

Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen aus Anlass der COVID-19-Pandemie

Rechtsgutachten

erstattet von

Prof. Dr. Friedhelm Hufen

o. Professor für Öffentliches Recht – Staats- und Verwaltungsrecht
an der Universität Mainz

Mitglied des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz a.D.

im Auftrag der

BAGSO – Bundesarbeitsgemeinschaft der Seniorenorganisationen e.V.

November 2020



Inhaltsverzeichnis

I. Gegenstand des Gutachtens, Sachverhalt, Problemstellung	5
1. Gegenstand	5
3. Problemstellung – Gutachtenauftrag	8
4. Gang der Untersuchung	10
II. Sachliche und persönliche Schutzbereiche, Adressaten und Funktionen der Grundrechte	11
1. Persönlicher Schutzbereich – Grundrechtsträger	11
2. Sachlicher Schutzbereich – einzelne Grundrechte	11
a. Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG)	11
b. Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG)	11
c. Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG)	12
d. Freizügigkeit (Art. 11 GG) / freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG)	12
e. Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) / Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG)	12
f. Religionsfreiheit (Art. 4 GG)	12
g. Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)	12
h. Schutz des Eigentums (Art. 14 GG)	13
i. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) / Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 3 GG)	13
3. Grundrechtsadressaten – Drittwirkung	13
a. Staatsorgane, Behörden und öffentliche Heimträger	13
b. Private Träger – Drittwirkung der Grundrechte	14
4. Funktionen der Grundrechte	16
a. Abwehrrechte	16
b. Objektive Schutzpflichten	16
c. Teilhaberechte	16
d. Grundrechtsschutz durch Verfahren	17
III. Grundrechtseingriffe	17
1. Allgemeines	17
2. Besuchsverbote und Isolationsmaßnahmen	18
a. Eingriffe in das Recht auf Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG)	18
b. Eingriffe in Grundrechte Dritter	18
c. Insbesondere: Menschen in Palliativeinrichtungen und Hospizen	19
d. Insbesondere: Demenzpatienten	19
3. Ausgangssperren	19
4. Sonstige Maßnahmen	19

IV. Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen	20
1. Allgemeines	20
2. Keine Rechtfertigung für Eingriffe in die Menschenwürde	20
3. Keine Rechtfertigung durch unterstellte oder unter Druck erteilte Einwilligung	20
4. Grundrechtskonforme Verfahren	21
5. Eingriffsgrundlage	21
a. Hausrecht des Trägers	21
b. Normen des Infektionsschutzgesetzes	22
c. Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit – zu weite Ermessens- und Beurteilungsspielräume	23
d. Verpflichtende Ausnahmebestimmungen	24
6. Verhältnismäßigkeit – praktische Konkordanz	25
a. Allgemeine Voraussetzungen	25
b. Grund der Einschränkung – Gemeinwohlziele	25
(1) Leben und Gesundheit der Bewohner	25
(2) Schutz des Personals	26
(3) Schutz der Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems	26
c. Eignung	26
d. Erforderlichkeit	27
e. Zumutbarkeit	29
V. Anwendung auf einzelne Maßnahmen und Einrichtungen	29
1. Besuchsverbote	29
2. Insbesondere: Schutz vor Sterben in Einsamkeit – Palliativeinrichtungen und Hospize	30
3. Insbesondere: Demenzkranke	31
4. Getrennte Wohneinheiten / Betreutes Wohnen / Selbstbestimmte Wohngemeinschaften	31
5. Ausgangssperren und Quarantänepflicht bei Rückkehr	32
6. Interne Maßnahmen	33
VI. Rechtsfolgen und Rechtsschutz bei Grundrechtsverletzungen	33
1. Maßnahmen öffentlicher Träger	33
2. Durchsetzung der Schutzpflicht der Aufsichtsbehörden	34
3. Private Träger	34
4. Verfassungsbeschwerde und einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts	35
VII. Zusammenfassung und Ausblick	35

1. Gegenstand des Gutachtens, Sachverhalt, Problemstellung

1. Gegenstand

Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens ist die Frage der Rechtmäßigkeit von Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen sowie interner Restriktionen in Einrichtungen der stationären Langzeitpflege (Alten- und Pflegeheime einschließlich Palliativ- und Hospizeinrichtungen) im Zusammenhang mit der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie.

2. Sachverhalt

Kurz nach dem Ausbruch der „Corona-“ oder auch COVID-19-Pandemie kam es in einzelnen Alten- und Pflegeheimen zu einigen spektakulären Ausbrüchen der Krankheit¹ mit zahlreichen toten Heimbewohnern² und schwer erkrankten Pflegekräften. Alte und Pflegebedürftige wurden als besonders schutzbedürftige „Risikopatienten“ gesehen. Aussagen wie „jeder dritte Tote ist ein Heimbewohner“³ taten ein Übriges. Da zudem in den wenigsten Einrichtungen hinreichend Testmöglichkeiten, Masken und Schutzkleidung zur Verfügung standen,

wurde vor allem defensiv mit einer vollständigen oder partiellen Schließung der Heime reagiert. Fast alle „Corona-Verordnungen“ der Länder enthielten besondere Einschränkungen für Alten- und Pflegeheime⁴. Diese Einschränkungen gehörten zu einer ganzen Reihe von Maßnahmen, die später allgemein als Überreaktionen eingeschätzt wurden⁵, trafen aber die Bewohner von Alten- und Pflegeheimen sowie deren Angehörige besonders hart. Sie führten dazu, dass Heimbewohner teilweise über mehrere Monate von ihren Ehepartnern, Eltern und Kindern sowie Geschwistern getrennt waren und darüber hinaus auch keinen Kontakt zu Ärzten, Therapeuten, Seelsorgern, Betreuern und Rechtsbeiständen hatten – und das, obwohl die alsbald verabschiedeten Corona-Schutzverordnungen der Bundesländer durchgehend Ausnahmebestimmungen zugunsten dieses Personenkreises vorsahen. Parallel kam es zu scharfen Ausgangsbeschränkungen oder der Androhung einer teils mehrwöchigen Quarantäne oder gar eines „Zimmerarrests“ nach Rückkehr ins Heim. Nicht zufällig wurden die Maßnahmen mit Vokabeln wie „Einsperren“, „Hausarrest“ und „Gefängnis“ in Verbindung gebracht. Neben den „lock down“ der Wirtschaft trat – von der Öffentlichkeit zunächst

- ///
- 1 Drastisch vor allem der Fall „Hanns-Lilje-Heim“ in Wolfsburg mit 100 infizierten Bewohnern und 40 betroffenen Beschäftigten (Angaben nach Hart aber fair: Das Virus kommt mit Macht zurück: Wer schützt jetzt die Alten? 2020 [Fernsehsendung], WDR, Montag, 12.10.2020, 21.00–22.15 Uhr [01:14:58 Std], <https://www1.wdr.de/daserste/hartaberfair/videos/video-das-virus-kommt-mit-macht-zurueck-who-schuetzt-jetzt-die-alten-100.html>, letzter Abruf: 04.11.2020).
 - 2 Hier und bei ähnlichen Begriffen sind in der Folge auch weibliche Personen immer einbezogen.
 - 3 Hart aber fair (Fn. 1).
 - 4 Vgl. die Zusammenstellung bei BIVA-Pflegeschatzbund, Übersicht über Besuchseinschränkungen in Alten- und Pflegeheimen wegen Corona, <https://www.biva.de/besuchseinschraenkungen-in-alten-und-pflegeheimen-wegen-corona/> (letzter Abruf: 02.10.2020).
 - 5 Barczak, Der nervöse Staat, 2020.

kaum beachtet – ein „lock in“ für alte und pflegebedürftige Menschen in Heimen.

Bald berichteten die Medien von verzweifelten Versuchen von Ehepartnern, Kindern und anderen Angehörigen, Isolation und Einsamkeit in Pflegeheimen zu durchbrechen. Eine Tochter berichtete davon, dass sie seit Monaten ihre 96-jährige Mutter nicht sehen konnte, dass ihnen selbst Distanzbesuche mit drei Metern Abstand vor der Haustüre untersagt wurden, dass ihre Angehörige nach eigener Auskunft nur noch den Wunsch verspüre zu sterben, weil sie „so“ nicht mehr leben wolle⁶. Gravierend waren und sind auch die nachgewiesenen Gesundheitsschäden als unmittelbare Folge der Isolation, die unter anderem dadurch entsteht, dass begleitende Pflege durch Angehörige, etwa in Form des Anreicherns von Nahrung und Flüssigkeit, ausbleibt, dass die Versorgung durch externe Therapeuten und Ärzte unzureichend ist und dass es an frischer Luft, Licht und Bewegung mangelt. Darüber hinaus besteht generell die Gefahr von geistigem und körperlichem Abbau und

von Depressionen bis hin zum Suizid. Auch die fehlende Aufsicht und Kontrolle durch die dafür zuständigen Stellen, die mangelhafte Information und der Verlust der Kontrolle aufseiten der Angehörigen und zumindest in Einzelfällen geradezu diktatorisches Verhalten von Heimleitungen und Pflegern wurden beklagt. Besonders betroffen waren die gänzlich auf fremde Hilfe angewiesenen Personen sowie die an Demenz erkrankten Bewohner, die nach übereinstimmender Expertenmeinung noch mehr als andere auf persönliche Nähe und Begegnung mit wenigen vertrauten Personen, insbesondere dem Ehepartner, dem Sohn oder der Tochter angewiesen sind und nicht begreifen konnten, warum diese ausblieben⁷. Der lange vor dem physischen Tod eintretende „soziale Tod“ in Einsamkeit⁸ und ein einsames Sterben – ein Schreckensbild jeder menschenbezogenen Ethik – wurde vielfach zur Realität. Durch einzelne Landesverordnungen eingeräumte Besuchszeiten⁹ reichten vielfach nicht aus oder wurden durch die Heime uneinheitlich und nicht verlässlich umgesetzt. Bewohner und Verwandte



6 Ott, Letzter Wille ungewiss, SZ vom 08.04.2020 – „Das Besuchsverbot in Altenheimen lässt Menschen verzweifeln“. Die Auftraggeberin des vorliegenden Rechtsgutachtens verfügt über eine Sammlung von Schilderungen von Betroffenen und deren Angehörigen, denen allen schwerwiegende Klagen über die Isolation und deren Folgen in Pflegeheimen gemeinsam ist.

7 Dämon, Für Demenzkranke ist die Isolation fatal. Der Gießener Soziologe Reimer Gronemeyer beschäftigt sich mit den Corona-Folgen für die Bewohnerinnen und Bewohner von Heimen, Frankfurter Rundschau vom 09.09.2020; Janssens (Präsident der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin e.V.): Angehörige für Demenzkranke unabdingbar, in: Hart aber fair (Fn. 1).

8 Elias, Über die Einsamkeit der Sterbenden in unseren Tagen, 8. Aufl. 1995.

9 Vgl. etwa § 7 Abs. 3 der Vierten Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz vom 17.04.2020, der Eltern, Ehegatten, Seelsorger, Rechtsbeistände und externes medizinisches Personal ausdrücklich von Besuchsverboten ausnimmt, und Abs. 5, der die Begleitung von Schwerkranken oder Sterbenden bzw. von Geburten ebenso ausdrücklich privilegiert; https://msagd.rlp.de/fileadmin/msagd/Gesundheit_und_Pflege/GP_Dokumente/Informationen_zum_Coronavirus/200420_4_Corona_Bekaempfungsverordnung_konsolidierte_Fassung.pdf (letzter Abruf: 04.11.2020).

sahen sich hilflos fremden Entscheidungen ausgeliefert und mit Einschränkungen konfrontiert, mit denen sie beim Einzug in die Einrichtung nicht rechnen konnten. Folgenreich waren auch der Fortfall von Angeboten der Gesundheitsförderung, Prävention und Rehabilitation sowie der angeordnete Verzicht auf gemeinsame Mahlzeiten oder andere Gemeinschaftsveranstaltungen sowie die Schließung von Freizeitbereichen und – in zumindest einem berichteten Fall – sogar einer Kapelle in einem katholischen Heim¹⁰.

Diese Härten und teilweise Widersprüchlichkeiten führten schon im Frühjahr 2020 nicht nur zu entschiedenen Stellungnahmen von Verbänden – darunter mehrfach der Auftraggeberin des vorliegenden Rechtsgutachtens¹¹ –, sondern bewirkten auch das Aufgreifen des Themas durch Politiker. So wurden in der Telefonschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidentinnen und –präsidenten der Länder am 6. Mai 2020¹² nicht nur Maßnahmen zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie besprochen, sondern auch explizit Öffnungsschritte für Krankenhäuser, Pflegeheime und Behinderteneinrichtungen vereinbart und betont, dass Regularien nicht zur voll-

ständigen sozialen Isolation der Betroffenen führen dürfen. Ähnliches geschah in der Gesundheitsministerkonferenz vom 18. Juni 2020, bei der u. a. die Erarbeitung von Besuchskonzepten angemahnt wurde. Dies schlug sich in einzelnen Verordnungen der Länder nieder, die z.T. feste und erweiterte Besuchsmöglichkeiten, die Gewährleistung der Sterbebegleitung sowie den Zugang von Seelsorgern, Therapeuten, Rechtsanwälten vorsehen und statt auf Isolation auf Schutzmaßnahmen wie Händedesinfektion, Alltagsmaske, besondere Besucherzimmer und besondere Schutzbereiche setzen¹³. Größtenteils wurde bei Einhaltung von Schutzmaßnahmen auch das kurzzeitige Verlassen der Einrichtungen und die Rückkehr ohne Quarantäne ermöglicht.

Die Probleme waren damit allerdings nicht gelöst. Zum einen betrafen die Erleichterungen nicht alle Bundesländer und schränkten auch das Ermessen der Behörden und der Heimleitungen nicht ein. So wurden teilweise innerhalb eines Bundeslandes, ja sogar innerhalb einer Stadt oder eines Landkreises höchst unterschiedliche Wege beschritten.

10 Badische Zeitung vom 15.10.2020.

11 BAGSO, Soziale Isolation von Menschen in Pflegeheimen beenden!, Stellungnahme vom 27.04.2020, S. 1, https://www.bagso.de/fileadmin/user_upload/bagso/o6_Veroeffentlichungen/2020/Stellungnahme_Soziale_Isolation_Pflegeheime.pdf; BAGSO, Besuche in Pflegeheimen: Einrichtungen brauchen klare Vorgaben und mehr Unterstützung, Stellungnahme vom 25.05.2020, https://www.bagso.de/fileadmin/user_upload/bagso/o6_Veroeffentlichungen/2020/barrierefrei_BAGSO_4_seiter_stellungnahme_besuche_in_pflegeheimen_corona....pdf (letzter Abruf: jeweils 04.11.2020).

12 https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/beschluss-bund-laender-oeffnungen-6-mai.pdf;jsessionid=FoE56BF59114FAC45D6274265D37E22D.1_cid287?__blob=publicationFile&v=1 (letzter Abruf: 04.11.2020).

13 BIVA Pflegeschutzbund, Übersicht über Besuchseinschränkungen in Alten- und Pflegeheimen wegen Corona (Fn. 4).

Zum anderen wurden wichtige Erleichterungen in etlichen Einrichtungen nicht umgesetzt. Einzelne Heimleitungen betonten, dass Besuchsverbote und Ausgangssperren in jedem Fall aufrechterhalten bleiben¹⁴. Das betraf sogar so besonders sensible Bereiche wie das „Sterben in Einsamkeit“ und die seelsorgerische Betreuung. Alten- und Pflegeheime geraten gerade seit dem Neuanstieg der Infektionszahlen im Oktober/November 2020 wieder in den Mittelpunkt. Zwar betonen der zuständige Minister *Spahn*¹⁵ und andere Politiker immer wieder, dass es nicht zu einer neuen Totalsperre der Heime kommen dürfe. Das trifft sich mit erneut erhobenen Forderungen der Verbände¹⁶ und auch mit Zusicherungen führender Politiker und Wissenschaftler, die auf Schutzmaßnahmen im Einzelfall, insbesondere den Einsatz von Schnelltests setzen und übereinstimmend betonen, dass eine erneute Isolation vermieden werden müsse¹⁷. Die Rechtslage ist aber insofern nach wie vor nicht hinreichend bestimmt. Deshalb gibt es bereits wieder Berichte von Angehörigen, dass die Heime Zugangsbeschränkungen strenger handhaben, als es die einschlägi-

gen Rechtsgrundlagen erlauben¹⁸. Wichtiger als die verfassungsrechtliche Beurteilung der Situation im März 2020 ist also die Verhinderung erneuter verfassungswidriger Zustände.

3. Problemstellung – Gutachtauftrag

Die BAGSO – Bundesarbeitsgemeinschaft der Seniorenorganisationen e.V. hat den Verfasser dieses Gutachtens mit der vertieften Überprüfung der Besuchsverbote, Ausgangssperren und vergleichbarer Maßnahmen in Alten- und Pflegeheimen unter Einschluss von Palliativstationen und Hospizen beauftragt. Ebenso geht es um die Erarbeitung verfassungskonformer Lösungen für die Zukunft und vor dem Hintergrund neuer Entwicklungen. Die genannten Einschränkungen betreffen grundlegende verfassungsrechtliche Garantien, insbesondere der Freiheitsrechte – im schlimmsten Fall sogar die Menschenwürde – der Bewohner, aber auch der Angehörigen, Seelsorger und Betreuer. Im Einzelfall können auch Heimträger grundrechtsbetroffen sein – etwa wenn sie sich gegen staatliche Verordnun-

14 So hat die Leiterin einer Mainzer Seniorenresidenz kategorisch erklärt, dass sie Besucher ggf. noch auf Wochen hinaus nicht zulassen will (Allgemeine Zeitung Mainz vom 07.05.2020, S. 9).

15 „Es braucht keine Besuchsverbote in Pflegeheimen mehr“, 02.09.2020, u. a. zitiert von aerzteblatt.de oder zeit.de, siehe auch <https://www.tagesschau.de/inland/spahn-corona-123.html> (letzter Abruf: 02.10.2020).

16 Vgl. die Meldung der BAGSO „Schnelltests sollen Isolation von Heimbewohnern verhindern“ vom 15.10.2020, <https://www.bagso.de/spezial/aktuelles/detailansicht/schnelltests-sollen-isolation-von-heimbewohnern-verhindern/>, und das Positionspapier „Jetzt erst recht! – Lebensbedingungen älterer Menschen verbessern“ vom 17.09.2020, https://www.bagso.de/fileadmin/user_upload/bagso/06_Veroeffentlichungen/2020/BAGSO-Positionspapier_Jetzt_erst_recht_Lebensbedingungen_aelterer_Menschen_verbessern.pdf (letzter Abruf: jeweils 04.11.2020).

17 Exemplarisch der Pflegebeauftragte der Bundesregierung *Westerfellhaus*: „Das darf nicht mehr passieren“, in: *Hart aber fair* (Fn. 1).

18 *Klapsa*, Schon wieder Besuchsverbote im Pflegeheim?, *Die Welt* vom 22.10.2020.

gen und Aufsichtsmaßnahmen wenden¹⁹. Auch wenn zwischenzeitlich – mehrheitlich unzureichende – Erleichterungen und strikt begrenzte Besuchsmöglichkeiten vorgesehen wurden und weitere geplant sind, ist das Problem damit nicht „erledigt“. Es bleiben problematische Ermessensspielräume sowie vor allem die Wiederholungsgefahr aufgrund der neueren Entwicklung.

In Literatur und Rechtsprechung werden die genannten verfassungsrechtlichen Probleme zwar vereinzelt diskutiert²⁰, aber viele Fragen für künftige Fälle bleiben offen. Anders als zu den vergleichbaren Problemen beispielsweise der coronabedingten Versammlungsverbote, der Einschränkungen von Gottesdienstbesuchen oder auch der partiellen Schließung von Gaststätten, Restaurants, ja sogar Bars, Bordellen und Shisha-Bars existiert bisher zum Problem der Isolation von Pflegeheimbewohnern vergleichsweise wenig Rechtsprechung. Das liegt zum einen daran, dass die Träger der Einrichtungen zumeist privatrechtlich sind, also nicht der Sozial- oder Verwaltungsrechtsweg, sondern der bei weitem risikoreichere Zivilrechtsweg eröffnet ist, und die Auseinandersetzungen zumeist im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes verbleiben. Zum anderen kann aber vermutet werden, dass wegen des Abhängigkeitsverhältnisses der Bewohner von Heimleitungen und Personal die Befürchtung besteht, die Ein-

legung von Rechtsmitteln könne möglicherweise den Klägern oder ihren Angehörigen schaden.

Dem Verfasser liegen zwei Urteile von Amtsgerichten vor²¹. Im ersten Urteil wird eine einstweilige Verfügung aufgehoben, mit der die Tochter einer schwer Demenzerkrankten den Zugang unter Hinweis auf die schwerwiegenden psychologischen Folgen gerade für Demenzkranke erstritten hatte. Das Gericht folgte aber dem Antrag der Heimleitung, wonach das Besuchsverbot gerade bei einer schwer zu kontrollierenden und mit hohem Bewegungsdrang und geringer Einsichtsfähigkeit versehenen Demenzkranke zum Schutz der übrigen Heimbewohner und des Personals erforderlich sei.

Im zweiten Urteil setzen sich dagegen die Töchter eines schwer demenzkranken Verfügungsklägers durch und erstreiten einen aus § 862 Abs. 1 BGB begründeten Zugang wegen der in der Zugangssperre liegenden Besitzstörung. Ferner weist das Gericht auf die Vorsorgevollmacht der Töchter hin, zu deren Vollziehung eine Kontrolle über die Ausübung der Fachpflege erforderlich sei. Abgesehen von einem kurzen Hinweis auf Art. 6 GG im erstgenannten Urteil gehen die beiden Zivilgerichte nicht auf die verfassungsrechtlichen Probleme von Besuchsregelungen ein.



19 So war der Badischen Zeitung vom 13.10.2020, S. 5, zu entnehmen, dass sich ein Betreiber gegen möglicherweise drohende Schließungsanordnungen wehren will.

20 *Hufen*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Isolation von Bewohnern in Alten- und Pflegeheimen, *Gesundheit und Pflege* 2020, S. 93 ff.; *Schaltke*, Corona-Fälle aus der Rechtsschutzpraxis, *NJW* 2020, 2759; *Kießling*, Viele Corona-Maßnahmen sind rechtswidrig, *FAZ* vom 30.09.2020, S. 2; allg. auch *Kersten/Rixen* (Hg.), *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2020.

21 *AG Schöneberg*, Beschluss vom 29.04.2020, C 56/20, und *AG Dippoldiswalde*, Urteil vom 27.04.2020, 4 C 219/20.

In einer weiteren Entscheidung betont das OVG Berlin-Brandenburg zwar die Unzulässigkeit pauschaler Beschränkungen und die menschenrechtliche Dimension des Problems, hebt aber den Beurteilungsspielraum des Heimträgers hervor und hält im konkreten Fall Besuchsregeln im Hinblick auf den Gesundheitsschutz der Bewohner für verhältnismäßig²².

Dagegen hat das VG Minden²³ kürzlich einem Eilantrag gegen Zugangsbeschränkungen stattgegeben und dies mit dem Fehlen einer hinreichenden gesetzlichen Eingriffsgrundlage für die Isolierung in Pflegeeinrichtungen begründet.

Über die Klärung verfassungsrechtlicher Fragen hinaus soll das Gutachten zur Rechtssicherheit für alle Beteiligten, Behörden und Gerichte, aber auch zur Versachlichung der rechts- und gesundheitspolitischen Diskussion beitragen. Soweit das Gutachten Grundrechtsverletzungen aufzeigt, wird damit nicht die in Zeiten der Pandemie besonders schwierige Situation der Pflegeheime und ihrer Leitungen und der aufopferungsvolle Dienst der Pflegekräfte infrage gestellt. Auch sei vorab betont, dass die Beurteilung vielfach von den besonderen baulichen, finanziellen und personellen Bedingungen der einzelnen Einrichtungen abhängt. Das beeinflusst selbstverständlich auch die Beurteilung der Maßnahmen im Einzelfall.

4. Gang der Untersuchung

Der Aufbau der folgenden Untersuchung ist durch das von Verfassungsgerichten verwandte Schema der Grundrechtsprüfung bestimmt. Geklärt wird zunächst der **sachliche und personelle Schutzbereich der Grundrechte** der Heimbewohner und Pflegebedürftigen, aber auch der Verwandten, Ärzte, Seelsorger und der Heimträger im Verhältnis zur Staatsaufsicht sowie die in Betracht kommenden Grundrechtsadressaten (Staat, Kommunen, öffentliche und private Heimträger) (II). Im Anschluss daran wird geprüft, inwiefern Besuchsverbote, Ausgangssperren und interne Anordnungen **Grundrechtseingriffe** darstellen (III). Sodann ist zu fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Eingriffe **verfassungsrechtlich gerechtfertigt** werden können (IV). Es folgt die **Einzelbeurteilung** bestimmter Maßnahmen (V). Abschließend wird auf die **Rechtsfolgen** von Grundrechtsverletzungen und **Rechtsschutzmöglichkeiten** der Betroffenen eingegangen (VI).

22 OVG Berlin-Brandenburg, 03.04.2020, NJW 2020, 1752.

23 Beschluss vom 14.10.2020 – 7 L 729/20.

II. Sachliche und persönliche Schutzbereiche, Adressaten und Funktionen der Grundrechte

1. Persönlicher Schutzbereich – Grundrechtsträger

Als Grundrechtsträger kommen für die vorliegende Untersuchung vor allem Heimbewohner und Pflegebedürftige in Betracht. Diese sind ungeachtet ihres Lebensalters, ihres Gesundheitszustands, ihrer geistigen und körperlichen Fähigkeiten und ihrer Betreuungsbedürftigkeit uneingeschränkt Träger der Grund- und Freiheitsrechte. Dasselbe gilt für Angehörige, Seelsorger, Therapeuten und – im Verhältnis zum Verordnungsgeber und zu staatlichen Behörden – auch die privaten Heimträger. Grundsätzlich gelten die genannten Grundrechte auch für demente und nicht einwilligungsfähige Menschen im Rahmen der jeweiligen subjektiven Fähigkeiten²⁴.

2. Sachlicher Schutzbereich – einzelne Grundrechte

Der sachliche Schutzbereich eines Grundrechts umreißt diejenigen Handlungen, Sachverhalte, Lebensräume und ggf. Einrichtungen, die durch ein Grundrecht geschützt

und damit gegen ungerechtfertigte Eingriffe gesichert sind²⁵.

a. Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG)

Unabhängig von Alter, körperlicher und seelischer Gesundheit sowie Entscheidungsfähigkeit schützt die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) den Kernbereich menschlicher Selbstbestimmung, die persönliche Integrität und auch die Existenz des Menschen als „Sozialwesen“²⁶ und damit soziale Kontakte – vor allem in Grenzsituationen des Lebens und ganz besonders bei der Geburt und im Sterben. Sowohl das BVerfG²⁷ als auch der EGMR²⁸ haben immer wieder selbst für Strafgefangene das Verbot völliger Isolation und der Kontaktsperre hervorgehoben, und nicht umsonst ist von „Isolationsfolter“ und mit ihr von einem klassischen Tatbestand der Verletzung der Menschenwürde die Rede. Was nach dieser Rechtsprechung selbst für Schwerstverbrecher gilt, muss – unter welchen Bedingungen auch immer – umso mehr für unschuldig in diese Situation gelangte Pflegebedürftige und Heimbewohner gelten.

b. Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG)

Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit schützt die physische, aber auch die seelische Integrität²⁹ der Heim-

24 BVerfG, 29.01.2019, NJW 2019, 1201 – Wahlrechtsausschluss; *Deutscher Ethikrat*, Demenz und Selbstbestimmung, 2012.

25 *Hufen*, Staatsrecht II. Grundrechte. 8. Aufl. 2020, § 6 Rn. 2 ff.

26 *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Art. 1, Rn. 59; *Hufen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 8. Aufl. 2020, § 10 Rn. 14.

27 BVerfGE 45, 187, 238; BVerfGE 64, 261, 272.

28 EGMR, 10.04.2012, NVwZ 2013, 925.

29 BVerfGE 56, 54, 75; auch EGMR, NJW 2019, 1733 – Kindeswohl; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Art. 2 II Rn. 33 ff.; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 223 ff.

bewohner und der in diesen Einrichtungen tätigen Menschen. Es umfasst auch die Schutzpflicht des Staates (dazu unten II 4 b und VI 2) und der Träger von Pflegeeinrichtungen für Leben und Gesundheit. Die seelische Gesundheit ist der körperlichen Gesundheit in der Schutzwirkung des Grundrechts nicht nach-, sondern gleichgeordnet³⁰.

c. Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG)

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt u. a. die Selbstbestimmung über das eigene Leben und den eigenen Körper sowie das Recht auf soziale Kontakte, soweit diese nicht bereits durch die Menschenwürde verfassungsrechtlich unantastbar geschützt sind. Das kürzlich durch das BVerfG betonte Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben³¹ umfasst auch das Recht zum Eingehen von Gesundheitsrisiken – vorbehaltlich des Schutzes der Rechte Dritter.

d. Freizügigkeit (Art. 11 GG) / freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Das Grundrecht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) und das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) gelten grundsätzlich für alle Menschen, auch wenn diese sich in Pflegeeinrichtungen aufhalten. Beschränkungen sind nach Art. 11 Abs. 2 GG zur Bekämpfung von Seuchengefahr zwar möglich, müssen aber auf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage

und unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit erfolgen.

e. Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) / Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG)

Der verfassungsrechtliche Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) gilt insbesondere dem Zusammenleben von Ehepartnern und dem unmittelbaren Kontakt mit Familienmitgliedern³². Das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) umfasst den Zugang zu kranken und pflegebedürftigen Kindern.

f. Religionsfreiheit (Art. 4 GG)

Die Religionsfreiheit schützt die individuelle und die kollektive Religionsausübung sowie den Zugang zu religiösen Einrichtungen und Gottesdiensten. Der Zugang zu Kirchen, Kapellen und sonstigen religiösen Einrichtungen unterliegt keinem Gesetzesvorbehalt und kann nur eingeschränkt werden, wenn dies zum Schutz anderer Verfassungsgüter zwingend erforderlich ist. Nicht von ungefähr gehörte die Religionsfreiheit neben der Versammlungsfreiheit zu den ersten Grundrechten, die das BVerfG zu Beginn der Corona-Pandemie gegen unverhältnismäßige Einschränkungen schützte, indem es u. a. klarstellte, dass die Teilnahme an Gottesdiensten zentraler Bestandteil der Religionsfreiheit ist³³.

g. Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)

Pflegebedürftige und Heimbewohner dürfen gemeinhin andere Sorgen haben, als an

30 *BVerfGE* 56, 54, 75; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 II Rn. 354.

31 *BVerfG*, 26.02.2020, 2 BvR 2347/15 = *NVwZ* 2020, 1033 (Ls), u. a. BeckRs 2020, 2216; ebenso schon zuvor *BVerfG*, 02.03.2017, NJW 2017, 2215.

32 *BVerfGE* 136, 382, 24.06.2014, *NVwZ* 2015, 295 (Ls).

33 *BVerfG*, Kammer, 10.04.2020, NJW 2020, 1427 = *NVwZ* 2020, 783; *BVerfG*, Kammer, 29.4.2020, 1 BvQ 44/20.

Demonstrationen teilzunehmen. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass sie sich wie alle anderen Deutschen friedlich und ohne Waffen im Freien wie auch in geschlossenen Räumen versammeln dürfen. Die **Versammlungsfreiheit** (Art. 8 GG) gehört also zu den Grundrechten, die durch Ausgangssperren und interne Maßnahmen in Heimen nicht ohne Grund eingeschränkt werden dürfen. Sie gilt für die Betroffenen ungeachtet ihres Alters und ihrer Pflegebedürftigkeit sowohl in geschlossenen Räumen (also auch in der Einrichtung) als auch außerhalb. Heimbewohner können sich also z. B. zu gemeinsamen Aktionen im Heim versammeln. Versammlungen gegen Isolationsmaßnahmen und der Zugang zu externen Versammlungen können nur nach den allgemeinen Vorschriften und nicht etwa durch das Hausrecht der Einrichtung unterbunden werden.

h. Schutz des Eigentums (Art. 14 GG)

Steht eine Einrichtung im Miteigentum der Bewohner, so sind der freie Zugang und die Verfügung über dieses Eigentum durch Art. 14 GG geschützt. Auch auf zivilrechtlicher Ebene bestehen entsprechende Ansprüche. Hinzuweisen ist auch darauf, dass das BVerfG seit einer Entscheidung aus dem Jahre 1993³⁴ in ständiger Rechtsprechung das Besitzrecht des Mieters im Lichte des Art. 13 GG als Mittelpunkt der privaten privaten Existenz gesehen und als eigentumsähnliches Recht dem Schutz des Art. 14 GG unterstellt. Da es sich bei dem Zimmer in einem Heim um einen solchen Mittelpunkt

der privaten Existenz handelt, ist dieser Rechtsgedanke auf alle vollstationären Pflegeeinrichtungen zu übertragen, auch wenn die ausschließliche Nutzungsbefugnis nicht wie in § 535 BGB ausgestaltet ist. Art. 14 GG schützt nicht nur die Substanz, sondern auch die Nutzung des Eigentums³⁵.

i. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) / Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 3 GG)

Der **allgemeine Gleichheitssatz** (Art. 3 Abs. 1 GG) verbietet jede sachlich nicht begründete Ungleichbehandlung, also Diskriminierung, älterer und pflegebedürftiger Menschen. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG schließt auch die Benachteiligung wegen einer Behinderung aus. Ebenso unzulässig ist die schematische Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte. Einschlägig ist auch das Verbot der Altersdiskriminierung in der Gleichstellungsrichtlinie der EU³⁶.

3. Grundrechtsadressaten – Drittwirkung

a. Staatsorgane, Behörden und öffentliche Heimträger

Unmittelbar an die Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG) sind Gesetz- und Verordnungsgeber, Behörden und öffentliche Heimträger. Das gilt für staatliche und kommunale Behörden auch insofern, als sie Träger der Staatsaufsicht über die öffentlichen, aber auch die privaten Heime sind. Die hier entstehenden Rechtsverhältnisse, die nach dem Fortfall des Bundesheimgesetzes seit

34 BVerfGE 89, 1, 1 BvR 208/93, http://www.bverfg.de/e/rs19930526_1bvro20893.html, dort insbesondere Rn. 21 f.

35 Dazu *Hufen*, StaatsR II. Grundrechte, § 38 Rn. 17.

36 RL 2000/43/EG vom 29.06.2000; *T. Müller*, Alter und Recht, 2011, S. 121.

2009 durch die Bundesländer geregelt sind, sind öffentlich-rechtlicher Natur.

Öffentlich-rechtlicher Natur ist auch die Schutzpflicht der Träger der Staatsaufsicht gegenüber den Heimbewohnern. Galten die Ziele der Staatsaufsicht früher vor allem dem Gemeinwohl und öffentlichen Interessen, so geht es heute auch und vor allem um den Schutz der Heimbewohner. Diese Schutzpflicht kann zur Klagebefugnis der Heimbewohner bei Verletzung der Aufsichtspflicht führen (dazu unten VI.2).

b. Private Träger – Drittwirkung der Grundrechte

In der Bundesrepublik gibt es 14.480 Pflegeheime, davon nur 682 in öffentlicher Trägerschaft³⁷. Die meisten abgeschlossenen Heimverträge sind demzufolge privatrechtlicher Natur und Rechtsstreitigkeiten folglich vor den Zivilgerichten auszutragen. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob und inwieweit die privaten Träger direkt oder indirekt an die Grundrechte der Betroffenen gebunden sind und ob die Grundrechte in den privatrechtlichen Vertragsverhältnissen Wirkung entfalten.

Der traditionellen Lehre „mittelbarer Drittwirkung“ entsprach es, dass die Grundrechte lediglich als Auslegungsdirektiven für die Generalklauseln des Zivilrechts galten. Das führte dazu, dass Betroffene sich im Verhältnis zu privaten Trägern nicht unmittelbar auf die Grundrechte berufen konnten, diese vielmehr nur im Rahmen der zivilrechtlichen Generalklauseln wie § 242 und § 138 BGB, ggf. auch bei Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im Rahmen von § 823/826 BGB und als Bestandteil einer allgemeinen „Wertordnung“ des GG wirkten³⁸.

Das BVerfG und das BVerwG haben dann allerdings in den vergangenen Jahren einen grundlegenden Paradigmenwechsel vollzogen, indem sie eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten zumindest dann angenommen haben, wenn es um einen Bereich privatisierter Daseinsvorsorge oder besonderer Grundrechtsrelevanz geht oder ein Monopol eines privaten Trägers besteht und wenn die Leistung für die Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben von besonderer Bedeutung ist³⁹. So wurden Versammlungen im Terminal eines privatrechtlich organisierten Flughafens oder in einem Einkaufszentrum unter Grundrechtsschutz

37 Dabei handelt es sich um 6.167 private und 7.631 freigemeinnützige Einrichtungen (Stichtag: 15.12.2017, Destatis, Pflegestatistik 2017, S. 31 Tabelle 3.1., <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Pflege/Tabellen/pflegeeinrichtungen-deutschland.html;jsessionid=CE6E1489772869D6E75E3E28BAB18A66.internet8712>, letzter Abruf: 04.11.2020).

38 Exemplarisch bereits *BVerfGE* 7, 198, 205 – Lüth; weitere Fälle: *BVerfGE* 82, 126 – ungleiche Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte; *BVerfGE* 89, 214 – gleichheitswidriges Bürgschaftversprechen; *BVerfGE* 92, 196 – Anbringung einer Parabolantenne trotz Ausschluss im Miet- oder Kaufvertrag; *BVerfGE* 103, 89, 100 – Unterhaltsverzicht einer Schwangeren als Verstoß gegen Art. 6 GG und Art. 3 GG.

39 *Kulick*, „Drittwirkung“ als verfassungskonforme Auslegung – zur neuen Rechtsprechung des BVerfG, *NJW* 2016, 2236; *Jobst*, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, *NJW* 2020, 11.

gestellt⁴⁰, Stadionverbote in der Bundesliga aufgehoben⁴¹, ein Anspruch auf Entsperrung eines Facebook-Accounts⁴² und auf Einrichtung eines eigenen Bankkontos⁴³ für eine Partei und ein Durchgangsrecht für Personen mit Blindenhund durch eine private Arztpraxis bejaht⁴⁴. Auch der Europäische Menschenrechtsgerichtshof (EGMR) macht in seiner Rechtsprechung zur Bindung an die Europäische Menschenrechtskonvention kaum noch einen Unterschied zwischen privaten und öffentlichen Trägern⁴⁵.

Überträgt man diese Maßstäbe auf den Bereich der privaten Alten- und Pflegeheime, so zeigt sich, dass die Voraussetzungen einer Drittwirkung der Grundrechte vorliegen. Sie gehören zum Bereich privatisierter Daseinsvorsorge; einzelne Heimträger haben zwar kein Monopol, aber es besteht an den meisten Standorten eine wachsende Knappheit an Heimplätzen, die zumindest monopolartige Wirkungen und ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage erzeugt. Auch die große Bedeutung für die soziale und kulturelle Teilhabe ist offensichtlich.

Wenn es bei der Frage der Zugangssperren und Ausgangsverbote auch nicht um die

Aufnahme in das Heim als solche geht, ist die unmittelbare Grundrechtsrelevanz deutlich. Auch sind der Zutritt und die Nutzung der Einrichtung für den Betroffenen im erheblichen Umfang entscheidend für die Teilnahme am gesellschaftlichen und kulturellen Leben. Nicht zuletzt deshalb haben die Landesgesetze, die an die Stelle des früheren Heimgesetzes getreten sind, den Schutz der Grundrechte der Heimbewohner in den Mittelpunkt ihrer Zielsetzung gestellt⁴⁶.

Die nach alledem zu bejahende Drittwirkung der Grundrechte auch gegenüber privaten Heimträgern führt zu einer Doppelstellung: Ähnlich wie Hochschulen, Kirchen und Kammern sind sie gegenüber dem Staat Träger von Grundrechten, gegenüber den Heimbewohnern aber Grundrechtsadressaten und an die grundrechtlichen Schutzpflichten gebunden. Grundsätzlich sind die zivilrechtlichen Rechtsgrundlagen also im Lichte der Grundrechte auszulegen. Das führt dazu, dass eine verfassungswidrige Besuchs- oder Ausgangsbeschränkung zugleich eine Vertragsverletzung ist, die zu entsprechenden Schadensersatzansprüchen führt. Daneben kommen die allgemeinen Abwehransprüche aus §§ 862 und 1004 BGB auch über das

40 *BVerfGE* 128, 226, 250 ff. – Fraport; dazu *Krüger*, Versammlungsfreiheit in privatisierten öffentlichen Räumen, *DÖV* 2012, 837; *BVerfG*, *NJW* 2015, 2485 – „Bierdosen Flashmob“.

41 *BVerfGE* 148, 267 = *NJW* 2018, 1667; dazu *Smets*, Die Stadionverbotsentscheidung des *BVerfG* und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, *NVwZ* 2019, 34.

42 Zuletzt *BVerfG*, Kammer, *NJW* 2019, 1935; *BVerwG*, *NJW* 2019, 1317.

43 *BVerfG*, Kammer, 11.07.2014, *NVwZ* 2014, 1572.

44 *BVerfG*, Kammer, 30.01.2020, *NJW* 2020, 1282.

45 *EGMR*, 28.01.2014, *NVwZ* 2014, 1641 – Schutz gegen sexuellen Missbrauch in katholischen Schulen; *EGMR*, 19.03.2019, *NJW* 2020, 2093 – Schutz des Privatlebens.

46 So z. B. das rheinland-pfälzische Landesgesetz über Wohnformen und Teilhabe (*LWTG*) in §§ 1 und 2.

Eigentum hinaus zum Zuge und können rechtlich durchgesetzt werden.

4. Funktionen der Grundrechte

a. Abwehrrechte

Die Grundrechte der Heimbewohner sind nach wie vor primär Abwehrrechte des Einzelnen gegen staatliche Eingriffe. So können sich etwa Heimbewohner gegen staatliche Gebote und Verbote verteidigen. Dasselbe gilt selbstverständlich für staatliche Verbote und Gebote gegenüber den Heimträgern, die auf die Heimbewohner „durchschlagen“ (mittelbare Grundrechtseingriffe).

b. Objektive Schutzpflichten

Im Zusammenhang mit den hier zu behandelnden Grundrechtsfragen eher von größerer Bedeutung aber ist die Funktion der Grundrechte als objektive Schutzpflichten⁴⁷. Diese betreffen – was oft verkannt wird – nicht nur das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, sondern alle Grundrechte, auf deren reale Wirksamkeit der Staat Einfluss nehmen kann. Grundrechtliche Schutzpflichten bewirken, dass die aufgeführten Grundrechte bei der Auslegung zivilrechtlicher Normen wirken. Geltung erlangen die Grundrechte in dieser Funktion aber auch insofern, als sie Entstehung und Interpretation der staatlichen Verordnungen bestimmen. So dürfen

staatliche Normen nicht so abgefasst sein, dass sie Eingriffe Dritter in die Grundrechte ermöglichen oder nicht verhindern. Das ist besonders bedeutsam für die Frage der Ermessensspielräume öffentlicher und privater Heimträger. Die Schutzpflicht kann sich insofern zu einer Pflicht zum Tätigwerden der Staatsaufsicht verdichten, wenn in Heimen und Pflegeeinrichtungen in rechtswidriger Weise gegen Grundrechte der Bewohner verstoßen wird. Schließlich begründet diese Pflicht insofern die Klagebefugnis für Verpflichtungsklagen auf Maßnahmen gegenüber Heimträgern sowie die Beschwerdebefugnis vor der Verfassungsgerichtsbarkeit, wenn die Verletzung von Grundrechten durch die Behörden oder auch den Gesetz- und Ordnungsgeber geltend gemacht wird (unten VI.2).

c. Teilhaberechte

Von geringerer Bedeutung für die hier verfolgte Fragestellung ist die Funktion der Grundrechte als Teilhaberechte⁴⁸. Diese kommt allerdings in Betracht, wenn grundrechtsbedeutsame Leistungen und die Teilhabe an öffentlichen Einrichtungen verweigert werden oder wenn die Corona-Pandemie zur Rechtfertigung von Zugangsbeschränkungen herangezogen wird.

47 Anerkannt seit *BVerfGE* 39, 1, 41; *BVerfGE* 49, 89, 124, 140; st. Rspr. zuletzt *BVerfGE* 146, 1, 45; *BVerfG*, Kammer, 05.10.2015, NJW 2016, 1081; *Moritz*, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, 2013; allg. auch *Hufen*, Staatsrecht II. Grundrechte, § 5 Rn. 5; zur Schutzpflicht gegenüber Gefahren der COVID-19-Pandemie s. *Richter*, NVwZ-Editorial 18/2020; zur Schutzpflicht im Hinblick auf Ehe und Familie auch *EGMR*, NJW 2015, 1433.

48 *BVerfGE* 33, 303, 338 – numerus clausus; *BVerfGE* 43, 242, 285 – Verweigerung der Teilhabe an den Forschungsmitteln einer Universität für einen Hochschullehrer; *BVerfGE* 90, 128, 141 – Unterschreitung des Existenzminimums bei der Finanzierung von Privatschulen.

d. Grundrechtsschutz durch Verfahren

Von großer Bedeutung gerade in komplizierten Rechtsverhältnissen ist der Grundrechtsschutz durch Verfahren. So ist inzwischen allgemein anerkannt, dass auch solche Grundrechtseingriffe, die über eine gesetzliche Grundlage verfügen, nur rechtmäßig sind, wenn die Betroffenen in angemessener Weise in das Verfahren einbezogen werden, der Sachverhalt geklärt und eine angemessene Begründung für Eingriffe gegeben wird. Dieser Aspekt wird im Abschnitt über die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen ausführlich (unten IV.4) behandelt.

III. Grundrechtseingriffe

1. Allgemeines

Die verfassungsrechtliche Beurteilung von Besuchsverboten, Ausgangssperren und internen Maßnahmen kann nicht pauschal, sondern muss einzelfallbezogen und unter Beachtung des jeweiligen Grundrechtsstatus erfolgen. Anzuerkennen ist, dass es zwischen den einzelnen Heimen große Unterschiede gibt. Unbestreitbar ist allerdings auch, dass Besuchsverbote und Ausgangssperren je nach Einzelfall zielgerichtete und rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in die persönliche Freiheit sind. In besonderen Fällen können sie auch die **Menschenwürde** tangieren, denn Isolation und Vereinsamung betreffen und bedrohen die psychosoziale Identität des Menschen und können zu massiven Persönlichkeitsveränderungen

führen. Keiner Begründung bedarf es auch, dass Besuchsverbote im Fall von Ehepartnern in den Schutz von **Ehe und Familie** (Art. 6 GG), Besuchsverbote von Seelsorgern in die **Religionsfreiheit** (Art. 6 GG) und subsidiär immer in das **Allgemeine Persönlichkeitsrecht** und das **Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit** eingreifen. Gewiss von geringerer Dramatik, aber gleichwohl nicht zu vernachlässigen sind Eingriffe in das durch Art. 14 GG geschützte **Eigentum**, insbesondere in die Verfügungsbefugnis und die Freiheit des Zugangs. Solche Eingriffe liegen vor, wenn der Betroffene Miteigentümer einer Einrichtung ist, also bei abtrennbaren Zimmern, Apartments, und – zumeist – in Fällen des „betreuten Wohnens“.

Ein Grundrechtseingriff liegt nach der Rechtsprechung des BVerfG auch vor, wenn Behörden, Gerichte und grundrechtsgebundene Dritte bei einer Entscheidung die Einschlägigkeit oder das Gewicht eines Grundrechts verkennen⁴⁹. Das ist etwa der Fall, wenn einseitig nur auf den Lebensschutz abgestellt wird, aber die möglicherweise gleichgewichtigen Grundrechtspositionen der Betroffenen übersehen werden, oder wenn Zivilgerichte bei der Entscheidung ausschließlich auf zivilrechtliche Rechtsgrundlagen wie § 862 oder § 1004 BGB abstellen⁵⁰ und die Grundrechtsrelevanz verkennen.

Eingriffe können auch durch Unterlassen oder **Verletzung einer Schutzpflicht** geschehen – so etwa wenn die Aufsichtsbehörde

49 St. Rspr. seit BVerfGE 7, 198, 202 ff. – Lüth.

50 So etwa die Amtsgerichte in den eingangs (Fn. 21) zitierten Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutzverfahren.

nichts unternimmt, um rechtswidrige Eingriffe in die Grundrechte der Heimbewohner durch Heimträger zu unterbinden oder um staatliche Ausnahmebestimmungen durchzusetzen. Die entsprechenden Rechtsgrundlagen in den Nachfolgesetzen der Länder zum früheren Heimgesetz⁵¹ tragen insofern verpflichtenden Charakter.

2. Besuchsverbote und Isolationsmaßnahmen

a. Eingriffe in das Recht auf Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG)

Zu betonen ist zunächst erneut, dass das Recht auf Leben und Gesundheit nicht nur zentrales Element der Begründung von Besuchsverboten ist, sondern dass erzwungene Einsamkeit und der Wegfall begleitender Pflege durch die Angehörigen auch massiv in die seelische und ggf. auch in die körperliche Gesundheit von Heimbewohnern eingreifen. Das Grundrecht hat aus verfassungsrechtlicher Sicht also zwei Seiten. Dabei wiegen Eingriffe in die körperliche und die seelische Gesundheit gleich schwer. Die Schwere des Eingriffs steigt mit dem Grad der Isolation und dem Ausmaß ver-

weigerter sozialer, religiöser und kultureller Teilhabe⁵². So ist es eine Binsenweisheit der Psychosomatik, dass soziale und kulturelle Isolation in ähnlicher Weise Gesundheitsschäden auslöst wie körperliche Eingriffe, Krankheit und Misshandlung. Isolation aktiviert die gleichen Hirnareale wie physische Schmerzen. Enge emotionale Bindungen gehören zu den menschlichen Grundbedürfnissen. Wird die Erfüllung dieses Bedürfnisses verweigert, führt das nicht nur zu Stress, sondern auch zu einer akuten Gefährdung der Gesundheit – bis hin zur nachweisbaren Steigerung der Sterblichkeit⁵³. Das gilt für alte Menschen in gleichem Maße wie für Kinder und Jugendliche, für die die genannten Zusammenhänge bisher am gründlichsten erforscht sind.

b. Eingriffe in Grundrechte Dritter

Besuchsverbote betreffen nicht nur die Grundrechte von Heimbewohnern, sondern sind auch Eingriffe in die Grundrechte der Ehepartner und sonstigen Angehörigen (Art. 6 GG), Seelsorger (Art. 4 GG)⁵⁴, Ärzte, Betreuer, Rechtsberater⁵⁵ und Therapeuten (Art. 12 GG).

51 Z. B. § 18 ff. des rheinland-pfälzischen Landesgesetz über Wohnformen und Teilhabe (LWTG); grundlegend auch *Moritz*, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, 2013, S. 94 ff.

52 Nachdrücklich *Rödter*, Coronas sozialer Sprengstoff. Es droht ein Kahlschlag gesellschaftlicher Bindungen – die Einsamkeit wächst schon, Allgemeine Zeitung Mainz vom 05.09.2020, S. 2.

53 Die Wissenschaft weist deutlich auf eine erhöhte Sterblichkeit bei sozialer Isolation und Einsamkeit älterer Menschen hin: https://www.public-health-covid19.de/images/2020/Ergebnisse/2020_05_18_fact_sheet_soziale-isolation-als-mortalita__tsrisiko_1.pdf (letzter Abruf: 04.11.2020).

54 Dem Verfasser liegen Berichte vor, in denen Seelsorger von massiven Zugangsbeschränkungen zu Heimbewohnern berichten. Hier liegt sowohl ein Eingriff in die aktive Religionsfreiheit des Seelsorgers als auch in die Glaubensfreiheit der Heimbewohner vor. Ein solcher Eingriff kann nicht durch einfachen Gesetzesvorbehalt, sondern nur durch verfassungsimmanente Schranken gerechtfertigt werden.

55 *OVG Schleswig*, NJW 2000, 3440 – diskriminierende Besuchsregelung für Rechtsanwälte in psychiatrischer Klinik.

c. Insbesondere: Menschen in Palliativ- einrichtungen und Hospizen

Obwohl das Leben in jeder Lebensstufe und bis zum Tode grundsätzlich gleichwertig ist, kann der Schutz der bloßen physischen Existenz gegenüber der psychischen Gesundheit zurücktreten, wenn der nahende Tod, eine schwere Krankheit, ein hohes Lebensalter oder ohnehin vorhandene starke körperliche Beeinträchtigungen dies nahelegen. Deshalb sind Besuchsverbote naher Angehöriger in diesem Stadium besonders gravierende Eingriffe in die seelische Gesundheit. Führen sie zum Sterben in Einsamkeit, so liegt ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Menschenwürde vor.

d. Insbesondere: Demenzpatienten

Es ist medizinisch nachgewiesen, dass Demenzpatienten in besonderer Weise unter den Folgen des von ihnen nicht verstehbaren Besuchsverbots leiden und sich ihr Zustand ohne soziale Kontakte durch nahe Bezugspersonen dramatisch verschlechtern kann⁵⁶. Erkennbar geht es hier weniger um den Schutz menschlicher Selbstbestimmung, aber umso mehr um die seelische und – in deren Folge – auch die körperliche Gesundheit, in die Isolationsmaßnahmen massiv eingreifen. Auch das kann bis zur Verletzung der Menschenwürde gehen.

3. Ausgangssperren

Ausgangssperren einschließlich einer Quarantäneanordnung nach Rückkehr stellen besonders schwerwiegende Eingriffe in die Grundrechte der Freizügigkeit (Art. 11 GG) und der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)⁵⁷ sowie – je nach Ziel des Ausgangs – ggf. auch in weitere Grundrechte wie etwa dasjenige auf Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG), im Fall eines verhinderten Gottesdienstbesuchs in die Religionsfreiheit (Art. 4 GG)⁵⁸, die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) oder die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) dar. Das gilt auch, wenn sich die Verbote nicht unmittelbar gegen die Betroffenen, sondern gegen die Heimträger richten oder von diesen ausgehen.

4. Sonstige Maßnahmen

Gegenüber Besuchsverboten und Ausgangssperren nicht zu vergessen und in ihrem Eingriffscharakter nicht minder schwerwiegend ist die Fülle von Maßnahmen innerhalb einer Einrichtung. Diese reichen von internen Kontaktsperren über Trennscheiben im Besuchszimmer, die an die Verhältnisse im Strafvollzug erinnern, den Zwang zur Einnahme der Mahlzeiten auf dem Zimmer, dem Verbot von Gemeinschaftsveranstaltungen, die Beschlagnahme von persönlichen Gegenständen und den „Zimmerarrest als Strafmaßnahme“ bis hin zur Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen, Gymnastikräumen und sogar Hauskapellen. Auch inso-

56 *Dämon*, Für Demenzkranke ist die Isolation fatal, Frankfurter Rundschau vom 09.09.2020.

57 So zu Recht die Stellungnahme der BAGSO vom 25.05.2020 (Fn. 11), S. 2.

58 Zur Verfassungswidrigkeit des absoluten Verbots von Gottesdiensten während der Coronakrise nachdrücklich *BVerfG*, Kammer, 29.04.2020, 1 BvQ 44/20; *BVerfG*, Kammer, 29.04.2020, BeckRS 2020, 7089.

fern sei an das besonders bei älteren und einsamen Menschen bestehende dringende Bedürfnis nach körperlicher Nähe und Kommunikation hingewiesen⁵⁹. Demgegenüber stellt die Verpflichtung zum Tragen von Schutzkleidung und Mund-Nasen-Schutz einen eher geringfügigen Eingriff dar – mit der möglichen Ausnahme bei Anwendung auf Demenzkranke, Patienten mit Atemnot usw.

IV. Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen

1. Allgemeines

Nach der allgemeinen Grundrechtsdogmatik sind nicht alle tatbestandsmäßigen Grundrechtseingriffe verfassungswidrige Grundrechtsverletzungen; sie können durch wirksame Einwilligung der Betroffenen oder durch Gesetz bzw. gleichrangige Verfassungsgüter gerechtfertigt sein. Alle Grundrechte – mit Ausnahme der Menschenwürde –, also auch das Grundrecht auf Leben und Gesundheit, können zum Schutz anderer Grundrechte eingeschränkt werden. Das ist aber nur dann der Fall, wenn eine hinreichend bestimmte, ihrerseits verfassungskonforme gesetzliche Eingriffsgrundlage vorliegt, ein verfassungskonformes Verfahren eingehalten und – vor allem – wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wurde.

2. Keine Rechtfertigung für Eingriffe in die Menschenwürde

Gemäß Art. 1 Abs. 1 GG ist die Menschenwürde „unantastbar“. Das bedeutet nach inzwischen kaum noch bestrittener Auffassung, dass Eingriffe grundsätzlich auch durch andere Verfassungsgüter nicht gerechtfertigt werden können⁶⁰. Rechnet man also – wie oben dargelegt – das Minimum an sozialen Kontakten und vor allem den Schutz vor dem Sterben in Einsamkeit zum Schutzbereich der Menschenwürde, dann steht schon damit fest, dass Besuchsverbote für sterbende Menschen und damit für Palliativstationen (auch in gewöhnlichen Krankenhäusern) die Menschenwürde verletzen und damit verfassungswidrig sind.

3. Keine Rechtfertigung durch unterstellte oder unter Druck erteilte Einwilligung

Eingriffe in die Grundrechte von Heimbewohnern können auch nicht durch eine unterstellte oder unter Druck erteilte Einwilligung gerechtfertigt werden. So konnten die Besuchsverbote in dem im Frühjahr ergriffenen Umfang, aber auch restriktive Besuchsregelungen und Ausgangssperren von niemandem vorausgesehen werden. Heimbewohner betonen im Gegenteil, dass sie den Schritt in ein Alten- oder Pflegeheim nie gegangen wären, Ehegatten und Angehörige, dass sie nie mit einem solchen Wechsel einverstanden gewesen wären, wenn das Ausmaß der drohenden Trennung und Isolation bekannt gewesen wäre. Auch eine ad hoc erteilte Einwilligung durch die

59 So zu Recht die Stellungnahme der BAGSO vom 25.05.2020 (Fn. 11).

60 Exemplarisch *Dreier*, in: *Dreier, GG, Kommentar*, Art. 1 Rn. 128 m.w.N.

Bewohner oder – bei fehlender Einwilligungsfähigkeit – durch die Betreuer kommt nicht in Betracht, weil sie in der Regel durch Druck unter Ausnutzung einer Zwangslage erteilt und damit unwirksam wäre. Immer wieder gehörte Formulierungen wie „Wenn Sie nicht einverstanden sind, können Sie ja ausziehen“ bzw. „Dann können Sie die Pflege Ihrer Mutter ja selbst übernehmen“ sind exemplarische Beispiele einer solchen Situation und machen jede stillschweigende oder auch schriftliche Einwilligung mit unverhältnismäßigen Besuchsverboten und Ausgangssperren nach § 138 BGB nichtig und damit unwirksam.

4. Grundrechtskonforme Verfahren

Zu den häufigsten Klagen betroffener Heimbewohner und deren Angehörigen gehört, dass sie im Hinblick auf coronabedingte Einschränkungen vor vollendete Tatsachen gestellt wurden, dass sie auch bei Ausnahmebestimmungen und Erleichterungen nicht angehört wurde, dass der Sachverhalt nicht hinreichend geklärt und auf sachliche und persönliche Besonderheiten nicht eingegangen wurde, dass eine angemessene Begründung verweigert wurde, dass die den Verboten vorausgehenden Entscheidungsprozesse und Verfahren intransparent und insgesamt unangemessen seien.

Wie oben (II.4.d) betont, gehört der Grundrechtsschutz durch Verfahren heute zu den wichtigsten Schutzfunktionen der Grundrechte. Das bedeutet, dass die Betroffenen

am Verfahren beteiligt, dass sie oder ihre Betreuer angehört, dass der Sachverhalt angemessen geklärt und dass hinreichende Begründungen gegeben werden müssen. Über die öffentlich-rechtlichen Verfahren hinausgehend, müssen die entsprechenden Gewährleistungen der Verwaltungsverfahrensgesetze deshalb auch bei privatrechtlichen Entscheidungen wie der Erstellung interner Hausordnungen und Einzelmaßnahmen, z. B. internen Kontaktverboten, Sperrung von Gemeinschaftseinrichtungen und Veranstaltungsverboten usw. beachtet werden⁶¹.

5. Eingriffsgrundlage

a. Hausrecht des Trägers

Als Abwehrrecht gegen Störungen durch Nutzer und Dritte ist das Hausrecht allgemein anerkannt. Für öffentliche Einrichtungen ist das Hausrecht Annex der Sachkompetenz eines Hoheitsträgers zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben und ermächtigt z. B. Behördenleiter und Gerichtspräsidenten⁶², aber auch die Leiter öffentlicher Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen dazu, Maßnahmen zum Schutz der Einrichtung und anderer Nutzer zu ergreifen. Für private Träger ist das Hausrecht Teil der Eigentumsgarantie und des Rechts, mit dem Eigentum nach Belieben zu verfahren und Andere von jeder Einwirkung auszuschließen (Art. 14 GG i.V.m. § 903 BGB). Diesem steht aber das eigentumsrechtlich verfestigte Besitzrecht der Bewohner entgegen. Daraus wird im Zivilrecht geschlossen, dass nicht das

61 Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Aufl. 2018, S. 284 ff.

62 BVerwG, NJW 2011, 2530; OVG Münster, NVwZ-RR, 2019, 648; zuletzt OVG Schleswig, 22.07.2020, 5 LA 223/20 – Einschränkung des Zugangs zum Gericht; allg. Michel/Roos, Das öffentlich-rechtliche Hausverbot, LKRZ 2012, 51.

Hausrecht, sondern nur vertragliche Vereinbarungen als Rechtsgrundlagen für die Hausordnung und der in dieser enthaltenen Besuchsverbote usw. in Betracht kommen. Bei verfassungsrechtlicher Beurteilung darf das Hausrecht – abgesehen von erheblichen Zweifeln an seiner hinreichenden Bestimmtheit als Rechtsgrundlage und der Anwendbarkeit über einen reinen Schutz der Einrichtung hinaus – nicht isoliert betrachtet werden und hat keineswegs Vorrang vor anderen Grundrechten; es ist vielmehr wie jede Eigentumsposition sozial gebunden und inhaltlich durch den Gesetzgeber bestimmt und für seine Ausübung gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁶³. So kann das Hausrecht keinen Eingriff rechtfertigen, der erhebliche Auswirkungen auf die Möglichkeit zur sozialen und kulturellen Teilhabe hat⁶⁴. Insofern ergeben sich keine Unterschiede zu den allgemeinen Rechtsgrundlagen.

b. Normen des Infektionsschutzgesetzes

Nach § 28 Infektionsschutzgesetz (IfSG) in der seit dem 30. März 2020 geltenden Fassung⁶⁵ kann die Behörde im Gefahrenfall nicht nur ansteckungsverdächtige, infizierte oder kranke, sondern auch nicht-infizierte oder ansteckungsverdächtige Personen nicht nur vorläufig verpflichten, den Ort, an dem

sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder bestimmte Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. In § 32 IfSG werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen u. a. des § 28 IfSG entsprechende Gebote und Verbote zu erlassen. Zu den für einschränkbar erklärten Grundrechten gehören auch die allgemeine Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 GG), die Freizügigkeit (Art. 11 GG) und die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG). Damit liegt jetzt – ungeachtet erheblicher Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit – eine gesetzliche Grundlage für Besuchs- und Ausgangsverbote vor⁶⁶. Die Generalklausel des § 16 IfSG tritt demgegenüber zurück. Die befristete Sonderermächtigung für Maßnahmen des Bundesministers für Gesundheit in § 5 IfSG ist nicht einschlägig.

Auf der Basis von § 28/32 IfSG haben die meisten Bundesländer eine Vielzahl von oft rasch wechselnden, keineswegs in allen Einzelheiten übereinstimmenden Verordnungen erlassen, die zunächst sehr strikte Besuchsverbote und Ausgangssperren für Alten- und Pflegeheime, ab Mai 2020 dann teilweise Lockerungen enthielten⁶⁷ und sowohl für öffentliche als auch für private Einrichtungen gelten. Nach § 32 S. 2 IfSG können die

63 *OVG Münster*, NVwZ-RR 2019, 648.

64 *BGH*, NZM 2020, 726; *BVerfGE* 148, 267 = NJW 2018, 1667.

65 Dazu *Guckelberger*, Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote anlässlich der Corona-Pandemie, NVwZ 2020, 607.

66 *Heberlein*, COVID-19 – Stresstest für das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, GuP 2020, 97 ff., 101 f.; *Kersten/Rixen* (Hg.), *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise 2020*; von einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für die zeitweise in Bayern geltende allgemeine Ausgangssperre geht auch der *VGH München*, 30.03.2020, NJW 2020, 1236 aus.

67 BAGSO und BIVA-Pflegeschutzbund, Übersicht über Besuchseinschränkungen in Alten- und Pflegeheimen wegen Corona (Fn. 4).

Landesregierungen die Ermächtigung, Gebote und Verbote in Bezug auf Maßnahmen nach §§ 28 ff. IfSG zu erlassen, auf andere Stellen übertragen. Hiervon haben die Verordnungsgeber der einzelnen Länder ausgiebig Gebrauch gemacht, indem sie die Regelungen für den Besuch und den Ausgang der Bewohner von Pflegeeinrichtungen den Heimbetreibern überlassen haben⁶⁸. Die Delegation an private Betreiber ist aber verfassungsrechtlich äußerst fragwürdig – zumal es sich eindeutig um eine Ermächtigung zulasten Dritter handelt, die in der Praxis zu erheblichen Verschlechterungen für die Bewohner geführt hat.

c. Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit – zu weite Ermessens- und Beurteilungsspielräume

Differenzierungsgebote und Grenzen für die den Behörden eingeräumten Ermessens- und Beurteilungsspielräume sehen weder das IfSG noch die Verordnungen der Landesregierungen vor⁶⁹. Deshalb wurden und werden in erheblichem Umfang Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit der genannten Eingriffsgrundlagen erhoben⁷⁰. Auch die öffentliche Diskussion hat sich des Themas angenommen und fordert zu Recht eine weit präzisere Rückverlagerung der Verantwortung auf den Bundestag⁷¹. Unberechtigt sind dagegen Forderungen nach einer Einbeziehung der Landtage, da deren Be-

teiligung der umfassend wahrgenommenen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes und dem Grundsatz der *Landesexekutive* widersprechen würde.

Die Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit, deren Berechtigung wohl erst in den zahllosen Hauptsacheverfahren und letztlich vor dem BVerfG geklärt werden können, werden hier ausdrücklich geteilt. Besuchsverbote und Ausgangssperren sind für die Wirkung der Grundrechte so wesentlich, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen und Ausnahmetatbestände selbst definieren muss und diese Aufgabe nicht dem Verordnungsgeber und schon gar nicht der Einschätzung der Behörden und Heimleitungen überlassen darf. Diese Bedenken konkretisieren und verstärken sich im Hinblick auf die nahezu uneingeschränkten Ermessens- und Beurteilungsspielräume der Behörden und Heimleitungen, die die Möglichkeiten zur Ausübung grundlegender Freiheitsrechte vom Zufall und der jeweiligen Einschätzung der Aufsichtsbehörden und der Heimleitungen abhängig machen und zu den eingangs geschilderten gravierenden Härten und Ungleichheiten zwischen den Einrichtungen erheblich beigetragen haben. So reichen die einschlägigen Hausordnungen von nach wie vor bestehender und derzeit sogar wieder verschärfter rigoroser Abriegelung bis zu durchaus akzeptablen Besuchs- und

68 Exemplarisch die derzeitige Regelung in Berlin in § 2 der SARS-CoV-2-Infektionsschutzverordnung, <https://www.berlin.de/corona/massnahmen/verordnung>.

69 So auch ausf. *VG Minden*, Beschluss vom 14.10.2020, 7 L 729/20.

70 *Gärditz/Meinel*, FAZ vom 26.03.2010, S. 6; *Kießling*, Viele Corona-Maßnahmen sind rechtswidrig, FAZ vom 30.09.2020, S. 2; *Degenhart*, Herzkammer der Demokratie, NJW Aktuell 39/2020, 7.

71 Vgl. die Stellungnahmen von Bundestagspräsident *Schäuble* und Bundestagsvizepräsidentin *Claudia Roth* in mehreren Medien 15./16.10.2020.

Ausgangsregelungen. Schon deshalb ist die Forderung von Verbänden und Betroffenen nach einer Eingrenzung dieser Spielräume⁷² aus Grundrechtssicht vollauf berechtigt, und es bestehen erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der meisten Besuchsverbote und Ausgangssperren.

d. Verpflichtende Ausnahmebestimmungen

Die Zweifel an der Rechtmäßigkeit werden exemplarisch bestätigt durch die unterschiedliche Handhabung der mittlerweile in den Verordnungen enthaltenen Ausnahmen zugunsten von Angehörigen, Seelsorgern usw. Werden diese von den meisten Heimleitungen und Behörden (zu Recht) für verbindlich gehalten, so erklären sich – wie eingangs dargelegt – andere Heimleitungen kategorisch für nicht gebunden und werden hierin noch durch einige Behörden bestärkt, die offenbar annehmen, die Ausnahmeregelungen bildeten lediglich eine Art „Obergrenze“, die von den Heimleitungen bei entsprechender Gefahrenlage nahezu beliebig unterschritten werden dürfe.

Diese Auffassung widerspricht allerdings auch schon nach der derzeitigen Rechtslage geltendem Verfassungsrecht. Solche Ausnahmebestimmungen wie z. B. § 7 Abs. 5 der Vierten Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz⁷³ zugunsten von Kindern, Ehegatten, Seelsorgern, Rechtsanwälten usw. und vergleichbare Erleichterungen konkretisieren den jeweiligen Geltungs-

gehalt der individuellen Grundrechte, so z. B. für Ehegatten (Art. 6 GG), für Kinder (Art. 6 Abs. 2 GG), für Seelsorger (Art. 4 GG), für Rechtsanwälte (Art. 12 GG) das rechtliche Gehör (Art. 103 GG und Art. 19 IV) und sind deshalb auch in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen verbindlich. Auch das BVerfG hat selbst auf dem Höhepunkt der COVID-19-Pandemie betont, dass bestehende Ermessensspielräume im Lichte der Grundrechte ausgelegt und entsprechend genutzt werden müssen⁷⁴. Heimträger, die entsprechende Ausnahmen nicht vorsehen, verhalten sich also grundrechtswidrig, wobei „Ausnahmen von den Ausnahmen“ je nach den Umständen des Einzelfalls vorliegen können, wenn nachgewiesen wird, dass bei Familienbesuchen usw. eine konkrete Gefahr für Heimbewohner oder das Personal besteht, die nur durch ein ausnahmsloses Besuchsverbot abgewehrt werden kann. Allerdings unterliegen alle Maßnahmen einer strengen Erfolgskontrolle und müssen revidiert werden, sobald sie sich als nicht (mehr) verhältnismäßig erweisen⁷⁵.

Im Übrigen aber gilt: Sieht das Gesetz oder auf dessen Grundlage eine Rechtsverordnung Ausnahmen von Besuchs- und Ausgangsverboten oder sonstige Lockerungen vor, so sind diese keineswegs nur „äußerer Rahmen“ für die Entscheidungsträger vor Ort. Sie sind vielmehr aktueller Gewährleistungsinhalt der Grundrechte und damit für die Behörden und Heimträger verbindlich und begründen

72 BAGSO, Stellungnahme vom 27.04.2020 (Fn. 11), S. 3, und vom 03.06.2020, aber auch den bereits erwähnten Bund-Länder-Beschluss vom 06.05.2020 (Fn. 12) zu Besuch in Pflegeheimen.

73 Vgl. Fn. 9.

74 Z. B. BVerfG, 15.04.2020, 1 BvR 828/20 – Demonstrationsverbot.

75 So – um nur eine Stimme zu nennen – in: Hart aber fair (Fn. 1).

subjektive und gerichtlich durchsetzbare Rechte der jeweils Begünstigten.

6. Verhältnismäßigkeit – praktische Konkordanz

a. Allgemeine Voraussetzungen

Besuchsverbote und Ausgangssperren sind nur gerechtfertigt, wenn sie verhältnismäßig sind, d. h. ein wichtiges Gemeinwohlziel verfolgen und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen bzw. zumutbar sind⁷⁶. Auch diese Fragen können nur im Einzelfall und nie abstrakt beantwortet werden. So sind Redeweisen wie „Not kennt kein Gebot“ oder die pauschale Behauptung, angesichts der Größe der Gefahr seien „schwerste Grundrechtseingriffe vorübergehend zulässig“⁷⁷, fehl am Platz. Zu Recht ist die COVID-19-Pandemie als „Stresstest“⁷⁸ für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gesehen worden.

b. Grund der Einschränkung – Gemeinwohlziele

(1) Leben und Gesundheit der Bewohner

Es bedarf keiner Begründung, dass der Schutz von Leben und Gesundheit der Heimbewohner ein wichtiges Gemeinwohlziel darstellt. Dieses ist zugleich Ausdruck der Schutzpflicht von Staat und Einrich-

tungsträger für das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG, wesentlicher Vertragsinhalt und Schranke für die Grundrechte anderer Personen.

Fragwürdig ist es vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allerdings, wenn der Gesundheitsschutz abstrakt zum absolut vorrangigen Ziel erklärt wird, dem sich alle anderen Ziele und Grundrechte – insbesondere Freizügigkeits- und Kommunikationsgrundrechte unterzuordnen haben⁷⁹. Grundrechte dürfen vielmehr auch bei dieser Fallkonstellation nicht gegeneinander ausgespielt werden. Besteht ein Konflikt zwischen Zielen wie Gesundheitsschutz einerseits und den Grundrechten der Betroffenen andererseits, so hat keine der beiden Seiten von vornherein absoluten Vorrang. Die betroffenen Grundrechte sind vielmehr nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz (verhältnismäßiger und schonender Ausgleich⁸⁰) einander zuzuordnen. Ungeachtet der grundsätzlichen Gleichwertigkeit jeden menschlichen Lebens tritt zudem das Gewicht des reinen Lebensschutzes mit der Annäherung an das Lebensende gegenüber der Wahrung der Lebensqualität, der seelischen Gesundheit und der dafür erforderlichen sozialen und kulturellen Teilhabe zurück. Vor dem Tod und im Sterbeprozess gewinnen neben der Freiheit von

76 Allgemein dazu *Hufen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 8. Aufl. 2020, § 9 Rn. 14.

77 In diesem Sinne wohl *Schmitz/Neubert*, Praktische Konkordanz in der COVID-Krise. Vorübergehende Zulässigkeit schwerster Grundrechtseingriffe zum Schutz kollidierendes Verfassungsrecht am Beispiel von COVID-19-Schutzmaßnahmen, NVwZ 2020, 666.

78 *Heberlein*, COVID-19-Stresstest für das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, GuP 2020, 97 ff.

79 In diesem Sinne aber *BayVerfGH*, NJW 2020, 1205 – Ausgangssperre; *OVG Schleswig*, 15.10.2020 3 MR 45/20 = BeckRs 2020, 26705 – Beherbergungsverbot (Gesundheit vs. Urlaub am Meer).

80 Zum Begriff *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 317 ff.

Schmerz und Leiden die Wahrung der Würde und menschliche Zuneigung den Vorrang vor reiner Lebenserhaltung („in dubio pro dignitate“). Dazu gehört auch, dass der Lebensschutz des Einzelnen nicht zu paternalistischer Bevormundung führen darf⁸¹ und dass alte und pflegebedürftige Menschen selbst entscheiden können müssen, ob sie Besuch empfangen wollen und ob und welche Einschränkungen sie im Einzelfall zum Schutz ihrer eigenen Gesundheit hinzunehmen bereit sind. Das folgt nicht zuletzt aus dem durch das BVerfG bestätigten Recht auf selbstbestimmtes Sterben⁸². Das abstrakte Ziel „Gesundheitsschutz“ ist also dahingehend zu präzisieren, dass es – abgesehen von Fällen fehlender Entscheidungsfähigkeit – nicht um den „Schutz des Menschen vor sich selbst“ geht – es sei denn, dass andere gefährdet werden oder ein zugleich die Allgemeinheit schwer belastendes Risiko besteht⁸³.

(2) Schutz des Personals

Ebenso unstreitig stellt der Schutz von Leben und Gesundheit des Personals ein verfassungskonformes Gemeinwohlziel dar. Auch hierbei ist allerdings zu differenzieren und es darf nicht einfach unterstellt werden, dass gerade der Besuch von Familienange-

hörigen oder auch der Ausgang von Heimbewohnern zu Gesundheitsgefahren für das Personal führt, die nicht zum allgemeinen Lebens- oder auch Berufsrisiko zu zählen sind.

(3) Schutz der Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems

Zu Beginn der Pandemie wurde als wichtiger Grund der Freiheitseinschränkungen auch immer wieder die Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems und insbesondere die Furcht genannt, dass im Falle einer exponentiellen Verbreitung der Krankheit die Zahl der vorhandenen Intensiv- und Beatmungsplätze nicht mehr ausreichen könnte⁸⁴. Auch das Ziel, die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu erhalten, ist von großer Bedeutung und dürfte trotz der massiven Ausweitung der Kapazitäten angesichts der aktuellen Entwicklung wieder an Gewicht gewonnen haben.

c. Eignung

Zweite Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist die Eignung. Eignung bedeutet, dass eine Maßnahme zur Erreichung oder Förderung des angegebenen Gemeinwohlziels tauglich ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um die jeweils optimale

81 *Deutscher Ethikrat*, Hilfe durch Zwang? Professionelle Sorgebeziehungen im Spannungsfeld von Wohl und Selbstbestimmung, 2018; *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung. Grundrechtliche Grenzen paternalistischen Staatshandelns, 2016.

82 *BVerfG*, 26.02.2020, NVwZ 2020, 1033; ebenso *BVerwG*, NJW 2017, 2215.

83 *BVerfGE* 59, 275, 278.

84 *BVerfG*, Kammer, 07.04.2020, 1 BvR 755/20, BeckRS 2020, 5317; *BVerfG*, 15.04.2020, 1 BvR 828/20; *BayVerfGH* NJW 2020, 1205; *VGH München*, 30.03.2020, NJW 2020, 1236 und NJW 2020, 1240; *OVG Bautzen*, Beschluss 07.04.2020, NJW 2020, 1384; *Giesberts/Gayger/Weyand*, Covid-19 – Hoheitliche Befugnisse, Rechte Betroffener und staatliche Hilfen, NVwZ 2020, 417; *Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise. Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, 1097.

Lösung handelt. Ein Beitrag zur Zweckerreichung reicht⁸⁵.

Selbst die Erfüllung dieser eher bescheidenen Voraussetzung ist aber angesichts der Relation Schutz der Mitbewohner und des Personals einerseits und Besuchs- und Ausgangssperren andererseits fraglich. Eignung würde voraussetzen, dass es einen bewiesenen Zusammenhang zwischen Besuchen von Angehörigen im Altenheim oder dem Verlassen der Einrichtung zum Spaziergang im Park auf der einen und konkreter Infektionsgefahr in der Einrichtung auf der anderen Seite gibt und dass dieser Gefahr durch Besuchs- und Ausgangsverbote wirksam vorgebeugt werden kann. Schon die Ausrichtung an den reinen Infektionszahlen als Indikator der Gefahr ist umstritten, weil es in diesem Zusammenhang eher auf schwere Verläufe und indizierte Beatmung ankommt⁸⁶. Auch scheint es wenig plausibel, dass es gerade die Angehörigen sein sollen und nicht das wechselnde Personal, die als Träger und „Importeur“ des Virus in Betracht kommen. So gehen nach neuen Untersuchungen Infektionen wesentlich weniger von besuchenden Angehörigen als vom uneingeschränkt zugangsberechtigtem Personal, von Hilfskräften und Lieferanten aus⁸⁷. Tatsächlich sind zahlreiche Infektionen in Einrichtungen zu Zeiten des totalen Lockdowns aufgetreten, als niemand anders als das Personal Zutritt zu den Heimen hatte. Insofern kann es ausschließlich über

das Personal zu Infektionen gekommen sein. Die Schließungen der Einrichtungen waren damit zumindest in dieser (einseitigen) Form als Mittel ungeeignet. Was den Schutz des Personals selbst angeht, so ist dieses in aller Regel in den Einrichtungen nicht mehr gefährdet als auf dem Weg zur Arbeitsstätte und im „normalen Leben“. Auch gehören Ehepartner und nahe Angehörige von Pflegebedürftigen und Senioren schon aus eigenem Interesse gemeinhin nicht zu notorischen Teilnehmern an privaten Feiern und anderen denkbaren „Hotspots“ der Infektionsgefahr.

d. Erforderlichkeit

Das Gebot der Erforderlichkeit ist verletzt, wenn das Ziel der eingreifenden staatlichen Maßnahme auch durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann, welches das betreffende Grundrecht nicht oder weniger fühlbar einschränkt⁸⁸. Insofern wird Erforderlichkeit auch mit „kein milderes Mittel verfügbar“ umschrieben. Von mehreren gleich wirksamen Mitteln muss dasjenige gewählt werden, das die Grundrechte nicht oder weniger stark belastet. Zu prüfen sind also: gleiche Wirksamkeit im Hinblick auf das Ziel und weniger fühlbare Einschränkung.

In der Situation des allgemeinen Erschreckens vor den „Hotspots“ im Bereich der Alten- und Pflegeheime im Frühjahr dieses Jahres wurde aber exakt diese Frage der

85 *BVerfGE* 30, 292, 316; *BVerfGE* 67, 157, 175.

86 So explizit *Schneider*, in: *Hart aber fair* (Fn. 1).

87 *Krones et al.*, *Medicine as a social science: COVID-19 and the tragedy of resident care facilities in high income countries*, *BMJ Global Health* 2020, 5 ed.

88 *BVerfGE* 53, 135, 145; *BVerfGE* 67, 157, 176.

milderen Mittel nicht gestellt und sogleich das härteste aller Mittel, die völlige Isolation der Bewohner über einen zunächst unbegrenzten Zeitraum, gewählt. Eine Stellungnahme aus der Schweiz⁸⁹ nannte aber bereits im Frühjahr eine ganze Reihe von solchen Alternativen, die von einer verbesserten Instruktion der Bewohner und des Personals über Mindestabstand, Hygienemaßnahmen, Aufteilung in kleinere Wohneinheiten, wenig Wechsel des Personals zwischen den Einheiten, Bereitstellen von Schutzmaterial bis hin zur Möglichkeit, die Bewohner selbst über den Schutzstandard und Besuchsmöglichkeiten entscheiden zu lassen, reichen. Aus der Sicht der Gegenwart spielen die mittlerweile in ausreichendem Maße zur Verfügung stehenden Schutzmasken und auch Schutzkleidung für Besucher und ggf. auch Bewohner eine zunehmende Rolle⁹⁰. Noch wichtiger sind die verbesserten Testmöglichkeiten, insbesondere der Einsatz von Antigen-Schnelltests, deren Ergebnisse schon in wenigen Stunden vorliegen und die inzwischen auch in ausreichendem Maße verfügbar sind⁹¹. Damit können Antigen-Schnelltests in Pflegeeinrichtungen und Krankenhäusern genutzt werden, um Personal, Besucher sowie Patienten und Bewohner regelmäßig auf das Corona-Virus zu testen.

So sind es vor allem verbesserte Test- und Schutzmethoden, die aktuell selbst im Zeichen wieder steigender Infektionszahlen die meisten Einrichtungen veranlassen, andere Strategien als Besuchs- und Ausgangsverbote zu ergreifen⁹². Dabei werden die Anmeldung und Abstimmung von Besuchswünschen, notfalls auch die Begrenzung von Anzahl und Zeiten, besondere Besuchszimmer und „offene Bereiche“, vor allem aber Einhaltung von Schutzmaßnahmen, Tragen von Maske und Schutzkleidung genannt. Anzeigepflicht vor Verlassen des Hauses und Aufzeichnung von Zielen und Kontakten und die Nutzung der Corona-Warn-App sind an die Stelle strikter Ausgangssperren und Quarantänegebote getreten.

Solche milderen Mittel müssen nach allgemeinen Grundsätzen erprobt und eingesetzt werden, bevor als härteste Maßnahmen allgemeines Besuchsverbot und Ausgangssperre zur Anwendung kommen – zumal wenn diese bedingungslos und ohne zeitliche Befristung verhängt werden. Kommt es gleichwohl zu Infektionen im Einzelfall, dann muss durch ein entsprechendes (befristetes) Krisenmanagement reagiert werden. Scheitert eine grundrechtsfreundliche Besuchsregelung an Personal-Engpässen, dann sei darauf hingewiesen, dass die Ver-

89 Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner, Stellungnahme der SBK Ethikkommission zu Massnahmen und ethischen Herausforderungen im Rahmen der Pandemie Covid-19, 08.05.2020, S. 3f., https://www.sbk.ch/files/sbk/Aktuell/covid_19/2020_05_08_Eth_Herausforderungen_SARS-CoV2_def_d.pdf (letzter Abruf: 04.11.2020).

90 So der Präsident des Verbands privater Pflegeeinrichtungen *Meurer* in: Hart aber fair (Fn. 1).

91 Die „Dritte Verordnung zur Änderung der Verordnung zum Anspruch auf bestimmte Testungen für den Nachweis des Vorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2“ ist am 15.10.2020 in Kraft getreten.

92 Exemplarisch *Soldt*, Alte Menschen nicht einsperren. Während der ersten Corona-Welle wurden Pflegeheimbewohner isoliert. Inzwischen gibt es andere Strategien für den Umgang mit Alten, FAZ vom 22.10.2020.

besserung der personellen und sachlichen Ausstattung aus Grundrechtssicht nicht nur das mildere, sondern sogar das gebotene Mittel zur Entspannung der Situation ist. Auch müssen die Einrichtungen vor Ergreifen repressiver Maßnahmen weit mehr auf die individuelle Verantwortung und die Vernunft der Angehörigen setzen, die kein Interesse daran haben können, ihre Partner und nahen Angehörigen zu gefährden⁹³.

e. Zumutbarkeit

Auf der letzten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird gefragt, ob eine Maßnahme den angemessenen Ausgleich zwischen der Schwere der grundrechtlichen Beeinträchtigung einerseits und der Bedeutung der mit der Maßnahme verfolgten Belange andererseits herstellt. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist auch die Prüfungsstufe, bei der nicht beabsichtigte Folgewirkungen bei den Rechtsgütern Dritter oder andere öffentliche Belange Berücksichtigung finden. So ist eine Maßnahme unverhältnismäßig, wenn sie den angegebenen Zweck zwar erreicht, aber erhebliche nicht beabsichtigte Schäden bei anderen Rechtsgütern erzeugt. Bei mehreren zu berücksichtigenden Belangen bedeutet „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ ein Gebot gerechter Abwägung.

Zumutbar – oder auch „verhältnismäßig im engeren Sinne“ – sind sämtliche Einschränkungen also nur, wenn sie einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Schutz der Mitbewohner und des Personals und der Freiheit der Bewohner herstellen.

Deshalb sind z. B. besondere persönliche Härten (etwa nach schweren Krankheiten oder dem Verlust naher Angehöriger) bei Besuchsregelungen zu berücksichtigen. Auch die Verlässlichkeit der Regelung ist von besonderer Bedeutung. Besuchsverbote und -einschränkungen haben vielfach erhebliche Nebenfolgen, die unter dem Stichwort „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ zu prüfen und möglichst weitgehend zu vermeiden sind. Das gilt z. B. für Gesundheitsschäden durch den Ausfall von Angeboten der Gesundheitsförderung durch Therapeuten oder von unterstützender Pflege durch Angehörige usw. Statt Leben und Gesundheit zu schützen, gefährden Zugangsbeschränkungen dann für diesen Personenkreis Leben und Gesundheit und sind in aller Regel unzumutbar und damit verfassungswidrig.

V. Anwendung auf einzelne Maßnahmen und Einrichtungen

1. Besuchsverbote

Besuchsverbote in Alten- und Pflegeheimen sind, auch wenn sie mit Ausnahmen versehen sind, grundsätzlich ultima ratio (letztes Mittel) des Gesundheitsschutzes in den Einrichtungen. Entsprechend streng muss die Prüfung der Verhältnismäßigkeit sein. Unter Politikern und Juristen besteht heute nahezu Einigkeit, dass die zu Anfang der Pandemie verhängten totalen und unbefristeten Besuchsverbote unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig waren. Das wäre auch aktuell zur Abwehr einer „zweiten Welle“



⁹³ Nachdrücklich in diesem Sinne *Wißmann*, Verfehlter Bürgerstatus. In den Erwartungen an staatliches Corona-Management zeigen sich die Mängel unserer Gesellschaft, FAZ vom 10.08.2020, S. 11.

und angesichts vereinzelter „Hotspots“ der Infektionen in Pflegeheimen der Fall. Auch Ausbrüche, die als solche erschreckend sind, dürfen angesichts der Vielzahl von Einrichtungen nicht verallgemeinert werden und zu undifferenzierten und panikartigen Reaktionen führen.

Abstands- und Hygieneregeln, Schutzkleidungs- und Maskenpflicht sind in der Regel mildere Mittel und können sicherstellen, dass die Betroffenen soziale Kontakte wahrnehmen können, soweit nicht konkret Dritte gefährdet werden. Innerhalb der körperlichen Distanzierungsregeln gibt es Spielräume, die von Pflegenden kreativ genutzt werden können und müssen.

Abgesehen von der allgemeinen unverhältnismäßigen Freiheitseinschränkung verletzen Besuchsverbote selbst das Grundrecht auf Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), weil sie in aller Regel die seelische, in vielen Fällen auch die körperliche Gesundheit ohne hinreichenden Grund beeinträchtigen. Besuchsverbote, die auch Ehepartner und andere Familienangehörige treffen, verletzen das Grundrecht des Schutzes von Ehe und Familie (Art. 6 GG). Externe Ärzte und Pfleger sind in ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 GG) betroffen. Ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Religionsfreiheit (Art. 4 GG) liegt vor, wenn einem Seelsorger der ungehinderte Zugang und die persönliche Kommunikation

mit Heimbewohnern verwehrt wird. Das gilt besonders dann, wenn die Beschränkung dazu führt, dass Kommunion/Abendmahl, Beichte, Sterbesakramente, ggf. auch kirchliche Eheschließung nicht wahrgenommen werden können.

2. Insbesondere: Schutz vor Sterben in Einsamkeit – Palliativeinrichtungen und Hospize

Ungeachtet der grundsätzlichen Gleichwertigkeit jeden menschlichen Lebens tritt das Gewicht des reinen Lebensschutzes mit der Annäherung an das Lebensende gegenüber der Wahrung der Lebensqualität, der seelischen Gesundheit und der dafür erforderlichen sozialen und kulturellen Teilhabe zurück. Vor dem Tod und im Sterbevorgang gewinnen neben der Freiheit von Schmerz und Leiden die Wahrung der Würde und menschliche Zuneigung den Vorrang vor reiner Lebenserhaltung („in dubio pro dignitate“)⁹⁴. Verschärfte Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit von Einschränkungen stellen sich in Grenzsituationen wie Zuständen schwerer Depression und insbesondere im Falle des nahenden Todes. Die absolute Trennung Sterbender von ihren Ehepartnern, Kindern und Eltern und ein dadurch erzwungenes „einsames Sterben“ sind mit der Menschenwürde nicht vereinbar⁹⁵. Das gilt auch und in besonderem Maße für Patienten in Hospizen und Palliativstationen, wo der bloße Schutz des Lebens naturgemäß

94 *Hufen*, In dubio pro dignitate: Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, 849.

95 *Altenbockum*, Es gibt Schlimmeres als das Virus, FAZ vom 03.09.2020, S. 1; BAGSO, Stellungnahme vom 27.04.2020 (Fn. 11), S. 4; *Lamparth*, Sterben ohne Abschied. Warum ein Wiesbadener durch die Corona-Verordnung nicht bei seiner Frau im Krankenhaus sein konnte – ein Fall von besonderer Tragik, Allgemeine Zeitung Mainz vom 31.05.2020, S. 18.

gegenüber dem Sterben in Menschenwürde zurücktritt, es gilt aber auch allgemein in Pflegeheimen vor dem Tod eines Bewohners. Verfassungswidrig sind in diesem Stadium auch in besonderem Maße Sperren für Seelsorger, Betreuer und Rechtsbeistände⁹⁶.

3. Insbesondere: Demenzkranke

Das Leiden von Demenzkranken an einer für sie nicht begreifbaren Isolation, an mangelnder körperlicher Nähe und von ihnen nicht nachvollziehbaren Einschränkungen ist bei der Beurteilung von Maßnahmen besonders zu berücksichtigen. Für sie gilt in besonderem Maße, dass der reine Lebensschutz die seelische Gesundheit nicht beeinträchtigen darf. Dazu gehört, dass die Nähe eines vertrauten Menschen, der oft als einziger noch erkannt wird, auch durch gute Pflege vonseiten Dritter nicht ersetzbar ist.

Leitungen von Pflegeheimen machen geltend⁹⁷, dass Demenzkranke gerade wegen fehlender Einsichtsfähigkeit und eines erhöhten Bewegungsdrangs schwer kontrollierbar sind und daher eine besondere Gefahr für andere Heimbewohner und das Personal darstellen. Auch dieses Argument reicht indessen nicht aus, um eine völlige Isolation zu rechtfertigen. Zum einen kann davon ausgegangen werden, dass besuchende Angehörige in der Lage sind,

mäßigend auf die Patienten einzuwirken. Die Heime und das geschulte Personal verfügen überdies über große Erfahrungen im Umgang mit Demenzkranken und müssen in der Lage sein, etwaige Gefahren durch deren Verhalten auszuräumen. Zum anderen besteht gerade bei Demenzkranken, die sich nicht selbst versorgen können und in gewissem Umfang den Maßnahmen des Pflegepersonals schutzlos ausgeliefert sind, die Notwendigkeit einer Kontrolle durch Angehörige und Betreuer. Es bleibt also festzuhalten, dass auch und gerade bei Demenzkranken völlige Besuchsverbote in aller Regel unverhältnismäßig, weil unzumutbar sind⁹⁸.

4. Getrennte Wohneinheiten / Betreutes Wohnen / Selbstbestimmte Wohngemeinschaften

Grundsätzlich ausgeschlossen sind Besuchsverbote bei Einrichtungen, die aus abgeschlossenen Wohneinheiten, Apartments und nur partiell genutzten Gemeinschaftseinrichtungen bestehen. Hier entspricht die Rechtsstellung der Bewohner eher derjenigen von Miteigentümern oder gewöhnlichen Mietern, für die die einschlägigen zivilrechtlichen Normen, nicht aber Corona-Bestimmungen für Alten- und Pflegeheime gelten⁹⁹. Dasselbe gilt für „betreutes Wohnen“ und selbstbestimmte Wohngemeinschaften,

96 Mitscherlich-Schönherr, FAZ vom 18.04.2020, S. 11.

97 So im eingangs geschilderten Fall des AG Schöneberg (Fn. 21).

98 In diesem Sinne auch OLG Oldenburg, 28.05.2020, NJW 2020, 3044.

99 In Bayern sind allerdings auch solche Einrichtungen Adressat der entsprechenden Verordnungen, wenn dort von „Altenheimen“ die Rede ist (Siebte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (7. BayIfSMV) vom 01.10.2020 (BayMBl Nr. 562, BayRS 2126-1-11-G), die zuletzt durch Verordnung vom 18.10.2020 (BayMBl Nr. 589) geändert worden ist).

weil hier die Bewohner die Lebens- und Haushaltsführung in Eigenregie gemeinschaftlich gestalten. Die Wahrnehmung des Hausrechts obliegt dann den Bewohnern. Auch die vertraglich gewährleistete Nutzung von Gemeinschaftseinrichtungen darf nur unter den gesetzlich und vertraglich geregelten Bedingungen eingeschränkt werden. Die Einschränkung der Nutzungsrechte einschließlich eines Verbots, in der eigenen Wohnung Besucher zu empfangen, ist dann eine Eigentumsbeeinträchtigung im Sinne von § 1004 BGB, gegen die der Eigentümer einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch geltend machen kann. Dasselbe gilt für einen Anspruch gegen die Besitzstörung (§ 862 BGB), den das AG Dippoldiswalde als Grundlage eines Abwehranspruchs gegen Besuchsbeschränkungen gesehen hat¹⁰⁰.

5. Ausgangssperren und Quarantänepflicht bei Rückkehr

Auch die – besonders zu Beginn der Pandemie häufige – Anordnung von Ausgangssperren und Quarantäne bei Rückkehr in die Einrichtung entspricht eher einer panikartigen Abschottungsmentalität als rationaler Problemlösung. Die Gefahr eines „Einschleppens“ des Virus besteht bei Heimbewohnern eher noch weniger als bei Angehörigen und Helfern – zumal wenn der Ausgang in der Mehrzahl der Fälle zu einem Spaziergang im Park oder zu einem Treffen mit nahen Angehörigen genutzt werden dürfte. Mildere Mittel sind auch hier die rechtzeitige Anmeldung und Angabe des

Ziels, Warnung vor bestimmten Zusammenkünften und Infektionsquellen und die ohnehin schon aus Eigeninteresse zu erwartende Einhaltung der allgemein bestehenden Regeln und Vorsichtsmaßnahmen wie Maskenpflicht, Abstandsregeln, Höchstzahl von zu treffenden Personen sowie besondere Hygienemaßnahmen und Schnelltests bei Rückkehr, Schutzkleidung und – wo vorhanden – die Nutzung einer Corona-Warn-App.

Soweit nicht durch körperliche Einschränkungen bzw. Demenz gerechtfertigt, kann es alten und pflegebedürftigen Menschen nicht verwehrt werden, die jeweilige Pflegeeinrichtung zu verlassen und wieder zu betreten. Unverhältnismäßig ist auch die erzwungene Quarantäne nach jedem „Ausflug“¹⁰¹. Ausgangssperren sind auch deshalb unverhältnismäßig, weil sie gravierende Nebenfolgen haben. Sie haben nachweislich nicht nur dazu geführt, dass Spaziergänge u.Ä. unterblieben, sondern die Betroffenen haben von zum Teil lebenswichtigen Arztbesuchen abgesehen, da sogar nach Aufsuchen von Praxen mit Quarantäne gedroht wurde. Selbst wenn der Transport durch Krankentransporte erfolgt und der Besuch außerhalb der allgemeinen Sprechstunde vorgenommen werden sollte, wurden die Besuche durch Quarantäneankündigungen quasi unterbunden.

Deshalb stellen Ausgangssperren und erst recht die vielfach den Charakter einer „Bestrafung“ tragende Quarantäneanordnung unverhältnismäßige Eingriffe in die persön-

100 Vgl. Fn. 21.

101 *VG Schleswig*, Keine pauschale Pflicht zur häuslichen Quarantäne nach Rückkehr aus Schweden, Beck RS 2020, 8685.

liche Freizügigkeit, ggf. auch die Religionsfreiheit, den Schutz von Ehe und Familie, die Versammlungsfreiheit sowie weitere Grundrechte dar. Zu bedenken ist auch, dass die allgemeine Ausgangssperre für alle Bewohner selbst auf dem Höhepunkt der Pandemie im Frühjahr 2020 zwar erwogen, aber als besonders schwerer Eingriff in die Freizügigkeit und andere Grundrechte¹⁰² als Maßnahme gegenüber der gesamten Bevölkerung aber in den meisten deutschen Bundesländern verworfen wurde.

6. Interne Maßnahmen

Einer strengen Verhältnismäßigkeitskontrolle unterliegen auch sonstige interne Einschränkungen wie „Essen auf dem Zimmer“, Verbot interner Kontakte und Gemeinschaftsveranstaltungen, Alkoholverbot, Sperrung von Gemeinschaftseinrichtungen wie Gymnastikräumen oder gar der Hauskapelle. Darüber hinaus stellt sich die Frage, warum die Aktivitäten innerhalb der geschlossenen Heime eingeschränkt werden mussten und Betreuungsleistungen weder Einzelnen gegenüber noch als Gruppenangebote (z. B. mit Abstand) erbracht wurden. Das hat die Probleme der Heimbewohner zusätzlich massiv verschärft.

Soweit sie über die auch außerhalb geltenden Regeln, wie Abstandsgebote in Restaurants und bei Ansammlungen in geschlossenen Räumen, Mund-Nasen-Schutz, Nachverfolgbarkeit usw. hinausgehen, sind solche Maßnahmen in Heimen – abgesehen von konkreten Krisensituationen – in aller

Regel unverhältnismäßig. Schon gar nicht dürfen sie als Sanktion für „unbotmäßiges Verhalten“ eingesetzt oder als solche angedroht werden. Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit ist besonders zu beachten, dass persönliche Treffen und Nähe, gemeinsames Essen, Reden und Spielen neben Besuchen und Spaziergängen nach vielfacher Bekundung durch Betroffene oft die einzigen noch verbleibenden Freuden und Höhepunkte im Alltag sind.

VI. Rechtsfolgen und Rechtsschutz bei Grundrechtsverletzungen

Bei der Beurteilung der Rechtsfolgen und Rechtsschutzmöglichkeiten kommt es auf den Urheber und die Rechtsnatur der einzelnen Maßnahmen sowie auf die Zugehörigkeit der Materie zum öffentlichen oder privaten Recht an.

1. Maßnahmen öffentlicher Träger

Rechtsverordnungen der Länder auf der Basis von § 32 IfSG, die zu weitgehende Ermessensspielräume oder unverhältnismäßige Eingriffe in die Grundrechte enthalten, sind verfassungswidrig und damit unwirksam. Sie können als untergesetzliche Normen in den meisten Bundesländern¹⁰³ durch Normenkontrollanträge nach § 47 VwGO angegriffen werden.

Auf ihnen beruhende Einzelentscheidungen und Allgemeinverfügungen der Behörden

102 BayVerfGH, 24.04.2020, NVwZ 2020, 785.

103 Ausgenommen Berlin, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz.

sowie Hausordnungen und Anordnungen öffentlicher Heimträger sind rechtswidrig und auf Anfechtungsklagen der Betroffenen aufzuheben. Dasselbe gilt, wenn die Eingriffsgrundlage zwar rechtmäßig, die Anwendung im Einzelfall aber ermessensfehlerhaft oder unverhältnismäßig ist.

2. Durchsetzung der Schutzpflicht der Aufsichtsbehörden

Wie oben (II.4.b) dargelegt dient die Schutzpflicht der staatlichen oder kommunalen Heimaufsicht nicht nur dem Grundrecht auf Leben und Gesundheit, sondern allen Grundrechten der Heimbewohner und deren Angehörigen. Die Bestimmungen zur Heimaufsicht in den Nachfolgegesetzen der Länder zum früheren Heimgesetz¹⁰⁴ sind im Lichte der Grundrechte auszulegen und schränken das Ermessen der Aufsichtsbehörden im Sinne einer Verpflichtung zur Sachaufklärung, Beanstandung und Abhilfe ein. Das gilt für öffentliche und private Träger gleichermaßen¹⁰⁵. Wenn eine konkrete Gefahr einer Grundrechtsverletzung droht oder schon vorliegt, sind Aufsichtsmaßnahmen zu

ergreifen. Dem weichen nach Berichten von Betroffenen die Aufsichtsbehörden unter Hinweis auf das Hausrecht der Heimträger aber vielfach aus. Deshalb ist darauf hinzuweisen, dass solche Aufsichtsmaßnahmen nach neuerer Rechtsprechung¹⁰⁶ drittschützende Verwaltungsakte sind, die ggf. durch verwaltungsgerichtliche Verpflichtungsklage (§ 42 VwGO) und im Eilfall durch einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO erzwungen werden können. Auch die Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) kann in solchen Fällen nicht verneint werden.

3. Private Träger

Ist der Heimträger privatrechtlich organisiert, so sind auch die Rechtsverhältnisse zwischen Bewohnern und Träger privatrechtlicher Natur. Gleichwohl entfalten die Grundrechte – wie oben (II.3.b) gezeigt – auch hier (Dritt-)Wirkung. Grundsätzlich sind die zivilrechtlichen Rechtsgrundlagen im Lichte der Grundrechte auszulegen. Das führt dazu, dass eine verfassungswidrige Besuchs- oder Ausgangsbeschränkung zugleich eine Vertragsverletzung ist, die zu entsprechenden

104 Vgl. § 18 ff. des rheinland-pfälzischen Landesgesetz über Wohnformen und Teilhabe (LWTG).

105 Hingewiesen sei auf die Allgemeinverfügung des nordrhein-westfälischen Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 28.10.2020 „Schutz von Pflegeeinrichtungen vor dem Eintrag von SARS-CoV-2-Viren unter Berücksichtigung des Rechts auf Teilhabe und sozialer Kontakte der pflegebedürftigen Menschen (CoronaAVPflegeundBesuche)“:

„10. Aufgaben der nach dem Wohn- und Teilhabegesetz zuständigen Behörde

Das Besuchskonzept in der jeweils aktuellen Fassung ist der zuständigen Behörde nach dem Wohn- und Teilhabegesetz zur Kenntnis zu geben. Diese Behörde überwacht im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach § 43 Wohn- und Teilhabegesetz, dass das Recht der Bewohnerinnen und Bewohner auf Teilhabe am sozialen und gesellschaftlichen Leben im Konzept und bei seiner Umsetzung ausreichend berücksichtigt wird. Sie kann hierzu gemäß § 15 Absatz 2 des Wohn- und Teilhabegesetzes die erforderlichen Anordnungen treffen.“ (https://www.mags.nrw/sites/default/files/asset/document/av_pflege_und_besuche.pdf, letzter Abruf: 04.11.2020).

106 BVerwG, 05.07.2018, NVwZ 2018, 69 = JUS 2019, 831; OVG Bautzen, 18.10.2018, NVwZ-RR 2019, 584.

Abwehr- und ggf. Schadensersatzansprüchen führt. Insbesondere kommt der allgemeine Abwehranspruch aus § 1004 BGB oder § 862 BGB zum Schutz der Grundrechte auch über das Eigentum hinaus – dann in analoger Anwendung – in Betracht. Diese sind vor der Zivilgerichtsbarkeit durchzusetzen.

4. Verfassungsbeschwerde und einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts

In mehreren Entscheidungen haben das BVerfG und die Landesverfassungsgerichte schon bisher unverhältnismäßige Eingriffe durch coronabedingte Maßnahmen für verfassungswidrig erklärt¹⁰⁷. Gegen alle hoheitlichen Entscheidungen, also auch diejenigen des Ordnungsgebers, der Behörden und der Gerichte einschließlich der Zivilgerichte im privatrechtlichen Streit und im vorläufigen Rechtsschutz können Bewohner von Pflegeheimen, Angehörige und ggf. Dritte Verfassungsbeschwerde zum BVerfG oder auch zum zuständigen Landesverfassungsgericht erheben, soweit sie geltend machen, durch die jeweilige Entscheidung in einem ihrer Grundrechte verletzt zu sein. Eine Verfassungsbeschwerde bzw. ein Antrag auf einstweilige Anordnung des BVerfG käme erst nach Erschöpfung des Rechtswegs – je nachdem vor den Verwaltungsgerichten oder der Zivilgerichtsbarkeit einschließlich des jeweiligen vorläufigen Rechtsschutzes – in Betracht. Da das BVerfG hier eine sehr sorgfältige Gefahrenabwägung betreibt, sollte

ausschließlich ein Fall gewählt werden, bei dem eine vergleichsweise geringe (Infektions-)Gefahr einer großen Freiheits Einschränkung gegenübersteht.

VII. Zusammenfassung und Ausblick

Die Erfahrung teilweise grob verfassungswidriger Eingriffe in die Grundrechte von Bewohnern in Alten- und Pflegeheimen und deren Angehörigen zu Beginn der „Corona-Krise“ zeigt, dass es bei einer Steigerung der Infektionszahlen und trotz Ausbrüchen in einzelnen Einrichtungen in Zukunft nicht wieder zu einem „lock in“, zu Isolation und Einsamkeit kommen darf. Das ist durch die Präzisierung der Eingriffstatbestände des Infektionsschutzgesetzes sowie durch eine möglichst weitgehende Beschränkung der Ermessens- und Beurteilungsspielräume der Behörden und der Heimleitungen sicherzustellen. So wichtig Lebens- und Gesundheitsschutz sind, so wenig dürfen diese Rechtsgüter gegenüber allen anderen Grundrechten absolut gesetzt werden. Zentrale Maximen für die Lösung von Problemen und die Bewältigung von Krisen müssen – über die COVID-19-Pandemie hinausgehend – der absolute Vorrang der Menschenwürde, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die praktische Konkordanz der Rechtsgüter, die Beteiligung der Betroffenen einschließlich der Angehörigen und die wirksame Kontrolle durch die Gerichte sein.

107 *BVerfG*, NJW 2020, 1426. Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Anordnung gegen Versammlungsverbot teilweise erfolgreich; *BVerfG*, Kammer, 29.04.2020, BeckRS 2020, 7089 Gottesdienste müssen möglich bleiben – auch in Corona-Zeiten. Ausnahmebestimmung in LandesVO nötig. Hier: Freitagsgebet. LbGrundR9; *BVerfG*, Kammer, 29.04.2020, 1 BvQ 44/20 – Ausnahmsloses Verbot von Gottesdiensten während Corona verfassungswidrig; *Zuck/Zuck*, Die Rechtsprechung des BVerfG zu Corona-Fällen, NJW 2020, 2302.

1. Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens ist die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Besuchs- und Ausgangsverboten sowie interner Restriktionen im Zuge der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie in Alten- und Pflegeheimen. Diese Frage ist angesichts erneut steigender Infektionszahlen und der erkennbaren Weigerung einzelner Heimleitungen, Erleichterungen umzusetzen, von bleibender rechtlicher und tatsächlicher Aktualität.
2. Über die Klärung verfassungsrechtlicher Fragen hinaus soll das Gutachten zur Rechtssicherheit für alle Beteiligten, Behörden und Gerichte, aber auch zur Versachlichung der rechts- und gesundheitspolitischen Diskussion beitragen. Soweit das Gutachten Grundrechtsverletzungen aufzeigt, wird damit nicht die besonders in Zeiten der Pandemie schwierige Situation der Pflegeheime und ihrer Leitungen und der aufopferungsvolle Dienst der Pflegekräfte infrage gestellt.
3. Ungeachtet ihres Lebensalters, ihres Gesundheitszustands, ihrer Entscheidungsfähigkeit und ihrer Betreuungsbedürftigkeit sind Heimbewohner grundsätzlich uneingeschränkt Träger der Grund- und Freiheitsrechte, insbesondere der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), des Grundrechts auf persönliche Freiheit, Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), der Religionsfreiheit (Art. 4 GG), dem Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG), der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), der Freizügigkeit (Art. 11), dem Schutz und der Nutzung des Eigentums (Art. 14 GG) sowie der Gleichheitsrechte (Art. 3 GG) und des rechtlichen Gehörs (Art. 103 GG). Zu beachten sind auch die Grundrechte der Angehörigen und anderer nahestehender Personen sowie von Ärzten, Betreuern, Pflegern, Seelsorgern und Rechtsbeiständen. Auch private Heimträger kommen als durch Art. 12 GG geschützt in Betracht, soweit sie selbst Adressaten staatlicher und kommunaler Maßnahmen sind.
4. Die genannten Grundrechte binden nicht nur Behörden und öffentliche Heimträger, sondern nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Drittwirkung von Grundrechten auch private Heimträger unmittelbar. Rechtsverordnungen, Heimverträge und Hausordnungen sind im Lichte der Grundrechte auszulegen.
5. Über subjektive Abwehrrechte hinaus haben staatliche Behörden und Gerichte, insbesondere die Träger der Heimaufsicht, eine objektive Schutzpflicht für Leben und Gesundheit, aber auch für die persönliche Handlungsfreiheit und alle anderen Grundrechte der Heimbewohner und Pflegebedürftigen sowie der Angehörigen usw. Nicht nur im öffentlichen, sondern auch bei privaten Trägern ist der Grundrechtsschutz ferner durch Transparenz und eine frühzeitige Mitwirkung der Betroffenen zu sichern.
6. Die verfassungsrechtliche Beurteilung von Besuchsverboten, Ausgangssperren und internen Maßnahmen kann nicht pauschal, sondern muss einzelfallbezogen und unter Beachtung des jeweiligen

Grundrechtsstatus erfolgen. Sie stellen in der Regel schwerwiegende und rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in die genannten Grundrechte dar. Dabei wiegen Eingriffe in die körperliche und die seelische Gesundheit gleich schwer. Die Schwere des Eingriffs steigt mit dem Grad der Isolation und dem Ausmaß verweigerter sozialer, religiöser und kultureller Teilhabe. Führen Verbote zu einseitigem Leiden und Sterben, dann liegt eine nicht zu rechtfertigende Verletzung der Menschenwürde vor.

7. Als Rechtfertigungsgründe für Grundrechtseingriffe kommen (außer bei der Menschenwürde) grundsätzlich hinreichend bestimmte und ihrerseits verfassungsmäßige Gesetze und durch diese konkretisierte gleichrangige (Verfassungs-)Güter in Betracht. Von einer stillschweigenden oder konkludenten Einwilligung der Betroffenen kann nicht ausgegangen werden. Das Hausrecht des Trägers ist als Rechtsgrundlage für Grundrechtseingriffe äußerst problematisch, wird aber zum Schutz der Einrichtung und der Bewohner von der Rechtsprechung teilweise als Eingriffsgrundlage anerkannt. Seine Ausübung muss aber stets im Lichte eingeschränkter Grundrechte sowie der Sozialbindung des Eigentums erfolgen.
8. Die Ermächtigungsgrundlagen des Infektionsschutzgesetzes sind größtenteils zu unbestimmt, um gravierende konkrete Eingriffe in die Grundrechte von Heimbewohnern zu rechtfertigen. Das gilt besonders insofern, als sie Behörden und Heimträgern letztlich kaum zu kontrollierende Ermessensspielräume eröffnen.

Rechtsstaatliche Mindestvoraussetzung sind grundrechtswahrende und verbindliche Ausnahmetatbestände.

9. Grundrechtseingriffe sind am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit) zu messen. Konfligierende Grundrechte und andere Verfassungsgüter dürfen nicht einseitig bevorzugt oder verdrängt werden. Sie sind vielmehr nach dem Grundsatz „praktischer Konkordanz“ einander zuzuordnen. Anders als der Menschenwürde kommt dem Lebensschutz dabei kein absoluter Vorrang vor anderen Grundrechten zu.
10. Sieht das Gesetz oder auf dessen Grundlage eine Rechtsverordnung Ausnahmen von Besuchs- und Ausgangsverboten oder sonstige Lockerungen vor, so sind diese keineswegs nur „äußerer Rahmen“ für die Entscheidungsträger vor Ort. Sie sind vielmehr aktueller Gewährleistungsinhalt der Grundrechte und damit für die Behörden und Heimträger verbindlich und subjektive und gerichtlich durchsetzbare Rechte der jeweils Begünstigten.
11. Grundsätzlich stellen der Schutz von Leben und Gesundheit der Mitbewohner und des Pflegepersonals sowie der Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems unter den Bedingungen der COVID-19-Pandemie verfassungsrechtliche Grundlagen für den Eingriff in Grundrechte der Heimbewohner und deren Angehörigen dar. Auch ihnen kommt aber kein absoluter Vorrang vor anderen Grundrechten zu.

12. Das Leiden von Demenzkranken an einer für sie nicht begreifbaren Isolation, an mangelnder körperlicher Nähe und von ihnen nicht nachvollziehbaren Einschränkungen ist bei der Beurteilung von Maßnahmen besonders zu berücksichtigen.
13. Ungeachtet der grundsätzlichen Gleichwertigkeit jeden menschlichen Lebens tritt das Gewicht des reinen Lebensschutzes mit der Annäherung an das Lebensende gegenüber der Wahrung der Lebensqualität, der seelischen Gesundheit und der dafür erforderlichen sozialen und kulturellen Teilhabe zurück. Vor dem Tod und im Sterbevorgang gewinnen neben der Freiheit von Schmerz und Leiden die Wahrung der Würde und menschliche Zuwendung den Vorrang vor reiner Lebenserhaltung („in dubio pro dignitate“).
14. Angesichts der Bedeutung der oben genannten Grundrechte sind Besuchsverbote, auch wenn sie mit Ausnahmen versehen sind, grundsätzlich ultima ratio (letztes Mittel) des Gesundheitsschutzes in den Einrichtungen. Entsprechend streng muss die Prüfung der Verhältnismäßigkeit sein. Unter Politikern und Juristen besteht heute nahezu Einigkeit, dass die zu Anfang der Pandemie verhängten totalen und unbefristeten Besuchsverbote unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig waren. Das wäre auch aktuell zur Abwehr einer „zweiten Welle“ und angesichts einzelner „Hotspots“ der Infektionen in Pflegeheimen der Fall. Auch Ausbrüche, die als solches erschreckend sind, dürfen angesichts der Vielzahl von Pflegeeinrichtungen nicht verallgemeinert werden und zu undifferenzierten und panikartigen Reaktionen führen.
15. Zweifel bestehen bereits hinsichtlich der Eignung zum Gesundheitsschutz der Bewohner. So gehen nach neuen Untersuchungen Infektionen wesentlich weniger von besuchenden Angehörigen als vom uneingeschränkt zugangsberechtigten Personal, von Hilfskräften und Lieferanten aus. Letztere sind in aller Regel in den Einrichtungen nicht mehr gefährdet als auf dem Weg zur Arbeitsstätte und im „normalen Leben“.
16. Anders als zu Beginn der Pandemie verfügen die Heime heute über hinreichende Schutzkleidung, Trennwände und andere Hilfsmittel, um den Schutz der Heimbewohner untereinander und den Schutz des Personals zu gewährleisten. Auch räumliche Trennung von offenen und geschlossenen Bereichen, Gruppenbildung von risikowilligen und vorsichtigeren Bewohnern und ähnliche Abstufungen sind in Betracht zu ziehen. Als „milderes Mittel“ kommen auch immer mehr (Schnell-)Tests, nachgewiesene Immunität nach Genesung von COVID-19 sowie (in hoffentlich naher Zukunft) der entsprechende Impfnachweis in Betracht. Auf den Ausbruch der Pandemie und „Superspreader“ im Einzelfall muss durch ein entsprechendes (befristetes) Krisenmanagement reagiert werden.
17. Zur Wahrung der Zumutbarkeit sind besondere persönliche Härten (etwa nach schweren Krankheiten oder dem Verlust naher Angehöriger) bei Besuchsregelungen zu berücksichtigen. Auch

die Verlässlichkeit der Regelung ist von besonderer Bedeutung. Besuchsverbote und -einschränkungen haben vielfach erhebliche Nebenfolgen, die unter dem Stichwort „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ zu prüfen und möglichst weitgehend zu vermeiden sind. Das gilt etwa für Gesundheitsschäden durch den Ausfall unterstützender Pflege (z. B. Unterstützung bei der Körperpflege und der Nahrungsaufnahme) durch Angehörige, externe Pflegekräfte, Therapeuten usw. Statt Leben und Gesundheit zu schützen, gefährden Zugangsbeschränkungen für diesen Personenkreis Leben und Gesundheit der Betroffenen und sind in aller Regel unzumutbar und damit verfassungswidrig. Ggf. sind besondere Räume für externe Leistungen bereitzuhalten.

18. Besuchsverbote für Angehörige, enge Freunde, Seelsorger, Rechtsberater usw. in Hospizen und Palliativstationen sowie allgemein bei Näherrücken des Sterbezeitpunkts können weder durch den reinen Lebensschutz noch durch den Schutz des Pflegepersonals gerechtfertigt werden. Sie sind in aller Regel verfassungswidrig.
19. Auch Ausgangssperren für Heimbewohner und faktische Ausgangssperren durch die Androhung einer mehrtägigen Quarantäne bei Rückkehr stellen unverhältnismäßige Eingriffe in die persönliche Freizügigkeit sowie ggf. weitere Grundrechte wie beispielsweise die Religionsfreiheit oder den Schutz von Ehe und Familie dar. Die Gefahr eines „Einschleppens“ des Virus besteht bei Heimbewohnern eher noch weniger

als bei Angehörigen des Personals und Hilfskräften. Mildere Mittel sind auch hier Tests bei Rückkehr, Schutzkleidung und – wo vorhanden – die Nutzung einer Corona-Warn-App.

20. Auch interne Kontaktsperren, Zwang zur Einnahme der Mahlzeiten auf dem Zimmer, Verbote von Gemeinschaftsveranstaltungen, Beschlagnahme von persönlichen Gegenständen sind schwerwiegende Eingriffe in die persönliche Freiheit und missachten das besonders für alte und pflegebedürftige Menschen lebenswichtige Bedürfnis nach persönlicher Nähe und Kommunikation. Schon gar nicht dürfen solche Anordnungen und ein „Zimmerarrest“ als „Strafmaßnahmen“ für unbotmäßiges Verhalten angewandt werden.
21. Grundsätzlich verfassungswidrig sind Besuchsverbote und Ausgangssperren bei abgeschlossenen Wohneinheiten, Apartments und nur partiell genutzten Gemeinschaftseinrichtungen (betreutes Wohnen, gewöhnliche Mietverträge usw.). Hier entspricht die Rechtsstellung der Bewohner eher derjenigen gewöhnlicher Mieter und Miteigentümer, für die die einschlägigen zivilrechtlichen Normen, nicht aber Corona-Bestimmungen für Alten- und Pflegeheime gelten.
22. Rechtsverordnungen der Länder, die zu weitgehende Ermessensspielräume oder unverhältnismäßige Eingriffe in die Grundrechte enthalten, sind verfassungswidrig und damit unwirksam. Sie können als untergesetzliche Normen in den meisten Bundesländern durch Normenkontrollanträge nach § 47 VwGO

angegriffen werden. Auf ihnen beruhende Einzelentscheidungen der Behörden sowie Hausordnungen und Anordnungen öffentlicher Heimträger sind rechtswidrig und auf Anfechtungsklagen der Betroffenen aufzuheben.

23. Grundrechtswidrige Maßnahmen privater Heimträger stellen rechtswidrige Vertragsverletzungen, Besitzstörungen nach § 862 BGB und ggf. unerlaubte Handlungen im Sinne von §§ 823 ff. BGB dar. Betroffenen steht der Zivilrechtsweg einschließlich des vorläufigen Rechtsschutzes offen.
24. Rechtswidrige Entscheidungen der Heimleitungen sind durch die zuständigen Behörden der Heimaufsicht zu beanstanden. Das gilt für öffentliche und private Träger gleichermaßen. Andernfalls kommt nach heute vorherrschender Ansicht eine verwaltungsgerichtliche Verpflichtungsklage in Betracht. Heimbewohnern kommt insofern die Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO zu.
25. Nach Erschöpfung des Rechtswegs können Betroffene Verfassungsbeschwerde zum BVerfG – ggf. auch zu einem Landesverfassungsgericht – erheben, soweit sie geltend machen, durch eine Behörde oder ggf. auch durch eine Gerichtsentscheidung in einem ihrer Grundrechte verletzt zu sein.
26. Auch die Steigerung der Infektionszahlen und Ausbrüche in einzelnen Einrichtungen dürfen nicht zu erneuter verfassungswidriger Isolation von Heimbewohnern führen. Der Bundesgesetzgeber ist gefordert, die Eingriffstat-

bestände des Infektionsschutzgesetzes zu präzisieren und die Ermessens- und Beurteilungsspielräume der Behörden und der Heimleitungen einzuschränken. Der Lebensschutz darf nicht gegenüber allen anderen Grundrechten absolut gesetzt werden. Zentrale Maximen für die Lösung von Problemen und die Bewältigung von Krisen müssen – über die COVID-19-Pandemie hinausgehend – der absolute Vorrang der Menschenwürde, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die praktische Konkordanz der Rechtsgüter, die Beteiligung der Betroffenen und die wirksame Kontrolle durch die Gerichte sein.

Mainz, im November 2020

Prof. Dr. Friedhelm Hufen

Danksagung

Die BAGSO dankt Herrn Prof. Dr. Friedhelm Hufen für die Erstellung des Gutachtens. Unser Dank gilt außerdem dem BIVA-Pflegeschatzbund, der uns auf der Grundlage von 2.000 durchgeführten Beratungsgesprächen ein präzises Bild von der Situation in Alten- und Pflegeheimen während der Corona-Pandemie und zudem wertvolle Anregungen für das Gutachten gegeben hat. Namentlich sind Ulrike Kempchen und Markus Sutorius zu nennen. Seitens des BAGSO-Vorstands begleiteten Katrin Markus und Rudolf Herweck die Erstellung des Gutachtens ebenfalls mit wertvollen Hinweisen. Schließlich dankt die BAGSO dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) für seine Unterstützung.

Über die BAGSO

Die BAGSO – Bundesarbeitsgemeinschaft der Seniorenorganisationen vertritt die Interessen der älteren Generationen in Deutschland. Sie setzt sich für ein aktives, selbstbestimmtes und möglichst gesundes Älterwerden in sozialer Sicherheit ein. Sie fördert ein differenziertes Bild vom Alter, das die vielfältigen Chancen eines längeren Lebens ebenso einschließt wie Zeiten der Verletzlichkeit und Pflegebedürftigkeit.

In der BAGSO sind rund 120 Vereine und Verbände der Zivilgesellschaft zusammengeschlossen, die von älteren Menschen getragen werden oder die sich für die Belange Älterer engagieren. Die BAGSO tritt gegenüber Politik, Gesellschaft und Wirtschaft für Rahmenbedingungen ein, die ein gutes und würdevolles Leben im Alter ermöglichen – in Deutschland, in Europa und weltweit.

In wichtigen Politikfeldern setzt die BAGSO Themen auf die politische Tagesordnung, die für die Lebensqualität älterer Menschen relevant sind. Sie benennt die Anforderungen für ein besseres Leben im Alter und gibt Anstöße für politisches Handeln in Bund, Ländern und Kommunen.

Herausgeber

BAGSO –

Bundesarbeitsgemeinschaft der Seniorenorganisationen e.V.

Noeggerathstr. 49

53111 Bonn

Telefon 0228 / 24 99 93 0

kontakt@bagso.de

www.bagso.de

Autor

Prof. Dr. Friedhelm Hufen, Mainz

Lektorat

Petra Schäfter, textetage, Berlin

Grafikdesign

Nadine Valeska Kreuder, Bonn

www.nadine-kreuder.com

Druck

SENER DRUCK GmbH

Bonn, November 2020

Gefördert vom:



Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

