

Recht und Politik

Beiheft 10

Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik

Corona – Rechtspolitik im zweiten Jahr

Herausgegeben von

Hans Peter Bull, Robert Chr. van Ooyen
und Hendrik Wassermann

Duncker & Humblot · Berlin

Corona – Rechtspolitik im zweiten Jahr

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 10

Corona – Rechtspolitik im zweiten Jahr

Herausgegeben von

Hans Peter Bull
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

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpfing

Druck: CPI Books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 2567-0603

ISBN 978-3-428-18747-8 (Print)

ISBN 978-3-428-58747-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Corona und der Herbst 2022

In diesen Wochen bereitet sich Deutschland auf einen neuen Corona-Herbst und -Winter vor. Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach hat bereits im Frühjahr 2022 weitreichende Maßnahmen angekündigt, und es ist davon auszugehen, dass es auch in diesem Jahr wieder zu Grundrechtseinschränkungen kommen wird.

Recht und Politik hat in den vergangenen beiden von Corona geprägten Jahren die staatlichen Maßnahmen rechtspolitisch aufmerksam begleitet und frühzeitig zu weitreichenden staatlichen Grundrechtseingriffen kritisch Stellung bezogen. Im Rahmen unserer Berichterstattung mussten wir feststellen, dass das 1. Corona-Jahr anfänglich von einem weitgehenden Versagen parlamentarischer und rechtsstaatlicher „checks and balances“ geprägt war, die in einer freiheitlichen Demokratie, die ihren Bürgerinnen und Bürgern grundlegende Gleichheits- und Freiheitsrechte garantiert, in der DNA von Politik, Justiz, Medien und Gesellschaft implementiert sein sollten. Stattdessen wurden weitreichende Grundrechtseinschränkungen in Kraft gesetzt, von Juristen und Juristinnen erarbeitet, deren rechtsstaatliche Sensibilität und rechtspolitische Prägung außerhalb jeden Zweifels stehen sollte. Liberale Juristen und Politologen erhoben gegen diesen „Rundumschlag“ ihre Stimmen, zu einem Gutteil in dieser Zeitschrift.

Und auch im vergangenen Jahr setzten sich die massiven Grundrechtseingriffe fort. Grund genug für Recht und Politik, das zweite Corona-Jahr rechtspolitisch Revue passieren zu lassen. Im Gegensatz zum ersten Corona-Jahr mehrten sich 2020/21 die kritischen Stimmen in Justiz und Parlamenten, die eine übergreifige Exekutive an ihre rechtsstaatlichen Grenzen erinnerten. Wenn dies auch nicht immer erfolgreich und gelegentlich zu zaghaft war, bleibt doch festzuhalten, dass die liberalen Stimmen, die angesichts stellenweise willkürlich festgelegter Inzidenzen, großzügig bemessener Bedarfe der Exekutiven und einer „4.“ Gewalt, die ausgerechnet bei den öffentlich-rechtlichen Medien allzu unkritisch Zahlen des Robert-Koch-Instituts übernahm und abweichende Meinungen negierte, an Boden gewannen.

Vorwort

Herbst und Winter 2022/23 im dritten Corona-Jahr stehen vor der Tür. Die Herausgeber wünschen der Exekutive Augenmaß und Selbstkritik, den Parlamenten Rückgrat und Selbstvertrauen, der Justiz Selbstsicherheit und Besinnung auf ihre uralteste Rolle als rechtsstaatlicher Entscheider.

Hamburg und Berlin, im Herbst 2022

Hans Peter Bull, Robert Chr. van Ooyen, Hendrik Wassermann

Inhalt

Die Parlamente sind zurück – von wo? <i>Wolfgang Zeh</i>	9
Freiheitsbegriff, Staatsverständnis und politische Ethik im Wandel. Das Beispiel der Diskussion über eine gesetzliche Impfpflicht <i>Hans Peter Bull</i>	26
Impfpflichten nach der Karlsruher Entscheidung zur Nachweispflicht (§ 20a IfSchG) <i>Johannes Liebdi</i>	52
Allgemeine Impfpflicht: Chronik einer Absage <i>Yannik Hofmann</i>	64
Demokratie perdu? Fünf verfassungsrechtliche Anmerkungen zur gegenwärtigen Corona-Krise <i>Anna-Bettina Kaiser</i>	71
Die COVID-19-Pandemie – experimentelles Handeln unter Ungewissheitsbedingungen. Rechtliche und rechtspolitische Herausforderungen <i>Karl-Heinz Ladeur</i>	80
Bundesnotbremse – das Bundesverfassungsgericht bleibt „etatistisch“: Neue Grundrechte, weniger Freiheit und eine „Kontrollinszenierung“? <i>Martin H. W. Möllers und Robert Chr. van Ooyen</i>	100
Beweislastumkehr und Verfassungsrecht. Zum Homeoffice-Angebot des Arbeitgebers in der Pandemie <i>Anna Leisner-Egensperger</i>	116
Datenschutz in Zeiten der Coronabekämpfung – zum Umgang mit dem Impfstatus <i>Felix Hermonies</i>	135
Keine Frage eines Privilegs – zum Umgang mit Geimpften <i>Johannes Fechner</i>	141
Handlungsfähigkeit des Föderalismus in der Pandemie. Überlegungen zur Kompetenzverteilung anlässlich der ‚Bundesnotbremse‘ <i>Nathalie Behnke</i>	146
Notstandsföderalismus. Ausgewählte verfassungsrechtliche Regelungen der Bundesländer im Notstandsfall <i>Matthias Lemke</i>	158
Eine verfassungskonforme (Impf-)Schererei: Zur Einführung des französischen Impfpasses im Konkreten und dem Rechtsprechungsparadox des Verfassungsrats im Allgemeinen <i>Sarah Geiger</i>	168
Krisendemokratie. Österreichbericht <i>Tamara Ehs</i>	176

Mehr Europa? Kriterien für eine Kompetenzübertragung auf die Europäische Union am Beispiel der Gesundheitspolitik und der COVID 19-Pandemie <i>Christian Callies</i>	186
Autorinnen und Autoren	196

Die Parlamente sind zurück – von wo?

Von Wolfgang Zeh

I. Vom Ausnahmezustand zum Gesetzesvorbehalt

Nach zwei Jahren Pandemie, Pandemiepolitik und Pandemieverwaltung hat der Bundesgesetzgeber das Infektionsschutzgesetz (IfSG) zum fünften Mal novelliert, in der aktuellen Version nunmehr unter Einbeziehung der Landesparlamente¹. Damit bietet sich eine Zwischenbilanz der Rolle an, welche die Parlamente in der staatlichen Auseinandersetzung mit der pandemischen Covid-19-Erkrankung gespielt haben. Sie waren in der Phase anfänglicher Panik nicht in Erscheinung getreten, von der Öffentlichkeit aber auch nicht vermisst worden. Man fühlte sich im Belagerungszustand, die Rede war von einem „Krieg“ gegen die Pandemie, monatelang begannen die abendlichen Fernsehnachrichten mit einem überdimensionierten gelbroten Bildnis des stachelbewehrten „Virus“. Aller Augen waren auf die Exekutive gerichtet, die sich mit kraftvollem Handeln zu profilieren suchte und von der das, bei achtzigprozentiger Zustimmung zu den exekutiven Maßnahmen in Meinungsumfragen, offensichtlich auch erwartet wurde.

Das hat sich geändert, in der breiten Öffentlichkeit spätestens dann, als das Ausmaß der Einschränkungen von Beruf, Gewerbe, Schulbesuch, Kultur, Bewegungsfreiheit und weiterer Betätigungsrechte allgemein bewusst geworden war. Frühere Einwendungen gegen die „Stunde der Exekutive“ hatten noch mit der Unterstellung zu rechnen, wer jetzt Zweifel äußere, nehme den Tod unzähliger Mitmenschen in Kauf. In der verfassungsrechtlichen Fachdebatte setzte eine intensive Diskussion ein um die Rechtfertigung der administrativen Maßnahmen, um ihre Abwägung mit den Grundrechten, um

1 Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften vom 18. März 2022, BGBl. I Nr. 10 v. 18. 03. 2022, mit Neufassung von § 28 a Abs. 8, der das „Parlament des betroffenen Landes“ unter bestimmten Voraussetzungen zu der Feststellung ermächtigt, dass über die in Absatz 7 verbliebenen Maßnahmen hinaus weitere Schutzvorkehrungen für eine Gebietskörperschaft erforderlich sind. Im Folgenden steht der Bundestag im Mittelpunkt der Betrachtung, zumal die Landesparlamente erst mit der jüngsten Novellierung in die vorgesehene Regelungsbefugnis einrücken. Sie können daher nicht „zurück“ sein, sondern sind nun qua Bundesrecht stärker präsent. Die Normsetzung für die Landesebene geschah bisher durch Verordnungsermächtigung an die Regierungen (Art. 80 Abs. 1 GG), ohne dass die Landesparlamente sich dazu entschlossen haben, die Regelungsbefugnis im Wege des Art. 80 Abs. 4 GG an sich zu ziehen.

ihre Erforderlichkeit und Angemessenheit sowie um grundsätzliche Fragen von Rechtsstaat, Gewaltenteilung und die demokratische Legitimation staatlichen Handelns.

Dabei richtete sich der Blick, ein anfangs vergeblich suchender Blick, auf die Rolle der Parlamente, zunächst in der verfassungsrechtlichen Debatte und dann auch im Bundestag².

Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte und seit langem regelmäßig bestätigte „Wesentlichkeitstheorie“, der zufolge die für die Bürger bedeutenden staatlichen Entscheidungen vom Parlament (selbst) getroffen werden müssen, insbesondere damit eine öffentliche Debatte unter Einbeziehung aller politischen Kräfte gewährleistet ist³, wurde schließlich zum Leitmotiv einer allgemeinen Forderung nach parlamentarischer Befassung mit der Pandemiepolitik.

Die Beurteilung der exekutiven Pandemiepolitik war in dem Maße differenzierter, in der Folge aber auch kritischer und teilweise aggressiver geworden, als die von der Bundesregierung aufgrund virologischer Beratung vorgegebenen, von der Konferenz der Ministerpräsidenten mit der Bundeskanzlerin ausgehandelten und von den Verwaltungen der Länder umgesetzten Maßnahmen nicht mehr ohne weiteres einleuchteten. Von einer Übernahme der wesentlichen Regelungsaufgaben durch den Bundestag wurden systematische Ordnung, verbindliche Orientierung und rechtsstaatliche Klarstellung erhofft.

-
- 2 Für einen Überblick über die sehr umfangreich gewordene Fachdiskussion wird verwiesen auf die in den Jahren 2020, 2021 und 2022 erschienenen jeweils vier Hefte der Zeitschrift *Recht und Politik* (RuP), die in einem regelmäßigen „Schwerpunkt Corona-Pandemie“ die Debatte, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung in jeweils mehreren Beiträgen begleiteten und kommentierten, Anfang 2021 nochmals zusammengefasst und erweitert in einem „Beiheft 7: Corona und Grundgesetz“. Zur anfänglichen Abwesenheit der Parlamente vgl. z. B. *Möllers*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei Freiheitsbeschränkungen infolge der Coronavirus SARS CoV-2 Pandemie, RuP Beiheft 7, S. 86 ff., S. 107: „Der Deutsche Bundestag und die Länderparlamente fallen...als Kontrollinstanzen aus...“, sowie *Lepsius*, Grundrechtsschutz in der Corona-Pandemie, ebd. S. 40 ff., S. 46: „Durch Covid-19 ist in der Bundesrepublik seit März 2020 eine Parallelrechtsordnung entstanden“. Nachdem im Bundestag wachsendes Unwohlsein über seine Rolle aufgetreten war (vgl. z. B. der Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU Brinkhaus, „So geht das nicht“, Spiegel online v. 23.04.2020), wandte Bundestagspräsident Schäuble sich an die Fraktionen mit der Klarstellung, der Gesetzgeber habe wesentliche Entscheidungen selbst zu treffen und sie nicht der Verwaltung zu überlassen (zit. in Handelsblatt v. 21. 10. 2020, Onlineausgabe).
 - 3 Vgl. z. B. BVerfGE 49, 89; 77, 170; 98, 218, und erneut 150, 1, darin Rn. 192 ff.: „In der Ordnung des Grundgesetzes trifft die grundlegenden Entscheidungen das vom Volk gewählte Parlament ... Damit soll gewährleistet werden, dass Entscheidungen von besonderer Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das ... die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären und das die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet“.

II. Zur gesellschaftlichen Bedeutung der Parlamentarisierung

Mit den dann schnell aufeinander folgenden Fortschreibungen des Infektionsschutzgesetzes, der (Selbst)Ermächtigung des Bundestages zur Feststellung (und gegebenenfalls Aufhebung) einer pandemischen Lage „von nationaler Tragweite“ in § 5 Abs. 1 Satz 1, 2 IfSG nebst dem Kriterienkatalog in § 28a IfSG, und nicht zuletzt mit den massiven haushaltsgesetzlichen Vorkehrungen zur Bewältigung der Pandemiefolgen hat das Parlament wichtige Schritte vollzogen, um seine verfassungssystematische Rolle in der Normsetzung zurückzugewinnen. Mit der jüngsten Novellierung gilt das auch für die Parlamentsbeteiligung in den Bundesländern – sogleich von Landesregierungen als umständlich und überflüssig kritisiert – für den Fall, dass in einer Gebietskörperschaft die virologisch definierten Kennzahlen und die Belastung des Gesundheitswesens trotz den in § 28a Abs. 7 IfSG nunmehr reduzierten Vorkehrungen außergewöhnlich ansteigen („Hotspot“) und daher zusätzliche Maßnahmen – allgemeine Masken- und Abstandspflicht, Impf-, Genesungs- und Testnachweispflicht – ergriffen werden sollen. Dies setzt dann eine entsprechende Feststellung durch das Parlament des Landes voraus, die nach drei Monaten außer Kraft tritt, wenn das Landesparlament sie nicht wiederholt bzw. erneuert⁴.

Der gesetzgeberische Aktivismus hat indessen nichts daran ändern können, dass die anfangs breite Akzeptanz der Pandemiepolitik im Publikum abgenommen hat und dass das allorts vermisste „Vertrauen“ in die staatliche Handlungskompetenz und in die Krisenfestigkeit der repräsentativen Demokratie nicht gewachsen ist. Dafür kann es viele Ursachen geben, auch solche, die nicht in der Pandemie und ihrer politisch-administrativen Bearbeitung liegen oder die ihr vorausliegen. Zu untersuchen sind sie indessen darauf, ob die Art und Weise der parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung einen Zusammenhang mit ihnen aufweist. Die Frage ist, ob es mit der Gesetzgebungstätigkeit sein Bewenden haben kann, wenn der parlamentarische Beitrag zur Bewältigung der Pandemie und ihrer Folgen in Rede steht. Ist die parlamentarische Herangehensweise etwa mit ursächlich, oder anders gefragt, warum hat sie so wenig ändern können an einer so noch nicht erlebten Entfremdung zwischen Personen und sozialen Schichten voneinander sowie zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Diskursen im Verlauf der Pandemie? Ist die Aufgabe des Parlaments in dieser Lage ganz verstanden und wahrgenommen worden? Die Frage ist nicht beschränkt auf die aktuelle

4 Die Novellierungen folgten einander mit hoher Frequenz: die erste am 27.03.2020 (BGBl. I Nr. 14, S. 587), die nächste am 22.05.2020 (BGBl. I Nr. 23, S. 1018), die dritte am 18.11.2020 (BGBl. I Nr. 52, S. 2397), die vierte im darauffolgenden Jahr am 22.04.2021 (BGBl. I S. 802), und schließlich die bisher letzte am 18.03.2022 (BGBl. I Nr. 10, S. 466). Man kann darin eine jedenfalls „nachholende Parlamentarisierung und normative Einhegung der Pandemiemaßnahmen“ sehen, so *Mahlmann*, Demokratie im Notstand? Rechtliche und epistemische Bedingungen der Krisenresistenz der Demokratie, in: Sondertagung 2021 der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, VVDStRL 80, S. 69 ff., 90; bis dahin habe es an einer „selbstbewussten Behauptung der eigenen Rechte durch die Parlamente ... nicht immer, aber immer wieder gefehlt“.