

Das Recht auf Freiheiten

Kaum jemand kennt sich in Fragen der Freiheits- und Grundrechte so gut aus wie der Bundesverfassungsgerichtspräsident a. D. Hans-Jürgen Papier. Ein Interview über die Bedeutung von Freiheiten, Gesundheit und notwendiger politischer Legitimation durch Parlamente.

TUP: Herr Professor Papier: Welche Freiheitsrechte sind aus Ihrer Sicht im Lockdown im Zuge von Corona besonders betroffen?

Hans-Jürgen Papier: Das sind mehrere Grundrechte: einmal das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit und das der klassischen Bewegungsfreiheit. Sie sind eingeschränkt durch die Ausgangsbeschränkungen und durch Kontaktbeschränkungen. Das Verbot, Gottesdienste abzuhalten, schränkt die Religionsfreiheit ein, insbesondere die Religionsausübungsfreiheit. Dann ist die Versammlungsfreiheit zu nennen. Immerhin erleben wir drastische Einschränkungen der Demonstrationsfreiheit. Betroffen sind aber auch die wirtschaftlich relevanten Grundrechte wie Berufsfreiheit und Unternehmerfreiheit. Denn viele Betriebe müssen aufgrund des Lockdowns schließen. Ebenfalls betroffen ist die Eigentumsfreiheit nach Artikel 14 Grundgesetz. Es gibt somit verschiedene Aspekte, und für jede Grundrechtsbetroffenheit muss man im Einzelfall prüfen, ob verfassungsrechtlich ein noch zulässiger, insbesondere ein verhältnismäßiger Eingriff vorliegt.

Ob die Freiheitsbeschränkungen verhältnismäßig sind, kann die Politik nicht ohne Expertise beantworten. Hört die Politik zu viel auf Virolog*innen, sprich: Werden andere Fachleute – Jurist*innen, Soziolog*innen oder Psycholog*innen – zu wenig gehört?

Es geht um Grundrechtseinschränkungen, sogar bis hin zu zeitweiligen Suspendierungen von Grundrechten. Ob das zulässig ist, ist natürlich zunächst einmal eine Rechtsfrage. Es geht nämlich um die Frage, ob die Maßnahmen zur Verfolgung eines verfassungslegitimen Schutzzieles überhaupt notwendig sind. Das verfassungslegitime Schutzziel ist hier die Gesundheit der Menschen und das Leben einer nicht voraussehbaren Zahl von Menschen. Der Ordnungsgeber in Gestalt der Landesregierungen hat nun zu beurteilen, ob diese oder jene grundrechtseinschneidende Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfassungslegitimen Schutzziel steht. Der Ordnungsgeber muss also einen verhältnismäßigen Ausgleich herstellen zwischen den betroffenen Freiheitsrechten auf der einen Seite und dem Schutz des Lebens und der Gesundheit der Menschen auf der anderen Seite. Diese Abwägungsfrage kann nur interdisziplinär beantwortet werden, nämlich unter Hinzuziehung naturwissenschaftlicher und medizinischer Erkenntnisse. Aber es kann natürlich nicht sein, dass die Entscheidung über diese Rechtsfrage Virologen, Mediziner oder Naturwissenschaftlern überlassen bleibt. Es geht um eine Entscheidung, die von der Staatsgewalt unter Hinzuziehung externen Sachverständigen zu treffen ist und die justiziabel ist. Die Gerichte werden sich mit diesen Maßnahmen befassen müssen und haben sie in Eilverfahren sogar zum Teil schon beanstandet.

Vieles im Zusammenhang mit dem Virus ist ungewiss. Beispielsweise wissen wir nicht mit absoluter Sicherheit, inwiefern Masken helfen, ob Kinder ansteckend sind und welcher Maßstab für das Ende der Corona-Einschränkungen entscheidend sein soll. Welche Rolle spielen diese Ungewissheiten im Rahmen der Abwägungsfrage, von der Sie eben sprachen?

Das ist ein entscheidender Punkt. Zum Zeitpunkt des Erlasses der Schutzmaßnahmen war es unwahrscheinlich schwierig, verlässliche Erkenntnisse über geeignete und erforderliche Maßnahmen zu gewinnen. Zu beantworten waren Fragen wie: Gibt es schonendere, die Freiheitsrechte weniger beeinträchtigende Maßnahmen als die ergriffenen Ausgangsbeschränkungen und Kontaktbeschränkungen? Wie schwerwiegend müssen die Gefahren für Leben und Gesundheit der Bevölkerung angesehen werden? Geht es überwiegend nur um relativ leichte Gesundheitsbeeinträchtigungen oder sind doch in einer beträchtlichen Zahl der Fälle schwerwiegende Beeinträchtigungen zu befürchten? Wie hoch ist die Rate der lebensbedrohlichen Erkrankungen? Das sind relativ offene Fragen. Deshalb wird man den zuständigen Staatsorganen mit Blick auf die Annahmen zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung einen gewissen Einschätzungsspielraum zubilligen müssen, dessen Einhaltung die Gerichte nur unter Vertretbarkeitsgesichtspunkten nachprüfen können. Kein Richter wird leichtfertig eigene Vermutungen oder Annahmen an die Stelle der vertretbaren Beurteilungen der Exekutive setzen wollen. Andererseits muss man natürlich auch sagen: Mit zunehmender Dauer dieser Einschränkungen wird das Anforderungsprofil an die Rechtfertigung solcher schwerwiegender Grundrechts- oder Freiheitseingriffe zunehmen. Deshalb sind verfassungsrechtlich gesehen nicht die jetzt angesprochenen und zum Teil schon beschlossenen Lockerungen der Schutzmaßnahmen rechtfertigungsbedürftig, sondern deren Aufrechterhaltung.

Diskutiert wird aktuell auch über die sogenannte Umkehrisolation, also die Beschränkung der Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote auf Risikogruppen. Wäre eine solche Umkehrisolation nicht eine schonendere Maßnahme als die Beibehaltung der Beschränkungen und Verbote für alle?

Das wird natürlich immer wieder diskutiert. Nur, ich bitte da um Vorsicht. Grundsätzlich bin ich dagegen, Gebote und Verbote auf bestimmte Risikogruppen zu beschränken. Meine Einwendungen beruhen zum Teil darauf, dass es ganz schwierig ist, die Risikogruppen zu bestimmen. Wenn Sie die Risikogruppen sehr weit fassen, meinenwegen alle Personen über fünfzig oder über fünfundfünfzig, und dann noch Menschen mit einbeziehen, die an Vorerkrankungen leiden oder Behinderungen haben, dann können Sie auf nahezu die Hälfte der Bevölkerung stoßen. Hier gerät man leicht in eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung. Allerdings darf und muss der Staat Menschen besonders schützen, die so krank und körperlich so eingeschränkt sind, dass sie sich nicht selber schützen können. Diesen Personen kann und muss der Staat sogar einen spezifischen Schutz zuteilwerden lassen. Aber bei der Verhängung von Geboten und Verboten nach Personengruppen zu unterscheiden und einzelne Gruppen mit besonderen rechtlichen Belastungen zu versehen, da würde ich zur Vorsicht raten.

Sie haben gerade die Schutzpflichten des Staates angesprochen. Diese Freiheitsrechte sind ja Abwehrrechte. Können aus diesen Abwehrrechten auch Leistungsansprüche gegen den Staat erwachsen?

Der Staat ist aufgrund des Grundrechts auf Schutz des Lebens und der Gesundheit nach Artikel 2 Absatz 2 des Grundgesetzes verpflichtet, Leben und Gesundheit der Menschen zu achten und zu schützen. Aus diesem Abwehrrecht folgert das Bundesverfassungsgericht eigentlich schon immer auch eine Schutzpflicht des Gesetzgebers oder allgemein des Staates, sich bei Gesundheits- oder Lebensbedrohungen durch Dritte oder durch solche Ereignisse wie Epidemien, große Unfälle oder Naturkatastrophen schützend vor die bedrohten Personen und ihre Rechtsgüter zu stellen. Aus Freiheitsrechten folgen auch Schutzpflichten des Staates. Nur die Verordnungsgeber, die diese Beschränkungsmaßnahmen erlassen, berufen sich gerade auf die Erfüllung ihrer Schutzpflichten gegenüber der Gesundheit und dem Leben der bedrohten Menschen. Allerdings rechtfertigen auch die Schutzpflichten keine Eingriffe in die Freiheitsrechte der Bevölkerung, die unverhältnismäßig sind und im Übermaß erfolgen. Man könnte auch sagen: Der Gesundheitsschutz als solcher ist von Verfassungsrang. Aber er rechtfertigt nicht ganz abstrakt und allgemein jedweden Grundrechtseingriff. Das ist eine Rechtsfrage, die nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit zu entscheiden und die auch justiziabel ist. Die rechtsstaatliche Aufarbeitung all dieser Maßnahmen, die zum Teil noch in voller Stärke wirken und nur allmählich zurückgefahren werden, hat erst begonnen und wird die Rechtsprechung noch länger beschäftigen.

Welche Folgen haben diese Grundrechtseingriffe für die Wahrnehmung und das Verständnis der Menschen von einem funktionierenden Rechtsstaat? Sind die Sorgen der Menschen berechtigt?

Die Beschränkungen müssen für die Grundrechtsinhaber nachvollziehbar sein. Ich habe Zweifel, ob die rechtfertigungsbedürftigen Beschränkungen – gerade jetzt in Zeiten einer gewissen Lockerung – vonseiten der Entscheidungsträger immer richtig und plausibel vermittelt werden. Wenn ich zum Beispiel höre, dass Geschäfte öffnen dürfen, es sei denn ihre Verkaufsfläche liegt über 800 Quadratmeter, dann frage ich mich schon: Ist das unter infektionsschutzrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt? Können nicht auch großflächige Geschäfte für die Einhaltung der Abstands- und Hygieneregeln sorgen? Vielleicht sogar besser als kleinräumige Geschäfte, wo es sich vielleicht sehr viel mehr drängt und die Einhaltung dieser Regeln eher schwieriger wird? Man hat mit den 800 Quadratmetern eine Grenze aus dem Bauplanungsrecht übernommen. Mit dem Infektionsschutz hat das wenig zu tun. Nun sagt man: Zwar können die großflächigen Geschäfte die Abstands- und Hygieneregeln genauso gut, vielleicht sogar besser durchsetzen und praktizieren. Aber diese Geschäfte haben eine besondere Anziehungskraft, weil die Leute vermehrt in die Innenstädte kommen und dabei öffentliche Verkehrsmittel nutzen. Meines Erachtens ist dieser Aspekt so nicht zutreffend. Denn viele großflächige Geschäfte befinden sich gar nicht in der Fußgängerzone, sondern in Gebieten, die gar nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln angefahren werden, sondern mit dem eigenen Pkw. Dann hat man wiederum gesagt: Bestimmte großflächigere Geschäfte dürfen trotzdem öffnen, zum Beispiel wenn sie Möbel verkaufen oder wenn es sich um Garten- oder Baumärkte handelt. Das ist für die Grundrechtsträger, für die Bürgerinnen und Bürger und insbesondere für die Geschäftsleute, die von Schließungen oder Teilöffnungen betroffen sind, nicht so richtig einsichtig. Es kann nicht oft genug darauf hingewiesen werden: Die Beibehaltung der strikten Einschränkungen ist rechtfertigungs-

bedürftig, nicht die Lockerung! Übrigens haben inzwischen auch Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte eingegriffen. So hat etwa der Bayrische Verwaltungsgerichtshof die Begrenzung auf 800 Quadratmeter ausdrücklich für verfassungswidrig erklärt. Bei der Rechtfertigung der Eingriffe müssen sich diejenigen, die über die Maßnahmen zu befinden haben, mehr Mühe geben. Das sind vor allem die Landesregierungen. Das wird oft verkannt. Denn bei dem Infektionsschutzgesetz handelt es sich zwar um ein Bundesgesetz. Aber die Bundesgesetze werden grundsätzlich von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt. Dass die Länder dabei zum Teil eigene Wege gehen, ist juristisch in Ordnung.

Die eigenen Wege der Länder bei der Umsetzung der Schutzmaßnahmen sind ein spannender Punkt. Muss man sich da nicht die Frage stellen, ob die föderale Ordnung hilfreich bei der Bewältigung der Corona-Pandemie ist?

Die föderale Ordnung ist nun einmal vom Grundgesetz vorgeschrieben und festgelegt. Nach Artikel 83 ff. des Grundgesetzes führen prinzipiell die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus. Der Bund hat da auch kein Weisungsrecht. Natürlich gibt es daher auch die Möglichkeit von Divergenzen. Ich bin immer sehr zurückhaltend mit der Verächtlichmachung der Bundesstaatlichkeit – mit Stimmen, die die „Keule“ des Flickenteppichs herausholen. Das Infektionsschutzgesetz geht von Infektionslagen aus, die – bislang jedenfalls – in aller Regel regional spezifisch oder lokal begrenzt verlaufen sind. Es macht daher durchaus Sinn, dass die regionalen Behörden – etwa Oberste oder Obere Landesbehörden oder die örtlichen Gesundheitsämter – auf diese regionalen Herausforderungen angemessen reagieren können. Das ist viel besser, als wenn die Zentralgewalt in Berlin entscheidet, ob zum Beispiel in Rosenheim eine besondere Ansteckungsgefahr entstanden ist. Die gegenwärtige Besonderheit ist natürlich, dass wir es mit einer Pandemie zu tun haben, die nicht nur Deutschland, sondern die ganze Welt erfasst. Zwar hat es auch bisher bei der Corona-Pandemie gewisse regionale Schwerpunkte gegeben. Aber im Großen und Ganzen ist die Infektionsgefahrenlage doch relativ gleich verteilt. Gerade wenn es um die Frage der Verhältnismäßigkeit der Beschränkungen geht, ist es deshalb nicht sonderlich sinnvoll, dies von Land zu Land unterschiedlich entscheiden zu lassen.

Ich vertrete deshalb seit geraumer Zeit den Standpunkt, dass die wesentlichen, die Freiheitlichkeit unseres Gemeinwesens betreffenden Entscheidungen dem Parlament überlassen bleiben sollten. Der durch die verschiedenen Bundesländer im Ordnungswege verfügte Shutdown berührt unsere Freiheitlichkeit und unsere rechtsstaatliche Ordnung in ganz fundamentaler Weise. Wenn Sie bedenken, welche gesamtstaatlichen, gesamtgesellschaftlichen und ökonomischen Folgen dieser Shutdown hatte und hat, dann vermissen Sie den Deutschen Bundestag. Der Bundestag hat sich darauf beschränkt, ein Infektionsschutzgesetz zu erlassen, und die Generalklausel formuliert: Wenn eine Infektionslage eintritt, dürfen die zuständigen Landesbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen. Die sogenannte Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber besagt, dass alle grundlegenden Entscheidungen, bei denen es um wesentliche Beschränkungen der Grundrechtswahrnehmung und -ausübung der Bevölkerung geht, unter einem Parlamentsvorbehalt stehen. Dann hätten wir auch den vorhin angesprochenen Flickenteppich

in dieser Form nicht. Und wir hätten eine stärkere demokratische Legitimation für diese ganz einschneidenden Eingriffe.

Ist es also aus Ihrer Sicht problematisch, dass die Schutzmaßnahmen in einem Zirkel aus Regierungs- und Landesvertreter*innen ausgehandelt und danach den Parlamenten – böse gesagt – nur zum Abnicken vorgelegt werden?

Nicht einmal das. Es heißt immer, man habe das im Bundestag erörtert. Natürlich hat man das erörtert, aber der Bundestag hat überhaupt keine Einflussmöglichkeit. Die Beschränkungen werden durch Verordnungen der Landesregierungen verfügt, und auch die Landesparlamente sind überhaupt nicht eingeschaltet. Deshalb wird auch die Opposition, politisch gesehen, völlig marginalisiert. Stattdessen errichtet man Corona-Beratungsgremien. Das kann man politisch machen, nur ihnen fehlt jede verfassungsrechtliche und demokratiestaatliche Legitimation. Das beunruhigt mich als Staatsrechtler. Wir haben es mit der größten Herausforderung in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland zu tun, und diese für die Existenz unseres Gemeinwesens zentralen Fragen – die einschneidendsten Einschränkungen von Grund- und Freiheitsrechten – gehen im Grunde an den Parlamenten des Bundes und der Länder vorbei. Das ist nicht nur speziell eine Frage der Verhältnismäßigkeit, sondern das ist eine Frage von ganz grundsätzlicher Bedeutung. Wenn man das nicht mal zur Diskussion stellt, dann fürchte ich, wird die parlamentarische Demokratie in den Augen der Bevölkerung immer mehr an Anerkennung und Wertschätzung verlieren. Wir kommen auf diese Weise immer mehr zu einer rein exekutivlastigen demokratischen Ordnung. Es heißt immer, die Not sei die Stunde der Exekutive. Da muss ich sagen: Das entspricht eigentlich nicht einer parlamentarischen Demokratie. Gerade in der Not muss die vom Volk gewählte Vertretung das entscheidende Wort haben. Aber das ist eine These, die sich – im Augenblick jedenfalls – außerhalb der juristischen Sphäre wenig Beliebtheit erfreut.

Abschließend noch: Was glauben Sie – ohne ein festes Datum zu nennen –, wie lange ist das noch durchzuhalten? Was muss bedacht werden, wenn bei der Lockerung Differenzierungen vorgenommen werden?

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer seiner Kammerentscheidungen zu diesem Komplex gesagt: Die Aufrechterhaltung dieser Grundrechtsbeschränkungen – im konkreten Fall ging es um Gottesdienstverbote – sei ganz strikt nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu beurteilen, jeweils nach dem neuesten Stand der Erkenntnisse. Ein entscheidender Faktor bei der Abwägung zwischen den drohenden Schäden für die Schutzgüter Leben und Gesundheit auf der einen Seite und den Belastungen der Bevölkerung durch die Lockdown-Maßnahmen auf der anderen Seite ist die Befürchtung, dass schwer erkrankte Menschen in unseren Krankenhäusern nicht hinreichend medizinisch versorgt werden können und unser Gesundheitssystem kollabieren könnte. Diese Befürchtung war angesichts der Entwicklung etwa in Italien oder Spanien berechtigt. Sie ist nach dem Stand der vorliegenden Erkenntnisse – Gott sei Dank – nicht eingetreten und im Augenblick auch nicht naheliegend. Wenn sich das wieder ändert, wird man entsprechende verschärfende Maßnahmen durchaus wieder in Erwägung ziehen müssen. Aber im Augenblick wird man in Anbetracht der Erkenntnislage bezogen auf die Gefahren für das Gesundheitssystem zu Lockerungen greifen müssen.

Wir müssen auch sehen, dass wir es mit beträchtlichen Eingriffen in die wirtschaftsrechtlich relevanten Grundrechte zu tun haben. Betriebe müssen oder mussten schließen – und das nicht nur für Tage, sondern für Monate. Wenn der Staat Betriebe durch Verordnungen hat schließen lassen, wird schon von Verfassungs wegen eine staatliche Ausgleichsleistung erfolgen müssen. Wenn von bestimmten Personengruppen gewissermaßen Sonderopfer im Interesse des Gemeinwohls abverlangt werden – wenn zum Beispiel gastronomische Betriebe schließen müssen –, dann mag das zur Abwehr der Gefahren wohl unvermeidlich gewesen sein, aber es muss für dieses Sonderopfer – dahinter steht auch der Gedanke der Gleichbehandlung – einen angemessenen finanziellen Ausgleich für die meistens kleinen und mittelständischen Unternehmen geben. Die rechtsstaatliche Aufarbeitung wird noch dauern. Das ist auch nicht verwunderlich, wenn man bedenkt, dass das, was wir im Augenblick erleben, im Grunde die größte und überhaupt nicht vorhersehbare Herausforderung der rechtsstaatlichen Demokratie in Deutschland ist.

Interview: Ragnar Hoenig und Peter Kuleša

Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier

ist emeritierter, ordentlicher Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht sowie öffentliches Sozialrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Er wurde 1998 zum Vizepräsidenten und Vorsitzenden des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts gewählt und war von 2002 bis 2010 Präsident des Bundesverfassungsgerichts.

Das Interview wurde Ende April 2020 geführt.