

# Sechs kurze Begründungen für die Verfassungswidrigkeit des Shutdown in Deutschland

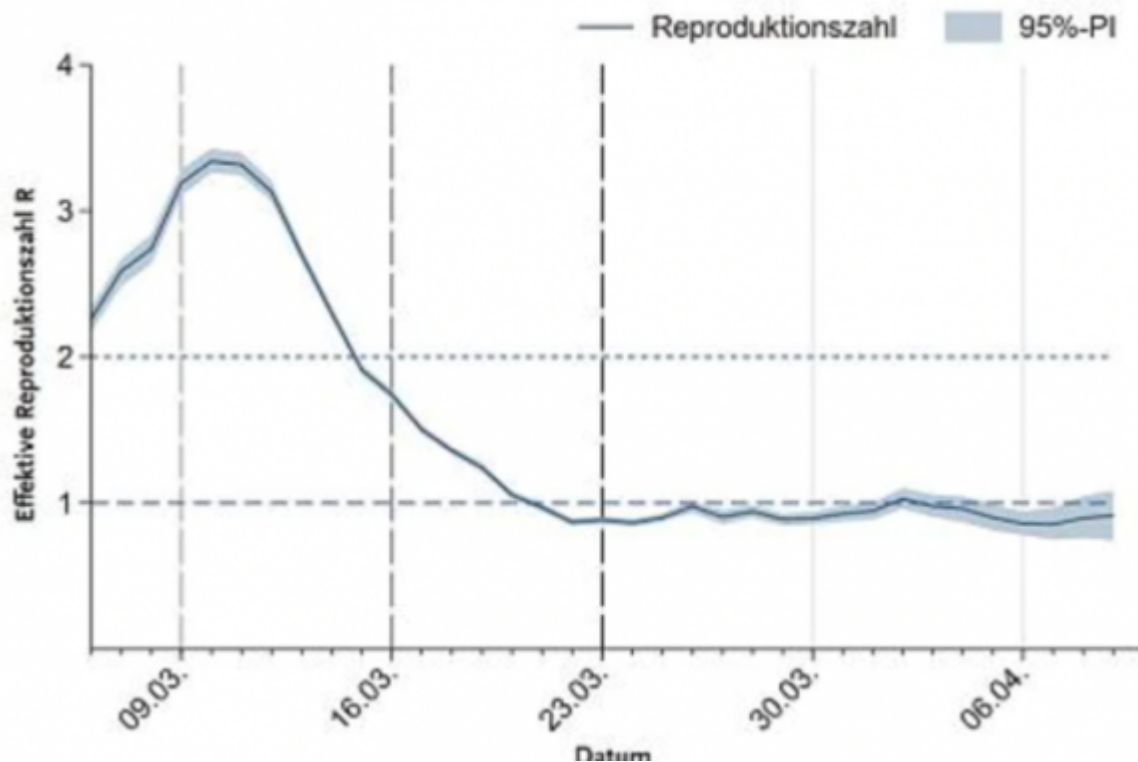


Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG beurteilt sich die Verfassungsmäßigkeit von Grundrechtseingriffen nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit seinen drei Elementen der 1. Geeignetheit, 2. der Erforderlichkeit und 3. der Zweck/Mittel- Proportionalität des Eingriffs.

## 1. Die Reproduktionszahl ( R )

Auf den ersten Blick scheint der Shutdown erfolgreich und damit geeignet i. S. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gewesen zu sein, die Verlangsamung des Infektionsgeschehens zu erreichen. Denn die sog. Reproduktionszahl ( R ), die angibt, wie viele weitere Personen ein Infizierter ansteckt, war von ursprünglich deutlich über 3 auf knapp unter 1 gesunken. Im Zuge dieses Erfolgs haben die Krankenhäuser denn auch erhebliche Überkapazitäten im Intensivbereich aufgebaut, was den Anteil der freien Betten an der Gesamtzahl der Intensivbetten z. B. in Bayern auf 51 % ( zweithöchster Wert ) und in Berlin auf 31 % ( niedrigster Wert ) erhöht hat ( Handelsblatt vom 24./25./26. April 2020, S. 33 ). Der genauere Blick anhand einer Kurve mit den Zahlen des Robert Koch Instituts ( RKI ) zeigt aber, dass R schon drei Tage vor dem Shutdown auf unter 1 gesunken war und seitdem leicht unterhalb dieser Marke gependelt hatte, ohne weiter deutlich zu sinken ( vgl. die Grafik ). Dieser Zustand dauert bis heute an ( Mitte Mai ). Damit wäre dem Shutdownbeschluss das Testat der Geeignetheit i. S. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu versagen.

Das RKI wendet freilich ein, dass der R-Wert das reale Geschehen „etwas überschätzt“, vor allem weil die Testkapazitäten stark erhöht worden seien ( 17. Epidemiologisches Bulletin des RKI ). Unterstellt, der R-Wert läge in Wahrheit 0, 2 – 0, 3 Punkte niedriger, also etwa bei 0, 6. ändert das nichts an der Feststellung, dass der entscheidende Abstieg vom hohen R-Sockel von über 3 auf unter 1 bereits vor dem Shutdown erfolgt ist. Und dass aus der geringen Verbesserung des R-Wertes seitdem die Geeignetheit des Shutdown i. S. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht hergeleitet werden kann.



Der Umstand, dass R bereits drei Tage vor dem Beschluss des Shutdown auf unter 1 gefallen war, lässt aber auch die weitere Frage entstehen, ob dieser überhaupt erforderlich war, um das Infektionsgeschehen zu verlangsamen. Die Bundeskanzlerin hatte zuvor mehrfach für R die Zahl 1 als Ziel genannt. Es ist aber m.E. nicht auszuschließen, dass damit nur ein Zwischenziel, nicht aber das Endziel bezeichnet war. Und in der Tat gehen ja auch beim Stand von unter 1 die Neuinfektionen weiter.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass unter dem Gesichtspunkt des Reproduktionswertes R der Shutdownbeschluss zwar erforderlich, nicht aber geeignet i.S. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes war.

## 2. Die französische Studie zur Gefährlichkeit des Coronavirus

Diese umfassende französische Studie mit dem bereits alles sagenden Titel „SARS-COV-2: fear versus data“ (singemäße Übersetzung etwa: Die Coronafurcht ist durch die Datenlage nicht gerechtfertigt) war am 19. März. in einer internationalen Fachzeitschrift, also vier Tage vor dem Shutdownbeschluss, veröffentlicht worden (Roussel et al. 2020). Gegenüber allen naiven Versuchen, sie aus der Laienperspektive zu kritisieren, sei darauf hingewiesen, dass Veröffentlichungen in internationalen Fachzeitschriften immer ein strenges Auswahlverfahren (peer review) zu durchlaufen haben. Die Studie belegt an einer großen Zahl von Probanden, dass Sars-Cov-2 in seiner Gefährlichkeit nur der eines alltäglichen Coronavirus entspricht, von denen gegenwärtig in Europa und auch in Deutschland ein knappes halbes Dutzend aktiv ist.. Seine Letalitätsrate liegt bei 1,3 %, die der untersuchten normalen Coronaviren bei 0,8 %, was keinen signifikanten Unterschied darstellt. Eine Letalitätsrate von 1,3 % bedeutet, dass auf 100 000 Infizierte 1300 Tote kommen, eine sehr geringe Anzahl in Anbetracht der in

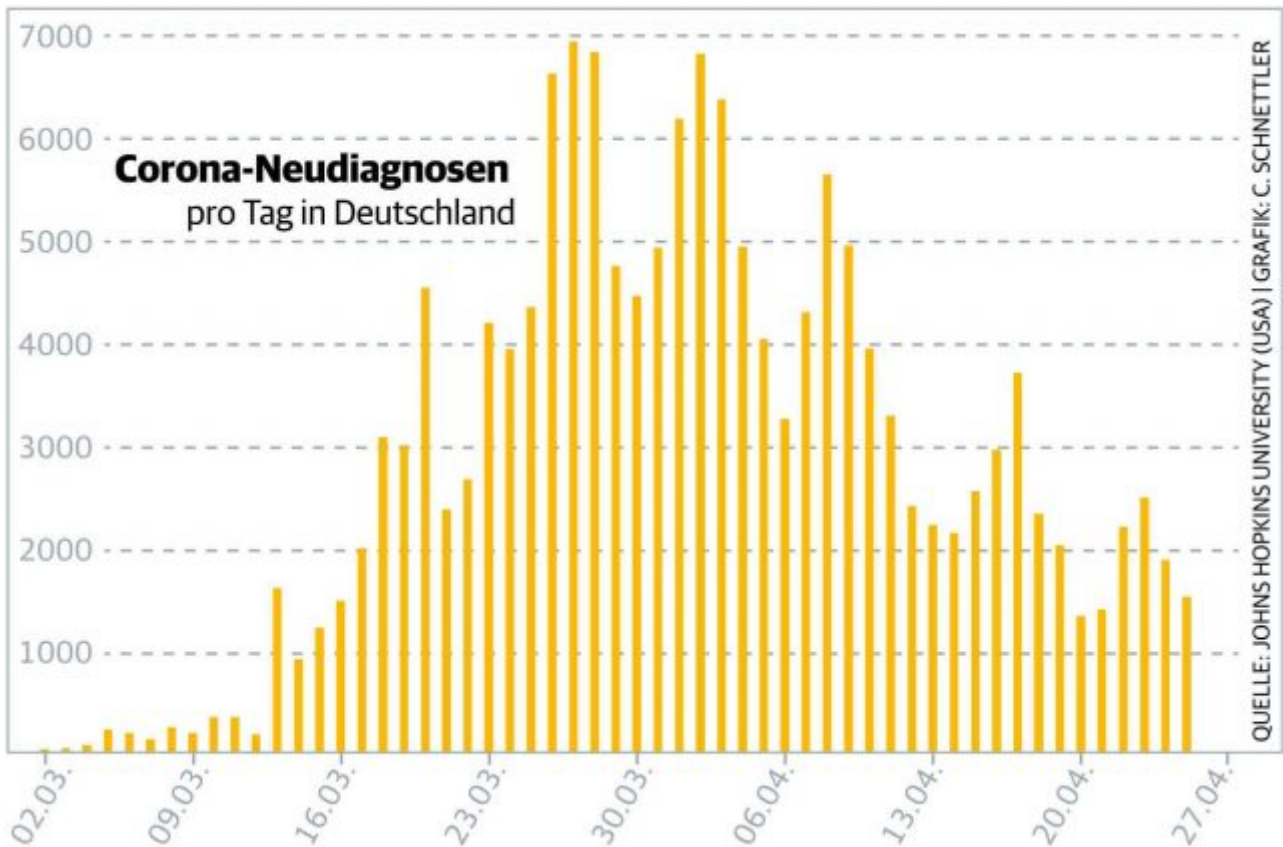
der Öffentlichkeit kolportierten und von der Politik erwarteten Opferzahlen. Dabei ist diese Zahl nicht bereinigt, d.h. sie umfasst auch die sehr große Zahl derjenigen, die nicht „an“, sondern nur „mit“ Corona verstorben sind.

Es ist Aufgabe des auf Epidemien spezialisierten RKI, die einschlägigen nationalen und internationalen Publikationen im Auge zu haben, und zwar gerade im Vorfeld einer für die Grundrechtsausübung in Deutschland so bedeutsamen Entscheidung wie die des Shutdown. Es hätte dann unverzüglich die Bundesregierung informieren müssen und diese hätte auf den Shutdown verzichten, zumindest die Entscheidung aussetzen müssen. Ein „Beurteilungsspielraum“ oder besser: eine Einschätzungspärogative, stand dem den Shutdownbeschluss umsetzenden Verordnungsgeber angesichts der beispiellosen Schwere des Grundrechtseingriffs und der Eindeutigkeit des Forschungsergebnisses nicht zu.

### **3. Die Kurve der täglichen Neudiagnosen**

Der Hannoveraner Ökonom Stefan Homburg hat in einer sehr professionellen statistischen Operation anhand der Daten der Johns-Hopkins-Universität zu den täglichen Corona-Neudiagnosen in Deutschland eine Kurve erstellt, die vom 2. März an deutlich ansteigt bis zu ihrem Peak um den 30. März herum, um dann bis zum 27. April fast ebenso deutlich zu fallen (siehe die Graphik). Diese Daten eilen freilich dem realen Infektionsgeschehen voraus, denn nach Schätzung des RKI dauert es von der Infektion bis zur offiziellen Registrierung durchschnittlich 17 Tage. Das bedeutet, dass der Peak bereits am 13. März lag. Zu diesem Zeitpunkt waren Großveranstaltungen bereits verboten worden (9. März), die Schulschließungen (16. März) und vor allem der Shutdownbeschluss (23. März) folgten erst deutlich später. Beide Maßnahmen können den Abstieg vom Peak mit 7000 täglichen Neudiagnosen auf nur noch 1500 Ende April nicht verursacht haben, eine gewisse Wirkung dürfte das Verbot von Großveranstaltungen gehabt haben. Der Abstieg vom Peak erfolgte vielmehr gemäß der inhärenten Dynamik des Epidemieverlaufs, der Shutdown war dazu nicht erforderlich. Auch in Staaten wie Südkorea, Schweden und Taiwan, die auf Shutdowns verzichtet haben, zeigte sich der für Epidemien typische Verlauf einer schnell ansteigenden und dann rasch abfallenden Kurve. Zu einer exponentiell anwachsenden Viruswelle kam es nirgends (Homburg 2020).

Aus dem Gesagten folgt in verfassungsrechtlicher Hinsicht, dass der Shutdownbeschluss vom 23. März nicht erforderlich i.S. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes war. Die Daten des RKI, das seit Anfang Mai plötzlich ebenfalls die Zahlen der täglichen Neudiagnosen zeigt, belegen, dass der Abstieg weitergegangen ist und sich seit Anfang Mai um die Zahl 900 eingependelt hat. Die z.T. künstlich in Deutschland geschürten Befürchtungen einer „zweiten Welle“ sind unreal, hierzulande hat es in den letzten 100 Jahren bei keiner Infektionswelle ein derartiges Phänomen gegeben (Bhakdi 2020 a).



#### 4. Der Vergleich mit der Grippewelle 2017 / 2018

Ein weiteres Argument gegen die allerorten, vor allem von der Politik, vorgebrachte Auffassung, der Shutdown sei zur Verhinderung der Überlastung der Krankenhäuser und zum Schutz des Lebens vieler erforderlich gewesen, ist praktischer Natur. Die Grippewelle im Winter 2017/2018 verursachte 25 000 Tote in Deutschland. Das führte aber zu keiner Zeit zu einer öffentlichen Erregung oder zu Forderungen nach einer staatlichen Reaktion. Eine solche ist auch nicht erfolgt. Nach Sucharit Bhakdi war dieser Grippeerreger um ein Vielfaches gefährlicher als Sars-Cov-2 (Bhakdi 2020). Die Frage stellt sich, warum war damals eine staatliche Reaktion auf die tausendfachen Todesfälle nicht erforderlich, in der gegenwärtigen Situation mit viel geringeren Opferzahlen aber ja. Die Antwort kann nur lauten, die vor knapp zwei Monaten erfolgte staatliche Brachialreaktion war ebenfalls nicht erforderlich.

Warum diese unglaublich heftige staatliche Reaktion auf das Coronavirus? Sachliche Gründe dafür gab es, wie gezeigt, nicht. Ich vermute, dass es eine Mischung aus Panik (angestachelt durch gewisse Virologen, vor allem das Robert Koch Institut), Herdentrieb (angesichts der Vielzahl von brachial gegen das Coronavirus vorgehender Staaten) und (gleichsam immanentem) narzistischem Regulierungsdrang der politischen Elite war.

Aus den Argumenten folgt, dass die Brachialmaßnahme des Shutdown nicht erforderlich war, um eine Umkehr des Infektionsgeschehens zu erreichen. Mit der Verneinung der Erforderlichkeit ist die Erörterung der Zweck/Mittel-Proportionalität als des dritten Erfordernisses des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entbehrlich. Der Shutdownbeschluss vom 23 März 2020 ist verfassungswidrig.

Formalrechtlich erfolgte der Beschluss als Rechtsverordnung des Bundesgesundheitsministers gem. der Ermächtigung im neuen § 5 Abs. 2 des Infektionsschutzgesetzes. Die Länder haben eigene Coronaverordnungen erlassen. Grundsätzlich verfügt der Ordnungsgeber (ähnlich wie der Gesetzgeber) über eine Einschätzungsprärogative bezüglich der Gefährdungslage und der Art der zu ergreifenden Maßnahmen, welche der Richter zu respektieren hat. Im Fall eines derart intensiven Grundrechtseingriffs wie des Shutdown allerdings ist die Einschätzungsprärogative auf Null geschrumpft und die richterliche Kontrolle wird zur Vollkontrolle. Die Bewertung der eben vorgebrachten Argumente gegen die Verfassungsmäßigkeit des Shutdown obliegt daher allein dem Gericht. Geht alles mit rechten Dingen zu, müsste es ebenfalls zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit kommen.

Der Grundrechtsverstoß kann von jedem selbst, unmittelbar und gegenwärtig von den staatlichen Maßnahmen Betroffenen im Wege der Verfassungsbeschwerde gemäß Art.93 Abs.1 Nr. 4 a GG geltend gemacht werden, über die das BVerfG im Wege der sog. Vorabentscheidung gem § 90 Abs. 2 S.2 BVerfGG vor Erschöpfung des Rechtswegs entscheiden kann. Da die Coronaverordnungen, z.B. die Hotelschließungen, keines Vollzugsaktes bedurften, ist das Erfordernis der unmittelbaren Betroffenheit gegeben, solange das Verbot besteht. Das Problem ist, dass das BVerfG frei ist in seiner Annahmeentscheidung und eine Ablehnung der Verfassungsbeschwerde nicht zu begründen braucht. Die Brisanz einer Entscheidung des BVerfG, welche einer Verfassungsbeschwerde gegen eine zentrale Maßnahme des Shutdown stattgibt, liegt auf der Hand. Das könnte das Gericht zu einer Verweigerung der Annahme verleiten. Als weiterer Rechtsweg gegen die Coronaverordnungen bliebe dann nur das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGo vor dem OVG.

## **5. Der Shutdownverlängerungsbeschluss vom 15. April 2020 und die Heinsbergstudie**

Wir kommen nun zur verfassungsrechtlichen Prüfung des Shutdownverlängerungsbeschlusses vom 15. April. Der Verlängerungsbeschluss vom 15. April brachte nur zögerliche Lockerungen. Vor allem kleinere Geschäfte, Autohäuser, Buchläden und Frisöre durften wieder öffnen, für die Schulen gab es partielle Lockerungen. Wie es sich für einen föderalen Staat gehört, wurden diese Erleichterungen in den Bundesländern durchaus unterschiedlich umgesetzt. Beibehalten am 15. April aber wurde das grundsätzliche Kontaktverbot. Geschlossen blieben Geschäfte ab einer Verkaufsfläche von 800 qm, alle Hotels und Restaurants sowie die Kitas, wobei es auch hier zu föderalen Abweichungen kam.

Da der Verlängerungsbeschluss grundsätzlich die Restriktionen des Erstbeschlusses beibehalten hat, gelten alle eben gegen diesen vorgebrachten verfassungsrechtlichen Argumente ebenfalls. Der Fall des Verlängerungsbeschlusses hat aber ein Spezifikum insofern, als die Veröffentlichung wissenschaftlicher Ergebnisse von durchaus verfassungsrechtlicher Bedeutung unmittelbar vorausgegangen war.

Eine Anfang April von einer Forschergruppe um den Bonner Virologen Hendrik Streeck erhobene repräsentative Stichprobe mit 1.000 Probanden in der

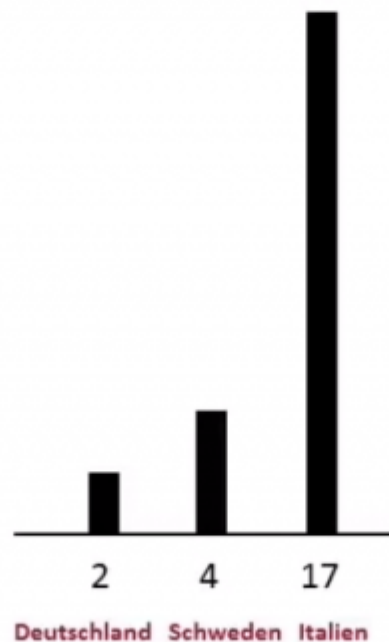
nordrhein-westfälischen Gemeinde Gangelt im Kreis Heinsberg hatte nämlich als Zwischenergebnis nach der Untersuchung von 500 Probanden die äußerst geringe Letalitätsrate von 0,37 % der Infizierten erbracht, wie auf einer Pressekonferenz am 9. April in Anwesenheit von NRW-MP Armin Laschet von Streeck mitgeteilt wurde. Diese Letalitätsrate von 0,37 %, welche das Ergebnis der französischen Studie noch weit unterschreitet, wurde von Streeck Anfang Mai in seinem Endbericht bestätigt. Das wären 370 Tote auf 100.000 Infizierte und 740 Tote auf 200 000 Infizierte, wobei die Infiziertenzahl in Deutschland gegenwärtig (Mitte Mai) ungefähr 170 000 beträgt. Diese Zahlen weisen SARS-CoV-2 als ein weitgehend harmloses Virus aus. Hinzu kommt, dass die weit überwiegende Zahl der Toten keine „an“ Corona gestorbene Toten sind. Sucharit Bhakdi berichtet von einer amtlichen Zählung der italienischen Regierung, nach der nur 12 % der sog. Coronatoten tatsächlich „an“ dem Virus gestorben waren (Bhakdi 2020 a) – eine Zahl, die in den deutschen Medien nie auftauchte und die der Zählung des Hamburger Rechtsmediziners Klaus Püschel von Null „echten“ Coronatoten nahe kommt.

Im Endergebnis heißt das, dass in Deutschland bei 170 000 Infizierten die Zahl der „echten“ Coronatoten bei unter 100 liegt. Angesichts dieser unglaublich niedrigen Zahl ist evident, dass die deutsche Coronapolitik mit all ihren rigiden Einschränkungen, ihrem großen sozialen, die berufliche Existenzvernichtung einschließenden Leid, ihren erheblichen gesundheitlichen Schäden infolge unterlassener Operationen und Behandlungen und ihren exorbitanten Kosten für Staat und Gesellschaft außerhalb jeder Erforderlichkeit liegt und auch jede Form von Zweck/Mittel-Proportionalität sprengt und damit verfassungswidrig ist. Wer sagt, auch bei 100 Toten sei jeder Tote einer zu viel und der Staat zu jeder Anstrengung verpflichtet, den Tod zu vermeiden, der sei daran erinnert, wie ungerührt Öffentlichkeit und Staat die 25 000 Grippeopfer im Winter 2017 / 2018 hingenommen haben

## **6. Zum Abschluss: der Blick aus der Vogelperspektive nach John Ioannidis und Sucharit Bhakdi**

John Ioannidis lehrt an der amerikanischen Eliteuniversität Stanford und ist einer der meist zitierten Wissenschaftler der Welt, sein Spezialgebiet ist die sog. Metaforschung (das ist die kritische wissenschaftliche Begutachtung der Methoden und Ergebnisse der vorliegenden Forschung ). Zum 4. April 2020 hat er eine Studie vorgelegt, nach der gemäß amtlicher Zahlen bei den Jahrgängen 80 und älter unter 10 000 Personen in Deutschland 2 Coronatote, in Schweden 4 und in Italien 17 Coronatote zu verzeichnen waren ( vgl. die folgende Graphik ).

## Risiko an COVID-19 zu versterben im Alter $\geq 80$ (pro 10.000) – Berechnung aufgrund der Daten bis Anfang April 2020



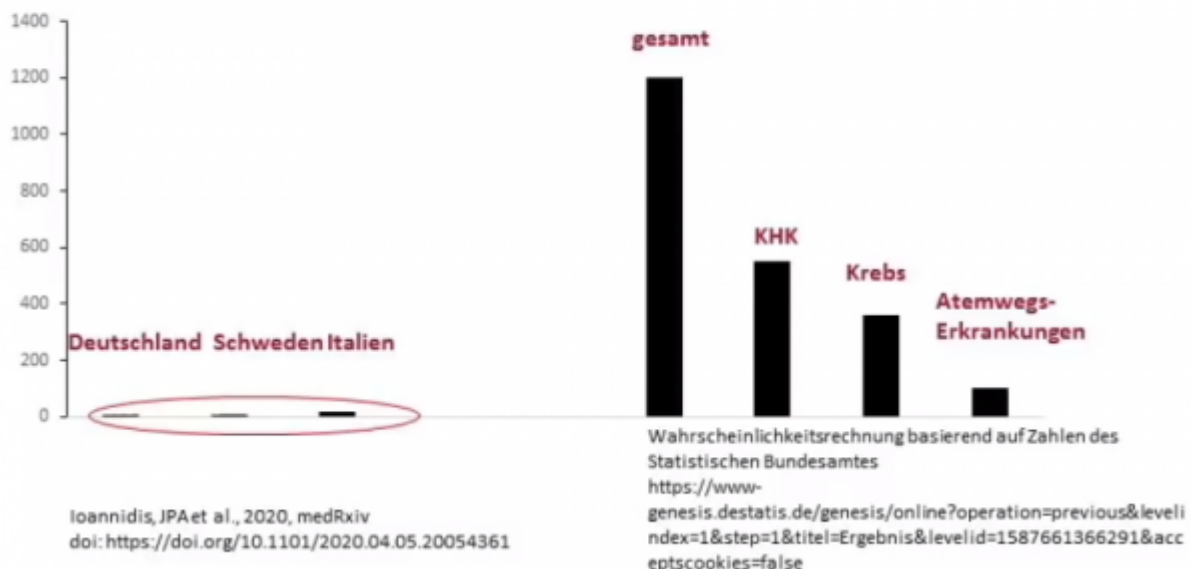
Ioannidis, JPA et al., 2020, medRxiv  
doi: <https://doi.org/10.1101/2020.04.05.20054961>

Die Graphik erfasst nur die Menschen von 80 Jahren und älter, weil unter dieser Altersgrenze zu wenig Todesfälle für eine statistische Erfassung vorlagen.

Nach einer Einschätzung von Sucharit Bhakdi, ebenfalls anhand amtlicher Zahlen je 10 000 Einwohner, hatten sich die Todeszahlen in Deutschland und Schweden bis Ende April vervierfacht, in Italien verdreifacht (auf 8 und 16 bzw 50 Tote). Die untere Graphik zeigt rechts nun für Deutschland die seit langem beobachtbare Verteilung der gegenwärtig 80 Jährigen auf die unterschiedlichen Todesursachen im Rahmen einer Gesamtsterblichkeit von 1200 Todesfällen. An Koronaren Herzkrankheiten ( KHK ) verstarben etwa die Hälfte, an Krebs etwa ein Drittel und an Atemwegserkrankungen etwa 10 %. Links auf der Graphik befinden sich die Balken für die Coronatoten in Deutschland, Schweden und Italien. Sie sind winzig klein im Fall Deutschlands und Schwedens, und sehr klein sogar im Fall Italiens. Dabei ist auch hier in Rechnung zu stellen, dass alle Coronatoten erfasst sind, also auch die nur „mit“ Corona Verstorbenen. Von dieser Zahl dürften etwa nur 12 % echte Coronatote sein.

**Risiko an COVID-19  
im Alter ≥80 zu versterben  
(pro 10.000 Menschen)**

**Wahrscheinlichkeit im Alter ≥80 in  
Deutschland zu sterben  
(pro 10.000 Menschen)**



Der Blick aus der Vogelperspektive löst sich von der isolierten Fixierung auf die Coronazahlen und stellt diese in den Gesamtzusammenhang der Sterbefälle in einem Land. Dadurch tritt die verschwindend geringe Bedeutung der Coronasterbefälle plastisch hervor – mein letztes Argument gegen die Erforderlichkeit des Shutdowns in Deutschland.

#### Quellenverzeichnis

Bhakdi, Sucharit 2020: Offener Brief an die Bundeskanzlerin, Video vom 29.3.

Ders., 2020 a, bei Punkt.Preradovic, Video vom 25. 4.

Homburg, Stefan 2020: Statistik widerspricht Lockdown, RP ONLINE, vom 27.4.

Roussel, Yanis et al. 2020: SARS-CoV-2: fear versus data, in: International Journal of Antimicrobial Agents, 19 March.

*Der Autor war Prof. für öffentliches Wirtschafts- und Finanzrecht sowie Politikwissenschaft am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hannover und ist seit 2007 im Ruhestand. Er lehrte jahrzehntelang Wirtschaftsverfassungsrecht an seinem Fachbereich in Hannover.*