

Für einen starken Rechtsstaat in der Corona-Krise

Transparenz stärken, Bürgerrechte sichern

Die Welt wird von einer Pandemie in einem Ausmaß heimgesucht, wie sie in der jüngeren Geschichte ohne Beispiel ist. Die Gegenmaßnahmen, die dazu dienen sollen, eine Überforderung des Gesundheitswesens zu verhindern, sind auch in Deutschland mit einschneidenden Grundrechtseingriffen verbunden. Die vorliegende Stellungnahme nimmt eine (Zwischen-)Bewertung aus rechtspolitischer Sicht vor.

Auch in der akuten Notlage ist eine intensive Diskussion über rechtsstaatliche Erfordernisse und Begrenzungen der Maßnahmen zur Eindämmung des Virus erforderlich. Der Rechtsstaat ist kein „Schönwetter-Luxus“, sondern gerade in der Krise ein notwendiger Garant von Freiheit und gleichzeitig ein geeignetes Instrument, Akzeptanz und Befolgung der notwendigen Maßnahmen effektiv und dauerhaft zu fördern. Deshalb besteht in der Krise sogar ein erhöhtes Bedürfnis nach deutlichen Entscheidungszuständigkeiten, Normenklarheit, der Beachtung von Grundrechten und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

Die derzeit bestehenden Einschränkungen in der Form, wie sie etwa in Nordrhein-Westfalen gelten, dürften in ihrer Mehrzahl zum aktuellen Zeitpunkt nicht unverhältnismäßig sein. Den politischen Akteuren ist angesichts des bisher geringen wissenschaftlichen Kenntnisstandes ein großer Einschätzungsspielraum zuzubilligen. Weil noch wenig Forschung über die genauen Umstände der Verbreitung des Virus vorliegt, sind punktuelle Maßnahmen kaum möglich. Es ist momentan noch wenig absehbar, welche Maßnahmen nötig sind, um eine Überforderung des Gesundheitswesens zu verhindern und besonders gefährdete Menschen effektiv vor einer Ansteckung zu schützen.

Auf der anderen Seite sind die Grundrechtseingriffe von beispielloser Intensität und werden mit Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit negative Auswirkungen von erheblichem Ausmaß haben; zu denken ist an die zu erwartende tiefe wirtschaftliche Rezession ebenso wie an negative Auswirkungen für die psychische Gesundheit Einzelner oder das politisch-gesellschaftliche Leben insgesamt. Gerade in dieser Situation bedarf es deshalb der Besinnung auf das Wesen der Grundrechte.

Grundrechte werden nicht von Regierung und Gesetzgeber *gewährt*, sondern von ihnen *gewährleistet*. Entsprechend liegt die Rechtfertigungslast für Einschränkungen beim Staat: Er kann nicht nach freiem Ermessen – und sei es auch für ein noch so wichtiges Ziel – Einschränkungen anordnen, sondern muss sich mit all seinen Maßnahmen innerhalb des ihm zustehenden verfassungsrechtlichen Rahmens halten. Insbesondere ist er damit an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Diese Regeln sind keine juristische Förmerei, sondern können aktuell helfen, dass neben dem Schutzgut Gesundheit andere gewichtige Verfassungsgüter nicht aus dem Blick geraten.

Im Einzelnen:

33 1. Alle grundrechtlich geschützten Rechtsgüter ernstnehmen

34 Das Erfordernis des Gesundheitsschutzes ist in möglichst schonenden Ausgleich mit anderen Rechtspositio-
35 nen zu bringen. Es ist nicht akzeptabel, dass einzelne Rechte beinahe vollständig suspendiert werden. Das
36 betrifft zum Beispiel das Versammlungsrecht und hier ganz besonders Versammlungen, die sich gegen die
37 (oder einen Teil der) derzeit angeordneten Maßnahmen richten. Es muss deshalb unbedingt sichergestellt
38 werden, dass – unter bestimmten Auflagen, die das Infektionsrisiko minimieren, etwa der Vorgabe eines
39 Mindestabstands – politische Demonstrationen auch weiterhin möglich sind.

40 Die Versammlungsfreiheit ist schlechthin konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung.
41 Sie ist das für den Einzelnen bedeutendste Instrument, seine Unzufriedenheit mit politischen Entscheidun-
42 gen in die Öffentlichkeit zu tragen, für die eigene Position zu werben und einen Politikwechsel jenseits von
43 Wahlen herbeizuführen. Gerade im Angesicht einer beispiellosen Einschränkung von Grundrechten muss
44 dieses Instrument den Bürgerinnen und Bürgern zur Verfügung stehen. Aktuelle verwaltungsgerichtliche
45 Entscheidungen lassen daran zweifeln, dass dies in der Praxis der Fall ist.

46 Alle Maßnahmen, die nur einen nur mittelbaren oder vermuteten Einfluss auf die Übertragung des Virus
47 haben, können nur ausnahmsweise und nur dann gerechtfertigt werden, wenn die mittelbare Folge einiger-
48 maßen gesichert und schwerwiegend ist. Sitzt eine Person alleine auf einer Parkbank, besteht nur dann ein
49 erhöhtes Ansteckungsrisiko, wenn weitere Personen sich mit geringem Abstand dazu gesellen, weswegen
50 die Unverhältnismäßigkeit eines Verbotes naheliegt. In Nordrhein-Westfalen ist derzeit unklar, warum es
51 vertretbar erscheint, einen Baumarkt öffnen zu lassen, in dem die Regale keine zwei Meter voneinander
52 entfernt stehen und sich die Kunden demnach früher oder später zwangsläufig nahekomen, während das
53 Feiern einer Messe in einer spärlich besetzten Kirche mit einem Abstand von mehreren Metern zwischen
54 den Gläubigen zu risikobehaftet sein soll.

55 2. Keine pauschale Quarantäne für Einreisende

56 Quarantänemaßnahmen für Einreisende müssen sich am konkreten Risiko einer Infektion in dem Land bzw.
57 in der Region orientieren, in dem/der sich ein Einreisender zuletzt länger aufgehalten hat. Wird keine pau-
58 schale Ausgangssperre für die bereits in Deutschland befindlichen Personen angeordnet, kann sie nach dem
59 Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) auch nicht jenen auferlegt werden, die mit einem gleich ho-
60 hen oder geringeren Infektionsrisiko einreisen. Für Maßnahmen, die das Verlassen der eigenen Wohnung
61 auch bei Vorliegen eines triftigen Grundes verbieten, sind die Vorgaben des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG zu
62 beachten.

63 3. Fortlaufende Überprüfung

64 Die Notwendigkeit des Fortbestehens der Maßnahmen in Dauer und Intensität muss fortlaufend überprüft
65 werden, um sicherzustellen, dass die Einschränkungen das absolut notwendige Maß nicht überschreiten.

66 Damit das auch tatsächlich passiert, müssen die Maßnahmen verpflichtend in bestimmten Zeitabständen
67 bestätigt werden, um in Kraft zu bleiben.

68 4. Sicherung parlamentarischer Mitbestimmung und des Föderalismus

69 Es muss sichergestellt werden, dass auch in Krisenzeiten der demokratisch besonders legitimierte Parla-
70 mentsgesetzgeber über Inhalt, Zweck und Ausmaß von Grundrechtseingriffen entscheidet und ein Grund-
71 rechtsschutz durch Verfahren nicht außer Kraft gesetzt wird. Gerade bei einer großen prognostischen Unsi-
72 cherheit, die eine faktenbasierte Abwägung erschwert, gewinnt die Verfahrenskomponente noch an zusätz-
73 licher Bedeutung.

74 Auch in Zeiten der Krise müssen die wesentlichen Entscheidungen durch das Parlament getroffen werden.
75 Ermächtigungen zum Verordnungserlass – insbesondere wenn sie zu Abweichungen von Parlamentsgeset-
76 zen ermächtigen – müssen nach Inhalt, Zweck und Ausmaß klar bestimmt sein (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG).
77 Insbesondere die Regelung des § 5 Abs. 2 Nr. 3 und 4 sowie Abs. 3 IfSG muss insofern dringend überarbei-
78 tet werden. Das gilt ebenso für § 5 Abs. 2 IfSG im Hinblick auf den Grundsatz des den Ländern obliegenden
79 Gesetzesvollzugs (Art. 83 GG).

80 5. Präzise gesetzliche Ermächtigungen

81 Tiefe und einschneidende Grundrechtseingriffe wie Kontaktverbote, flächendeckende Schließungsanord-
82 nungen oder gar Ausgangssperren dürfen nicht auf eine Generalklausel gestützt werden – wie dies in Form
83 von § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG derzeit der Fall ist –, sondern bedürfen tatbestandlich stärker eingegrenz-
84 ter gesetzlicher Regelungen in Form von Standardmaßnahmen. Sie dürfen nur durch Rechtsverordnung auf-
85 grund eines Kabinettsbeschlusses erlassen werden. Dabei muss sichergestellt werden, dass in allen Bundes-
86 ländern Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgerichtsbarkeit gegen diese Rechtsverordnung möglich ist.

87 Mit diesen Anforderungen ist – erstens - sichergestellt, dass nicht jeder Bürgermeister oder Landrat seine
88 eigene Regelung für die eigene Kommune schafft – denkbar sind lediglich zeitlich eng begrenzte Regelungs-
89 kompetenzen für die schnelle Reaktion auf lokale Ausbrüche. Zweitens ist die Rechtsverordnung im Falle
90 einer gerichtlich festgestellten Rechtswidrigkeit anders als die Allgemeinverfügung generell unwirksam.
91 Eine Befassung des gesamten Kabinetts statt nur des Gesundheitsministeriums sorgt – drittens - dafür, dass
92 auch die Ressorts, die für den Schutz anderer Rechte zuständig sind, in die Entscheidung einbezogen wer-
93 den.

94 6. Normenklarheit

95 Auch die untergesetzlichen Normen müssen dem Gebot der Normenklarheit genügen und für die Bürgerin-
96 nen und Bürger verständlich sein. Auf Qualität und logische Stringenz ist insbesondere dann zu achten,
97 wenn Zuwiderhandlungen strafbewehrt sind.

98 Es ist verständlich, dass in der aktuellen Krise viele Regelungen ad hoc erlassen werden mussten. Dies kann
99 jedoch keine Entschuldigung darstellen, erkannte Defizite nicht im Nachhinein zu korrigieren, um für den
100 Fortgang der aktuellen Krise und Krisen der Zukunft besser gerüstet zu sein.

101 7. Klare staatliche Kommunikation, Verbesserung der Datengrundlage, „Exit“-Strategien

102 Die Bundeskanzlerin hat am 18.03.2020 versprochen, es „gehör[e] zu einer offenen Demokratie: dass wir
103 die politischen Entscheidungen auch transparent machen und erläutern, dass wir unser Handeln möglichst
104 gut begründen und kommunizieren, damit es nachvollziehbar wird“.

105 Für die Akzeptanz der Grundrechtseinschränkungen in der Bevölkerung – ebenso wie für die verfassungs-
106 rechtliche Rechtfertigung – ist entscheidend, dass die staatlichen Akteure klar kommunizieren, welche Ziele
107 sie mit den derzeitigen Maßnahmen erreichen wollen und auf welchen Prämissen die einzelnen Einschrän-
108 kungen beruhen.

109 Es ist entscheidend, dass „Exit“-Strategien erarbeitet und kommuniziert werden. Dies gilt insbesondere vor
110 dem Hintergrund von möglichen neuen Infektionswellen und andauernden Grundrechtseinschränkungen.
111 Vor allem bedarf es dringend eines zwischen Politik und Gesellschaft geführten Diskurses über derartige
112 Strategien. Daher ist es auch ein falsches Signal, Debatten über mögliche Lockerungen bzw. deren Kriterien
113 für unzeitgemäß zu erklären.

114 Der Staat ist verpflichtet, die zur Verfügung stehenden Maßnahmen mit den mit ihnen einhergehenden
115 Freiheitseinschränkungen abzuwägen, um Grundrechtsbeschränkungen auch für die Zukunft möglichst ge-
116 ring zu halten. Da die Entwicklung eines Impfstoffes selbst bei optimistischer Betrachtung nicht vor Ende
117 des Jahres zu erwarten ist, müssen die Maßnahmen bis dahin und bei etwaigen weiteren Infektionswellen
118 sorgfältig abgewogen werden.

119 Das bedeutet aus rechtspolitischer Sicht insbesondere eine deutliche Ausweitung der Testkapazitäten und
120 überregionale Bündelung der relevanten Daten (Infizierte, Geheilte, Krankenhauskapazitäten), um die Fak-
121 tenbasis zu verbreitern und damit zielgenauer und freiheitsschonender handeln zu können.

122 8. „Corona-App“

123 Viel diskutiert wird zudem über den Einsatz einer „Corona-App“ zur schnelleren und zuverlässigeren Identi-
124 fikation von Kontaktpersonen, als es derzeit durch das Gesundheitsamt möglich ist. Eine solche App wird
125 insbesondere erwogen, weil sie eventuell ermöglicht, die derzeit flächendeckenden Beschränkungen zu-
126 gunsten zielgenauer Maßnahmen abzulösen. Hierbei sind folgende rechtliche Erwägungen entscheidend:

- 127 – Beachtung der Datenschutzvorschriften: Bei einer technisch vollständigen Anonymisierung wären
128 Datenschutzvorschriften nicht anwendbar, da keine personenbezogenen Daten vorlägen. Eine per-
129 sonenbezogene Identifizierung ist jedoch unter zwei Gesichtspunkten nicht ausschließen: (1) So-
130 bald sich eine Person als infiziert meldet und die Daten freigibt, wird auch ihre IP-Adresse an den

zentralen Server übermittelt. Dadurch ist es zumindest theoretisch möglich, die Daten über den Mobilfunkanbieter einem konkreten Nutzer namentlich zuzuordnen. (2) Die Person, die eine „Warnung“ bekommt, kann ggf. Rückschlüsse ziehen, wenn sie nicht mit einer großen Anzahl an Personen Kontakt hatte. Daher sind Datenschutzvorschriften zu beachten.

- Einwilligung als Grundlage der Datenverarbeitung: Angesichts der Wichtigkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ist zentral, dass die Nutzung der App freiwillig erfolgt. Dafür sprechen auch Praktikabilitätsgründe (Akzeptanz und Nutzung der App). Bei der Information, dass sich ein Nutzer infiziert hat, handelt es sich um Gesundheitsdaten und damit um besonders sensible Daten im Sinne des § 9 DSGVO, die App sollte daher ausdrücklich nach der Einwilligung des Nutzers fragen.
- Die Daten müssen innerhalb der technischen Grenzen anonymisiert erhoben und weitergegeben werden: Die Zuordnung muss über eine Nummer erfolgen (nicht über Namen). Der App-Nutzer erhält also nur eine Nachricht: „Sie hatten Kontakt mit einer infizierten Person“ (mit ggf. weiteren Hinweisen, was nun zu tun ist). Auch auf dem Server sollte nur die Nummer gespeichert werden. Die App darf also nicht mit Namen arbeiten, sondern nur mit Nummern. Um Falschmeldungen bei Infiziertenwarnungen vorzubeugen, müssen die Nummern mit dem Gesundheitsamt abgeglichen werden.
- Keine Standortdatenspeicherung: Eine Speicherung von Bewegungsabläufen soll nicht erfolgen. Denkbar ist stattdessen bspw. eine Ermittlung von Kontakten über Bluetooth.
- Einhaltung der Informationspflichten: Erforderlich ist eine eindeutige Information an Nutzer, welche Daten für welchen Zweck gesammelt und verarbeitet werden.
- Hohe Anforderungen an die Datensicherheit und Löschung der Daten: Die Kontaktdaten (wer mit wem Kontakt hatte) sollten nur lokal auf den Handys gespeichert werden. Dort könnte man Lösungsfristen von 4-6 Wochen vorsehen (bei Inkubationszeit von 2 Wochen). Kritischer ist aus Datenschutzgesichtspunkten die Speicherung auf dem Server, wenn eine Meldung „Ich bin infiziert“ erfolgt, die über den Server übermittelt werden muss (dieser Vorgang kann nicht nur lokal auf dem Handy funktionieren). Diese könnte jedoch sofort nach Abgleich dieser Information mit dem Gesundheitsamt (durch Kennung, nicht durch Namen) und Weiterreichen an die Kontakte von einem – nach Möglichkeit in der EU befindlichen – Server gelöscht werden. Bei Entwicklung der App durch private Anbieter ist eine Auftragsdatenverarbeitung im Namen der Bundesregierung empfehlenswert. Dies erlaubt regelmäßige Audits sowie Verschwiegenheitsverpflichtungen aufzunehmen und zu kontrollieren (§ 28 DSGVO).

Resümee

Insgesamt darf sich bei den Bürgerinnen und Bürgern nicht der Eindruck einstellen, undurchschaubaren politischen Entscheidungen machtlos ausgesetzt zu sein. Klare staatliche Kommunikation, die Eröffnung von Perspektiven und die Möglichkeit öffentlichen Protests werden deshalb essentiell sein, um die Akzeptanz nötiger Maßnahmen in der Bevölkerung über einen längeren Zeitraum aufrecht zu erhalten.



168 Rechtsstaatliche Verfahren und Anforderungen sind dabei kein Hindernis, sondern helfen dabei, dass zur
169 richtigen Zeit die richtigen Maßnahmen getroffen werden.

170 Klare Normen sind eine Voraussetzung dafür, dass Menschen ihren Sinn einsehen und nicht Gefahr laufen,
171 unabsichtlich gegen sie zu verstoßen. Das gilt insbesondere dann, wenn selbst fahrlässige Zuwiderhandlun-
172 gen mit Strafe bedroht sind. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit schützt nicht nur vor übermäßigen Frei-
173 heitseingriffen, sondern sorgt auch für eine dauerhafte Akzeptanz, wenn nämlich mit guten Gründen darge-
174 legt werden kann, dass Maßnahmen geeignet zur Zielerreichung sind und wirklich kein milderes Mittel zur
175 Verfügung steht. Gerade der Vergleich mit anderen Staaten, in denen Eindämmungsmaßnahmen teilweise
176 mit brachialer Gewalt durchgesetzt und dennoch nicht flächendeckend eingehalten werden, zeigt eindrück-
177 lich, dass nicht nur ein freiheitlicher Staat auf die Akzeptanz und das Vertrauen seiner Bürgerinnen und Bür-
178 ger angewiesen ist. Noch – die große Akzeptanz und Befolgung zeigt das – ist das Vertrauen in den Staat
179 und seine Institutionen sehr weitgehend vorhanden. Sorgen wir mit Rechtsstaatlichkeit in der Krise dafür,
180 dass dieses Vertrauen weiter bleibt und weiter wächst.