

Julian Kaltenbach*

Verbot öffentlicher Gottesdienste durch die Hamburger Corona-Verordnung auf dem Prüfstand

Der Beitrag befasst sich mit der Rechtmäßigkeit des Verbots öffentlicher Gottesdienste im April 2020 durch die Corona-Maßnahmen der Stadt Hamburg. Hierbei wird die elementare Funktion der Religionsfreiheit und die Bedeutung des öffentlichen Gottesdiensts in den verschiedenen Glaubensgemeinschaften herausgestellt. Darauf aufbauend wird untersucht, ob ein absolutes Verbot öffentlicher Gottesdienste die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 II GG verletzt. Außerdem werden schwerpunktmäßig die Einschränkungen der Versammlungs- mit denen der Religionsfreiheit verglichen und auf die Frage eingegangen, ob auch für das Verbot öffentlicher Gottesdienste Ausnahmeregelungen notwendig gewesen wären. Mit Blick auf die verbreitete Annahme, dass die Corona-Pandemie in mehreren Infektionswellen verlaufen wird, gibt der Autor Aussichten darauf, unter welchen Auflagen öffentliche Gottesdienste im Einzelfall dann dennoch möglich sein könnten.

I. Einleitung

Aufgrund der Corona-Pandemie wurden weltweit Versammlungen, darunter auch öffentliche Gottesdienste, erheblich eingeschränkt oder verboten. Da gleichzeitig die Religionsfreiheit eines der „unveräußerlichen und unverletzlichen Menschenrechte“ i.S.d. Art. 1 II GG und damit elementaren Grundrechte darstellt,¹ stellt sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit dieser massiv einschneidenden Maßnahmen. Für Hamburg galt dieses absolute Verbot öffentlicher Gottesdienste² gemäß § 2 I 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO (im Folgenden HmbCorona-VO)³ für etwa einen Monat vom 02.04.2020 bis zum 05.05.2020. Im Wortlaut: „Die Untersagung [öffentlicher und nicht-öffentlicher Veranstaltungen] gilt auch für Zusammenkünfte in Kirchen, Moscheen, Synagogen sowie die Zusammenkünfte anderer Glaubensgemeinschaften.“⁴

Gemäß § 3 VII HmbCorona-VO waren lediglich „Kontakte und Ansammlungen von Personen [...] für die Teilnahme an Bestattungen und Trauerfeiern im engen familiären Kreis zu-

lässig“.⁵ An einer abstrakten Ausnahmeregelung für öffentliche Gottesdienste aus wichtigem Anlass fehlte es hingegen. Zum 06.05.2020 wurde dieses absolute Verbot öffentlicher Gottesdienste weitgehend gelockert. Gerade unter der verbreiteten Annahme, dass es mehrere Infektionswellen geben wird,⁵ ist es dennoch wichtig mit Blick auf zukünftige Verordnungen mit erneuten strengen Kontaktbeschränkungen festgestellt zu haben, welche der Maßnahmen rechtmäßig waren und welche nicht. Dieser Beitrag befasst sich folglich mit der Rechtmäßigkeit des einmonatigen absoluten Verbots öffentlicher Gottesdienste im April 2020.

II. Rechtmäßigkeit des Verbots öffentlicher Gottesdienste

1. Eingriff in die Religionsfreiheit

Die in Art. 4 GG statuierte Religionsfreiheit schützt nicht nur die Freiheit konfessioneller Zugehörigkeit, sondern in Absatz 2⁶ als Kultusfreiheit auch die Ausübung dazugehöriger religiöser Verpflichtungen und Bräuche.⁷ Um diese Verpflichtungen und Bräuche näher definieren zu können, ist es – neben nur weichen Plausibilitäts Gesichtspunkten⁸ – notwendig, im erheblichen Umfang auf das Selbstverständnis der Kirchen zurückzugreifen.⁹ Hiernach richtet sich, ob ein stilles persönliches Gebet gegenüber dem gemeinsamen öffentlichen Gottesdienst in der Kirche als gleichwertiger Ersatz gelten kann.

Nach dem christlichen Verständnis von Ökumene braucht es „zum Christsein und zum Kirchesein [...] die anderen Christen und Kirchen“.¹⁰ In einem gemeinsam von der katholischen und

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg.

1 Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 11 f., Stand: Okt. 2019.

2 Der Text der HmbCorona-VO spricht hierzu von „religiösen Zusammenkünften“. Da in den Medien i.d.R. vom „Verbot öffentlicher Gottesdienste“ gesprochen wird, verwendet dieser Beitrag zum besseren Verständnis diesen Ausdruck. Wichtig ist, nicht schlicht von einem „Gottesdienstverbot“ zu sprechen, denn verboten war immer nur das öffentliche bzw. gemeinsame feiern. Online oder leere Gottesdienste waren zu jeder Zeit möglich; vgl. Deckers, Katholische Bischöfe kritisieren Gottesdienstverbot, <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/katholische-bischoefe-kritisieren-gottesdienstverbot-16728159.html>, faz.net vom 16.04.2020 (22.06.2020).

3 Aktuelle HmbCorona-VO, <https://www.hamburg.de/verordnung/> (30.05.2020).

4 Ältere Fassungen der HmbCorona-VO bzw. die Änderungsverordnungen sind abrufbar unter: <https://www.luewu.de/gvbl/> (30.05.2020).

5 Schneider, Sorge vor neuen Infektionen: Darum rechnen Experten mit einer zweiten Welle, zdf.de vom 05.05.2020, <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/coronavirus-zweite-welle-wendtner-100.html> (30.05.2020).

6 Vom BVerfG und der h.L. werden entgegen dem Wortlaut die Religionsausübungs- bzw. Kultusfreiheit zusammen mit der Glaubensfreiheit unter ein einheitliches Grundrecht des Art. 4 GG gefasst. So auch: Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 1, 12; Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 8. Aufl. 2020, § 22 Rn. 4; mit guten historischen und Wortlautargumenten dagegen siehe: Muckel, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 96 Rn. 62 f. Unabhängig davon, wo die Kultusfreiheit verordnet wird, wird ihr Bestand nicht in Frage gestellt.

7 Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 57; Kokott, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 60.

8 Hufen, StaatsR II, 8. Aufl. 2020, § 22 Rn. 8; Muckel, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. IV 2011, § 96 Rn. 78.

9 Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 102, Stand: Okt. 2019; Kokott, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 18 f., geschützt sind auch abweichend von der herrschenden religiösen Lehre vertretene Auffassungen, soweit sie auf maßgebliche Schriften oder einzelne Autoritäten gestützt werden. Da Grundlage dieses Beitrags keine Klage ist, der ein/e Kläger/in mit spezieller religiöser Auffassung zugrunde liegt, kann die religiöse Argumentation in diesem Beitrag nur stellvertretend wirken. Vgl. Muckel, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. IV 2011, § 96 Rn. 66.

10 Evangelische Kirche in Deutschland, Ökumene im 21. Jahrhundert, <https://www.ekd.de/1-Einleitung-969.htm> (30.05.2020).

evangelischen Kirche herausgegebenen Leitfaden zur Ökumene heißt es: „Gemeinschaft im Gebet und in der Feier des Gottesdienstes ist das Herz der Pfarreien/Kirchengemeinden und aller ökumenischen Bemühungen und Aktivitäten; sie ist die ‚Seele der Ökumene‘.“¹¹ Die für Katholik/innen verbindlichen Regelungen zum Gottesdienstbesuch ergeben sich aus dem Codex Iuris Canonici, dem Gesetzbuch des Kirchenrechts der römisch-katholischen Kirche. Katholik/innen sind demnach gemäß Can. 1247 Codex Iuris Canonici „zur Teilnahme an der Me[ss]feier verpflichtet“.¹² Die Abhaltung von und die Teilnahme an öffentlichen Gottesdiensten ist somit unter der Kulturfreiheit des Art. 4 II GG eine religiöse Pflicht und zentraler Bestandteil des katholischen Glaubens.¹³ Auch wenn der gemeinsame Sonntagsgottesdienst im evangelischen Christentum keine Pflicht, sondern vielmehr ein Angebot an die Gläubigen ist,¹⁴ ist er als religiöser Brauch ebenso i.R.d. Art. 4 II GG geschützt.¹⁵ Für das gemeinsame Gebet im Islam heißt es in der Hadith-Sammlung Sahih al-Buchari, welche hinsichtlich ihrer Autorität direkt hinter dem Koran steht:¹⁶ „Das Gebet in der Gemeinschaft ist siebenundzwanzig [...] [M]al besser, als wenn man alleine betet.“¹⁷ Der Koran selbst gibt vor: „[W]enn zum Freitagsgebet gerufen wird, dann eilt zum Gedenken Allahs“.¹⁸ Somit kann jedenfalls auch das gemeinsame Freitagsgebet als religiöse Pflicht und zentraler Bestandteil des islamischen Glaubens angesehen werden. Im orthodoxen Judentum dürfen bestimmte Gebete nur gesprochen werden, wenn ein Quorum von mindestens zehn erwachsenen jüdischen Männern – der sogenannte Minjan – erreicht ist.¹⁹ Das Verbot öffentlicher Gottesdienste bezeichnet das Bundesverfassungsgericht unabhängig von der Konfession als „irreversiblen“ und „überaus schwerwiegenden Eingriff“.²⁰ Die Irreversibilität mag für Nicht-Gläubige nicht direkt einleuchten. Einer/m Gläubigen aber gibt das Gebet – gerade in der Gemeinschaft und, wie gezeigt, auch unabhängig von der Konfession – Halt, Zuspruch und Hoffnung. Wenn sie/er diese in Zeiten der Not, wie z.B. bei Kontaktbeschränkungen, nicht erhält, leidet sie/er. Das Leiden in der konkreten Situation kann nachträglich nicht gelindert werden, weil ein nachgeholt gemeinsamer Gottesdienst nach Lockerung der Maßnahmen – etwa einen Monat

später – das Empfinden in der konkreten Situation nicht mehr beeinflussen kann. Dies gilt v.a. auch für Gottesdienste zu bestimmten Feiertagen, wie z.B. Ostern oder das gemeinsame Fastenbrechen zum Ende des Ramadans im Islam.

2. Kernbereich i.S.d. Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG

Wurde das gemeinsame Gebet konfessionsübergreifend als zentraler Bestandteil des Glaubens festgestellt, ließe sich zunächst daran denken, dass durch ein Verbot öffentlicher Gottesdienste der Kernbereich der Religionsfreiheit angetastet wäre. Es ist dem einfachen Gesetzgeber aber gemäß Art. 19 II GG verboten, ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt anzutasten. Auch wenn der Wesensgehalt und die Menschenwürde wohl als nicht völlig deckungsgleich anzusehen sind,²¹ so liegt nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG²² jedenfalls in den gemäß Art. 1 II GG „unveräußerlichen und unverletzlichen Menschenrechten“ und damit in der Religionsfreiheit ein Menschenwürdekern.²³ Ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt anzutasten, ist unter Bezugnahme auf den Wortlaut des Art. 19 II GG „[i]n keinem Falle“ gestattet und somit nicht zu rechtfertigen.²⁴ Die Wesensgehaltsgarantie enthält somit einen absoluten Kern, der auch nicht im Rahmen einer Abwägung überwunden werden kann.²⁵ Ist der Kernbereich der Religionsfreiheit angetastet, ist somit i.d.R. auch die in der Religionsfreiheit liegende Menschenwürde betroffen; eine Rechtfertigung wäre demnach von vornherein ausgeschlossen.²⁶ Der Kernbereich ist angetastet, wenn „bei personalisierter Betrachtung für den Einzelnen nichts mehr von seiner Grundrechtsverbürgung übrig bleibt“.²⁷ In anderen Worten: Wenn die Religionsfreiheit der/dem Gläubigen restlos entzogen wird.²⁸

Hier könnte man zunächst sprachgebräuchlich argumentieren, dass alles, was sich als zentraler Bestandteil eines Grundrechts darstellt, auch Teil des Kernbereichs sein müsste. Letztlich darf aber nicht aus dem Blick fallen, dass auch weiterhin online oder leere Gottesdienste möglich, sowie die Kirchen für individuelle Gebete von Einzelpersonen und die Seelsorge geöffnet waren. Die Einschränkungen betreffen somit nicht direkt die

11 *Bistum Speyer*, Evangelische Kirche der Pfalz: Leitfaden für das ökumenische Miteinander im Bistum Speyer und in der evangelischen Kirche der Pfalz, S. 27, https://www.evkirchepfalz.de/fileadmin/public/internet/03_dokumente/Oekumene/OEK_Leitfaden_Internet.pdf (30.05.2020).

12 Codex Iuris Canonici in der aktuellen Fassung von 1983, https://www.codex-iuris-canonici.de/cic83_dt_buch4.htm (30.05.2020).

13 *Hufen*, StaatsR II, 8. Aufl. 2020, § 22 Rn. 10.

14 *Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschlands*, Leitlinien Kirchlichen Lebens, S. 26 f.

15 BVerfGE 32, 98 (106 f.); *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 101, Stand: Okt. 2019.

16 *Goldziher*, Muhammedanische Studien, Bd. II, 1890, S. 254 f.

17 *Sahih al-Buchari*, Kapitel 10 Hadithnr. 645, s. auch Hadithnr. 647, <http://islamische-datenbank.de/sahih-al-buchari?action=viewhadith&chapterno=10&min=10&show=10> (30.05.2020).

18 Sure 62:9, <http://islam.de/1353.php> (30.05.2020).

19 Zentralrat der Juden, Gebet und Gottesdienst – Die jüdische Form des Betens, <https://www.zentralratderjuden.de/judentum/riten-und-gebraeuche/gebet-und-gottesdienst-die-juedische-form-des-betens/> (30.05.2020); auf dieses Quorum verzichten deutsche progressive Gemeinden häufig. Dennoch wird auch hier der gemeinsame Gemeindegottesdienst als religiöser Brauch geschützt; vgl. Romain, *Progressives Judentum. Leben und Lehre*, 1999, S. 128 ff.

20 BVerfG vom 10.04.2020 – 1 BvQ 31/20, Rn. 10.

21 *Leisner-Egensperger*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, Teilbd. II, 2009, § 70 Rn. 62 ff.

22 Bereits angelegt in BVerfGE 12, 45 (53 f.); deutlicher in BVerfGE 32, 98 (108): „Als Teil des grundrechtlichen Wertesystems ist die Glaubensfreiheit [...] insbesondere auf die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Würde des Menschen bezogen“; ebenso BVerfGE 33, 23 (28 f.): „Als spezifischer Ausdruck der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde schützt Art. 4 Abs. 1 GG“.

23 *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 11 f., Stand: Okt. 2019.

24 *Leisner-Egensperger*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, Teilbd. II, 2009, § 70 Rn. 7.

25 Zur umstr. Frage, ob Art. 19 II GG objektiv oder subjektiv sowie absolut oder relativ zu verstehen ist siehe *Schaks*, Die Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 II GG, JuS 2015, 407 (408 f.). *Schaks* spricht sich mit Verweis auf das „verfassungsmäßige [...] Verbot der übermäßigen Gesamtbelastung des Bürgers“ wie auch dieser Beitrag für ein subjektives und absolutes Verständnis aus.

26 Zu Recht wird vertreten, dass nicht in jedem Antasten des Kernbereichs jeden Grundrechts auch die Menschenwürde verletzt sei. Anführen lässt sich hierfür z.B. die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG oder die Freiheit der Lehre aus Art. 5 III GG. Anders als bei diesen Beispielen muss es für die Religionsfreiheit als elementares Grund- und Menschenrecht aber einen inneren Kernbereich geben.

27 *Schaks*, Die Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 II GG, JuS 2015, 407 (408).

28 Vgl. BVerfGE 2, 266 (285).

Glaubensfreiheit des Art. 4 I GG „als Ausflu[ss] der allgemeinen, auch von Art. 1 stillschweigend vorausgesetzten Gedankenfreiheit“²⁹ sondern vielmehr die Handlung nach dieser religiösen Überzeugung. Diese Unterscheidung macht Art. 4 GG auch durch die Trennung der Absätze 1 und 2 deutlich: Art. 4 I GG spricht von der „Freiheit des Glaubens“, Art. 4 II GG von der „Religionsausübung“. Trotz dieses „überaus schweren Eingriffs“³⁰ in die Kulturfreiheit als religiöse Handlungsfreiheit bleibt der/dem Gläubigen noch immer die Steuerung ihres/seines Denkens und Fühlens.³¹ Gerade das nicht eingeschränkte Denken und Fühlen müsste aber als die innerste Schicht, mithin als Kernbereich der Religionsfreiheit, gewertet werden.³²

Eine im Ergebnis vergleichbare Unterscheidung zwischen zentralem inneren Glauben und einschränkbarem externen Handeln findet sich ebenso im Katholizismus und im Islam. Auch wenn der Menschenwürdebegriff des Grundgesetzes selbstverständlich nicht allein im Lichte der religiösen Normensysteme ausgelegt werden kann, ist auch an dieser Stelle das Selbstverständnis der Glaubensgemeinschaften für die Auslegung der religiösen Pflicht von großer Bedeutung.³³ Hiernach ergibt sich, welchen Stellenwert der öffentliche Gottesdienst einnimmt. Wer als Gläubige/r dem staatlichen Verbot öffentlicher Gottesdienste folgt, handelt nämlich nicht automatisch im Sinne ihres/seines Glaubens pflichtwidrig. Für Katholik/innen ist gemäß Can. 1248 § 2 Codex Iuris Canonici entschuldigt, für wen die Teilnahme am gemeinsamen Gottesdienst aus schwerwiegendem Grund unmöglich ist. Ihr/Ihm wird dann „sehr empfohlen, [...] sich eine entsprechende Zeit lang dem persönlichen Gebet [...] zu widmen“. Ein staatliches Verbot in Form der HmbCorona-VO oder der Pandemiezustand an sich können demnach entschuldigend wirken. Für Muslim/innen hat ebenso der Zentralrat der Muslime bereits Mitte März 2020 „nach Absprache mit den Islam-Gelehrten“ empfohlen,³⁴ nicht am Freitagsgebet in der Moschee teilzunehmen. Erleichterungen der Pflicht zum gemeinsamen Freitagsgebet gibt es u.a. für Kranke, Reisende, bei Unmöglichkeit oder bei Lebensgefahr. Wer das Gebet nicht in der vorgeschriebenen Weise verrichten kann, soll in einer individuell möglichen Weise beten. Der Pandemiezustand kann folglich auch hier als Entschuldigungsgrund wirken.³⁵ Anhand dieser beiden Beispiele lässt sich erkennen, dass selbst nach den religiösen Rechtssystemen, nach denen sich die Gläubigen ja richten wollen bzw. müssen, es unter strengen Voraussetzungen entschuldbar ist, den gemeinsamen Gottesdienst auszusetzen. Im Pandemiefall wird die sonst geltende öffentliche Gottesdienstpflcht ersetzt durch die Pflicht zum persönlichen Gebet. Zentral ist die innere Verbindung zu Gott, die auch durch das persönliche Ge-

bet geschaffen wird. Diese wird aber gerade nicht durch die HmbCorona-VO angetastet.

Zusammenfassend gilt, dass das Handeln nach einer religiösen Überzeugung natürlich auch von der Kulturfreiheit des Art. 4 II GG umfasst ist,³⁶ die Teilnahme am öffentlichen Gottesdienst aber nicht mehr in den Kernbereich der Religionsfreiheit fällt. Die Religionsfreiheit ist der/dem Gläubigen nicht restlos entzogen, da gerade nicht Denken und Fühlen eingeschränkt werden. Weil der Kernbereich somit nicht angetastet ist, kommt eine Rechtfertigung grundsätzlich in Betracht.

3. Rechtfertigung

Auch wenn Art. 4 II GG keinen Gesetzesvorbehalt formuliert, gewährleistet er keinen absoluten Grundrechtsschutz gegen jeden Eingriff.³⁷ Seine Grenzen findet Art. 4 II GG in verfassungsimmanenten Schranken wie dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II GG.³⁸ Die Religionsfreiheit kann demnach durch Grundrechte anderer oder Rechtsgüter von Verfassungsrang eingeschränkt werden. Bereits im Parlamentarischen Rat wurde bei der Entwicklung des Grundgesetzes das Seuchenschutzgesetz (als Vorläufer des IfSG) explizit als Schranke der Religionsfreiheit genannt.³⁹ Die Ermächtigungsgrundlage für die HmbCorona-VO liegt somit in § 32 IfSG. Hiernach können staatliche Stellen durch Rechtsverordnung dem § 28 IfSG „entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten [...] erlassen“. Ob §§ 28, 32 IfSG überhaupt als verfassungskonforme Ermächtigungsgrundlage in Frage kommt, bleibt hier außer Betracht.⁴⁰

Im Fokus des vorliegenden Beitrages steht die Frage nach der Verfassungskonformität der HmbCorona-VO. An dieser Stelle lohnt insbesondere ein Vergleich zwischen den Regelungen der HmbCorona-VO zu Versammlungen i.S.d. VersG und zu öffentlichen Gottesdiensten. In der etwa einmonatigen Phase vom 04.04.2020 bis zum 02.05.2020, auf die sich dieser Aufsatz bezieht, gab es keine Ausnahmeregelung für das Verbot öffentlicher Gottesdienste; es galt absolut. Es ist zu diskutieren, ob solch eine Ausnahmeregelung dennoch verfassungsrechtlich geboten war,⁴¹ wie solch eine Regelung beispielsweise ausgestaltet sein und wie in der Praxis nach solch einer Regelung

²⁹ Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 76, Stand: Okt. 2019.

³⁰ BVerfG vom 10.04.2020 – 1 BvQ 31/20, Rn. 10.

³¹ Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 12, Stand: Okt. 2019.

³² Kokott, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 28.

³³ Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 102, Stand: Okt. 2019; Kokott, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 18 f.

³⁴ Zentralrat der Muslime, Bekanntgabe des ZDM: Freitagsgebet wegen Coronavirus aussetzen, 13.03.2020, <http://www.zentralrat.de/32058.php> (30.05.2020).

³⁵ Bilgü, Darf man wegen Corona dem Freitagsgebet fernbleiben, IslamiQ vom 12.03.2020, <https://www.islamiq.de/2020/03/12/darf-man-wegen-corona-dem-freitagsgebet-fernbleiben/> (30.05.2020).

³⁶ Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 37.

³⁷ BVerfGE 32, 98 (107); BVerfGE 33, 23 (31).

³⁸ Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 14 ff., 84; zu der entgegen BVerfGE 33, 23 (31) vertretenen Ansicht, die Vorschriften der WRV als Schrankenregelungen heranzuziehen oder der systematisch höchst fragwürdigen Ansicht, die Schrankentrias aus Art. 2 I GG i.R.e. Schrankenleihe (analog) anzuwenden vgl. Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 15 f., 84 ff.

³⁹ Heinig, Gottesdienstverbot auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes, Verfassungsblog vom 17.03.2020, <https://verfassungsblog.de/gottesdienstverbot-auf-grundlage-des-infektionsschutzgesetzes/> (30.05.2020).

⁴⁰ Zur Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 20 III GG siehe Klafki, Neue Rechtsgrundlagen im Kampf gegen Covid-19, Verfassungsblog vom 25.03.2020, <https://verfassungsblog.de/neue-rechtsgrundlagen-im-kampf-gegen-covid-19/> (02.06.2020); zur Vereinbarkeit mit der Wesentlichkeitslehre siehe Martin, Der flexible Bundesstaat, HRN 2020, 36 (38).

⁴¹ So inzw. für Niedersachsen auch: BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20.

entschieden werden könnte.

a) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Ausnahmeregelung

Um Härtefälle zu vermeiden, wäre es möglich gewesen, de lege ferenda das absolute Verbot für öffentliche Gottesdienste aus wichtigem Anlass im kleinsten Kreise auf Antrag zu öffnen. Dies gilt insbesondere für erneut schwere Kontaktbeschränkungen bei weiteren Infektionswellen.⁴² Gerade bei einem „überaus schwerwiegenden Eingriff“⁴³ besteht die Möglichkeit, dass Bürger/innen durch das absolute Verbot unzumutbar oder übermäßig hart getroffen werden. Eine Ausnahmeregelung wäre als abstrakte Härtefallklausel direkte Ausprägung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Der Zweck der Grundrechte in der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes ist es gerade, gelebt und realisiert zu werden.⁴⁴ Auch bei außergewöhnlichen Bedrohungslagen bedarf es angesichts dieser Werteordnung einer Abwägung. In Form der Grundrechtsdogmatik wurde eine differenzierte Schranken-systematik entwickelt, in der die Religionsfreiheit ohne Gesetzesvorbehalt eine herausragende Stellung einnimmt. Diese Systematik zeigt: Einen bedingungslosen Vorrang für Sicherheit gibt es nicht! Eine Abwägung kann es aber nur geben, wenn mindestens eine Ausnahmeregelung existiert, über die im Einzelfall ein Ausgleich der Interessen herbeigeführt werden kann. Solch eine Ausnahmeregelung ist verfassungsrechtlich geboten, wenn auch nur ein Fall denkbar ist, in dem sie Anwendung finden kann.⁴⁵

Die Notwendigkeit solch einer abstrakten Ausnahmeregelung ergibt sich auch im Vergleich zur Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG): Anders als für religiöse Zusammenkünfte gab es gemäß § 3 II HmbCorona-VO unter strengsten Voraussetzungen die Ausnahme, dass „[f]ür Versammlungen unter freiem Himmel [...] die Versammlungsbehörde in besonders gelagerten Einzelfällen auf Antrag Ausnahmen vom Verbot [...] zulassen [kann], soweit dies im Einzelfall aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist“. An solch einer offenen und abstrakten und dennoch strengen Ausnahmeregelung fehlte es bezüglich der Religionsfreiheit. Das verwundert, gehen von einem versammlungsrechtlichen Aufzug doch größere epidemiologische Gefahren aus als von herkömmlichen religiösen Zusammenkünften: Versammlungen unter freiem Himmel i.S.d. VersG können mangels Abgrenzung potenziell unkontrollierten Zulauf erfahren. Im Gegensatz dazu finden religiöse Zusammenkünfte wie Gottesdienste i.d.R. abgegrenzt mit stärkerer Kontrollmöglichkeit statt. Durch die geringere Aufgebrachtheit gibt es bei religiösen Zusammenkünften nach Beginn praktisch keinen weiteren Zulauf mehr. Das infektionsschutzrechtliche Gefahrenpotenzial wäre also geringer. Gleichzeitig nimmt die Religionsfreiheit auch im Vergleich

zur Versammlungsfreiheit in der grundgesetzlichen Konzeption eine herausragende Stellung ein: Die Religionsfreiheit wird nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG vorbehaltlos gewährleistet;⁴⁶ sie kann also nur durch kollidierendes Verfassungsrecht eingeschränkt werden.⁴⁷ Anders liegt es bei Versammlungen unter freiem Himmel, für die gemäß Art 8 II GG bereits eine Einschränkung durch einfaches Gesetz wie das VersG ausreicht, mithin kein kollidierendes Verfassungsrecht notwendig ist.⁴⁸ Zudem illustriert Art. 18 GG die herausragende Bedeutung der Religionsfreiheit – auch im Vergleich zur Versammlungsfreiheit: Anders als die Versammlungsfreiheit ist es nicht möglich, die Religionsfreiheit zu verwirken.

Ohne die Relevanz der Versammlungsfreiheit für eine liberale Demokratie in Frage stellen zu wollen, soll dieser Vergleich schlicht die herausragende Bedeutung der Religionsfreiheit deutlich machen. Wie für Versammlungen bereits in § 3 II HmbCorona-VO vom Normgeber angedacht wurde, besteht die verfassungsrechtliche Notwendigkeit im streng begrenzten Einzelfall auch öffentliche Gottesdienste zu erlauben.⁴⁹ Die Möglichkeit einer Genehmigung darf jedenfalls nicht, wie bis einschließlich zur vierten Fassung der HmbCorona-VO, von vornherein kategorisch ausgeschlossen sein. Die HmbCorona-VO war somit von der ersten bis einschließlich der vierten Fassung bezüglich einer fehlenden Ausnahmeregelung für öffentliche Gottesdienste rechtswidrig. Im Falle von erneuten Infektionswellen müsste demnach die dann einschlägige HmbCorona-VO selbst bei strengsten Kontaktbeschränkungen immer auch eine (restriktive) Ausnahmeregelung für öffentliche Gottesdienste enthalten. Der Gesetzgeber ist somit verfassungsrechtlich verpflichtet, zu jeder Zeit seinen Bürgern/innen durch eine Ausnahmeregelung jedenfalls die Chance auf einen genehmigten öffentlichen Gottesdienst zu geben.

Abgesehen vom Fehlen einer notwendigen Ausnahmeregelung wird man die HmbCorona-VO in Bezug auf die Religionsfreiheit wohl als rechtmäßig ansehen können. Die Einschränkungen richten sich nicht gezielt und allein gegen Religionen oder sogar einzelne Religionen, sondern betreffen aufgrund der Ansteckungsgefahr das gesamte gesellschaftliche Leben. Die Verbote haben die Religionsgemeinschaften auch nicht per se stärker als andere Gemeinschaften wie Kulturvereine oder Konzertveranstalter/innen getroffen. Gerade mit Blick auf die ältere Zielgruppe von Gottesdiensten und ihre Zugehörigkeit zur Risikogruppe ist hier eine weitgehende (nicht vollständige!) Einschränkung geboten. Gerade das Beispiel eines sog. Superspreaders mit im Ergebnis über 100 Infizierten in einer Frankfurter Baptistengemeinde hat das Übertragungspotenzial von Gesang in Gruppen deutlich gemacht.⁵⁰ Unter diesem

⁴² In diesem Sinne sind gem. § 11 HmbCorona-VO vom 02.11.2020 – 30.11.2020 erfreulicherweise religiöse Veranstaltungen von den strengeren Vorgaben des „lockdown light“ ausgenommen. Die Frage der Notwendigkeit solch einer Ausnahmeregelung stellt sich jedoch weiterhin bei strengsten Kontaktbeschränkungen im Falle erneuter Infektionswellen.

⁴³ BVerfG vom 10.04.2020 – 1 BvQ 31/20, Rn. 10.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205 f.) – Lüth.

⁴⁵ Vgl. BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20, Rn. 14.

⁴⁶ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 14 f., 87.

⁴⁷ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 16.

⁴⁸ Das BVerfG erkennt den einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG durchaus an, während es gleichzeitig entgegen dem Wortlaut eine Einschränkung nur „zum Schutz gleichwertiger anderer Rechtsgüter unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“ zulässt, BVerfGE 69, 315 (348 f.) – Brokdorf.

⁴⁹ BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20.

⁵⁰ Berres/Le Ker, Wie Superspreeder die Corona-Pandemie antreiben,

Gesichtspunkt sollte eine Genehmigung im Ausnahmefall nur mit strikten und umfassenden Auflagen verbunden sein.

b) Beispiel einer Ausnahmeregelung

Brandenburg erlaubte zum 17.04.2020 religiöse Versammlungen aus wichtigem Anlass sogar bereits mit bis zu 20 Teilnehmenden.⁵¹ In Anlehnung an diese Regelung hätte § 3 VII HmbCorona-VO, der zunächst nur „Bestattungen und Trauerfeiern im engen familiären Kreis“ für zulässig erklärte, um eine abstrakte Ausnahmeregelung erweitert werden können. De lege ferenda hätte z.B. § 3 VIIa 1 und 2 HmbCorona-VO mit folgender Ausgestaltung neu geschaffen werden können:

„Abweichend von §§ 1 und 2 kann die Behörde für Inneres und Sport auf Antrag in besonders gelagerten Einzelfällen für Kontakte und Ansammlungen von Personen an privaten und öffentlichen Orten zur Teilnahme an religiösen Zusammenkünften aus wichtigem Anlass, insbesondere Trauungen und Taufen in kleinstem Kreise, Ausnahmen vom Verbot zulassen und von Auflagen abhängig machen, sofern dies im Einzelfall aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist. Die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz ist fachlich an der Entscheidung nach Satz 1 zu beteiligen.“

Auch eine abstrakte Härtefallklausel könnte wie hier durch den Zusatz von Regelbeispielen (z.B. „insbesondere Trauungen und Taufen“) ergänzt werden, um einen zu starken Gebrauch zu regulieren und die Verwaltung bei der Entscheidungsfindung zu unterstützen. Durch die zweimalige Nennung von „Einzelfall“ und den Zusatz „in besonders gelagerten“ wird der sehr enge Anwendungsbereich deutlich. Maßstab darf dennoch nicht sein, Infektionsrisiken absolut auszuschließen, sondern die einzelfallbezogene infektionsschutzrechtliche Vertretbarkeit. Sonst würde die Ausnahmeregelung in der Praxis leerlaufen und wiederum keine Abwägung ermöglichen.

c) Mögliche Auflagen

Um die geforderte Ausnahmeregelung mit Leben zu füllen, stellt dieser Abschnitt mögliche Auflagen für öffentliche Gottesdienste im stark eingeschränkten Rahmen vor und ordnet sie mit Blick auf das theologisch und infektionsschutzrechtlich Vertretbare ein. Grundlage der hier vorgestellten möglichen Auflagen und Einschränkungen sind die unverbindlichen Handlungsempfehlungen der Nordkirche.⁵² Auch wenn zum 06.05.2020 das Verbot öffentlicher Gottesdienste weitgehend gelockert wurde, bezieht sich dieser Abschnitt – wie auch der restliche Beitrag – auf die einmonatige Phase davor und die bisher umfassendsten Kontaktbeschränkungen. Unter der An-

nahme, dass es mehrere Infektionswellen geben wird, soll er Antworten darauf geben, was unter erneut strikten Kontaktbeschränkungen dennoch verfassungsrechtlich möglich sein könnte.

Auch bezüglich der Ausnahmeregelung gilt die den allgemeinen Kontaktbeschränkungen zugrunde liegende Logik, dass jede Ansammlung von Menschen auch unter höchsten Hygiene- und Sicherheitsstandards immer auch das Infektionsrisiko erhöht. Dies ist aber mit dem „überaus schwerwiegenden Eingriff“⁵³ in die Religionsfreiheit i.S.d. praktischen Konkordanz⁵⁴ in Einklang zu bringen, wozu die hier aufgezeigten Auflagen helfen mögen.

Zunächst sollte Basis der Erlaubnis die Infektionszahlen in der Region sein. Daneben sollte durch Sitzplatzmarkierungen, Einlasskontrolle und eine Beschränkung auf z.B. 15 Personen dem Abstandsgebot⁵⁵ entsprochen werden. Gottesdienste mit 15 Teilnehmenden waren in Sachsen z.B. bereits ab dem 20.04.2020 wieder möglich.⁵⁶ Die Handlungsempfehlungen der Nordkirche verzichten mit Blick auf die unterschiedlichen Größen der Kirchengebäude auf feste Höchstzahlen. Unabhängig davon sollten diese durch die Auflagen klar festgelegt sein. Eine Begrenzung auf 15 Personen würde Rücksicht nehmen auf das Quorum von mindestens 10 Männern, der Braut und ihrer engen Familie für eine orthodoxe jüdische Hochzeit. Auch könnte die/der Pastor/in oder Rabbi die Besucher/innen einzeln einladen, um die Anzahl besser zu kontrollieren. Um die Zahl der Besucher/innen zu reduzieren, ist es ebenso möglich, mehrere Gottesdienste nacheinander zu feiern. Hier ist es wichtig, dass es nicht zu Ansammlungen von Wartenden vor oder nach dem Gottesdienst kommt. Außerdem sollten alle Anwesenden, wie in Hamburg ab dem 27.04.2020 auch im ÖPNV, eine Mund-Nasenbedeckung tragen müssen.⁵⁷ Als zulässiger betretbarer Raum könnten Emporen ausgeschlossen und ausführliches Lüften vorgeschrieben werden. Da Kirchengebäude i.d.R. über hohe Decken verfügen, wäre die Keimkonzentration ohnehin bereits reduziert. In den wärmeren Jahreszeiten ist es ebenso möglich, Gottesdienste im Freien zu feiern, womit die Frage der Belüftung entfiel. Ebenso muss die nachträgliche Kontaktpersonenermittlung sichergestellt sein. Die Besucher/innen könnten ihre Kontaktdaten bereits aufgeschrieben mitbringen und nur in ein ansonsten geschlossenes Behältnis werfen, das erst im Falle der Rückverfolgung geöffnet würde. Aus datenschutzrechtlicher Perspektive müssten diese Daten, wenn kein Verdachtsfall aufgetreten ist, nach angemessener Zeit (etwa vier Wochen) vernichtet werden.

SPiegel Online vom 26.05.2020, <https://www.spiegel.de/wissenschaft/medizin/coronavirus-wie-superspreader-die-pandemie-antreiben-a-1ffb2237-36dd-40ec-ae95-40ad3de20a0d> (30.05.2020).

⁵¹ *Katholisch.de*, Mit 15 Teilnehmern: Sachsen erlaubt ab Montag wieder Gottesdienste!, 17.04.2020, <https://www.katholisch.de/artikel/25192-04-17-newsticker-corona-und-die-kirche> (30.05.2020).

⁵² *Evangelisch-Lutherische Kirche in Norddeutschland*, Kirchliches Leben im weiteren Verlauf der Corona-Pandemie, Handlungsempfehlungen der Nordkirche, Stand: 4. Mai 2020, https://www.nordkirche.de/fileadmin/user_upload/Corona_Dokumente_und_Fotos/Rechtsvorschriften_und_Amtliches/Handlungsempfehlungen_Nordkirche_Corona_01.pdf (30.05.2020).

⁵³ BVerfG vom 10.04.2020 – 1 BvQ 31/20, Rn. 10.

⁵⁴ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1999, Rn. 72.

⁵⁵ In besonders kritischen Phasen ließe sich das Abstandsgebot auch verdoppeln oder vervierfachen, um Gespräche und damit Kontakte zu reduzieren. Siehe dazu BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20, Rn. 15.

⁵⁶ *Katholisch.de*, <https://www.katholisch.de/artikel/25192-04-17-newsticker-corona-und-die-kirche> (30.05.2020).

⁵⁷ Die Handlungsempfehlungen der Nordkirche empfehlen dies nur „nach Möglichkeit“, vgl. *Evangelisch-Lutherische Kirche in Norddeutschland*, https://www.nordkirche.de/fileadmin/user_upload/Corona_Dokumente_und_Fotos/Rechtsvorschriften_und_Amtliches/Handlungsempfehlungen_Nordkirche_Corona_01.pdf, S. 5 (23.06.2020).

Auch die Art und Weise, wie Gottesdienst gefeiert werden würde, müsste insbesondere mit Blick auf die ältere Zielgruppe als explizite Risikogruppe eingeschränkt werden. Die Andacht als kurzer Gottesdienst zeigt, dass es liturgisch vertretbar ist, Gottesdienste zunächst auf 30 Minuten zu begrenzen. Ebenso ließe sich auf das Abendmahl verzichten, um Kontakte und körperliche Nähe auf ein Minimum zu reduzieren. Je nach theologischem Verständnis könnte die/der Pastor/in symbolisch das Abendmahl allein vor der Gemeinde durchführen. Da durch Singen der Ausstoß an Speichel und Aerosolen stark erhöht ist, wäre der Gesang zunächst auszusetzen und Musik nur über die Orgel zu spielen. Ebenso ließe sich auf einen Segen mit Handauflegen verzichten. Sollte diese Form wie z.B. bei Taufen theologisch nicht vertretbar sein, ließe sich die Hand auf der Schulter auflegen oder könnte eine Person aus dem gleichen Haushalt das Handauflegen übernehmen.

Die hier aufgeführten möglichen Einschränkungen zeigen: Mit klug ausgestalteten Auflagen können öffentliche Gottesdienste absolviert werden – auch in Zeiten von Corona. Maßstab darf nicht sein, Infektionsrisiken absolut auszuschließen, sondern ob eine „relevante Erhöhung der Infektionsgefahr zuverlässig verneint werden kann“.⁵⁸ Unter diesem Gesichtspunkt bestätigt inzwischen auch das BVerfG die Notwendigkeit einer Abwägung: „Maßgeblich für die Einschätzung ist *auch* das Gewicht des mit dem Verbot verbundenen Eingriffs in die Glaubensfreiheit“.⁵⁹ Das ebenso wie in Hamburg absolut geltende Verbot öffentlicher Gottesdienste der Corona-VO des Landes Niedersachsen wurde so durch das BVerfG mit Beschluss vom 29.04.2020 dahingehend geöffnet, dass auf Antrag im Einzelfall

auch Ausnahmen vom Verbot zugelassen werden mussten.⁶⁰

III. Fazit

Das absolute Verbot öffentlicher Gottesdienste stellt laut BVerfG einen „irreversiblen“⁶¹ und „überaus schwerwiegenden Eingriff“⁶² in die Religionsfreiheit dar. Da sich die Corona-Maßnahmen „nur“ auf die Kultusfreiheit als Religionsausübungsfreiheit und nicht auf das Denken und Fühlen beziehen, ist jedoch der Kernbereich der Religionsfreiheit nicht angetastet. Der Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 II GG wird somit entsprochen. Gleichzeitig war die HmbCorona-VO in der ersten bis zur vierten Fassung (02.04.2020 – 05.05.2020) rechtswidrig, weil sie keine Ausnahmeregelung für öffentliche Gottesdienste jedenfalls im stark eingeschränkten Rahmen enthielt. Gerade mit Blick auf abstrakte Härtefallklauseln als direkte Ausprägung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die objektive Werteordnung des Grundgesetzes ergibt sich hier die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Abwägung im Einzelfall. Gesundheitsschutz kann und darf der Religionsfreiheit nicht bedingungslos vorgehen! Die Ausführungen zu möglichen Auflagen zeigen: Es kann in besonders gelagerten Einzelfällen gelingen, sowohl dem öffentlichen Gottesdienst als zentralem Bestandteil des Glaubens als auch dem infektionsschutzrechtlich Notwendigen Rechnung zu tragen. Wenn dies, wie gezeigt, tatsächlich möglich ist, ist es auch verfassungsrechtlich nötig, die Möglichkeit in Form einer abstrakten Ausnahmeregelung rechtlich einzuräumen.

58 BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20, Rn. 16.

59 Ebd., Hervorhebung durch den Verfasser.

60 Ebd.

61 BVerfG vom 10.04.2020 – 1 BvQ 31/20, Rn. 10.

62 Ebd.

Jenny Joy Schumann*

Wer muss sterben, wenn es zu wenig Betten gibt?

Strafrechtliche Güterabwägung ärztlicher Lebensrettungsmaßnahmen im Kontext nicht ausreichender Versorgungskapazität in der Corona-Pandemie

Die aktuelle COVID-19-Pandemie konfrontiert die Rechtswissenschaft mit einem alten Problem in neuer Gestalt: Wer stirbt, wenn es zu wenige Behandlungskapazitäten für zu viele Patient/innen gibt? Dieser Beitrag prüft verschiedene Maßstäbe der Triage in formalisierter Form und ordnet diese im Kontext abstrakter Verfahrensprinzipien in verschiedene Machbarkeitskriterien ein. Hierbei werden ebenso Thesen der klassischen Moralphilosophie wie auch aktuelle Debatten der Strafrechtsdogmatik verknüpft und kritisch untersucht.

I. Einführung

Das altbekannte Problem der medizinischen Triage stellt sich in abgewandelter Form in der aktuellen COVID-19-Pandemie. COVID-19 ist eine sehr infektiöse Krankheit i.S.d. § 2 Nr. 3 IfSG. Bei 81 % der Erkrankten ist der Verlauf mild, bei 14 % schwer und bei 5 % kritisch.¹ Der kritische Verlauf kann jede/n Patient/in treffen. Bei schweren Verläufen muss mit einer intensivmedizinischen Behandlung einschließlich Intubation

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig. Dieser Beitrag beruht auf einer dort in einem Seminar von Professorin Dr. Elisa Hoven eingereichten Seminararbeit.

¹ OVG Lüneburg BeckRS 2020, 6187, Rn. 5.