



**FRIEDRICH NAUMANN
STIFTUNG** Für die Freiheit.

Politik Aktuell 01/20

13. MAI 2020

Bürgerrechte stärken

Grundrechtsschutz trotz Pandemie-Einschränkungen

Autor

Dr. Maximilian Spohr

Liberales Institut

der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit

Telefon: +49 30 22 01 26 34

Telefax: +49 30 69 08 81 02

E-Mail: service@freiheit.org

freiheit.org/politik-aktuell

Executive Summary

Die COVID-19-Pandemie ist nicht nur eine Gesundheitskrise, die die Welt in eine große Wirtschaftskrise stürzt. Sie ist auch eine historische Grundrechts- und Demokratiekrise. Insbesondere unter dem Eindruck der dramatischen Bilder eines zusammenbrechenden Gesundheitssystems im hochentwickelten Norditalien wurden innerhalb kürzester Zeit massivste Einschränkungen des gesamten öffentlichen und wirtschaftlichen Lebens in Deutschland eingeführt.

Selbst elementarste Grundrechte wie die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), die Freizügigkeit (Art. 11 GG) oder die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) wurden so über Wochen praktisch aufgehoben. Die juristische Grundlage dieser Einschränkungen ist dabei verfassungsrechtlich hochbedenklich. Anhand von Allgemeinverfügungen nach dem Infektionsschutzgesetz entscheidet allein die Exekutive darüber, welche Grundrechtseinschränkungen zur Bekämpfung der Pandemie notwendig sind. Die Parlamente reden nicht mit. Aus der Not heraus entstand so ein autonomes Ordnungsrecht der Regierungen in Bundesländern. Mangels verlässlicher Informations- und Erfahrungswerte hat ein Großteil der Bevölkerung diese massiven Grundrechtseinschnitte zunächst hingenommen. Lediglich gegen die Pläne des Bundesgesundheitsministers, die Einhaltung der Einschränkungen durch Zugriff auf die Handydaten der Bevölkerung nach dem Vorbild Chinas zu überwachen, regte sich Protest. Zwar wurde daraufhin ein solches „tracking“ der Handys erst einmal aufgegeben. Viele weitere Technologielösungen bringen jedoch ähnliche Grundrechts- und Datenschutzprobleme mit sich. So musste zuletzt auch der überhastete Vorstoß zur Einführung eines

„Immunitätsnachweises“ zurückgestellt werden. Hier muss es gelingen, das Potenzial der Technologie für die Krisenbewältigung abzurufen, ohne dabei weitere Grundrechte und den Datenschutz einzuschränken. Insgesamt muss die Grundrechtskrise umgehend beendet werden. Zunehmend regt sich Protest, der von Verschwörungstheoretikern und Rechtspopulisten unterwandert zu werden droht. Unverhältnismäßige Grundrechtseingriffe sind aufzuheben. Ein zögerndes und planloses Vorgehen, das zudem nicht nur von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich, sondern auch abhängig von den jeweiligen Entwicklungen der Pandemiezahlen wieder zurückgenommen wird, reicht nicht aus. Dies würde einen Flickenteppich und Grundrechtsschutz „nach Tageskurve“ bedeuten. Natürlich muss im Falle steigender Infektionszahlen reagiert werden können und örtliche Unterschiede in Betracht gezogen werden. Dazu muss die Politik aber endlich ein verfassungsrechtlich überzeugendes Gesamtschutzkonzept für die Grundrechte vorlegen, das von der Eigenverantwortung der Bürger ausgeht und Inhalt, Zweck und Ausmaß der Grundrechtseinschränkungen wieder vorhersehbar macht. Die folgenden Aspekte müssen dabei beachtet werden.

1. Grundrechtsschutz ernst nehmen

Alle unverhältnismäßigen Grundrechtseinschränkungen sind umgehend aufzuheben. Anstatt von „Grundrechtseinschränkungen auf Vorrat“ müssen die Regierenden nun endlich ein branchen- und bereichsspezifisch differenziertes Gesamtschutzkonzept vorlegen. Das „Fahren auf Sicht“ darf nicht als Rechtfertigung für Grundrechtseinschnitte dienen. Die Schutzkonzepte müssen dabei grundsätzlich von der Eigenverantwortung der Bürgerinnen und Bürger ausgehen, die sich bisher in der Mehrheit verantwortungsvoll verhalten. Grundrechtsbeschränkungen müssen der Ausnahmefall bleiben und müssen streng auf ihre Verhältnismäßigkeit geprüft werden. Das bedeutet, es muss klar sein, welche genauen Ziele mit den Maßnahmen verfolgt werden und ob sie dazu überhaupt geeignet und erforderlich sind. Stehen etwa mildere Mittel zur Verfügung, um die Ziele zu erreichen, so müssen diese stattdessen angeordnet werden. Die vollziehende Gewalt ist an die Grundrechte gebunden und kann sich ihrer Verpflichtung zum Grundrechtsschutz nicht weiter entziehen. Vor diesem Hintergrund muss unter anderem

- **der Zugang zu Bewohnern in Heimen wieder ermöglicht**
- **ein umfassendes Konzept für die Schulpflicht entworfen**
- **ein grundlegendes Konzept für Kitas vorgelegt werden.**

Gleiches gilt für die Wiedereröffnung von Geschäftsbetrieben, die auf Besucher angewiesen sind: Egal ob Einzelhandel, Hotels oder Gaststätten, Frisöre oder Kosmetikstudios, Sportstätten und Fitnessstudios oder Theater und Galerien. Es braucht jetzt klare und transparente Regeln für die Öffnungen.

Insgesamt sind pauschale, vorsorgliche Einschränkungen von Grundrechten durch willkürliche quantitative Personenbeschränkungen abzulehnen. So kann vor allem bei elementaren Grundrechten wie der Versammlungsfreiheit letztlich nicht begründet werden, warum zum Beispiel die Grenze genau bei 50 Teilnehmern gezogen wird. Auch die Beschränkung von zur Öffnung zugelassenen Geschäften mit genau 800qm Verkaufsfläche wurde von vielen Gerichten aufgehoben. Das Prinzip „Viel hilft viel“, in diesem Zusammenhang also im Sinne von „je weniger, desto besser“, rechtfertigt keine Grundrechtseingriffe. Das Infektionsrisiko bei Versammlungen und im Verkaufsbetrieb

kann grundsätzlich durch Einhaltung von Abstands- und Hygieneregeln ausreichend minimiert werden. Welche Auflagen dafür genau erforderlich sind, muss im Einzelfall und nicht per Allgemeinverfügung festgelegt werden. Wird das Infektionsrisiko zu groß, können Untersagungen erfolgen oder härtere Auflagen gemacht werden. Damit werden Grundrechtseingriffe aber auf ein Mindestmaß beschränkt und nicht pauschal und massenhaft verfügt.

2. Weg von Allgemeinverfügungen – sobald wie möglich

Die Allgemeinverfügungen sind als Blankoermächtigungen verfassungsrechtlich teilweise sehr bedenklich. Die Exekutive vollzieht nicht mehr nur die Gesetze, sondern ersetzt sie. Die Parlamente sind in der Bekämpfung der Krise außen vor und haben sich kein ausreichendes Mitspracherecht sichern können. Sie müssen sich Gehör verschaffen und die Maßnahmen der Exekutive kontrollieren. Das kann nicht allein den Gerichten überlassen werden. Darüber hinaus taugt das IfSchG aber auch nicht als gesetzliche Grundlage der Grundrechtseinschränkungen. Keineswegs regelt es Inhalt, Zweck und Ausmaß der Eingriffe, wie es verfassungsrechtlich eigentlich notwendig wäre, sondern gestattet lediglich, die „notwendigen Schutzmaßnahmen“ zu ergreifen. Neben der Komplexität der Regelungsmaterie sind es eben auch diese verfassungsrechtlichen Probleme, die dazu führen, dass die Allgemeinverfügungen zu unbestimmt sind. Dies kritisieren mittlerweile auch die, die sie umsetzen: die Polizei. So äußerte sich zuletzt etwa die bayrische Polizeigewerkschaft hinsichtlich der bayrischen Allgemeinverfügung. Vor diesem Hintergrund müssen sobald wie möglich die gesetzlichen Voraussetzungen geschaffen werden, die Krise ohne Allgemeinverfügungen zu bewältigen. Der Bundestag hat bewiesen, dass er auch unter Krisenbedingungen entscheidungsfähig ist und Gesetze erlassen kann. Einschränkungen und Lockerungen müssen wieder im Parlament offen und demokratisch debattiert werden und dürfen nicht nur „hinter verschlossenen Türen“ in der Bund-Länder-Abstimmung der Regierungen durchgeführt werden.

3. Wöchentliche Überprüfung der Einschränkungen

Die Überprüfungsintervalle der Einschränkungen müssen so eng wie möglich sein. Angesichts der fast täglichen neuen Erkenntnisse zur COVID-19-Pandemie ist daher eine wöchentliche Überprüfung der Einschränkungen notwendig. Der dabei zusätzliche entstehende Abstimmungsaufwand auf Bundes- und Landesebene muss angesichts des Gewichts der massiven Freiheitsbeschränkungen aufgewendet werden.

4. Technologie nutzen, Grundrechte schützen

Digitale Technologie birgt ein großes Potenzial, um die Bewältigung der Krise zu unterstützen. Neben allgemeinen Anwendungen etwa im Bereich der Kommunikation deuten Erfahrungen mehrerer Staaten darauf hin, dass auch Smartphones einen wichtigen Beitrag leisten könnten. Die Sammlung von Daten über Smartphones, die in Deutschland schon von rund 80 % der Bevölkerung genutzt werden, ist aber natürlich mit erheblichen Gefahren für Grundrechte und Datenschutz verbunden. So bedeutet ein staatlicher Zugriff auf die Verbindungs- und Standortdaten der Nutzer, wie er etwa in China zur Überprüfung der Einhaltung der Beschränkungen vorgenommen wird, praktisch eine Totalüberwachung der Bevölkerung und ermöglicht Persönlichkeitsprofile. Auch muss das Anhäufen sensibler Datenberge vermieden werden, die früher oder später für andere Zwecke genutzt oder gehackt werden könnten. Eine Art Vorratsdatenspeicherung zum Beispiel von Kontaktdaten darf es nicht geben. Alle im deutschen und europäischen Rechtsraum denkbaren technischen Lösungen können zudem nur dann Erfolg haben, wenn die NutzerInnen ihnen soweit vertrauen, dass sie sie auch tatsächlich nutzen ohne dabei jedoch andere Schutzmaßnahmen zu vernachlässigen. Eine App allein schützt niemanden. Für dieses Vertrauen waren der Zickzackkurs der Bundesregierung und die unbedachten Vorstöße des Bundesgesundheitsministers der letzten Wochen sehr schädlich.

Aus Sicht von Datenschutz und Bürgerrechten muss in diesem Bereich klar sein:

- Jede Form von Smartphone-App muss grundsätzlich auf Freiwilligkeit beruhen.

- Ein „tracking“ von Verbindungs- und Standortdaten der Smartphones ist klar abzulehnen.
- Sinnvoller erscheint eine elektronische „Annäherungsnachverfolgung“ per Smartphone-App („tracing“) auf der Grundlage der Funktechnologie Bluetooth Low Energy (BLE). Zwar sind auch hier noch Fragen zur tatsächlichen Wirksamkeit und technischen Ausgestaltung einer solchen App unbeantwortet. Sie sollte aber schnellstmöglich entwickelt und zur Verfügung gestellt werden, um ihr mögliches Potenzial auszuschöpfen. Hinsichtlich der technischen Ausgestaltung, die zuletzt umstritten war, ist klar, dass auch hier Datenschutz und Bürgerrechte nicht über Bord geworfen werden dürfen. Die Daten bei der „Tracing-App“ müssen daher nicht nur dezentral gespeichert, sondern auch im Infektionsfall dezentral verarbeitet werden. Das bedeutet, dass die Daten dabei nicht auf einem zentralen Server zusammenlaufen, sondern die Speicherung über eine dezentrale Server-Architektur erfolgt. Andernfalls würden wiederum angreifbare zentrale Großdatenbanken mit sensibelsten Daten entstehen. Die Daten müssen aber insbesondere auch bei einer dezentralen Lösung im Sinne des Datenschutzrechtes verlässlich anonymisiert werden, da sie dabei potenziell allen NutzerInnen zugänglich gemacht werden. Dies erfordert dabei einigen Aufwand, ist aber durchaus möglich.
- Weitere Apps, die bereits veröffentlicht sind oder zurzeit entwickelt werden, müssen den gleichen Grundrechts- und Datenschutzanforderungen genügen. Die Anfang April durch das Robert-Koch-Institut (RKI) veröffentlichte Datenspende-App erfüllt diese Kriterien bisher noch nicht und weist insbesondere angesichts einer mangelhaften Pseudonymisierung der erhobenen Daten nach Angaben des Chaos Computer Clubs noch zahlreiche Datenschutz-Probleme auf. Durch die App können NutzerInnen von Fitnesstrackern dem RKI Daten über ihre Körperfunktionen zur Verfügung stellen, die eine detailliertere Modellierung des Epidemieverlaufes möglich machen sollen. Bis Mitte April hatten 400.000 Personen von dieser App Gebrauch gemacht.
- Erhebliche Bedenken bestehen hinsichtlich des digitalen „Immunitätsnachweises“. Durch unter anderem von der Bundesdruckerei entwickelte digitale

Gesundheitszertifikate sollen dabei BürgerInnen nicht nur ihre Impfung, sondern auch mögliche Immunitäten später nachweisen können. Dabei könnten jedoch hochsensible Daten wie etwa Vorerkrankungen gegenüber dem Arbeitgeber offengelegt werden. Zudem stellen sich ethische Bedenken: Werden Rechte etwa zum Reisen an Immunitätsnachweise geknüpft, so wächst in der Bevölkerung der Anreiz zur absichtlichen Infizierung. Der Vorschlag wurde nun dem deutschen Ethikrat vorgelegt. Es ist ein nicht geprüfter Schnellschuss des Gesundheitsministers gewesen; die Gesetzesformulierung muss wieder aus dem Gesetzentwurf herausgenommen werden. Außerdem weiß man nach WHO-Angaben heute nicht, ob ein Infizierter wirklich absolut immun ist und wie das festgestellt werden kann.

- Hinsichtlich der durch Gesundheitsminister Jens Spahn angekündigten Quarantäne-App, die die Gesundheitsämter bei der Überwachung der Einhaltung von Auflagen wie der häuslichen Quarantäne entlasten soll, sind bisher noch keine ausreichenden technischen Details bekannt.
- Eine Kontaktdatenspeicherung im Rahmen der Lockerungen, etwa im Hotel- und Gastronomiebetrieb, muss auf das absolut erforderliche und datenschutzrechtlich zulässige Minimum beschränkt werden. Eine Art Vorratsdatenspeicherung darf es dabei nicht geben.

5. Reisebeschränkungen kontrolliert lockern

Gerade in Grenzregionen bilden die Ausreisebeschränkungen und die Wiedereinführung von Grenzkontrollen eine erhebliche Belastung. Sie greifen tief in das grenzüberschreitende Leben der Menschen ein und schränken ihre Grundrechte empfindlich ein. Die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen dieser Maßnahmen sind jedoch zum Teil zweifelhaft. Sie müssen jetzt kontrolliert gelockert werden. Auch eine verantwortungsvolle Rückkehr zu den Schengen-Regelungen muss ermöglicht werden. Dafür brauchen wir umgehend ein sinnvolles Gesamtkonzept, das auch nur tatsächlich erforderliche und rechtlich vertretbare Quarantäneregelungen aufstellt. Es darf nicht darauf hinauslaufen, dass jeder Reisende an der Grenze ein Gesundheitsattest vorlegen muss.

Ohne Symptome bekommen die Menschen in absehbarer Zeit keine Tests und können nicht nachweisen, dass sie nicht infiziert sind.

6. Kontrollfunktion der Justiz

Auch die Judikative ist von Einschränkungen im Zuge der Krise betroffen. In den ersten Wochen der Corona-Beschränkungen mussten mancherorts fast drei Viertel aller Verfahren verschoben werden. Gerade angesichts massivster, teils willkürlicher Grundrechtseinschränkungen wird das Korrektiv der Dritten Gewalt aber besonders wichtig. Diese darf nicht beeinträchtigt werden. Das wachsende Misstrauen gegenüber den Einschränkungen hat laut Deutschem Richterbund bereits zu 1000 Eilanträgen geführt. Mittelfristig dürfen die Einschränkungen auch nicht die bereits jetzt vielerorts bestehende Überlastungssituation der Gerichte verschlimmern. Digitale Mittel können Abhilfe schaffen. Neue Formate wie Online-Verfahren müssen aber zunächst unter Rechtsstaatsgesichtspunkten auf ihre Tauglichkeit überprüft werden. So muss etwa auch bei digitalen Gerichtsprozessen die Öffentlichkeit der Verfahren sichergestellt werden.

7. Lebendige Demokratie

Für unsere Gesellschaft ist es Zeit, aus der Schockstarre zu erwachen. Trotz Argwohn und Denunziantentum zerstören gesellschaftlichen Zusammenhalt. Debatten und Diskurse müssen versachlicht werden. Es geht um die gesellschaftliche Annäherung an eine gemeinsame Lösung auf die Frage, wie viel Freiheit im Kampf gegen die Pandemie garantiert werden muss. Die Parteien müssen dabei ihre Rolle als Mittler zwischen Gesellschaft und Parlament wahrnehmen und diese Debatten dorthin tragen. Die Parlamente müssen schließlich ihre Aufgaben wieder vollumfänglich wahrnehmen: Sie müssen das Handeln der Exekutive überwachen und die Regierungen dazu zwingen, sich für ihr Handeln zu rechtfertigen. Sie müssen so die Beendigung der Grundrechtseingriffe initiieren. Dies ist auch angesichts des wachsenden gesellschaftlichen Misstrauens gegenüber der Sinnhaftigkeit der Einschränkungen dringend geboten. Dieses wird dabei aus politischem Kalkül oder zur Aufmerksamkeitsgewinnung auch noch angeheizt und treibt zunehmend Menschen auf die Straße.