

Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise

Kersten / Rixen

3. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-79384-4
C.H.BECK

pflicht wurden ebenfalls nicht als ein gleichwirksames Mittel eingeschätzt, sodass auf Kontaktbeschränkungen im privaten Raum hätte verzichtet werden können.

Auf der dritten Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung ordnet der Senat die Kontaktbeschränkungen als eine angemessene Einschränkung des Rechts auf Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) sowie des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zum Schutz von Leben und Gesundheit und der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) ein.⁴³⁰ Dabei vollziehen die Richter/innen einen Paradigmenwechsel in der Prüfung der Angemessenheit, die sie nicht (mehr) als eine abschließende Schlüssigkeitsprüfung der konfligierenden Interessen verstehen. Vielmehr wollen sie dem Gesetzgeber bei dieser Abwägung einen Einschätzungsspielraum eröffnen:

„Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 68, 193 [219f.]; BVerfGE 121, 317 [356f.]; BVerfGE 152, 68 [137]; strenger etwa BVerfGE 153, 182 [283f.], hierzu auch BVerfG NJW 2022, 167 Rn. 135). Die verfassungsrechtliche Prüfung bezieht sich dann darauf, ob der Gesetzgeber seinen Einschätzungsspielraum in vertretbarer Weise gehandhabt hat (zu entsprechenden Spielräumen Conseil Constitution, Entscheidung Nrn. 2020-808 DC vom 13.11.2020 Rn. 28f.; VfGH Österreich 10.3.2021 – V 583/2020ua- Rn. 28f. mwN; VerfG Tschechien 9.2.2021 – Pl. ÚS 106/20 Rn. 76). Bei der Kontrolle prognostischer Entscheidungen setzt dies wiederum voraus, dass die Prognose des Gesetzgebers auf einer hinreichend gesicherten Grundlage beruht (vgl. BVerfGE 68, 193 [220]; s. auch BVerfGE 153, 182 [272]).“⁴³¹

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist dieser Paradigmenwechsel nicht nachvollziehbar.⁴³² Grundsätzlich beziehen sich Einschätzungsspielräume auf Fakten und nicht auf

das Recht. Wenn der Gesetzgeber Grundrechte miteinander abwägt, ist die verfassungsrechtliche Schlüssigkeit dieser Abwägung durch die Gerichte zu überprüfen. Die Rechtsprechung hat bei dieser Überprüfung aus Gründen der Gewaltenteilung richterliche Zurückhaltung zu üben (judicial self-restraint). Sie darf ihre eigene Auffassung nicht an die Stelle der Wertung der Legislative setzen. Deshalb prüft sie „nur“ die rechtliche Schlüssigkeit der gesetzgeberischen Abwägung nach. Diese Schlüssigkeitsprüfung ist jedoch abschließend. Dem Gesetzgeber kommt kein Einschätzungsspielraum mit Blick auf die Rechtsgeltung zu. Das Recht ist anzuwenden, nicht einzuschätzen. Dies soll nun offenbar anders sein. In seiner Entscheidung zur „Bundesnotbremse I“ eröffnet das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum mit Blick die Angemessenheit der Grundrechtsabwägung. Was das genau bedeuten soll, erschließt sich aus dem vorstehenden Zitat nicht. Der Einschätzungsspielraum scheint sich auf die gesamte Angemessenheitsprüfung zu beziehen, nicht nur auf „prognostische“ Grundrechtsabwägungen. Diese werden gesondert erwähnt, wobei deren konkrete Bedeutung in der Abwägung ebenfalls unklar bleibt. Der Grund dafür ist einfach: Das Bundesverfassungsgericht begründet seine Neuausrichtung der Angemessenheitsprüfung nicht. Es zitiert schlicht einige Entscheidungen aus der eigenen divergierenden Rechtsprechungspraxis, ohne zu dieser Divergenz verfassungsrechtlich Stellung zu nehmen. Darüber hinaus werden französische, österreichische und tschechische Verfassungsgerichtsentscheidungen angeführt. Doch diese Entscheidungen sehen sich nicht in ihren sachlichen und rechtlichen Kontext eingeordnet und in ein reflektiertes Verhältnis zur deutschen Verfassungsordnung gesetzt. So lässt sich nur festhalten: Das Bundesverfassungsgericht setzt hier auf höchstrichterliche Autorität, statt auf juristische Argumentation, und auf Rechtsvergleichung ohne Rechtsvergleich. Im Ergebnis stellt das Bundesverfassungsgericht auf dieser neuen rechtsdog-

matischen Grundlage fest, dass der Gesetzgeber in der Abwägung einen angemessenen Ausgleich zwischen den mit den Kontaktbeschränkungen verfolgten Gemeinwohlbelangen und den Grundrechtsbeeinträchtigungen gefunden hat. Dies gelte nicht nur für die isolierte Bewertung der Kontaktbeschränkung, sondern auch für deren verfassungsrechtliche Beurteilung im Wirkungszusammenhang mit den übrigen Freiheitseinschränkungen der „Bundesnotbremse“. Dabei stellt das Gericht vor allem auf die differenzierte Ausgestaltung der Kontaktbeschränkungen ab, die gerade über Ausnahmeregelungen wichtigen individuellen und familiären Grundrechtspositionen Rechnung trage und darüber hinaus von vornherein zeitlich beschränkt sei.

Neben den Kontaktbeschränkungen (§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG) überprüft das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung „Bundesnotbremse I“ auch die Ausgangsbeschränkungen (§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG), die von den Richter/innen ebenfalls als verfassungskonform⁴³³ und vor allem als verhältnismäßig eingeordnet werden.⁴³⁴ Auch in dieser Prüfung sehen sich die weiten Einschätzungsspielräume des Gesetzgebers besonders hervorgehoben. Eine Besonderheit besteht darin, dass die Ausgangsbeschränkungen „als Teil eines Gesamtkonzepts“⁴³⁵ gewürdigt werden:

„Laut dieser Stellungnahme kann aus dem Umstand, dass in der Zeit zwischen 22 und 5 Uhr nur wenige Kontakte stattfänden, nicht auf eine lediglich geringe Wirkung nächtlicher Ausgangsbeschränkungen geschlossen werden. Denn diese zielten nicht vorrangig darauf, neue Begegnungen in der Nacht zu verhindern, sondern darauf, vorher beginnende private Begegnungen zeitlich zu begrenzen und dadurch zu erschweren. Da davon auszugehen sei, dass private Treffen mehrerer Personen unterschiedlicher Haushalte wesentlich zum Infektionsgeschehen beitragen, leiste insoweit auch die Erschwerung solcher Treffen durch Ausgangsbeschränkungen einen nicht unerheblichen Beitrag zur Eindämmung von Virusübertragungen.“⁴³⁶

Der Zweck der Ausgangsbeschränkungen ergibt sich also in erster Linie aus der Funktion, die diesen im Gesamtkonzept der „Bundesnotbremse“ zukommt. Ausgangsbeschränkungen sollen folglich nicht primär verhindern, dass Menschen nachts allein ausgehen. Eine solche Regelung wäre mit Blick auf den Zweck des Schutzes von Leben und Gesundheit sowie der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems unverhältnismäßig, da in diesem Fall keinerlei Ansteckungsgefahr besteht. Die Ausgangsbeschränkung verfolgt vielmehr das Ziel, Kontaktbeschränkungen zu unterstützen. Bei der entsprechenden Überprüfung der Verhältnismäßigkeit des Gesamtkonzepts ist nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts wiederum der „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu beachten, der diesem bei der Gestaltung komplexer Maßnahmen zur Erreichung eines übergeordneten Zwecks zur Bekämpfung erheblicher Gefahren eingeräumt ist.“⁴³⁷ Auf dieser Grundlage lässt das Bundesverfassungsgericht die Ausgangsbeschränkungen verfassungsrechtlich unbeanstandet:⁴³⁸ Es verweist zur Begründung vor allem auf die Ausnahmen einschließlich der Härtefallklausel, die für die Ausgangsbeschränkungen vorgesehen sind, um den Grundrechten der eingeschränkten Personen angemessen Rechnung zu tragen. Auch die Möglichkeit, die Interessen gesunder und geimpfter Personen zu berücksichtigen, wird zur Begründung der Angemessenheit der Ausgangsbeschränkungen angeführt.

Die Entscheidung „*Bundesnotbremse II*“ vom 19. November 2021 bezog sich auf die Regelung der Schulschließungen (§ 28b Abs. 3 IfSG):⁴³⁹

Die Durchführung von Präsenzunterricht an allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen ist nur zulässig bei Einhaltung angemessener Schutz- und Hygienekonzepte; die Teilnahme am Präsenzunterricht ist nur zulässig für Schülerinnen und Schüler sowie für Lehrkräfte, die zweimal in der Woche mittels

eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden. Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so ist die Durchführung von Präsenzunterricht ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen nur in Form von Wechselunterricht zulässig. Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 165, so ist ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt. Abschlussklassen und Förderschulen können durch die nach Landesrecht zuständige Behörde von der Untersagung nach Satz 3 ausgenommen werden. Die nach Landesrecht zuständigen Stellen können nach von ihnen festgelegten Kriterien eine Notbetreuung einrichten. Für das Außerkrafttreten der Untersagung nach Satz 3 gilt Absatz 2 Satz 1 und 2 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 165 liegt. Für die Bekanntmachung des Tages, ab dem die Untersagung nach Satz 3 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gilt, gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkrafttretens nach Satz 6 gilt Absatz 2 Satz 3 entsprechend. Für Einrichtungen nach § 33 Nummer 1 und 2 gelten die Sätze 3 und 5 bis 7 entsprechend.

Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist diese Regelung zu Schulschließungen ebenfalls verfassungskonform.⁴⁴⁰ Die erste Besonderheit dieser Entscheidung liegt darin, dass die Karlsruher Richter/innen ein „Recht auf schulische Bildung“ als Prüfungsmaßstab aus dem Grundgesetz herleiten. Dieses Recht auf schulische Bildung ist in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 1 GG verankert⁴⁴¹ und umfasst drei Gewährleistungsdimensionen: Es vermittelt den Kindern und Jugendlichen erstens „einen Anspruch auf Einhaltung

eines für ihre chancengleiche Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten unverzichtbaren Mindeststandards von Bildungsangeboten, enthält jedoch keinen originären Leistungsanspruch auf eine bestimmte Gestaltung staatlicher Schulen“, zweitens „ein Recht auf gleichen Zugang zu staatlichen Bildungsangeboten im Rahmen des vorhandenen Schulsystems“ und drittens „ein Abwehrrecht gegen Maßnahmen, welche das aktuell eröffnete und auch wahrgenommene Bildungsangebot einer Schule einschränken, ohne das in Ausgestaltung des Art. 7 Abs. 1 GG geschaffene Schulsystem als solches zu verändern.“⁴⁴²

Das Verbot von Präsenzunterricht (§ 28b Abs. 3 S. 2 und 3 IfSG) greift in das Recht auf schulische Bildung ein.⁴⁴³ Dieser Eingriff ist jedoch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts grundrechtlich zum Schutz von Leben und Gesundheit sowie zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems gerechtfertigt (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).⁴⁴⁴ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterstreichen die Richter/innen wiederum die weiten Einschätzungs- und Prognosespielräume des Gesetzgebers. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit des Verbots des Präsenzunterrichts, zum Schutz von Leben und Gesundheit sowie zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems beizutragen, wird bejaht. Im Rahmen der Erforderlichkeit stellen die Einführung einer Testpflicht und die Umsetzung von Hygienekonzepten in der Schule, stärkere Beschränkungen in anderen Lebensbereichen (z. B. Arbeit), die Verbesserung des Schutzes vulnerabler Gruppen sowie die effektivere Kontaktnachverfolgung im Vergleich zum Ausfall des Präsenzunterrichts zwar mildere, aber keineswegs gleichwirksame Mittel dar.⁴⁴⁵ Mit Blick auf die Prüfung der Angemessenheit verweisen die Richter/innen – ganz parallel zur Entscheidung „Bundesnotbremse I“ – auf einen Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers.⁴⁴⁶ In der Sache werden der Schutz von Leben und Gesundheit sowie die Funktionsfähigkeit des Gesundheits-

systems als Gemeinwohlziele von überragender Bedeutung eingeordnet, die ein Verbot des Präsenzunterrichts rechtfertigen.⁴⁴⁷ Dies sehen die Richter/innen vor allem deshalb als angemessen an, weil der Gesetzgeber die Schulschließungen in § 28b Abs. 3 IfSG differenziert ausgestaltet hat:⁴⁴⁸ erstens durch eine räumliche Differenzierung im Hinblick auf die Landkreise und kreisfreien Städte, in denen die maßgebliche Schwelle der Sieben-Tage-Inzidenz überschritten wurde; zweitens durch eine schulische Differenzierung, indem eine Betreuung von Abschlussklassen und Förderschulen möglich bleibt; drittens durch eine Grundversorgung, die in Form von Distanzunterricht angeboten wird; und viertens durch eine zeitliche Differenzierung, da die Maßnahmen befristet sind.

Zugleich kombiniert das Bundesverfassungsgericht diesen sehr weiten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers im Rahmen der Würdigung der Angemessenheit des Verbots von Präsenzunterricht mit einer Beobachtungs- und Gewährleistungspflicht.⁴⁴⁹ Die Schulschließung wäre dann unzumutbar, wenn der Staat in der Pandemie nicht alles getan hätte, um in dem von ihm verantworteten Schulbereich die Einschränkung des Rechts auf schulische Bildung so grundrechtsschonend wie möglich zu gestalten. Deshalb stellt sich die Frage: Wurden und werden rechtzeitig angemessene Vorkehrungen für die Bewältigung der Pandemie in der Schule getroffen? Diese Beobachtungs- und Gewährleistungspflicht des Gesetzgebers bezieht sich zeitlich auf Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft:

„Sollten im weiteren Verlauf der Pandemie erneut Beschränkungen des Schulbetriebs in Betracht gezogen werden, wäre deren Zumutbarkeit jedenfalls auch daran zu messen, ob naheliegende Vorkehrungen wie insbesondere eine weitere Digitalisierung des Schulbetriebs ergriffen wurden, um künftige Beschränkungen des Präsenzunterrichts grundrechtsschonender ausgestalten zu können. Dies trifft Bund und Länder, soweit sie kompetenzuell zuständig sind, gleichermaßen.“⁴⁵⁰

Zwar bleibt offen, was passiert, wenn der Gesetzgeber diese Beobachtungs- und Gewährleistungspflicht verletzt. Wäre das Verbot des Präsenzunterrichts in diesem Fall unangemessen und verfassungswidrig? Könnten und müssten dann alle Kinder und Jugendlichen mit der Folge in die Schule gehen, dass dies die Pandemielage weiter exponentiell verschlechtern würde? Das wäre sozial wie rechtlich nur schwer vorstellbar. Deshalb wirkt diese Einführung der grundrechtlichen Beobachtungs- und Gewährleistungspflicht im Rahmen der Angemessenheitsprüfung im Sinne eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren, öffentliche Güter und Infrastrukturen auf die staatliche Pandemiepolitik zurück, was die Bedeutung des Verhältnisses von Wissen, Politik und Recht in Krisensituationen erneut unterstreicht (IV.).

Wie sind nun die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur „Bundesnotbremse“ einzuordnen? Die Verfassungs- und Staatsrechtswissenschaft ist gespalten: Udo Di Fabio konstatiert einen „Geist der Zurückhaltung“⁴⁵¹ des Bundesverfassungsgerichts. Paul Kirchhof spricht von realitätsgerechten Verhältnismäßigkeitsprüfungen.⁴⁵² Demgegenüber diagnostiziert Oliver Lepsius einen Umbau des Rechtsstaats⁴⁵³ und ein „zerstörerisches Potenzial für den Verfassungsstaat“⁴⁵⁴. Ganz konkret fordert Lepsius mit Blick auf die Entscheidung „Bundesnotbremse I“: „Zur Dogmatisierung und Vermaßstäblichung darf sie nicht herangezogen werden; Kommentare sollten sie nicht zitieren. Orientierungswirkung hat sie keine.“⁴⁵⁵ Doch die „Wahrheit“ liegt – einmal mehr – in der Mitte, wenn man sich die vier zentralen juristischen Fragestellungen der beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur „Bundesnotbremse“ noch einmal vergegenwärtigt:

Erstens, „selbstvollziehendes Gesetz“ und Gewaltenteilung. Ein Problem des „selbstvollziehenden Gesetzes“ stellt sich mit Blick auf die Gewaltenteilung im Fall der „Bundesnotbremse“ nicht, weil § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG schlicht kein „selbst-