäßig ist, gliedert sich in drei Unterfragen, nämlich:
a) Ist die Maßnahme geeignet, um das definierte Ziel zu erreichen?
b) Ist die Maßnahme erforderlich, um das Ziel zu erreichen?
c) Ist die Maßnahme verhältnismäßig im engeren Sinne, verstößt sie nicht gegen das Übermaßverbot?
Bei der Einschätzung, wie gefährlich die Lage ist, und bei der Entscheidung, welche Maßnahmen ergriffen werden sollen, haben Bundes- und Landesregierungen einen Beurteilungsspielraum bzw. ein Ermessen. Das bedeutet, dass es juristisch irrelevant ist, ob der Einzelne eine solche Einschätzung oder eine solche Maßnahme für verhältnismäßig hält. Es kommt vielmehr allein darauf an, ob sich die Regierenden noch innerhalb ihres Beurteilungsspielraums halten und, flapsig formuliert, nicht erkennbar Unsinn betreiben. Ob also der einzelne Leser oder der Autor dieses Beitrags die Maßnahmen für richtig und angemessen halten, ist juristisch gleichgültig. Rechtlich relevant ist nur die Frage, ob sich die Regierenden innerhalb ihres Beurteilungsspielraums gehalten haben bzw. halten.
Kommen wir zurück zu den drei Fragen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

a) Geeignetheit
Das von Bundeskanzlerin und Ministerpräsidenten definierte Ziel lautet, die weitere Ausbreitung des Corona-Virus zu verlangsamen. Niemand hat mehr die Erwartung, die Ausbreitung des Virus noch endgültig stoppen zu können. Was aber noch möglich erscheint und was von den Regierenden als Ziel definiert wurde, ist der Versuch, das exponentielle Wachstum von Infektionen und von Erkrankungen zu verhindern und in ein lineares, möglichst geringes Wachstum zu überführen. Die Infektions- und Erkrankungskurve soll also möglichst „abgeflacht“ werden, damit für jeden schwer Erkrankten ein Bett auf einer Intensivstation inklusive Beatmungsgerät zur Verfügung steht. (Das ist bei einem exponentiellen Wachstum der Infektions- und Erkrankungszahlen auch in einem reichen Land wie Deutschland völlig unmöglich. Wenn allein 0,5 Prozent der Bevölkerung von zur Zeit etwa 80 Millionen gleichzeitig eine intensivmedizinische Betreuung benötigen würden, wären das 400.000 Intensiv-Betten, die wir in Deutschland nicht haben und auch nicht bekommen werden). Das von den Regierenden definierte Ziel war somit vernünftig und lag nicht außerhalb des ihnen zustehenden Beurteilungsspielraums.

Manche Leser werden jetzt herumnörgeln und behaupten, dass das Corona-Virus nicht schlimmer sei als eine Grippe. Die Maßnahmen seien von Anfang an unverhältnismäßig gewesen. Ein solcher Einwand ist aber, da die Regierenden einen Beurteilungsspielraum hatten, juristisch irrelevant.
Die juristisch relevante Frage lautet nur: Lag die Einschätzung noch innerhalb des Beurteilungsspielraums der Verantwortlichen? War ihre Einschätzung vertretbar? Diese Frage kann man mit einem klaren Ja beantworten.
Warum waren die Maßnahmen vertretbar? Weil bei aller Unklarheit der Lage genügend Informationen vorlagen, die die Regierenden berechtigten, von einer existenziellen Bedrohung des Staates und der Gesellschaft auszugehen. Dazu Folgendes:
Zum einen gab es historisches Wissen, wie gefährlich eine Pandemie mit einem Virus sein kann. Die spanische Grippe von 1918 bis 1920 verlief in drei Wellen und kostete insgesamt mindestens 25 Millionen Menschen weltweit das Leben, allein im Deutschen Reich etwa 300.000. Das kann jeder, der sich dafür interessiert, nachlesen bei Wikipedia oder in einem guten Geschichtsbuch.
Zum anderen gab es die Information durch das Robert-Koch-Institut, dass es sich bei dem Corona-Virus um ein sehr aggressives und gefährliches Virus handele, welches sich pandemisch ausbreite. Auch hier kann der Einzelne der Meinung sein, die Bewertung durch das Robert-Koch-Institut sei „falsch“ gewesen. Aber auch diese Meinung Einzelner wäre juristisch irrelevant.
Das Robert-Koch-Institut war von 1952 bis 1994 der wesentliche Kern des Bundesgesundheitsamtes. Auch heute ist es noch eine selbständige Bundesoberbehörde für Infektionskrankheiten und nicht übertragbare Krankheiten. Die Regierenden in Bund und Ländern waren und sind im Hinblick auf Seuchen und Pandemien Laien. Sie mussten also zwangsläufig Sachverständige und Experten zu Rate ziehen. Darin lag kein Rechtsfehler, völlig unabhängig davon, was das RKI zu dem Corona-Virus im Einzelnen inhaltlich erklärte. Selbst wenn sich die dortige Einschätzung später in Teilen als fehlerhaft herausstellen sollte, handelte es sich um ein sachverständiges Institut, welches mit Experten besetzt war und welches auf die Frage von Infektionskrankheiten spezialisiert war. Es war daher rechtlich zulässig, ein solches Institut nach seiner Meinung zu befragen.
Es gibt bislang auch niemanden, der dem RKI wirklich nachgewiesen hätte, dass seine medizinischen Einschätzungen falsch gewesen wären. Ganz im Gegenteil spricht die Tatsache, dass auch die Weltgesundheitsorganisationen WHO am 11.03.2020 das Corona-Virus als Pandemie einstufte, da es sich schon in 115 Ländern ausgebreitet habe, für die Richtigkeit der Einschätzung durch das RKI. Die Bundes- und Landesregierungen haben daher erkennbar nicht ihren Beurteilungsspielraum verlassen, wenn sie die Bewertung des RKI einholten.
Zum dritten gab es seit 2013 eine Risikoanalyse für den Fall einer sich pandemisch ausbreitenden Seuche. In der Drucksache des Deutschen

Bundestages 17/12051 wurde der Bericht vom 03.01.2013 über eine „Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz 2012“ vorgestellt. Neben einer Gefahr durch extremes Schmelzhochwasser der Mittelgebirge wird in dem Bericht das Risiko durch eine Pandemie mit einen Virus Modi SARS analysiert. Wenn man sich das damals entworfene Szenario anschaut, hatten die Analysten geradezu hellseherische Fähigkeiten: Ein neuartiges Corona-Virus entsteht auf einem Wildtiermarkt in Fernost und fordert dort zahlreiche Opfer, bevor es acht Wochen später nach Deutschland und Europa kommt und sich hier pandemisch ausbreitet.
Die Risikoanalyse kam damals zum Ergebnis (Anhang 4, Seite 64), dass in einer ersten Erkrankungswelle 29 Millionen Menschen in Deutschland daran erkranken würden, in einer zweiten Welle 23 Millionen und in einer dritten Welle 26 Millionen. Außerdem ging die Analyse davon aus, dass in Deutschland innerhalb von drei Jahren 7,5 Millionen Menschen an dem Virus sterben würden!
Es versteht sich von selbst, dass Bundes- und Landesregierungen, die zwischen 2013 und 2020 dieser Risikoanalyse leider nicht die gebotene Aufmerksamkeit widmeten und die leider in all diesen Jahren keine ausreichende Vorsorge entsprechend dieser Analyse getroffen haben – das ist das eigentliche Versagen der Politik, nicht die jetzt getroffenen Maßnahmen – , diese Risikoanalyse bei ihren aktuellen Entscheidungen nicht unberücksichtigt lassen konnten.
Insgesamt war es daher frei von Rechtsfehlern, wenn Bundes- und Landesregierungen die Corona-Pandemie im März 2020 als lebensbedrohlich und existenziell gefährlich für die deutsche Bevölkerung einstuften und entsprechend die harten Maßnahmen ergriffen, die wir zu Zeit erleben. Zum Erreichen des definierten Ziels, wie es oben bereits dargestellt wurde, waren diese Maßnahmen zweifellos geeignet.

b) Erforderlichkeit
Es ist völlig klar, dass die Regierenden bei Ausbruch der Pandemie handeln mussten. Hätten die Bundesregierung und die Landesregierungen in Kenntnis des historischen Wissens um die spanische Grippe, in Kenntnis der Informationen des RKI und unter Berücksichtigung der Risikoanalyse 2012 gar nichts unternommen und einfach die Hände in den Schoß gelegt, dann hätten sie erkennbar verfassungswidrig „gehandelt“ durch Unterlassen. Denn dann hätten sie die Pflicht des Staates, das Leben und die Gesundheit seiner Bürger zu schützen, eklatant verletzt.
Viele Möglichkeiten zum Handeln hatten die Regierungen nicht.
Es gibt bisher keinen wirksamen Impfstoff und kein Medikament gegen das Virus. Auch gab es nicht genügend Atemschutzmasken wie in Fernost. Somit gab es eigentlich nur die Möglichkeit, die Ausbreitung des Virus zu verlangsamen, indem man die sozialen Kontakte der Menschen minimiert.
Von einigen Leuten wird zwar eingewendet, es hätte ausgereicht, nur die Krankenhäuser, Alters- und Pflegeheime unter Quarantäne zu stellen und das übrige öffentliche Leben ohne Beschränkungen weiter laufen zu lassen. Dann wäre es schnell zu einer sogenannten Durchseuchung und einer anschließenden sogenannten Herdenimmunität gekommen.
Ein solcher Einwand ist rechtlich aber irrelevant, weil es jedenfalls

nicht bewiesen ist, dass solche Maßnahmen ausgereicht hätten. Es ist eine bloße Behauptung oder Vermutung. Vielleicht ja, vielleicht nein. Immerhin sind an dem Corona-Virus nicht nur besonders alte oder vorerkrankte Menschen gestorben, sondern auch junge Leute ohne erkennbare Vorerkrankungen.
Wenn die Regierenden dieser Auffassung nicht folgten, sondern eine allgemeine Kontaktsperre anordneten, bewegten sie sich daher zumindest noch innerhalb ihres Ermessensspielraums. Die bloß denkbare andere Möglichkeit ändert nichts an der rechtlichen Zulässigkeit der Entscheidung von Bundes- und Landesregierungen.
Im Übrigen kann diesem Einwand auch in tatsächlicher Hinsicht entgegnet werden, dass ein effektiver Schutz von Menschen in Krankenhäusern, Alters- und Pflegeheimen faktisch kaum möglich war. Denn Deutschland verfügt– bis zum heutigen Tag (03.04.2020) – nicht über ausreichende Schutzanzüge und Atemschutzmasken, um damit sämtliche Pfleger und Betreuer in den genannten Institutionen auszustatten. Wenn man also die Strategie einer „Durchseuchung“ mit „Herdenimmunität“ eingeschlagen hätte, wären innerhalb kürzester Zeit noch mehr Pfleger und Betreuer infiziert worden, als das heute schon der Fall ist. Dann hätten noch mehr infizierte Pfleger und Betreuer das Virus in die Altersheime, Pflegeheime und Krankenhäuser hineingetragen und die Insassen wären „wie die Fliegen“ gestorben. Darüber hinaus wären auch die Risikogruppen (besonders alte oder vorerkrankte Menschen), die sich nicht in einem Krankenhaus, einem Alters- oder Pflegeheim befinden, reihenweise gestorben, wenn man diesen Weg der „Durchseuchung“ beschritten hätte. Daher bleibt festzuhalten, dass die angeordneten Maßnahmen erforderlich im Rechtssinne waren, da sich Bundes- und Landesregierungen innerhalb ihres Ermessensspielraums bewegten.

c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne
Zur Beantwortung dieser Frage muss man abwägen zwischen dem Wert des Rechtsgutes, welches geschützt werden soll, und dem Rechtsgut, welches durch die Maßnahmen eingeschränkt wird oder ganz dahinter zurücktritt.
Das Rechtsgut, welches geschützt werden soll, ist das Leben der einzelnen Bürger in einer Vielzahl von Fällen. (Von bloßer Gesundheit reden wir in vielen Fällen nicht mehr. Es gibt keinen Impfstoff und kein Medikament gegen das Corona-Virus. Bei den schwer Erkrankten geht es nur noch um Leben und Tod. Die anderen Infizierten gesunden bisher von alleine).
Das Recht des einzelnen Menschen auf Leben ist eines der höchsten Güter und eines der wichtigsten Grundrechte, die das Grundgesetz kennt. Der Schutz des menschlichen Lebens ist daher eine der obersten Pflichten des Staates.
Die Rechtsgüter bzw. Grundrechte, die eingeschränkt wurden bzw. die zurücktreten mussten, wurden oben bereits dargestellt. Es handelt sich um sehr intensive Eingriffe, die in wirtschaftlicher Hinsicht sehr weitreichende, negative wirtschaftliche Folgen für unser Land haben werden. Es wird aufgrund der bereits jetzt getroffenen Maßnahmen mit sehr großer Wahrscheinlichkeit eine starke Rezession, vielleicht sogar

eine echte Wirtschaftsdepression geben. Mit solchen Folgen ist „nicht zu spaßen“, weil sie zu heftigen Verwerfungen unserer Gesellschaft und unseres Staates führen können. Jeder, der sich nur einigermaßen in der jüngeren deutschen Geschichte auskennt, weiß, dass die große Wirtschaftskrise nach dem Börsenzusammenbruch 1929 und dass die immensen Reparationszahlungen, die Deutschland aufgrund des Versailler Vertrages leisten musste, den Nährboden bereiteten, auf dem die Saat des Nationalsozialismus aufging. Es geht also auf der anderen Seite nicht nur um schnödes Geld einiger Kapitalisten, sondern um unsere Gesellschaft insgesamt.
Wie fällt die Abwägung zwischen diesen Rechtsgütern aus?
Der Einzelne kann sich dazu selbstverständlich seine eigene Meinung bilden. Das ist aber juristisch irrelevant. Auch hier kommt es darauf an, ob sich die Regierenden innerhalb ihres Ermessensspielraums bewegen. Bis die Pandemie ihren Höhepunkt erreicht, werden noch Wochen vergehen. Wir können nur hoffen, dass dann noch ausreichend Intensiv-Betten in Deutschland zur Verfügung stehen, um alle Patienten behandeln zu können. Auf der anderen Seite wäre es völlig unverantwortlich und außerhalb des Ermessensspielraums, wenn der Staat die jetzigen Maßnahmen beispielsweise ein Jahr lang aufrechterhalten würde. Denn in einem solchen Falle würden Millionen von Menschen ihren Arbeitsplatz verlieren, Tausende von Unternehmen, auch Großunternehmen, würden in die Insolvenz gehen und der Staat wäre ruiniert. Auch ein reiches Land wie Deutschland kann nicht ein Jahr lang Kurzarbeitergeld, Zuschüsse u.ä. in Milliardenhöhe bezahlen, wenn die Konjunktur auf Null heruntergeht und die Steuereinnahmen in Milliardenhöhe ausbleiben. Ein solches Szenario würde übrigens auch mit Sicherheit viele Menschenleben kosten. Daher ist völlig klar: Die Maßnahmen müssen in angemessener Zeit wieder aufgehoben werden. Alles andere wäre verfassungswidrig, selbst wenn dann durch Corona noch eine gewisse Zahl von Menschen ums Leben kommen würde. Der Schutz menschlichen Lebens ist kein Staatsziel, welches absolut, unantastbar und völlig uneingeschränkt gilt. Vielmehr muss auch dieses Staatsziel bzw. das Recht auf Leben in ein Verhältnis gesetzt werden zu anderen Grundrechten und zu der übrigen Werteordnung im Wege einer, wie es Juristen formulieren, praktischen Konkordanz. Um es klar und deutlich zu sagen: Der Bestand der freiheitlichen demokratischen Grundordnung mit einer funktionierenden Marktwirtschaft ist auf Dauer wichtiger als das Überleben von einigen Tausend Menschen. Denn in Deutschland sterben ohnehin – schon ohne Corona – etwa 900.000 Menschen jedes Jahr (vgl. die regelmäßig veröffentlichte Sterbetafel des Statistischen Bundesamtes). Das ist zwar traurig, aber eine Tatsache.
Die genaue zeitliche Grenze, ab der man von einem Übermaß bzw. von einer Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne sprechen könnte, weil sich die Bundesregierung und die Landesregierungen dann erkennbar aus ihrem Ermessen herausbewegen würden, kann niemand exakt ziehen. Bis zum 20. April 2020 sind die Maßnahmen aber zweifelsfrei verhältnismäßig. In diesem Sinne hat auch das Bundesverfassungsgericht entschieden, welches bislang (Stand: 03.04.2020) sämtliche Verfassungsbeschwerden gegen die Corona-Maßnahmen verworfen oder gar nicht erst zur Entscheidung

angenommen hat.
Statt über ein genaues Datum zu spekulieren, ab wann die Maßnahmen unverhältnismäßig werden – eine ganze Bandbreite von Daten wäre vom Ermessensspielraum gedeckt -, soll an dieser Stelle lieber ein Exit-Szenario entworfen werden.
Zunächst müssen Atemschutzmasken und Schutzanzüge in ausreichender Zahl hergestellt werden. Dabei sprechen wir von Millionen dieser Gegenstände. Dann sollte auch – nach Auffassung des Autors – eine allgemeine Mundschutzpflicht für die Bevölkerung in der Öffentlichkeit eingeführt werden, damit die Ausbreitung der Infektionen weiter eingedämmt wird. Südkorea und Japan haben gute Erfahrungen damit gemacht. Außerdem sollte die Anzahl der Intensivbetten und Beatmungsgeräte spürbar aufgestockt werden und es sollten die neuen Antikörpertests flächendeckend zum Einsatz kommen.
Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, was in einer hochtechnisierten Industrienation wie Deutschland innerhalb weniger Wochen möglich sein müsste, dann sollte bald nach dem 20. April 2020 das öffentliche Leben wieder eröffnet werden. Dann sollten Schulen und Universitäten, Geschäfte und Restaurants wieder öffnen und der normale Alltag sollte wieder – mit Mundschutz – beginnen. Nur die Alters- und Pflegeheime und Krankenhäuser sollten noch über eine längere Zeit besonders abgeschirmt werden zum Schutz ihrer Bewohner und Patienten.
In einem letzten Schritt, der z.B. aber auch erst in einem Jahr erfolgen kann, sollten dann auch die letzten Restriktionen in Form der allgemeinen Mundschutzpflicht und der Abschirmung von Krankenhäusern, Alters- und Pflegeheimen nach und nach aufgehoben werden.