

Interview mit Rechtsanwältin Jessica Hamed und Rechtsanwalt Professor David Jungbluth zu rechtlichen Aspekten und Problemen der politisch beschlossenen Anti-Corona-Maßnahmen

Das Interview wurde am 2. Mai 2020 von Tilo Gräser schriftlich geführt

Wie bewerten Sie die Anti-Corona-Maßnahmen von Bund und Ländern aus rechtlicher Sicht?

Hamed: Zusammengefasst halte ich letztlich alle unspezifischen, das heißt für alle unterschiedslos geltenden Anti-Corona-Maßnahmen, in Gänze für verfassungswidrig. Unterschiedslos heißt, dass sich die Maßnahmen auf alle Menschen in Deutschland beziehen, unabhängig davon, ob von ihnen ein Infektionsrisiko ausgeht oder ob bei ihnen ein besonders hohes Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf existiert.

Für das unterschiedslose Vorgehen gegen alle Bürger*innen gibt es keine ausreichende Rechtsgrundlage. Das Infektionsschutzgesetz (IfSG) gestattet zum Beispiel in spezifischen Fällen Quarantäneanordnungen, aber es ist dort keine Regelung für eine allgemeine, für alle Menschen geltende Kontaktsperre oder gar einer Ausgangsbeschränkung zu finden. Dasselbe gilt für die allgemeine Schließung von Geschäften, Betrieben, Einrichtungen usw. und für die angeordneten Veranstaltungs- und Versammlungsverbote. Die Verwaltungsgerichtshöfe in Baden-Württemberg und Bayern haben diesbezüglich in ihren Entscheidungen auch Bedenken angemeldet. Aus Baden-Württemberg war am 9. April zu vernehmen, dass die „sehr gravierenden Auswirkungen dafür sprechen [könnten], dass die Vorschriften der § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, 2 IfSG wegen Verstoßes gegen den Parlamentsvorbehalt nicht verfassungsgemäß seien.“ Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hielt am 27. April zumindest fest, dass es zweifelhaft erscheine, ob der Vorbehalt des Gesetzes als wesentlicher Grundsatz einer parlamentarischen Staatsform ohne den Erlass eines Maßnahmegesetzes durch den parlamentarischen Bundesgesetzgeber als Rechtsgrundlage für mittelfristig und langfristig wirkende Maßnahmen gewahrt werden könne.

Die Generalklausel nach § 28 IfSG, auf die letztlich die überwiegende Anzahl der Maßnahmen gestützt werden, ist viel zu weitgehend und zu unbestimmt. Ähnlich wie im Polizei- und Ordnungsrecht ist es Sache des demokratisch legitimierten Parlaments, wesentliche Eingriffe selbst zu normieren. Er darf die Exekutive nicht zu derart weitreichenden, unübersehbaren Maßnahmen ermächtigen. D.h. der Gesetzgeber hätte sog. Standardmaßnahmen, wie etwa ein Einzelungsgebot, die Möglichkeit, ohne Infektionsverdacht Läden und Restaurants zu schließen usw. normieren müssen – ob die dann ihrerseits verfassungsgemäß gewesen wäre, wäre natürlich die nächste Frage.

Meines Erachtens war eine ausreichende Rechtsgrundlage zu keinem Zeitpunkt gegeben. Die Gerichte müssen hier Verantwortung übernehmen, was sie aktuell nur sehr begrenzt machen. Obwohl es die schwerwiegendsten Eingriffe sind, die wir in der Bundesrepublik Deutschland je durchleben mussten, ziehen sich im Ergebnis alle Gerichte auf die sog. „Folgenabwägung“ unter dem Hinweis darauf, dass die aufgeworfenen Fragen abschließend erst im Hauptsacheverfahren geprüft werden könnten, zurück. Das ist nicht hinnehmbar bei so gravierenden und folgenreichen Grundrechtseingriffen; ersichtlich kommt hier eine Entscheidung in der Hauptsache für all diejenigen, die ihre wirtschaftliche Existenz verlieren, häusliche Gewalt erleiden, mit psychischen Problemen zu kämpfen haben, zusehen müssen, wie ihre Kinder unter der Situation leiden, die ihre medizinischen Behandlungen zurückstellen müssen, ihre Angehörigen in Pflegeheimen nicht mehr sehen können usw., zu spät.

Diese Herangehensweise führt auch dazu, dass die Menschen das Vertrauen in den Rechtsstaat verlieren, was meines Erachtens sehr gefährlich werden kann. Inzwischen ist es so weit gekommen, dass wir in den fachgerichtlichen Verfahren überhaupt nicht mehr rechtzeitig – sprich vor Außerkrafttreten der jeweils gültigen Verordnung – eine Entscheidung bekommen. Wir haben am 20. April in Bayern, am 22. April in Hessen und am 24. April in Schleswig-Holstein bei den jeweiligen Oberverwaltungsgerichten Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz gestellt und bis jetzt (2. Mai) in keinem der Verfahren eine Entscheidung

erhalten, obwohl die Verordnung am 3. Mai außer Kraft tritt. Aus Bayern und Schleswig-Holstein wissen wir, dass wir auch keine rechtzeitige Entscheidung mehr erhalten und in Hessen ist damit auch nicht zu rechnen. Damit ist aktuell kein fachgerichtlicher effektiver – sprich rechtzeitiger – Rechtsschutz mehr gewährleistet, was der Anfang vom Ende des Rechtsstaats bedeutet.

Darüber hinaus, sind die Maßnahmen unverhältnismäßig. Eine Auseinandersetzung mit der Entscheidungsgrundlage – spricht der Prognose der Entwicklung der Pandemie – fehlt in den Entscheidungen nahezu vollständig. Dort heißt es in der Regel lapidar, das Robert Koch-Institut stuft die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland als hoch ein, als sei damit zur Frage der Gefährdungslage alles gesagt. Bislang haben wir noch keine Erklärung erhalten, obwohl wir sie angefordert haben, wie es zu dieser Einschätzung – die im Übrigen der jeweilige Ordnungsgeber vornehmen muss und nicht dem RKI übertragen kann – kommt. Etwa welche Tatsachen der Annahmen zugrunde liegen usw. Der Staat muss sich für Grundrechtseingriffe rechtfertigen, und seine Annahmen nachvollziehbar offenlegen und nicht die Bürger*innen müssen beweisen, dass sie ein Recht auf ein freies Leben haben. Aktuell laufen die Verfahren aber faktisch so, dass wir begründen müssen, warum der Staat nicht eingreifen darf. Insofern wurde die Darlegungslast faktisch ins Gegenteil verkehrt.

Das ist aber offenbar derzeit auch das Selbstverständnis der Politik, wie man z.B. daran sieht, dass von „Lockerungen“ gesprochen wird – ein Begriff aus dem Strafvollzug – und Menschen als egoistisch, dumm oder zumindest unsolidarisch getadelt werden, die Kritik an den Maßnahmen üben. Dass die Maßnahmen im Übrigen auch zu einer Vielzahl an Kollateralschäden führen, die sich ebenfalls auf das Leben und die Gesundheit auswirken, wird kaum beachtet. Auch wenn das meiner Beobachtung nach zumindest immer mehr in den öffentlichen Fokus genommen wird – glücklicherweise.

Warum geht die Politik so vor, nachdem sie gemeinsam mit ihren wissenschaftlichen Beratern im Februar noch erklärte, alles werde nicht so schlimm?

Hamed: Eine gute Frage, der sicherlich zahlreiche Untersuchungsausschüsse auf den Grund gehen werden müssen. Ich kann nur spekulieren. Ich halte es für am Wahrscheinlichsten, dass die Politiker*innen – nachdem sie zu spät reagiert haben – Angst hatten, dass es zu ähnlichen Situationen wie in Italien kommt, weshalb man sicherheitshalber alles lahm gelegt hat. Menschlich eine nachvollziehbare Reaktion. Doch dann wurde die Zeit nicht sinnvoll genutzt. Testkapazitäten wurden nur langsam hochgefahren, von der Durchführung notwendiger Obduktionen hat man bis Mitte April seitens des RKI abgeraten und die vorhandenen Testkapazitäten wurden nicht gut genutzt. So hat man z.B. in KW 15 und 16 mehr als die Hälfte der Testkapazitäten ungenutzt gelassen – obwohl bereits seit Ende März Expert*innen auf die Notwendigkeit der Durchführung repräsentativer Stichproben, um sich einen Eindruck vom Infektionsgeschehen machen zu können, mit Nachdruck hingewiesen hatten, verzichtet. Die Politik hat einen shut down – vermutlich aus Panik – durchgeführt, ohne sich zu überlegen, wie es danach eigentlich weiter gehen soll. Auch ein Ziel wurde nur unklar formuliert. Am Anfang hieß es, die Verdopplungszeit müsse 10 Tage erreichen. Die Verdopplungszeit selbst ist indes nur ein sinnvoller Parameter in einer exponentiellen Phase einer Epidemie. Eine solche hatten wir in Deutschland allerdings, den Zeitraum betrachtend, ab den es erstmals eine relevante Anzahl an Infektionen gab, nicht. Aktuell liegt die Verdopplungszeit bei 85,2 Tagen (Stand 30. April).

Inzwischen hält die Politik die Reproduktionszahl für maßgeblich und möchte die unter 1 halten. Das bedeutet, dass der Virus nicht eingedämmt werden soll, sondern vernichtet – was wiederum in einer globalisierten Welt nicht funktionieren kann. Das bedeutet nämlich, dass jeder infizierte Mensch weniger als eine Person anstecken soll, so dass sich das Virus nicht mehr ausbreitet. Das wiederum ist eine problematische Strategie, wenn man bedenkt, dass aktuell davon auszugehen ist, dass das Virus nicht einfach verschwindet, sondern wir lernen müssen, damit – wie mit zahlreichen anderen

Infektionskrankheiten – zu leben. Häufig vernimmt man aus der Politik, die Normalität sei erst wieder möglich, wenn entweder eine Behandlungsmöglichkeit für die Krankheit COVID-19 entwickelt wurde oder wenn ein Impfstoff zur Verfügung steht. Zu Recht haben viele Menschen nun die Befürchtung, dass es zu einer Impfpflicht kommen wird. Auch die Idee, einen Immunitätsnachweis zu erbringen, um „Sonderrechte“ zu erhalten sehe ich – vor dem Hintergrund des o.g. – als eine sehr besorgniserregende Entwicklung an. Damit setzt man das Zeichen, dass die Bevölkerung sich ihre Freiheit zurückkaufen muss. Es besteht meines Erachtens die naheliegende Gefahr, dass sich Menschen dann bewusst in eine Ansteckungsgefahr bringen, um sich zu infizieren und sich „Sonderrechte“ zu sichern. Bereits daran wird deutlich, wie absurd diese Idee ist.

Ein weiterer Grund für den schwerfälligen „Exit“ könnte darin bestehen, dass inzwischen deutlich wurde, dass der shut down nicht notwendig gewesen sein könnte. Das legt zumindest die Entwicklung der Reproduktionszahl nahe. Seit dem 21./22. März 2020 hat sich diese bei ca. 1 eingependelt – also dem Ziel der Regierung. Da die strengen Maßnahmen zu dem Zeitpunkt noch nicht gegriffen haben können, spricht einiges dafür, dass es genügt hätte, bei dem Verbot von Großveranstaltungen und dem Hinweis an die Bevölkerung, Hygieneempfehlungen zur Vermeidung einer Ansteckung einzuhalten, zu bleiben. Vielleicht fehlt den Verantwortlichen das Rückgrat das einzugestehen. Zumindest werden die Erfolge seitens der meisten prominenten Politiker*innen den restriktiven Maßnahmen zugeschrieben.

Kritiker wie der Rechtsanwalt Rolf Gössner warnen davor, dass durch die Ermächtigungen im geänderten Infektionsschutzgesetz die verfassungsmäßige Grundstruktur der Bundesrepublik mit der Gewaltenteilung und dem Föderalismus unterminiert wird. Der ehemalige Polizist und Bundestagsabgeordnete Manfred Such sieht einen Angriff auf die verfassungsmäßige Ordnung und beruft sich auf Absatz 4 des Artikels 20 GG, der in dem Fall Widerstand erlaubt. Wie schätzen Sie das ein?

Jungbluth: Ich teile die Auffassung, dass die Ermächtigungen im geänderten Infektionsschutzgesetz die Grundstruktur des Grundgesetzes untergraben, und zwar genau aus den vom Kollegen Gössner genannten Gründen, also im Hinblick auf das Prinzip der Gewaltenteilung:

Zum einen in horizontaler Ebene, da jetzt wesentliche Befugnisse auf die Regierungsebene verlagert worden sind. Es hat sich in meinen Augen schon vor der Gesetzesänderung die Frage gestellt, inwieweit die Übertragung auf Landesregierungen von so einschneidenden und umfassenden Befugnissen, wie sie das Infektionsschutzgesetz enthält, dem Grundsatz des „Vorbehalt des Gesetzes“ entspricht. Dieser beinhaltet nach der sogenannten Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts, dass Maßnahmen, die in besonders intensiver/wesentlicher Weise in Grundrechte eingreifen, immer einer *unmittelbaren parlamentarischen* Gesetzesgrundlage bedürfen. Diese Wesentlichkeitsgrenze ist nach meinem Dafürhalten spätestens nach der Änderung des Infektionsschutzgesetzes überschritten, da nun in dessen § 5 Absatz 2 das Bundesministerium für Gesundheit für den Fall der Feststellung einer epidemischen Lage quasi eine Blankoermächtigung ausgestellt bekommt, was sich meiner Ansicht nach insbesondere in § 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG manifestiert. Dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts ist hier offensichtlich nicht mehr Genüge getan. Der andere Aspekt, den Kollege Gössner angesprochen hat, ist der des Föderalismusprinzips, ausdrücklich verankert in Artikel 20 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG). Dieses zählt damit zu den sogenannten Staatsstrukturprinzipien der Bundesrepublik Deutschland, die unabänderbar sind, also noch nicht einmal durch eine das Grundgesetz ändernde Mehrheit des Bundestages aufgehoben werden können (vgl. Art. 79 Abs. 3 GG).

Da durch die Änderung des Infektionsschutzgesetzes das Bundesministerium für Gesundheit im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite zu solch umfassenden Befugnissen ermächtigt worden ist, hat dies zur Konsequenz, dass das föderalistische Prinzip infrage gestellt, beziehungsweise in diesem Fall sogar weitestgehend obsolet gemacht wird, wenn das Bundesgesundheitsministerium von dieser neu

geschaffenen Befugnis auch tatsächlich Gebrauch macht. Und zwar deshalb, weil Gesetze, auch wenn es Bundesgesetze sind, prinzipiell von den Ländern auszuführen sind (vgl. Art. 83 ff. GG).

An dieser Einschätzung einer Untergrabung des Föderalismusprinzips durch die Gesetzesänderung ändert übrigens auch nichts, dass § 5 Abs. 2 IfSG formuliert, dass die Befugnisse der Länder, wenn das Bundesgesundheitsministerium von seinen neuen Befugnissen Gebrauch macht, grundsätzlich weiter bestehen (vgl. die dortige Formulierung am Anfang „unbeschadet“). Diese Formulierung erscheint vielmehr als Augenwischerei, weil hier ja im Grunde genommen nur zwei Konstellationen denkbar sind: Nämlich einmal jene, dass der Bund und die Länder inhaltlich gleichlautende Regelungen erlassen. Für diesen Fall wäre aber nicht erkennbar, warum der Bund eine gesonderte Rechtsverordnungsermächtigung benötigen sollte. Die andere denkbare Konstellation wäre die – und das wäre jene, in denen es dann tatsächlich auf diese separierte Kompetenzgrundlage ankommt – einer Kollision der bundes- und der länderrechtlichen Regelungen, die in Ausführung des Infektionsschutzgesetzes ergehen. Hier würde das Bundesrecht dann das Landesrecht brechen (vgl. Art. 31 GG), so dass den Länderkompetenzen, sobald der Bund von seiner Ermächtigung Gebrauch macht, kaum noch ein autonomer Gehalt zukommt.

Somit ist dem Kollegen Gössner auch unter diesem Aspekt zuzustimmen, dass das föderalistische Prinzip hier mehr oder weniger außer Kraft gesetzt wird, was insbesondere deswegen so fundamental erscheint, weil bei Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz eben eine umfassende Zahl von Grundrechten intensiv tangiert werden kann – wie wir aktuell am eigenen Leib zu spüren bekommen.

Was den zweiten Teil Ihrer Frage betrifft, ob hier also ein Angriff auf die verfassungsmäßige Ordnung vorliegt, kann ich auch diese Einschätzung teilen. Dies vor allem in Anbetracht dessen, dass hier nicht nur in eine Vielzahl von Grundrechten in erheblicher Weise eingegriffen wird – wenn man den Grundrechtskatalog durchgeht, kann man bei einem groben Überschlag wohl davon ausgehen, dass nahezu alle Grundrechte durch die Maßnahmen im Corona-Kontext teilweise bis in ihren Kernbereich betroffen sind. Hierbei unter anderem meines Erachtens übrigens auch in die unverletzliche Garantie der Menschenwürde (Art. 1. Abs. 1 GG), so z.B. in den Fällen, in denen Menschen in Alters- und Pflegeheimen keinen Besuch mehr empfangen dürfen und vollständig isoliert, teilweise offensichtlich auch „verpackt“ in Schutzkleidung, aus dem Leben scheiden müssen.

Dies ist allerdings zunächst „nur“ der grundrechtliche Aspekt. Wir haben hier in meinen Augen darüber hinaus auch ein ganz eminentes staatsorganisationsrechtliches Problem: Denn, auch wenn jetzt erste „Lockerungen“ auftreten, alle drei Gewalten, also Legislative, Exekutive und Judikative, weitgehend unterschiedslos „an einem Strang ziehen“, ist nicht zu erkennen, dass eine Form der Gewaltenkontrolle im Sinne eines check-and-balance stattfindet:

Die Legislative ist seit dem Beginn der „Coronakrise“ weitgehend abgetaucht: Sitzungen im Bundestag und in den Landtagen finden oder fanden bisher nur in Notbesetzungen statt, und eine Debatte über die grundsätzliche Sinnhaftigkeit der Corona-Gegenmaßnahmen hat für eine lange Zeit – denn erst jetzt gibt es erste kritische Gegenstimmen, meist aus der FDP – kaum stattgefunden. Von anderen Maßnahmen, die im Rahmen des parlamentarischen Möglichkeitenkatalogs bestehen könnten, wie beispielsweise die unmittelbare Einleitung von Untersuchungsausschüssen oder auch eines Misstrauensvotums gegen die Kanzlerin ganz zu schweigen. Hiervon sind wir meilenweit entfernt. Das bedeutet aber: eine Kontrolle einer gänzlich außer Rand und Band geratenen Exekutive durch die Legislative findet de facto nicht statt.

Ähnliches ist für die Gerichte zu verzeichnen, auch wenn diese allmählich gewisse Konzessionen machen, zuletzt insbesondere der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes. Diese erfolgen aber auch nur schritt- bzw. häppchenweise, wobei man das Gefühl nicht loswird, dass die Rechtsprechung der tatsächlichen Entwicklung noch mehr als ohnehin schon üblich hinterher hinkt. Dies zeigt sich besonders plakativ an der zuletzt genannten Entscheidung des saarländischen Verfassungsgerichtshofs, wenn dieser expressis verbis

auf die Landesregierung Bezug nimmt mit der Formulierung, dass sich das Gericht „in Übereinstimmung mit dem Vorhaben der Landesregierung, die Ausgangsbeschränkungen zu lockern“ befinde.

Um es auf den Punkt zu bringen: wir haben es hier mit einem weitgehenden Totalausfall aller drei staatlichen Gewalten, mindestens aber mit einem Ausfall der Abgrenzungs- und Balancefunktionen zwischen diesen drei Gewalten, zu tun, was aber nur diejenigen zu erstaunen vermag, die bisher von einer unbeschädigten Solidität der Rechtsstaatlichkeit in diesem Lande unerschütterlich überzeugt waren. Man kann vor diesem Hintergrund konstatieren, dass sich eine Entwicklung abzeichnet, die darauf hinauslaufen könnte, dass ein Fall des Art. 20 Abs. 4 GG vorliegt, da für den Fall, dass die drei Staatsgewalten – und übrigens auch in weiten Teilen die sogenannte vierte Gewalt, also die Presse/Medien, und hier insbesondere jene des Öffentlich-rechtlichen Rundfunks – ausfallen, eine absolute Notstandssituation gegeben ist. Es bleibt nur zu hoffen, dass die Staatsgewalten ihrer Verantwortung doch noch – und zwar innerhalb kürzester Zeit – gerecht werden, und so das Eintreten der Notstandssituation des Art. 20 Abs. 4 GG noch abgewendet werden kann.

Welche ähnliche Situation in der Geschichte der Bundesrepublik gab es bisher?

Hamed: Eine ähnliche Situation gab es in der bundesdeutschen Geschichte noch nicht. Allenfalls könnte man hier an die politische Reaktion auf 9/11 denken. Deutschland hat mit den sogenannten Anti-Terror-Gesetzen auf den Terroranschlag 2001 reagiert. Damit sicherte sich der Staat weitgehende Eingriffsgrundlagen, mit denen die Überwachungsmöglichkeiten des Staats verstärkt wurden. Eine besonders kritische Maßnahme war hierbei die der Vorratsdatenspeicherung. Kritik hiergegen gab und gibt es zahlreich, z.B. von der ehemaligen Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberg.

Aktuell steht die endgültige Klärung der Rechtmäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshofs aus. Der Prozessbevollmächtigte Professor Matthias Bäcker erklärte hierzu am 27. September 2019: „Eine nationale Regelung, die eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsdatenspeicherung vorsieht, ist unzulässig. Aus der Gesamtheit der gespeicherten Daten könnten nämlich sehr genaue Schlüsse auf das Privatleben von Personen gezogen werden.“¹

Die o.g. Gesetze sind befristet, wurden aber größtenteils immer wieder verlängert. Das zeigt, dass der Staat Eingriffsmöglichkeiten, die er sich schafft, höchst ungern wieder zurücknimmt.

Der Bundestag erklärte bei seinen Entscheidungen zur Corona-Pandemie, der ausgerufenen Epidemiefall gelte wie die entsprechenden rechtlichen Maßnahmen nur zeitweise. Welche Garantien gibt es dafür, dass das nicht dauerhaft bleibt?

Jungbluth: Es ist selbstverständlich, dass der Bundestag bei seinen Entscheidungen zur Corona-Pandemie erklärt, dass der ausgerufenen Epidemiefall nur vorübergehend gelte und dementsprechend auch die dazu geplanten und ergriffenen Maßnahmen nur vorübergehende Natur beanspruchen können. Hätte der Bundestag dies nicht getan, wären die Maßnahmen der Bevölkerung nicht zu vermitteln gewesen, und die rechtlichen Grenzen wären schon auf dem Papier gesprengt worden.

Die berechnete Frage lautet aber, ob das Angekündigte auch entsprechende Umsetzung finden wird. Ich habe hier erhebliche Zweifel, da sich starke Indizien mehren, die auf die Gefahr eines subkutanen Fortbestands oder gar einer schleichenden Ausweitung der Maßnahmen hinweisen. Das heißt: auch wenn die Maßnahmen derzeit zurückgefahren werden, wurde faktisch ein Rechtsregime errichtet, dessen Grundbestand als ausbaufähig einzustufen ist, sobald sich dafür einflussreiches Interesse regt. Schon mehr

1 <https://www.cloudcomputing-insider.de/eugh-muss-ueber-vorratsdatenspeicherung-entscheiden-a-868544/>

oder weniger harmlose Gefahrensituationen könnten willkommenen Anlass bieten, das Land wieder in den Alarm- oder Notstandsmodus hoch- beziehungsweise runterzufahren.

Eindeutiges Zeichen dafür ist nach meiner Ansicht die sinngemäße Aussage der Kanzlerin, dass „wir alle wissen, dass diese Pandemie erst vorbei ist, wenn wir über einen Impfstoff verfügen.“ Ich frage mich, wo die Erkenntnisquelle für diese felsenfeste Überzeugung der Kanzlerin zu finden ist. Eine medizinische Untermauerung hat die politische Richtlinienbestimmerin jedenfalls nicht vorgenommen. Was wie Kaffeesatzleserei daherkommt, sollte aber dennoch zu denken geben, weil dahinter eine handfeste politische Agenda vorbereitet werden beziehungsweise bereits sogar stehen könnte, für deren Ausgestaltung es keines besonderen Phantasieaufwands bedarf.

Ein lernwilliger Blick auf die Historie zeigt jedenfalls, wie sich die Rechtslage in ähnlichen „Notstandssituationen“ entwickelt hat. Erinnert sei hier an die Gesetzgebungsmaßnahmen nach dem 11. September 2001, die sich auf ein latentes terroristisches Angriffsszenario berufen haben, das Anlass nicht nur für den bis heute andauernden Einsatz der Bundeswehr in Afghanistan war, sondern auch für Schilys „Otto-Katalog“, in den erhebliche grundrechtliche Einschränkungen Eingang gefunden haben. Auch wenn das Schreckensszenario eines alles überrollenden islamistisch-terroristischen Angriffs auf die westliche Welt bis heute realitätsfremd geblieben ist, haben die einmal beschlossenen Gesetze und die auf ihnen fußenden Maßnahmen weiterhin Bestand, wurden sie zuletzt doch bis 2021 umstandslos verlängert.

Was können die einzelnen Bürger tun, um ihre verfassungsmäßigen Grundrechte zu schützen?

Hamed: Die Bürger*innen können jegliche demokratischen Einflussmöglichkeiten nutzen. Das fängt an bei Anfragen an Politiker*innen, z.B. kann man seine Abgeordneten bitten, Anfragen im jeweiligen Parlament an die Regierungen zu stellen, dem Aufsetzen oder Mitunterzeichnen von Petitionen, mittels der Teilnahme an Versammlungen, der Mitwirkung auf politische Entscheidungsprozesse im Rahmen eines parteipolitischen oder sonstigen gesellschaftspolitischen Engagements, durch das Publizieren von Beiträgen, bis hin natürlich zum Beschreiten des Rechtswegs. Alle Menschen können einen Beitrag zur Wahrung der Grundrechte leisten. Wichtig ist meines Erachtens, irgendwie aktiv zu werden. Ich bin davon überzeugt, dass wir zum jetzigen Zeitpunkt deutlich weniger „Lockerungen“ hätten, wenn es nicht zahlreichen Widerstand auf unterschiedlichen Ebenen gäbe.

Wir müssen als Gesellschaft in einen offenen und transparenten sowie kritischen Diskurs kommen. Nur so wird es uns meines Erachtens gelingen, die sich immer mehr verfestigende Spaltung der Gesellschaft zwischen denjenigen, die für restriktive Maßnahmen sind und derjenigen, die die Maßnahmen für überflüssig und/oder rechtswidrig halten, zu überwinden. Dazu bedarf es einer sachlichen, unaufgeregten Debatte. Diese wird aktuell allmählich erfreulicherweise wieder möglich. In den letzten Wochen war indes zu beobachten, wie seitens der Politik und dem Großteil der Berichterstattung, Angst geschürt wurde. Ein probates aber unethisches Mittel, um Akzeptanz zu schaffen. Es ist richtig auf die Gefahren der Erkrankung hinzuweisen, es ist aber falsch, Bilder todkranker Menschen zu instrumentalisieren und zu suggerieren, dass es sich um eine besonders todbringende Erkrankung handle.² Die Leopoldina-Forscher*innen haben bereits am 13. April darauf hingewiesen, dass „übertriebene individuelle Angst und Panik“³ unbegründet sind und kritisierten damit die Risikokommunikation der Politik und Medien. Faktisch geht es hier vor allem um das systemische Risiko, dass die Gesundheitsfürsorge überfordert werden könnte, das individuelle Risiko dürfte hingegen – wie man bereits daran sieht, dass der Altersdurchschnitt der Verstorbenen nach Angaben des RKI bei 82 Jahren liegt – für die meisten Menschen, ziemlich gering sein.

2 <https://www.freitag.de/autoren/elsa-koester/menschen-sterben-immer>

3 https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2020_04_13_Coronavirus-Pandemie-Die_Krise_nachhaltig_%C3%BCberwinden_final.pdf

Bisher gab es über 150 Verfahren vor Verwaltungs- und Verfassungsgerichten, weil Bürger gegen die Maßnahmen klagten. Nur wenige waren erfolgreich. Warum?

Hamed: Das liegt meines Erachtens, wie bereits oben angedeutet, darin, dass sich die Gerichte offenbar schwer tun, Verantwortung zu übernehmen. Ich finde auch, dass es eine Zumutung ist, dass die Politik nicht dagegen steuert und weiterhin immer wieder rechtswidrige Maßnahmen erlässt und Menschen in ihren Freiheitsrechten einschränkt. Aber es ist leider nicht das erste Mal in der Menschheitsgeschichte, dass als letztes rechtstaatliche Korrektiv die Justiz bleibt. Und vor dieser Aufgabe dürfen sich die Richter*innen nicht „wegducken“, in dem sie die drängenden Fragen unbeantwortet lassen und nur hier und da – wo nicht das Gesamtkonzept in Gefahr gerät - Maßnahmen beanstanden. Mit unseren Verfahren möchte wir auch die aktuellen Geschehnisse dokumentieren und wir hoffen sehr, dass diese nicht in die Rechtsgeschichte als erneutes Versagen des Rechtsstaats eingehen werden.

Warum entscheidet das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe nicht grundsätzlich in dieser Frage, wo es doch um die Grundrechte geht, die im Grundgesetz festgeschrieben sind?

Jungbluth: Die Frage stellen Sie mit guten Gründen. Und ich finde es erstaunlich, dass sie nicht viel öfter gestellt wird. Grundsätzlich hat das Bundesverfassungsgericht inzwischen ja einige Verfahren zur Entscheidung angenommen, wenngleich meist abschlägig beschieden. Einige kleinere Konzessionen betreffen Fragen der Versammlungs- und der Glaubensfreiheit. Unbeantwortet bleibt bislang aber die Frage, warum das – nach eigenem Selbstverständnis als Hüter der Verfassung agierende – Gericht angesichts dieser absoluten Grundrechtsnotsituation so gut wie gar nicht oder nur am Rande in Erscheinung getreten ist.

Maßgeblicher Grund dafür dürfte die Tatsache sein, dass sich das Bundesverfassungsgericht auf seine Ultima-Ratio-Stellung beruft, wenn es um die Überprüfung der Verletzung von Grundrechten geht. Diese Aufgabendefinition trifft grundsätzlich zu, weil zum Schutz von Rechten, zu denen auch die Grundrechte zählen, in erster Linie die Fachgerichte berufen sind, in diesem Fall also die Verwaltungsgerichte. Diese haben im Rahmen der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts, also auch der „Corona-Rechtsverordnungen“, die Grundrechte zu beachten, sodass Rechtsschutz eigentlich bereits über die Fachgerichte zu erlangen wäre. Somit hat sich das Bundesverfassungsgericht nur dann zum Einschreiten berufen zu fühlen, wenn es zuständigkeitshalber angerufen wird, also nachdem der Instanzenweg über die Verwaltungsgerichte beschritten worden ist.

Ihre Frage enthält nun den wesentlichen Gedanken, dass man bei einer Sache von allgemeiner Bedeutung das Bundesverfassungsgericht gerade wegen dieser übergreifenden Bedeutung für zuständig halten könnte, über den Sachverhalt zu entscheiden. Dies ist insbesondere auch in der hiesigen Causa konsequent gedacht, da die politischen Entscheidungsträger ja ihrerseits bei einem epidemischen Notfall nun von einer Art umfassenden Ultima-Ratio Zuständigkeit des Bundes auszugehen scheinen, wenn es um die Einschränkung von Grundrechten als Reaktion auf den Notfall geht. Zweifellos wäre dann aber konsequenterweise das passende Gegenstück zur rechtlichen Bewertung und Entscheidung über die Rechtmäßigkeit dieser einheitlichen Maßnahmen auch eine Art bundeseinheitliche Rechtsschutzmöglichkeit über das Bundesverfassungsgericht. Das ist nun aber keine neue Idee, sondern vielmehr hatte der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, also der Prozessordnung für Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, solche Konstellationen auf dem Schirm. Dies ergibt sich aus § 90 Absatz 2 Satz 2 Variante 1 GG, nach welchem eine sogenannte Vorabzuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts angenommen werden kann, für den Fall, dass „eine Rechtssache von allgemeiner Bedeutung“ vorliegt. In diesen Konstellationen kann das Bundesverfassungsgericht vorab entscheiden, also noch vor Befassung der Fachgerichte mit der Sache. Dieser Fall ist bei den sogenannten Coronabekämpfungsmaßnahmen meines

Erachtens eindeutig anzunehmen, denn welche Rechtssache könnte sonst eine allgemeinere Bedeutung beanspruchen?

Vor diesem Hintergrund ist es meiner Auffassung nach auch als besonderer Skandal zu bezeichnen, dass sich das Bundesverfassungsgericht angesichts der aktuellen Grundrechtsgefährdung zu der Frage einer etwaigen Vorabzuständigkeit, zumindest unter diesem Aspekt, bisher in Schweigen gehüllt hat. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich bereits in einem der ersten Verfahren im Hinblick auf die „Coronabekämpfung-Maßnahmen“ ein Beschwerdeführer beziehungsweise Antragsteller explizit auf die genannte Vorschrift im Bundesverfassungsgerichtsgesetz berufen hat, das Gericht diesen Vortrag aber nach dem Motto: „Kein Kommentar“ schlichtweg ignoriert hat. Eine Ignoranz, die vor dem gegenständlichen Hintergrund ernsthafte Fragen nach der Legitimation des BVerfG aufkommen lässt.

Sie haben für einen Journalisten eine Klage vor dem Verfassungsgericht in Mainz (Rheinland-Pfalz) eingereicht. Worum geht es dabei und wie lange wird es dauern, bis eine Entscheidung gefällt wird?

Hamed: Auch die von uns beanstandeten Maßnahmen in der Corona-Verordnung in Rheinland-Pfalz sind unseres Erachtens verfassungswidrig und müssen aufgehoben werden. Sie greifen ohne rechtfertigenden Grund in die Grundrechte unseres Mandanten und die aller Normadressat*innen ein. Das Eilverfahren endete ohne Entscheidung, da die Geltungsdauer der Verordnung überraschend verkürzt wurde. Das habe ich bislang noch in keinem „Corona-Verfahren“ erlebt. Am 28. April hatten wir die Klage anhängig gemacht und dem Klagegegner wurde bis zum 4. Mai eine Frist zur Stellungnahme eingeräumt. Am 29. April hatte ich die Verkürzung der Frist auf den 30. April beantragt, der Antrag wurde abgelehnt. Am 30. April hat die Gesundheitsministerin sodann eine neue Verordnung erlassen, in der sie bestimmt hat, dass nunmehr die von uns angegriffene Verordnung statt am 6. Mai mit Ablauf des 2. Mai außer Kraft treten wird. Daraufhin habe ich am 1. Mai beantragt, bis zum 2. Mai zu entscheiden, das hat wenig überraschend zu keinem Erfolg geführt. Wir werden nun aber auch gegen die neue, die 5. Verordnung, einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz stellen und sind zuversichtlich, dieses Mal eine Entscheidung zu erhalten. Zumindest sofern die Verordnung nicht wieder vorzeitig außer Kraft gesetzt wird. Die kurzen Verordnungsdauern von nur zwei Wochen sind ohnehin schon fast zu knapp, um effektiven Rechtsschutz zu erlangen. Deshalb müssen wir und auch die Gerichte uns zumindest darauf verlassen können, dass die Verordnungen wenigstens nicht früher zu Gunsten einer neuen Verordnung aufgehoben werden. Das probate Mittel wäre hier die Abänderung der bestehenden Verordnung, was z.B. in Hessen gemacht wird. Der Erlass einer neuen Verordnung hingegen führt prozessual dazu, dass Bürger*innen, die sich dagegen wehren möchten, immer wieder neue Verfahren – mit den entsprechenden Kosten – anhängig machen müssen.

Wie bewerten Sie die Einschätzungen des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages vom 22. April 2020 über die „Koordinierung der Maßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus durch die Bundesregierung“, wonach diese ihre Kompetenzen überdehne?

Hamed: Juristisch mag die Einschätzung – ohne die Ausführungen vertieft geprüft zu haben – zutreffend sein. Faktisch ist es jedoch so, dass die Landesregierungen nur sehr eingeschränkt eigene Entscheidungen treffen. Zu beobachten ist auch, dass der Druck, die Beschlüsse ohne größere Änderungen umzusetzen, sehr hoch ist. Mir erscheint es ferner so, dass die Länder letztlich auch ungeprüft die Risikoeinschätzung des RKI übernehmen. Zumindest habe ich noch keine anderen Erläuterungen in meinen Verfahren zur Kenntnis gebracht bekommen. Das ist insofern äußerst problematisch, da der Ordnungsgeber selber prüfen muss – auch wenn er sich natürlich einer fremden Expertise bedienen darf – ob seine Eingriffe erforderlich sind oder nicht.

Halten Sie es für realistisch, dass das Bundesverfassungsgericht sich frontal gegen die Politik der Bundesregierung und von Landesregierungen stellen wird?

Jungbluth: Wie ich schon in meiner vorherigen Antwort deutlich gemacht habe, ist das Handeln des Bundesverfassungsgericht gegenüber den aktuellen Grundrechtseinschränkungen vor allem durch ein anhaltendes Sich-Winden gekennzeichnet, das als Ergebnis lediglich einige kleinere Konzessionsentscheidungen zeitigt und damit den Eindruck vollkommener Positionslosigkeit zu verschleiern versucht. Immerhin hatten ja einige Fachgerichte zumindest teilweise Versammlungen unter erheblichen Einschränkungen zugelassen, die das Bundesverfassungsgericht dann quasi im Nachgang lediglich nachvollzogen hat – auf dem Weg vom Flagge zeigenden Hüter der Verfassung zum hinterhertrottenden Nachzügler, stets bemüht, sich um keinen Preis frontal gegen die politischen Entscheidungen der Bundes- und Länderpolitik zu stellen.

Eine historische Rückschau bestätigt diesen bedauerlichen, wenn nicht gar beschämenden Befund: es scheint erkenntnisleitendes Interesse der Verfassungshüter zu sein, bei ihren Entscheidungen unter keinen Umständen gegen den Stachel zu löcken, was ja bedeuten würde, Grundrechtseinschränkungen nicht einfach hinzunehmen, sondern sich ihnen – auf Basis des Grundgesetzes und der eigenen höchstrichterlichen Unabhängigkeit – mit den gebotenen Mitteln entgegenzustellen. Stattdessen versperrt man seit Jahrzehnten höchstrichterlich den Weg zu einer freiheitlichen Gesellschaft mit Restriktionen aller Art: KPD-Verbot in der Fünziger-, Mitbestimmungsurteil in den Siebzigern-, Bestätigung des NATO-Doppelbeschlusses in den Achtzigern-, Bestätigung der Bundeswehreinräte im Ausland in den Neunzigerjahren, Bestätigung des „Europäischen Stabilitätsmechanismus“ vor nur einigen Jahren und, last but not least, die jüngst entschiedene Frage der Grundgesetzkonformität der sogenannten Hartz-IV-Sanktionen, wobei die diesbezügliche Nicht-Fisch-nicht-Fleisch-Entscheidung im Hinblick auf die in meinen Augen dogmatisch desaströse Begründung in den Medien übrigens keinerlei Beachtung gefunden hat.

Unabhängiges Rechtsorgan oder Akklamationsorgan der Regierenden? Die Frage drängt sich auf. Ohne Änderungen in der Grundstruktur des Bundesverfassungsgerichts wird sich die auffallende Tendenz zur Akklamation allerdings kaum beheben lassen, ist das Gericht doch nicht nur zur kritischen Prüfung politischer Entscheidungen im Hinblick auf deren Verfassungskonformität berufen, sondern gleichzeitig auch schon unter parteipolitischen Maßgaben zusammengesetzt, die an seiner Unabhängigkeit zweifeln lassen – trotz aller Unterschiede zu anderen Nationen, die man gerne als Negativbeispiele zur Pflege des eigenen Images heranzieht. Die unmittelbare Nähe vermutlich der meisten der Mitglieder des höchsten bundesdeutschen Gerichts zu politischen Entscheidungsebenen und ihre eigene parteipolitische Sozialisierung sollten zu denken geben, wobei Honorarprofessor Harbarth, vormals CDU-MdB und Mitglied einer wirtschaftslobbyaffinen Großkanzlei, und der Saarländisches Verfassungsgerichtspräsident Müller, vormals CDU-Ministerpräsident des Saarlandes, insofern nur plakative Beispiele für das Kernproblem darstellen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung vom 29. April zum Verbot von Gottesdiensten u.a. festgestellt, es sei „kaum vertretbar, dass die Verordnung keine Möglichkeit für eine ausnahmsweise Zulassung solcher Gottesdienste in Einzelfällen eröffnet“. Ist das eine „Blaupause“ auch für Urteile über andere Grundrechte?

Jungbluth: Die genannte Entscheidung des Bundesverfassungsgericht hat insofern das Zeug für eine Blaupause, als man zwischenzeitlich immer mehr zu der Auffassung gelangt, dass die getroffenen Maßnahmen fast in Gänze vollkommen überzogen sind, da die vorausgesetzte Unterstellung weder medizinisch noch statistisch evidenzbasiert ist, ohne diese Einschränkungen würde das Krankenhaussystem

kollabieren. Diese Unterstellung kann sich nur auf eine weitere, ebenso unbewiesene Unterstellung berufen, wonach die meisten Bürger in Wahrnehmung ihrer Freiheit trotz angenommener Infektionsgefahren tun und lassen könnten und auch würden, was sie gerade wollen.

Das Bundesverfassungsgericht hat vor diesem Hintergrund nicht zufällig entschieden, dass ein generelles Teilnahmeverbot an religiösen Handlungen – hier: am Fastengebet zu Beginn des Ramadan – unzulässig sei, weil keine Einzelfallprüfung in Abstimmung mit der zuständigen Gesundheitsbehörde getroffen worden ist, ob unter situationsbedingten Auflagen Gottesdienste stattfinden können, ohne dass mit einer relevanten Erhöhung der Infektionsgefahr zu rechnen ist. Diese liberal anmutende Entscheidung entspricht allerdings lediglich der in letzter Zeit an den Tag gelegten Entscheidungslinie des Bundesverfassungsgericht, alle Einschränkungen zunächst als verfassungsgemäß zu bestätigen, um dann im Rahmen der allgemeinen „Lockerungsdiskussionsorgien“ zu der Erkenntnis zu gelangen, dass die ausgesprochenen Verbote dann doch dermaßen überzogen sind, dass die zuständigen (Gesundheits-)Behörden jetzt angehalten werden, in allen Einzelfällen vor einer Verhängung von Grundrechtseinschränkungen die Möglichkeiten zur Einhaltung der Abstandsregeln zu überprüfen.

Eine Entscheidung, die insofern stutzig macht, als doch das Bundesverfassungsgericht zu Beginn der „Coronakrise“ – soweit es die Verfahren überhaupt zur Entscheidung angenommen hatte – die letztlich totalen Grundrechtseinschränkungen uneingeschränkt noch als rechtmäßig bestätigt hatte, ohne dies an die eigentlich selbstverständliche Bedingung zu knüpfen, dass Verbote nur bei Nichteinhaltung der gebotenen Abstandsregeln auszusprechen sind. In meinen Augen ist dies ein durchschaubares, erbärmliches Manöver des höchsten Gerichts, die Verantwortung jetzt an die unteren Behörden zurückzugeben, die in Vertrauen auf die zu Beginn bestätigenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts weiter „Totalmaßnahmen“ erlassen hatten, womit sich das Gericht erneut aus seiner eigenen Verantwortung stiehlt, da nun die Verwaltungseinheiten erneut dazu angehalten werden, neue, zwar nun etwas differenziertere, aber weiter evident die Grundrechte einschränkende Regelungen zu erlassen.

Völlig außer Acht bleibt hierbei letztlich die Fundamentalfrage, ob und unter welchen Bedingungen ein Verzicht auf sämtliche Freiheitseinschränkungen mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Zusammenbruch der Krankenhausversorgung und zu schweren Schäden für Infizierte führen würde. Diese Frage bislang gar nicht erst gestellt zu haben, kommt einem Offenbarungseid des höchsten deutschen Gerichtes näher, als es die derzeit geltenden Abstandsregeln erlauben.

Jessica Hamed ist Rechtsanwältin und Fachanwältin für Strafrecht in der Kanzlei Bernard Korn & Partner. Sie studierte in Mainz und Buenos Aires (Argentinien) und erhielt für ihre herausragenden Studienleistungen ein Begabtenstipendium. Sie arbeitet außerdem als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Johannes Gutenberg-Universität und hat einen Lehrauftrag an der Hochschule Mainz. Gemeinsam mit dem Rechtsanwalt Prof. Dr. David Jungbluth vertritt sie die Klage des Journalisten Jens Wernicke gegen die Anti-Corona-Maßnahmen in Rheinland-Pfalz. Ferner führt sie vier weitere Verfahren gegen die Maßnahmen in Hessen, Bayern und Schleswig-Holstein.

David Jungbluth studierte Rechtswissenschaften und promovierte zum Wirtschaftsverfassungsrecht. Er arbeitete als Richter auf Probe sowie als Staatsanwalt und Zivilrichter. Derzeit lehrt er als Inhaber einer Vertretungsprofessur an der Frankfurt University of Applied Sciences und ist als Rechtsanwalt in Frankfurt am Main mit den Schwerpunkten Verfassungs- sowie Ausländer- und Migrationsrecht tätig. Weitere Informationen unter www.rajungbluth.de.