

# **Gesellschaftlicher Zusammenhalt (Bürgerrechte in einer wehrhaften Demokratie)**

Anhörung von Sachverständigen der Enquetekommission II des Landtags NRW

Schriftliche Stellungnahme  
von *Hans-Jürgen Papier*

LANDTAG NORDRHEIN-WESTFALEN 18. WAHLPERIODE
<b>STELLUNGNAHME 18/1963</b>
A41

## **Vorbemerkung**

Die Corona-Pandemie stellte außergewöhnliche und schwerwiegende Herausforderungen des freiheitlichen demokratischen Rechtsstaats dar. Die staatlichen Akteure in Bund und Ländern haben im Zusammenhang mit der Pandemiebekämpfung die rechtsstaatlichen, insbesondere aus den Grundrechten folgenden Anforderungen nicht immer hinreichend beachtet. Diese Fragen bedürfen auch einer rechtswissenschaftlichen Aufarbeitung, damit in künftigen ähnlichen Krisen- und Notzeiten der Rechtsstaat auch unter juristischen Aspekten besser gewappnet ist. Dabei geht es nicht um das grundgesetzliche Prinzip der „wehrhaften Demokratie“. Wehrhafte Demokratie ist in erster Linie ein Sammelbegriff für die grundgesetzlichen Schutzmechanismen zur Verteidigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gegen ihre erklärten Feinde. Darum geht es bei Pandemien und anderen zum Notstand führenden Großereignissen nicht, das Thema hier ist die Wahrung der Grundrechte durch die zuständigen staatlichen Akteure in Bund und Ländern, also nicht die Wehrhaftigkeit, sondern die Freiheitlichkeit des Grundgesetzes.

## **Wahrung der Grundrechte**

Im staatlich verfügbaren sogenannten „Shutdown“ sind eine ganze Reihe zentraler Grundrechte des Grundgesetzes zum Zwecke der Eindämmung des Infektionsgeschehens massiv beschränkt worden. Dies geschah weitgehend unmittelbar durch Rechtsverordnungen der Landesregierungen, die aufgrund bundesgesetzlicher Ermächtigung erlassen wurden. Zunächst wurden sie auf die infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 28 Abs. 1 und des § 32 des Infektionsschutzgesetzes des Bundes gestützt, später sind speziellere bundesgesetzliche Verordnungsermächtigungen (§ 28a Infektionsschutzgesetz) erlassen worden. Für kurze Zeit galt sogar ein bundesgesetzliches Maßnahmengesetz, die sogenannte „Bundes-Notbremse“, das die Grundrechtseingriffe unmittelbar selbst anordnete, also nicht

nur zu entsprechenden Eingriffsregelungen der Landesexekutive ermächtigt. In allen Fällen ging es um erhebliche Eingriffe, vornehmlich in folgende Grundrechte:

- Bewegungsfreiheit, Art. 2 Abs. 2 GG
- Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG
- Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, zu diesem Grundrecht gehört auch das Recht, sich mit anderen Menschen zu treffen und nicht der Einsamkeit zu verfallen, ferner das Recht der Kinder und Jugendlichen auf schulische Bildung
- Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG
- Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG
- Kunst- und Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG
- Recht auf vereinsmäßige Betätigung, Art. 9 Abs. 1 GG
- Schutz des ehelichen und familiären Zusammenlebens, Art. 6 Abs. 1 GG
- Freizügigkeit, Art. 11 GG
- Berufs- und Gewerbefreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG
- Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG

Zu den Ge- und Verboten, die im Ordnungswege – auch kumulativ – angeordnet werden konnten und auch angeordnet wurden, gehörten vor allem folgende Eingriffe: Anordnung eines Abstandsgebots im öffentlichen Raum, die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung, Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen im privaten und öffentlichen Raum, die Untersagung oder Beschränkung von Freizeit-, Kultur- und ähnlichen Veranstaltungen, Untersagung von Sportveranstaltungen und Sportausübung, Untersagung des Abhaltens von Veranstaltungen, Ansammlungen, Aufzügen, Versammlungen sowie von religiösen und weltanschaulichen Zusammenkünften, Untersagung von Reisen, von Übernachtungsangeboten, Untersagung oder Beschränkungen des Betriebs von gastronomischen Einrichtungen, Schließung von Betrieben, Gewerben, Einzel- oder Großhandel bis hin zu Untersagungen oder Beschränkung des Betretens oder des Besuchs von Einrichtungen des Gesundheits- und des Sozialwesens und Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen, von Schulen, Hochschulen und ähnliches mehr.

Diese Grundrechte des Grundgesetzes sind nicht grenzenlos verfassungsrechtlich gewährleistet. Sie enthalten im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltete Gesetzesvorbehalte. Einzelne Grundrechte wie die aus Art. 5 Abs. 3 GG folgenden enthalten keinen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt, weisen allein verfassungsimmanente Schranken auf. Grundsätzlich gilt die allgemeine Regel, dass die Freiheitsrechte des Grundgesetzes aus legitimen Gründen des Gemeinwohls und unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden dürfen. Auf der anderen Seite kann in dem freiheitlichen Rechtsstaat des Grundgesetzes auch bei epidemischen Notlagen und ähnlichen Krisensituationen keinesfalls der Satz gelten, der (gute) Zweck heilige alle Mittel. Eindeutig unvereinbar mit der Verfassungsrechtslage ist auch der in der Politik bisweilen geäußerte Hinweis, in der Pandemiebekämpfung gäbe es keine roten Linien. Der zweifellos verfassungslegitime Zweck, dem Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung zu dienen, das Gesundheitswesen und speziell die klinische Versorgung vor einem Kollabieren zu schützen, rechtfertigt mit anderen Worten nicht jeden Grundrechtseingriff jedweder Schwere, Tragweite und Dauer.

Von Verfassungs wegen sind unmittelbar geltende und justiziable Freiheitsrechte der Bürgerinnen und Bürger gegen den Staat gewährleistet. Auf der anderen Seite begründen die Grundrechtsgewährleistungen zugleich objektive Wertentscheidungen des Verfassungsgebers, aus denen staatliche Schutzpflichten folgen, wenn und soweit die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter von dritter Seite oder durch objektive Umstände wie Epidemien, Naturkatastrophen oder schwere Unglücksfälle bedroht werden. Die Pandemie gefährdet verfassungsrechtlich geschützte Güter wie Leben und körperliche Integrität (Art. 2 Abs. 2 GG). Aufgrund der objektiven Wertentscheidung der Verfassung hat der Staat die rechtliche Verpflichtung, sich schützend vor die durch die Pandemie bedrohten Schutzgüter wie Leben und Gesundheit des Einzelnen zu stellen. Daraus folgt allerdings kein Individualanspruch eines jeden Einzelnen auf Vornahme bestimmter Schutzmaßnahmen. Denn wie der Staat seinen grundrechtlich begründeten Schutzpflichten für das Leben und die Gesundheit nachkommt, ist grundsätzlich von ihm und den dafür zuständigen Organen zu entscheiden. Im freiheitlichen Rechtsstaat des Grundgesetzes darf der Staat bei der Wahl der Mittel zur Erfüllung seiner Schutzpflichten für Leben und Gesundheit der Bevölkerung allerdings nur auf solche Mittel zurückgreifen, deren Einsatz mit den rechtsstaatlichen

Verbürgungen des Grundgesetzes, insbesondere mit den Freiheitsrechten und den in ihnen enthaltenen sogenannten Schranken-Schranken im Einklang steht.

Die für die Regelung von Infektionsschutzmaßnahmen zuständigen Organe des Staates haben mithin einen angemessenen Ausgleich zwischen den Freiheitsrechten auf der einen Seite und dem Schutzversprechen des Gesundheitsschutzes auf der anderen Seite herzustellen. Das bedeutet vor allem: Es dürfen keine unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffe vorgenommen werden, auch wenn diese Eingriffe dem durchaus verfassungslegitimen Ziel des Gesundheitsschutzes dienen. Auch die mit dem Schutz von Leben und Gesundheit legitimierbaren Grundrechtseingriffe müssen vor allem hinreichend geeignet und erforderlich sein, den bezweckten Schutz von Leben und Gesundheit zu erreichen oder zumindest diesem Ziel erkennbar näher zu kommen. Der mit diesen Maßnahmen erreichbare Schutz muss überdies in einem angemessenen Verhältnis zu dem Schaden stehen, der den Trägern der eingeschränkten Freiheitsrechte in Folge der staatlichen Schutzmaßnahmen droht. Die für die Grundrechtsbeschränkung zuständigen staatlichen Akteure müssen somit überzeugend darlegen können, dass ein verfassungsrechtlich legitimer, für den intendierten Infektionsschutz geeigneter, erforderlicher und auch verhältnismäßiger Eingriff vorliegt.

Die verfassungsrechtlich zwingend vorgeschriebenen Abwägungen, die der Anordnung von Ge- und Verboten vorausgehen haben, sind während der hier in Rede stehenden Pandemie zu einem großen Teil defizitär gewesen, sodass sich die entsprechenden Maßnahmen vielfach als rechtlich problematisch erweisen. So ist die Eignung von Verboten zur Zweckerreichung vielfach nicht hinreichend dargelegt und geprüft worden, entsprechendes gilt im Hinblick auf die Proportionalität zwischen dem Nutzen für den Infektionsschutz und dem zu erwartenden Schaden und den Nachteilen für den Grundrechtsschutz von Millionen von Menschen. Ferner darf im Rahmen der Gesamtabwägung der anzustrebende Gesundheitsschutz nicht allein auf körperlich-sanitäre Aspekte begrenzt sein. Der Schutz der menschlichen Gesundheit darf nicht nur den rein sanitären und virologischen Aspekt im Auge haben, also das Vermeiden von Krankheit im körperlichen Sinne, sondern den umfassenden Zustand des körperlichen, geistigen und soziokulturellen Wohlergehens des Menschen, vor allem auch der Kinder und der Alten und Kranken. Bei ihren Abwägungsentscheidungen hat die Politik diese erweiterten Spannungslagen gegebenenfalls widerstreitender grundrechtlicher Schutzgüter zu berücksichtigen. Eine exekutive Abwägung ist beispielsweise defizitär, wenn etwa einseitig

auf das Ziel einer Unterschreitung des Inzidenzwertes von 50 oder 35 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner abgestellt wird.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Schutzmaßnahmen reicht es mithin nicht, ganz allgemein und ganz abstrakt den Zweck des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung festzulegen und dann wegen der abstrakten Hochwertigkeit dieses Schutzgutes Grundrechtsbeschränkungen jedweder Art und jedweder Schwere vor dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz pauschal zu legitimieren. Es ist also sehr viel umfassender und präziser zu prüfen, ob und inwieweit eine Gefahr für das Gesundheitssystem durch Überlastung oder gar durch ein Kollabieren der intensivmedizinischen Versorgung droht. Im Folgenden sind diese Aspekte gegen die drohenden und zu erwartenden nachteiligen Folgen für die von den Ver- und Geboten betroffenen Grundrechtsträger abzuwägen. Wichtig im Zusammenhang mit der Gewichtung der in Rede stehenden Belange ist – wie gesagt – auch der Umstand, dass die Gesundheit der Menschen nicht allein in physisch-körperlicher, sondern auch in psychisch-seelischer Hinsicht im Sinne eines geistig-seelischen sowie auch eines sozioökonomischen Wohlbefindens in diese Abwägung von Nutzen und Nachteilen einfließen muss. Das gilt insbesondere in Bezug auf die länger währenden Kontaktverbote bei alten, kranken und pflegebedürftigen Personen sowie bei Jugendlichen und Kindern. Diese Feststellung hat Auswirkungen auf die Auswahl der zur Beratung hinzuzuziehenden Sachverständigen. Es geht daher nicht an, sich einseitig auf die Ratschläge und Bewertungen von Virologen und ähnlichen medizinischen Disziplinen zu verlassen. Es ist hier für eine hinreichende Pluralität zu sorgen.

Zu Beginn einer epidemischen Notlage wird vielfach ein hinreichendes Maß an Gewissheit über Inhalt und Umfang der Gefahren sowie über die Eignung und Erforderlichkeit der in Frage stehenden Schutzmaßnahmen im Hinblick auf die Eindämmung des Infektionsgeschehens und im Hinblick auf die Proportionalität zwischen Eingriffsnutzen und Eingriffsschaden fehlen. Allerdings wird man verlangen können, dass das Anforderungsprofil an die Rechtfertigung des Eingriffs mit zunehmender Dauer der gravierenden Freiheitsbeschränkungen wachsen muss. Im Hinblick auf die Geschehnisse während der vergangenen Pandemie ist auch unter rechtlichen Aspekten zu bemängeln, dass eine „evidenzbasierte“ Auswertung der Schutzmaßnahmen, ihrer Eignung und Angemessenheit nicht erfolgt ist, sodass viel zu lange

eine zuverlässige und präzise Beurteilung fehlte, welche Schutzmaßnahmen in welcher Weise wirksam und damit welche Einschränkungen wirklich notwendig und angemessen beziehungsweise verhältnismäßig gewesen sind. Geht es um schwerwiegende Grundrechtseingriffe, wie die hier zur Diskussion stehenden Beschränkungen, dürfen Unklarheiten in der Bewertung von Tatsachen im Grundsatz nicht dauerhaft zulasten der Grundrechtsträger gehen. Im Hinblick auf den Grundrechtsschutz ist insbesondere zu beanstanden, dass die eklatanten Mängel der Erkenntnisgewinnung in großem Umfang während der Pandemie bis zu ihrem Ende nicht in nennenswertem Umfang ausgeräumt werden konnten und dass die verantwortlichen staatlichen Stellen es unterlassen haben, die für eine Evaluierung notwendigen Daten zu erheben. So hat dann auch der für die Evaluation eingesetzte Sachverständigenausschuss nach § 5 Abs. 9 des Infektionsschutzgesetzes nur ein recht „mageres“ Ergebnis vorgelegt, was dieser im Wesentlichen mit dem unverantwortlichen Unterlassen rechtzeitiger und verlässlicher Datenerhebung begründete. Daher muss künftig auf eine rechtzeitige Evaluierung der Geeignetheit und der Verhältnismäßigkeit der angeordneten schwerwiegenden Grundrechtsbeschränkungen und damit auf die Schaffung einer relativ gesicherten Datenbasis gedrungen werden. Es darf nicht sein, dass wie in der zurückliegenden Pandemie die Erkenntnislage in weiten Bereichen beim Ende der Pandemie nicht viel besser ist als in der Anfangszeit der epidemischen Lage.

Auch Not- und Krisenlagen von nationaler Tragweite rechtfertigen keine autokratische Regierungsstruktur, also die Suspension der Freiheitsrechte zugunsten eines auf Obrigkeit, Reglementierung, Überwachung und eines die freien Bürgerinnen und Bürger mehr oder weniger als Untertanen behandelnden Fürsorgestaats. Der freiheitliche Rechtsstaat darf nicht einem Staat geopfert werden, der, wenn auch aus hehren Gründen, Bürgerinnen und Bürgern mit einer Flut an Ge- und Verboten überzieht. Das ist im Übrigen nicht nur eine Frage des Verfassungsrechts und der Verfassungsethik, sondern auch des praktischen Nutzens: Je mehr Reglementierung, je mehr Ge- und Verbote es gibt, desto weniger kann die staatliche Bürokratie der Normenflut Herr werden. Es treten eklatante Vollzugsdefizite auf, was wiederum das Vertrauen der Menschen in die Handlungsfähigkeit des demokratischen Rechtsstaats wie auch die Funktionsfähigkeit und Gerechtigkeit seiner Rechtsordnung schwächt. Ein Staat, der alle persönlichen Risiken seinen Bürgerinnen und Bürgern abzunehmen versucht, wird selbst zum Risiko für die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens.

## **Parlamentarvorbehalt und föderale Ordnung**

Die Coronaschutzmaßnahmen sind ganz überwiegend durch exekutivische Rechtsverordnungen, insbesondere der Landesregierungen, beschlossen worden. Dies erfolgte aufgrund bundesgesetzlicher Verordnungsermächtigungen im Infektionsschutzgesetz. Welche Anforderungen an die bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigungen im Einzelnen zu stellen sind, soll hier nicht im Einzelnen behandelt werden, da diese Frage die Bundesebene betrifft. Ganz allgemein gilt es aber festzuhalten, dass die für eine freiheitliche Ordnung des gesamten Gemeinwesens nach Art, Ausmaß und Dauer wesentlichen Einschnitte in Freiheit und Eigentum der Bürgerinnen und Bürger grundsätzlich im förmlichen Verfahren der parlamentarischen Gesetzgebung hinreichend bestimmt werden müssen und dies nicht in weitem Umfang den nachgeordneten Normgebern überlassen werden darf. Nur dann verfügen diese Grundrechtseingriffe und Beschränkungen über die notwendige demokratische Legitimation. Nur so sind dann auch Öffentlichkeit, Transparenz, größere Akzeptanz und Rechtssicherheit gewährleistet. Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang schon frühzeitig den sogenannten Wesentlichkeitsgrundsatz insbesondere bei Grundrechtsbeschränkungen entwickelt. Der Gesetzgeber ist in anderen Worten verpflichtet „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal in Bereichen der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“ (BVerfG).

Das betrifft nicht allein die Frage, ob ein Sachbereich überhaupt gesetzlich zu regeln ist, der Wesentlichkeitsgesichtspunkt betrifft vor allem auch den Detaillierungsgrad der gesetzlichen Regelung. Hinzu kommt das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot. Dieses verlangt vom Gesetzgeber, der Regierung und der Verwaltung hinreichend steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorzugeben. Nur bei einer hinreichenden Bestimmtheit und Klarheit des Gesetzes können sich die Normunterworfenen auf die auf sie zukommenden Belastungen rechtzeitig einstellen.

Diese Erfordernisse des Wesentlichkeitsgrundsatzes und des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes waren lange Zeit nicht erfüllt gewesen, als die Landesrechtsverordnungen allein auf die infektionsschutzrechtliche Generalklausel der §§ 28, 32 des Bundes-Infektionsschutzgesetzes gestützt wurden. Mit der später erlassenen spezielleren Ermächtigungsnorm des § 28a Infektionsschutzgesetz ist zwar ein ausgeprägter

Katalog spezifischer Schutzmaßnahmen, in 18 Nummern aufgegliedert, normiert worden, ob die eben geschilderten verfassungsrechtlichen Anforderungen damit erfüllt sind, ist gleichwohl zweifelhaft. Denn mit diesen 18 Ziffern werden letztlich alle theoretisch denkbaren Freiheitsbeschränkungen im Zusammenhang mit einer Pandemiebekämpfung erwähnt, wobei das Gesetz ausdrücklich zulässt, dass diese Eingriffe auch nach freier Einschätzung der Exekutive kumulativ angewendet werden dürfen. Der exekutivischen Verordnungsgewalt sind damit vom Bundesgesetzgeber in der Sache alle denkbaren Eingriffsmöglichkeiten eröffnet. Eine parlamentarische Sachentscheidung ist allein darin zu sehen, dass alle diese Maßnahmen nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag getroffen werden dürfen. Es ist jedoch fraglich, ob ein solcher schlichter Parlamentsbeschluss die Voraussetzung einer im Gesetzgebungsverfahren zu treffenden Verabschiedung eines Gesetzes erfüllt. So hat dann auch der Sachverständigenausschuss empfohlen, künftig auf solche schlichten Parlamentsbeschlüsse zu verzichten und präzise und limitierte gesetzliche Regelungen im Hinblick auf die jeweils zulässigen Schutzmaßnahmen gefordert.

Im Falle einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite empfiehlt sich im Grundsatz eine bundesgesetzliche Regelung, sodass bei Verordnungsermächtigungen zum Erlass von Schutzmaßnahmen als Adressaten in erster Linie die Bundesregierung oder ein Bundesminister in Betracht kommen sollte. Bundesgesetzliche Ermächtigungen der Länder sollten für regional begrenzte oder regional unterschiedlich ablaufende epidemische Lagen gelten. Die in der vergangenen Pandemiephase geübte Praxis unregelmäßiger und vielfach hektisch einberufener Schaltkonferenzen zwischen den Ministerpräsidenten der Bundesländer und der Bundeskanzlerin, um auf diese Weise ein im Wesentlichen bundeseinheitliches Vorgehen der Länder zu erreichen, erweist sich als verfassungsrechtlich problematisch. Ein solches apokryphes Gebilde ist in der Verfassung nicht vorgesehen, es hat auch nicht immer zu wirklich bundeseinheitlichen und der Bevölkerung hinreichend vermittelbaren Entscheidungen geführt. Die Gefahr der Irrationalität, der Widersprüchlichkeit, der Intransparenz und einer völligen Entparlamentarisierung der Entscheidungsprozesse ist in einem solchen Verfahren erheblich. Diese Gefahren können jedenfalls teilweise minimiert werden, wenn die Entscheidungen im parlamentarischen Verfahren, sei es auf der Bundes-, sei es auf der Landesebene, getroffen werden. Dies kann wiederum entweder in der Form



eines sich selbst vollziehenden Maßnahmengesetzes oder durch Verordnungen der Regierung unter Zustimmung des Parlaments oder eines seiner Ausschüsse erfolgen. In diesem Zusammenhang ist auf Art. 80 Abs. 4 des Grundgesetzes hinzuweisen, der im Falle bundesgesetzlicher Ermächtigungen der Landesregierungen den Ländern gestattet, durch förmliches Gesetz zu handeln. In einer parlamentarischen Demokratie ist das parlamentarische Verfahren, sei es als Gesetzgebung, sei es in der Form einer parlamentarischen Zustimmung zu einer Rechtsverordnung der Exekutive das vorrangige und sicherste Verfahren, unmittelbare demokratische Legitimation zu vermitteln und ein hinreichendes Maß an Öffentlichkeit, Transparenz, gesellschaftlichem und medialem Diskurs und an öffentlicher Akzeptanz zu sorgen.