

# Recht und Politik

## Beiheft 7

Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik

## Corona und Grundgesetz

Herausgegeben von

Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann

# Corona und Grundgesetz

**Recht und Politik**  
**Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik**

Begründet von Dr. jur. h. c. Rudolf Wassermann (1925–2008)

Redaktion:

Hendrik Wassermann (verantwortlich)

Heiko Holste

Robert Chr. van Ooyen

Beiheft 7

# Corona und Grundgesetz

Herausgegeben von  
Robert Chr. van Ooyen  
Hendrik Wassermann



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen  
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpfing

Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 2567-0603

ISBN 978-3-428-18262-6 (Print)

ISBN 978-3-428-58262-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Inhalt

Zur Einführung: Freiheit, Demokratie und Grundgesetz im Pandemie-Notstand <i>Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann</i>	7
Pandemie und Parlament <i>Wolfgang Zeh</i>	11
Notstandsverfassung und Corona-Virus. Rückblick und Ausblick <i>Jörn Ipsen</i>	25
Grundrechtsschutz in der Corona-Pandemie <i>Oliver Lepsius</i>	40
Grundrechte unter Quarantäne? <i>Christoph Gusy</i>	64
Grenzenloser Infektionsschutz in der Corona-Krise? Konturen eines grundrechtssensiblen Pandemie-Krisenrechts <i>Stephan Rixen</i>	67
Über die Versammlungsfreiheit in der Corona-Krise – eine Zwischenbilanz <i>Horst Meier</i>	76
„Zwangstracking“ – Ein rechtliches No-Go? <i>Christian Hamann</i>	80
Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei Freiheitsbeschränkungen infolge der Coronavirus SARS CoV-2 Pandemie <i>Martin H. W. Möllers</i>	86
Entschädigung und Schadensersatz für staatlich angeordnete Betriebsschließungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie <i>Sophie Thürk und Thomas Winter</i>	109
Die rechtsstaatlichen Schwächen des neuen § 28a Infektionsschutzgesetz als zentrale Eingriffsnorm zur Bekämpfung von Covid-19 <i>Marco Buschmann</i>	120
Die „Stunde der Exekutive“. Rechtliche Kritik einer politischen Vokabel <i>Tristan Barczak</i>	129
Autorinnen und Autoren des Heftes	140



---

# Zur Einführung: Freiheit, Demokratie und Grundgesetz im Pandemie-Notstand\*

Von Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann

---

Eine solche Aufhebung von Grundrechten hat es in der Geschichte der Bundesrepublik noch nie gegeben. *Recht und Politik* hat dies daher in den vergangenen Monaten des „Corona-Lockdowns“ in einer Fortsetzungsreihe von Aufsätzen kritisch begleitet. Diese sind im vorliegenden *Beiheft* zusammengestellt, erweitert um neue Beiträge.

Bonn ist nicht Weimar – und Berlin erst recht nicht: Weder hat es infolge politischer und ökonomischer Krisen eine permanente Entgrenzung von verfassungsrechtlichen Notstandskompetenzen in der Staatspraxis gegeben noch ein „Sturmreifschießen“ durch rechte, republikfeindliche Denker in der Staatstheorie. Bis heute ist der „Staatsnotstand“ periodisch zwar auch in der Bundesrepublik präsent gewesen: Die verfassungsrechtlich „unorthodoxe“ Bewältigung der Flutkatastrophe von 1962 hatte der Gesetzgeber vor Augen, als er 1968 die Notstandsverfassung zur Zeit der ersten Großen Koalition ins Grundgesetz einfügte. Geraune zu „übergesetzlichen Notständen“ wurde später im „Fall Daschner“<sup>1</sup> und bei einem prophylaktischen Flugzeugabschuss im Rahmen von „9/11-Szenarios“ nach 2001 laut, war ebenso 1992 von Bundeskanzler Kohl vernehmbar, angesichts dramatisch steigender Flüchtlingszahlen und der anfänglichen Weigerung der SPD, eine Änderung von Art. 16 GG mitzutragen. Aber ob Kommunistenverfolgung der 50er Jahre, Notstandsgesetze und 68er-Proteste oder ob RAF-Bekämpfung und die 9/11-Sicherheitspakete seit den „Ottokatalogen“<sup>2</sup> – trotz Überreaktionen und einzelner staatlicher Exzesse blieb die liberale Demokratie der Bundesrepublik stabil. Ebenso waren Staatsrechtler in der Minderheit, die als „Schmitt-Epigonen“ die Legitimität gegen die Legalität ausspielen wollten, ein neues „Freund-Feind-Recht“ und das „Bürger-Opfer“ forderten, bisweilen auch die Folter wiederentdeckten, auch wenn Otto Depenheuers spezielle Sichtweisen des „wehrhaften Rechtsstaats“ als „Nachtlektüre“ die „Notstandsträume“ eines Bundesinnenminister

---

\* Vgl. *van Ooyen*, „Schönwetterdemokratie“? Der Grundrechte-Shutdown im Corona-Notstand als Lackmusedes Grundgesetzes, in: Ders., *Öffentliche Sicherheit und Freiheit*, 3. Aufl., 2020, S. 45 ff.

1 Androhung von Folter durch die Polizei in einem Entführungsfall des Jahres 2002 (Jakob von Metzler).

2 Benannt nach dem damaligen Bundesinnenminister Otto Schily (SPD).



beflügelt und die eine oder andere „rustikale Lösung“ von 9/11 wohl sogar Befürworter im Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts gefunden hat<sup>3</sup>.

Dies schien auch für die das Recht tragende politische Kultur zu gelten. Ernst Fraenkel etwa mahnte zwar noch in den 60er Jahren, dass es hierzulande im Unterschied zu anglo-amerikanischen Ländern viel stärker auf den „Erlaß detaillierter Normen“ ankäme, da wegen des Etatismus in Deutschland eine politische Tradition des Misstrauens gegenüber Staatsnotständen fehlte<sup>4</sup>. Das aber war vor über 60 Jahren und diese obrigkeitstaatliche Diagnose schien wie aus einem anderen, fernen Zeitalter.

Eine immer wieder boomende deutsche Wirtschaft tat ihr übriges: Selbst die schwere Weltfinanzkrise 2008 wurde weich abgefedert und blieb für die große Mehrheit der Bevölkerung im Arbeits- und Freizeitleben ebenso kaum spürbar wie die sprunghaft-überraschende Zuwanderung von über einer Million Menschen 2015 – von sinkenden Sparsbuchzinsen, dauerblockierten Turnhallen der örtlichen Sportvereine und Überstunden in manchen öffentlichen Verwaltungen mal abgesehen. Im Gegenteil, während der „Flüchtlingskrise“ konnte aus vollen Haushalten verteilt werden und die meisten verzeichneten seit Jahren ordentliche Tarifabschlüsse und damit einhergehende (Konsum-)Zuversicht, zumindest jenseits des Niedriglohnsektors, der Mini-Jobber und Alleinerziehenden, der armen Rentner und der „abgehängten“ Regionen. Die demokratische Stabilität der Bundesrepublik unterscheidet sich daher drastisch von Weimarer Zuständen; das gilt aber eben auch für die Dramatik und das Ausmaß bisheriger Belastungen. So betrachtet hat die Bundesrepublik in ihrer Geschichte gar keinen „harten“ Test der Demokratie bestehen müssen, wenigstens nicht in dem Ausmaß, den Weimar zu bewältigen hatte – zum Glück.

Bei der Verhängung der „Corona-Maßnahmen“ im ersten „Lockdown“ kam es jedoch vorübergehend zu einer Art „Ausnahmезustand“ durch flächendeckende und vollständige Verbote der Ausübung von Grundrechten; dies gestützt auf Generalklauseln, regelrechte Blanko-Ermächtigungen und gesetzesdurchbrechende Verordnungsgebung, bei denen sich Bundestag und Landtage aus dem öffentlich wahrnehmbaren Entscheidungsprozess abmeldeten, und zwar – ob FDP oder Grüne, die sonst gerne die Rechte des freien Unternehmers bzw. die Menschen- und Bürgerrechte reklamieren – einschließlich ihrer parlamentarischen Opposition. So ist der Exekutive vollständig der politische Raum überlassen worden, den sie in einer Krise mit ihren „Maßnahmen“ ohnehin dominiert.

Dabei zeigt sich nicht nur, dass die existierenden verfassungsrechtlichen Regelungen zum Notstand sich nur schwer auf den Fall einer Pandemiebekämpfung sinnvoll anwenden lassen. Das Grundgesetz ist fast „pandemie-blind“. Denn lediglich der „Ka-

---

3 Vgl. *Hofmann*, Schäubles Nachtlektüre, in: *Die Zeit* 33/2007, S. 7, gemeint ist das Buch von *Depenheuer*: Selbstbehauptung des Rechtsstaats, 2007 bzw. die „Luftsicherheits-Plenarentscheidung“.

4 *Fraenkel*, „Martial Law“ und Staatsnotstand in England und USA, in: Ders. (Hg.), *Der Staatsnotstand*, 1965, S. 163.

tastrophennotstand“ in Art. 35 GG scheint einen direkten Anknüpfungspunkt zu bieten. Zugleich aber wird in Art. 11 GG die „Seuchengefahr“ ausdrücklich von den beiden in Art. 35 GG genannten Katastrophenfällen unterschieden. Und jenseits der bloßen Kompetenzzuweisung bei der Gesetzgebung zugunsten des Bundes in Art. 74 GG wird die „Bekämpfung von Seuchengefahr“ nur noch beim Gesetzesvorbehalt zur Einschränkung der Freizügigkeit im eben diesem Art. 11 GG genannt. Bedeutet das, dass alle anderen Grundrechte, die gar keinen solch expliziten „Seuchenvorbehalt“ kennen, in diesem Falle dann auch nicht einschränkbar wären? Dann wäre die vorübergehende Aufhebung nahezu aller Freiheitsrechte bis hin zur Vernichtung beruflicher Existenzen ohne geregelte Entschädigung und der Ausschaltung von öffentlichem Protest durch absolute Versammlungsverbote verfassungswidrig – von den aberwitzigen exekutiven Kontakt-Verbotsexzessen des „illegalen“ Sitzens auf einer Parkbank ganz zu schweigen.

Infolge der flächendeckenden Verbote von Demonstrationen, Kontakten außerhalb der eigenen vier Wände, Gottesdiensten, kulturellen Veranstaltungen drohte eine Fundamentalverschiebung der Grundrechtsarchitektur, die das Grundgesetz auf den Kopf stellte: Nicht die Beschränkung durch die öffentliche Gewalt schien mehr begründungspflichtig, sondern auf einmal die Ausübung des Grundrechts. Dabei meint es eine freiheitliche Verfassung genau umgekehrt. Selbst das Bundesverfassungsgericht hat, sich wegduckend, das erst einmal durchgewunken und den Schutz von Freiheit und Demokratie einfach dem üblichen Rechtsweg überlassen. Entsprechende Verfassungsbeschwerden (bzw. Anträge auf einstweilige Anordnungen) sind ab- und an die Verwaltungsgerichte verwiesen worden – als ob es um abgelehnte Baugenehmigungen ginge. Die Verwaltungsgerichte waren dann tatsächlich die ersten, die sich den exzessiven Grundrechtseingriffen wegen Verstoßes gegen die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall entgegen stellten.

Da bemühen wir uns in Deutschland seit Jahrzehnten um saubere Gesetzestechnik, filigrane Grundrechtsdogmatik bzw. korrekte und grundrechtsschonende Rechtsanwendung – und beim ersten bösen Pandemiefall rutschte das alles direkt und komplett weg. Wie konnten die Verfassungs- und Verwaltungsorgane bloß annehmen, dass das mit dem Grundgesetz vereinbar, ja schon nur die vollständige Aufhebung des Demonstrationsrechts in einer *Demokratie* überhaupt zulässig wäre? Doch nur, wenn man glaubte, das Grundgesetz gelte bloß in „normalen“ Zeiten. Dieser Maßstabsverlust scheint dann doch sehr an genau das zu erinnern, was Carl Schmitt als „Souveränität“ des „Ausnahmestands“ beschrieben hat<sup>5</sup>.

Mindestens genauso erschreckend wie der „Grundrechte-Shutdown“ in der ersten Phase der Pandemie ist die damit einhergehende totale Zustimmung der Bevölkerung und Öffentlichkeit gewesen: von Opposition auch hier, ein paar kritische Jurist\*innen und Journalist\*innen ausgenommen, öffentlich wahrnehmbar über viele Wochen und Monate keine Spur; bei den Medien, namentlich dem öffentlich-rechtlichen Fernseh-

---

5 Vgl. *Schmitt*, Politische Theologie, 7. Aufl., 1996, S. 13.