

# PRAXISRUBRIK

*Gabriele Heinecke*

## Bleiben Sie demokratisch!

Eine Besprechung der Beschlüsse des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 16. April 2020 (Az. 17 E 1648/20) und des Hamburgischen Obergerverwaltungsgerichts vom 16. April 2020 (Az. 5 Bs 58/20)

Nach einer ersten Schockstarre über den „Lock-Down“ regte sich in der ersten Phase der Corona-Pandemie in Hamburg Widerstand gegen das durch Verordnung verfügte totale Versammlungsverbot. Der Kampf um die Durchsetzung der Versammlungsfreiheit erbrachte zwei an demselben Tage erlassene verwaltungsgerichtliche Entscheidungen: der sich auf die „überragende Bedeutung“ des Schutzes des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie „des öffentlichen Interesses am Schutz des Gesundheitssystems vor einer Überlastung aufgrund steigender Infektionszahlen“ stützende Beschluss des 5. Senats des Hamburgischen Obergerverwaltungsgerichts gegen den für die Geltung der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) streitende Beschluss der 17. Kammer des Verwaltungsgerichts.

### *Corona-Pandemie und staatliche Reaktion*

Als die ersten Fälle von Covid-19 im Dezember 2019 auf einem Wildtiermarkt in Wuhan bekannt wurden, schien alles noch weit weg zu sein. Aber im Februar 2020 starben die ersten Menschen in Europa an der Seuche, in Italien breitete sich der Krankheitserreger in besorgniserregender Schnelligkeit aus. Bilder des Abtransports von Corona-Toten im nächtlichen Konvoi der Militärlastwagen in Bergamo erschreckten Europa und die Welt mit apokalyptischen Szenen. Die Kapazitäten der Krankenhäuser, der Intensivstationen waren erschöpft, die Krematorien waren überlastet. Die WHO stufte die Ausbreitung des SARS-CoV-2<sup>1</sup> als weltweite Pandemie ein.

In Deutschland wurde Ende März 2020 innerhalb einer Woche das „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“<sup>2</sup> verabschiedet. Es ist ein das im Jahre 2001 in Kraft getretene Infektionsschutzgesetz änderndes

1 SARS steht für „Severe Acute Respiratory Syndrome“, COVID-19 für „Corona Virus Disease 2019“.

2 Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020, BGBl. 2020 I, 587 ff.

DOI: 10.5771/0023-4834-2021-1-88

Artikelgesetz, das dem Bundesministerium für Gesundheit die Ermächtigung zu weitreichenden Maßnahmen der Gesundheitsversorgung im Verordnungswege ohne Zustimmung des Bundesrates geschaffen hat.

Das Infektionsschutzgesetz<sup>3</sup> erlaubt zur Seuchenbekämpfung Eingriffe in die Grundrechte der Freiheit der Person, der Freizügigkeit, der Versammlungsfreiheit und der Unverletzlichkeit der Wohnung. Aufgrund der §§ 17 Abs. 4 und 32 Infektionsschutzgesetz sind die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnungen die „notwendigen Schutzmaßnahmen“ gegen Störer – das Infektionsschutzgesetz nennt sie „Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider“ – zu treffen, „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist“. Zu den „Schutzmaßnahmen“ gehören nach dem Gesetz auch die Beschränkung und das Verbot von Veranstaltungen und Menschenansammlungen aller Art.

Hamburg hat von der Ermächtigung des Infektionsschutzgesetzes Gebrauch gemacht und Anfang April 2020 eine „SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung“ erlassen.<sup>4</sup>

Das Infektionsschutzgesetz ist Polizeirecht, ist Gefahrenabwehr. Nach dessen Grundsätzen ist zwischen Störern und Nichtstörern zu unterscheiden, Ermessen muss ausgeübt und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden. Passt dieses Instrumentarium, wenn nicht bekannt ist, welche Teile der Bevölkerung Träger\*innen des Virus sind? Dürfen alle Bürger\*innen seuchenrechtlich als „Verdächtige“ definiert und aufgrund einer Verordnung polizeirechtlichen Maßnahmen unterworfen werden, die sogar zur – wenn auch zeitweisen – Vernichtung von Grundrechten führen? Taugt eine Verordnung als Rechtsgrundlage für die Einschränkung oder gar Vernichtung eines Grundrechts?

### *Tausche Grundgesetz gegen Allgemeinverfügung*

Nach Übertragung der Zuständigkeit für den Erlass von Allgemeinverfügungen zur Bekämpfung des COVID-19-Virus erließ die Gesundheitsbehörde der Stadt Hamburg am 22. März 2020 zunächst eine alle Menschenansammlungen an öffentlichen Orten verbietende Allgemeinverfügung, damit auch Versammlungen im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG.

Der erste Akt der Allgemeinverfügung war der Abriss des sogenannten „Lampedusa-Zeltes“ durch die Polizei, das seit Jahren in der Innenstadt Anlaufstelle für in Hamburg lebende Menschen ohne anerkannten ausländerrechtlichen Status war. Gegen diese Maßnahme wurde bei der Versammlungsbehörde eine Protestkundgebung unter Zusicherung des Tragens von Masken und des Abstandhaltens angemeldet. Statt eines Auflagenbescheides kam von der Behörde die Nachricht, die Anmeldung sei als Antrag an die Gesundheitsbehörde interpretiert worden, eine Ausnahme von dem Versammlungsverbot der Allgemeinverfügung zuzulassen. Die Ausnahmegenehmigung sei nicht erteilt worden, die Versammlung bleibe daher verboten.

Das gegen diese grundrechtsvernichtende Maßnahme eingeleitete verwaltungsrechtliche Eilverfahren argumentierte mit der Verfassung, rügte das Fehlen einer Ermessensentscheidung und den Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Doch der An-

3 IfSG in der Fassung vom 27.3.2020, BGBl. I, 1045, inzwischen geändert durch das IfSG vom 18.11.2020, BGBl. I, 2397 mit dem neu eingefügten § 28a IfSG.

4 Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 2. April 2020, die mit Änderungsverordnungen fortgeschrieben wird.

trag war erfolglos. In seiner ersten „Corona-Entscheidung“<sup>5</sup> erklärte das Verwaltungsgericht, die Allgemeinverfügung finde ihre Berechtigung in dem Infektionsschutzgesetz, Ermächtigungsgrundlage sei § 28 Abs. 1 IfSG. Das überragende Schutzgut der menschlichen Gesundheit und des Lebens sei gegenüber der temporären Aussetzung des Versammlungsrechts als höherrangig einzustufen. Eine abschließende Prüfung eines Ermessensfehlgebrauchs mit Verletzung der Rechte aus Art. 8 Abs. 1 GG sei der Kammer in der Kürze der Zeit nicht möglich.

### *Tausche Grundgesetz gegen Rechtsverordnung*

Noch am Tag der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung setzte sich im Senat der Stadt Hamburg der Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Vorgehens per Allgemeinverfügung durch. Am 2. April 2020 wurde eine „Eindämmungs-Verordnung“ erlassen, die alle Versammlungen untersagte und lediglich „in besonders gelagerten Einzelfällen auf Antrag Ausnahmen vom Verbot“ vorsah. Die Freiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG, sich „ohne Anmeldung oder Erlaubnis“ zu versammeln, war vom Tisch gewischt.

Auch in einem zweiten Beschluss vom 4. April 2020<sup>6</sup> über eine angemeldete Protestversammlung der *Seebrücke* zum Thema der Lage der Flüchtlinge in Griechenland in Pandemiezeiten entschied das Verwaltungsgericht gegen den Anmelder und hielt ihm vor: Nicht Art. 8 Abs. 1 GG, sondern allein die Ausnahmeregelung der Seuchen-Verordnung könne Anspruchsgrundlage für das Rechtsschutzbegehren sein. Dass Anspruch auf eine Ausnahme vom generellen Verbot bestehe, habe er aber nicht glaubhaft gemacht.

Von diesen Entscheidungen hoch irritiert meldeten Hamburger Jurist\*innen für den 16. April 2020 auf dem Rathausmarkt eine Kundgebung „Abstand statt Notstand – Verwaltungsrechtler\*innen gegen eine faktische Aussetzung der Versammlungsfreiheit“ an, die sich wie eine Parodie las: Mit einer versammlungsrechtlichen Anmeldung *und* einem Antrag auf Ausnahmegenehmigung von dem Versammlungsverbot der SARS-CoV-2-Verordnung garantierten sie eine Begrenzung auf 36 Teilnehmer\*innen auf dem 15.000 qm großen Rathausmarkt, teilten mit, dass es keine öffentliche Werbung für die Aktion und stets einen Abstand von zwei Metern geben werde. Die Teilnehmenden hätten sich bei der Ankunft bei der Versammlungsleitung zu melden und zu warten, bis sie an der Reihe seien. Auf dem Boden würden Markierungen angebracht und die Teilnehmenden durch Ordner auf den ihnen durch die Versammlungsleitung zugewiesenen Platz geleitet. Mund-Nasenschutz sei zu tragen. Das Mikrofon werde nach jeder Rede desinfiziert und mit einem frischen Überzug versehen. Transparente würden auf dem Boden positioniert, um das gemeinsame Halten zu verhindern.

Die Übertreibung bei der Anmeldung war beabsichtigt. Exekutive und Justiz sollten darauf gestoßen werden, dass das totale Versammlungsverbot absurd *und* verfassungswidrig war. Die Versammlungsbehörde ließ sich weder auf ein versammlungsrechtlich sinnvolles Kooperationsgespräch ein noch erließ sie einen Auflagenbescheid, sondern verwies auf das in der Verordnung geregelte strafbewehrte generelle Versammlungsverbot.

5 VG Hamburg, B. v. 2.4.2020 – 2 E 1550/20.

6 VG Hamburg, B. v. 4.4.2020 – 3 E 1568/20.

17. *Kammer des Verwaltungsgerichts Hamburg*  
*Besondere Bedeutung der Versammlungsfreiheit in Krisen- und Gefahrenlagen*

Die Entscheidung über das gegen das allgemeine Verbot eingeleitete Eilverfahren erging durch die 17. Kammer des Verwaltungsgerichts<sup>7</sup> in grundlegender Abkehr von den vorherigen verwaltungsgerichtlichen Beschlüssen unter Anerkennung eines verfassungsrechtlichen Anspruchs aus Art. 8 Abs. 1 GG. Die Stadt Hamburg wurde verpflichtet, die Versammlung am 16. April 2020 auf dem Rathausmarkt zu ermöglichen.

Die Kammer argumentierte: Die SARS-CoV-2-EindämmungsVO könne hochwahrscheinlich keine taugliche Grundlage für die Grundrechtsbeschränkung sein. Das präventive Verbot von Versammlungen mit Ausnahmeverbehalt kehre das verfassungsrechtlich vorgegebene Regel-Ausnahme-Verhältnis von (Erlaubnis)Freiheit und der Beschränkung der Freiheit um, sei wahrscheinlich unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Es fehle eine konkrete Rechtsgüterabwägung, denn ein bloßes Risiko könne nicht ohne Weiteres mit einer „unmittelbaren Gefahr“ für Leben und körperliche Unversehrtheit gleichgesetzt werden. Für eine freiheitlich demokratische Staatsform erfahre die Versammlungsfreiheit gerade bei Krisen und in Gefahrenlagen besondere Bedeutung, weil deren Bewältigung und Bekämpfung mit weitgehenden Beschränkungen grundrechtlicher Freiheiten einhergehe.

Auch bestünden Zweifel an der Zulässigkeit der Regelung im Verordnungswege. Der Eingriff in die Grundrechte sei eine wesentliche Entscheidung, die in einem demokratischen Gemeinwesen der demokratisch legitimierte Gesetzgeber zu treffen habe. Angesichts der konstituierenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung sei es naheliegend, „ein generelles präventives Versammlungsverbot der Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber vorzubehalten.“

Während der Anmelder auf dem Rathausmarkt schon alles vorbereitet hatte, die Teilnehmenden der Versammlung sich eingefunden hatten, die Masken verteilt und Bodenmarkierungen angebracht worden waren, kam fünf Minuten vor Beginn der Versammlung die Nachricht über die Aufhebung des Beschlusses der 17. Kammer und die Ablehnung des Eilantrages durch den 5. Senat des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts.<sup>8</sup>

*Hamburgisches Oberverwaltungsgericht:*  
*Rechtsfragen in der Kürze der Zeit nicht zu beantworten*

Der Senat verneinte ausdrücklich einen Vorrang der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG. Nach summarischer Prüfung sei es nicht überwiegend wahrscheinlich, dass das Versammlungsverbot mit Ausnahmeverbehalt nach § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO sich im Rahmen des Hauptsacheverfahrens als rechtswidrig erweisen werde. Der Rechtsstreit werfe eine Vielzahl von Rechtsfragen auf, die in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht zu beantworten seien.

Im Rahmen der Rechtsfolgenabwägung überwiege das öffentliche Interesse am Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Der Senat berücksichtige insoweit die überragende Bedeutung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2

7 VG Hamburg, B. v. 16.4.2020 – 17 E 1648/20.

8 Beschluss des HmbOVG vom 16.4.2020 – 5 Bs 58/20.

Satz 1 GG sowie des öffentlichen Interesses am Schutz des Gesundheitssystems vor einer Überlastung aufgrund steigender Infektionszahlen. Das Versammlungsverbot sei befristet und „die Intensität des Eingriffs dadurch – entgegen der Auffassung der Antragsteller – erheblich gemindert.“ Es erscheine zumutbar, für diesen vorübergehenden Zeitraum die gemeinsame Meinungskundgabe „in anderer Form, etwa im Wege digitaler Medien zu vollziehen.“

### *Autoritäre Variante der Pandemiebekämpfung*

Art. 8 Abs. 1 GG garantiert das Recht zu entscheiden, wann, wo, wie und mit welchem Inhalt eine Versammlung stattfindet. Das Grundrecht ist von dem Bundesverfassungsgericht als „unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit und als eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt“ benannt worden. In die Brokdorf-Entscheidung aus dem Jahre 1985<sup>9</sup> hat das Bundesverfassungsgericht geschrieben, erst die Versammlungsfreiheit ermögliche „die ständige geistige Auseinandersetzung und den Kampf für Meinungen als Lebeselement dieser Staatsform.“

Aufgrund der in ihrer Auswirkung autoritären Restriktionen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie wurden und werden die Versammlungsfreiheit und andere Grundrechte in so nicht gekannter Weise in Frage gestellt. Man gewinnt mitunter den Eindruck, die Exekutive befreie sich von den lästigen Fesseln des demokratischen Rechts. Sie begründet ihr aktuelles Vorgehen mit einer angeblich „überragenden Bedeutung“ eines anderen Rechts als des Versammlungsrechts. Solche Argumentation ist beliebig, das „andere Recht“ ist austauschbar. Heribert Prantl hat im April 2020 die Lage treffend unter dem Titel „Der vom Virus befallene Rechtsstaat“<sup>10</sup> beschrieben und erklärt, der Ausnahmezustand, der Notstand luge nicht mehr nur um die Ecke, er sei da.

Während ein von der Verfassung nicht vorgesehenes „Bund-Länder-Treffen“ der Ministerpräsident\*innen mit der Kanzlerin die Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie festlegt, werden in den Ländern weiter Grundrechtseinschränkungen im Verordnungswege vorgenommen.

Beruhigend ist einerseits, dass das Bundesverfassungsgericht in zwei Beschlüssen vom 15. und 17. April 2020<sup>11</sup> in vergleichbaren Fällen die Wertigkeit der Versammlungsfreiheit betont und die offensichtliche Grundrechtsverletzung der generellen Verbotsverfügungen festgestellt hat. Die Verfassungsrichter\*innen haben von den Behörden Einzelfallentscheidungen und das Bemühen um Lösungen gefordert, die die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem Ziel des Infektionsschutzes und des Schutzes von Leib und Leben auf der einen und der Versammlungsfreiheit auf der anderen Seite ermöglicht. Die Verordnungen der Länder sind in der Folge zwar angepasst worden, Versammlung kommt wieder vor, aber die Regelungen sind schwammig.

Beunruhigend ist die Orientierungslosigkeit der Mehrheit der Hamburger Verwaltungsrichter\*innen. In den oben zitierten Fällen waren von 12 Richter\*innen neun mit ihrer Haltung und ihrem juristischen Verstand jenseits der Grenzen der Verfassung, haben sich einer Abwägung der Verfassungsrechte, einer Bewertung der konkreten Fälle

9 BVerfGE 69, 315 ff.

10 Kommentar: Die Folgen der Anti-Corona-Maßnahmen | NDR.de – Nachrichten – NDR Info.

11 BVerfG, B. v. 15.4.2020 – 1 BvR 828/20; B. v. 17.4.2020 – 1 BvQ 37/20.

entzogen, haben die Kürze der Zeit vorgeschoben und so im Zweifel gegen die Freiheit entschieden.

Zum Schluss noch einmal Prantl, er schreibt: die beliebteste Grußformel laute derzeit „Bleiben Sie gesund“. Zur Gesundheit des Gemeinwesens gehöre aber auch eine funktionierende Demokratie. Sein Vorschlag: Bleiben Sie demokratisch! wäre auch kein schlechter Gruß in diesen Zeiten.

## Eine kritische Auseinandersetzung mit Teubners Systemtheorie von Recht und Verfassung



### Verfassung ohne Staat

Gunther Teubners Verständnis von  
Recht und Gesellschaft

Herausgegeben von

Prof. Dr. Lars Vellechner, LL.M. (Yale)

2019, 263 S., brosch., 49,- €

ISBN 978-3-8487-4027-7

(Staatsverständnisse, Bd. 136)

Auf der Grundlage der Systemtheorie hat Gunther Teubner eine Rechts- und Verfassungstheorie entwickelt, die nicht vom Staat, sondern von der funktional differenzierten Gesellschaft ausgeht. Recht und Verfassung kann es danach auch in den „privaten“ Bereichen der Weltgesellschaft geben.

 Nomos  
eLibrary nomos-elibrary.de

Bestellen Sie im Buchhandel oder  
versandkostenfrei online unter [nomos-shop.de](https://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**