

Jahrbuch 2022

2023

ISBN 978-3-406-79964-8

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

onsschutzgesetzes zeigt. Freilich: Das Übergewicht der Exekutive mit ihrer exzessiven Verordnungstätigkeit wurde dadurch nicht beseitigt. So drängen sich zwei Fragen auf: War dieses exekutive Übergewicht letztlich ganz unvermeidbar, sozusagen der Natur der Corona-Bekämpfung geschuldet? Oder hätte es Alternativen bzw. wenigstens Optimierungspotenzial gegeben?

a) Unvermeidbarkeit des exekutiven Übergewichts?

Zunächst sollte klar sein, dass in der Anfangsphase der Pandemie der Zugriff der Exekutive unter Rekurs auf die schmale Rechtsgrundlage des § 28 IfSG tatsächlich ohne greifbare Alternative war. Doch spätestens im Sommer 2020 sah das anders aus. Hier hätte der Bundestag tätig werden können, ja müssen.⁶⁸

Freilich wurden größere parlamentarische Auseinandersetzungen zu den zentralen politischen Weichenstellungen in der Pandemie schmerzlich vermisst. Eine solche Debatte kam spät und vielleicht zu spät – Anfang November 2020 und damit acht Monate nach Ausbruch der Pandemie und sieben Monate nach dem ersten Lockdown. Bis dahin sind zwar viele gesetzgeberische Maßnahmen sozial-, finanz-, medizin- und wirtschaftsrechtlicher Art im Zusammenhang mit der Pandemie ergriffen worden,⁶⁹ aber das eigentliche Feld ihrer Bekämpfung mit all den einschneidenden Maßnahmen für Wirtschaft, Kultur, Schulen, Kitas, Universitäten und das private Leben überließ man weitestgehend der Exekutive.⁷⁰ Man hat also das Coronabekämpfungsfolgenrecht gesetzlich näher ausgestaltet, aber nicht das Coronabekämpfungsrecht selbst. Deutlich spürbar war der „Unwille in den regierungstragenden Bundestagsfraktionen [...], überhaupt gesetzliche Regelungen zu schaffen.“⁷¹ Das Publikum hingegen gewöhnte sich nolens volens an das Ritual der Ministerpräsidentenkonferenz unter Leitung der Bundeskanzlerin, die dann auch meistens die vereinbarten Beschlüsse in der Öffentlichkeit und sich selbst als in erster Linie verantwortlich präsentierte. Diese „im Grundgesetz selbst nicht vorgesehene Konferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefs der Länder war für einige Monate das zentrale Steuerungsmedium in der Krise.“⁷² Befördert wurde durch dieses Gremium die Ent-Institutionalisierung bei gleichzeitiger Personalisierung der Entscheidungen.⁷³ Was fehlte, war das, was eine parlamentarische Demokratie ausmacht: der offene

⁶⁸ Ähnlich *Wolff/Zimmermann*, Jura 2022, 18 (24 ff.) mit breitem Überblick zu Judikatur und Literatur.

⁶⁹ Möglicherweise bezieht sich *Di Fabio*, Coronabilanz, 2021, S. 61 hierauf, wenn er die sonst unverständliche Aussage trifft, der Bundestag sei in der Pandemie „vergleichsweise durchaus aktiv beteiligt“ gewesen.

⁷⁰ Siehe auch *Boehme-Neßler*, DÖV 2021, 243 (244); *Wolff/Zimmermann*, Jura 2022, 148 (155).

⁷¹ *Wolff/Zimmermann*, Jura 2022, 148 (158). So auch *O. Lepsius*, JöR 69 (2021), 705 (718).

⁷² *Waldhoff*, NJW 2021, 2772 (2774). Ähnlich *O. Lepsius*, JöR 69 (2021), 705 (708), der vom „entscheidenden Organ der Politikformulierung und Strategiediskussion“ spricht; ebd., S. 719: „Gubernativkomitee“.

⁷³ *O. Lepsius*, JöR 69 (2021), 705 (719).

Streit der verschiedenen Positionen; das Ringen um das bessere Argument; der Einbezug der Opposition; die Präsentation von Alternativen. All das ging im exekutiven Ritual der genannten Runde unter: Man tagte hinter verschlossenen Türen und verkündete dem staunenden Volk hinterher die gefundenen Ergebnisse. Das ist das Gegenteil einer gelebten Demokratie. Man hat mit Recht von einem „Diskursausfall“⁷⁴ gesprochen.

Damit sei nicht behauptet, ein früheres Tätigwerden des Parlaments hätte zwingend zu anderen oder gar zwingend besseren Ergebnissen geführt. Aber als Forum der Nation⁷⁵ hat der Bundestag die Funktion, alle das Volk betreffenden und bewegenden politischen wie gesellschaftlichen Fragen öffentlich zu diskutieren und zu erörtern. Schon allein darin liegt, unabhängig von Regelungsalternativen, ein ganz hoher und ein absolut eigenständiger Wert. Hinzu kommt: Eine offene, kontroverse Diskussion im Parlament kann die oft enge, der Ressortlogik geschuldete Perspektive exekutiver Entscheidungsträger ein Stück weit aufbrechen und zu einem etwas breiteren Bild, ja letztlich zu einer ausgewogeneren Gesamtabwägung führen.⁷⁶ Parlamentarische Deliberation schützt vor seuchenpolizeilicher Blickverengung. Dass es an all dem bis Ende Oktober 2020 völlig und danach noch weitgehend gefehlt hat, stellt der Großen Koalition wahrlich kein gutes Zeugnis aus.⁷⁷ Denn an Initiativen der seinerzeitigen Oppositionsfractionen herrschte kein Mangel.

Den damaligen Regierungsfractionen fehlte es aber über ein halbes Jahr lang am Willen, insbesondere bei der Fixierung der grundrechtseinschränkenden Maßnahmen eine stärkere, der zentralen Rolle des Bundestages entsprechende Rolle zu spielen, und auch danach waren die parlamentarischen Initiativen zunächst eher verhalten, eher reagierend als agierend.⁷⁸ Die Fractionen haben sich einmal mehr nicht als eigenständige Größen, sondern als Unterstützungsorganisationen für die Regierung verstanden. Das muss aber – auch im parlamentarischen System! – nicht zwingend so sein. Die neue Ampelkoalition zeigt jedenfalls mit einer ganzen Reihe von Gesetzgebungsakten gerade im Bereich der Corona-Beschränkungen, dass das Parlament in der Pandemie durchaus eine wichtige Rolle spielen kann.

⁷⁴ *Klafki*, NVwZ 2020, 1718 (1718).

⁷⁵ Zu dieser Wendung nur *Masing*, Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte, 1998, S. 105 ff.

⁷⁶ Dazu eindringlich *Heinig u. a.*, JZ 2020, 861 (869 f.); *Volkman*, NJW 2020, 3153 (3159 f.); *O. Lepsius*, RuP 2020, 258 (268 ff.). Die „disziplinäre Engführung“ beklagt zu Recht *Kingreen*, NJW 2021, 2766 (2769).

⁷⁷ Ähnlich wie hier *O. Lepsius*, JöR 69 (2021), 705 (716 ff.).

⁷⁸ Bei der Impfpriorisierung Anfang 2021 ist der Bundestag zunächst wieder in seine passive Rolle (Überantwortung an die Exekutive) zurückgefallen und hat sich erst nach breiter verfassungsrechtlicher Kritik zu einer (allerdings inhaltlich wenig überzeugenden) gesetzlichen Steuerung durchgerungen: *Kingreen*, NJW 2021, 2766 (2770).

b) Stärkung der Parlamente durch Mitwirkung an der exekutiven Rechtsetzung

Zudem ist der Bundestag nicht allein auf die Gesetzgebungstätigkeit verwiesen. Es gibt durchaus noch die eine oder andere Möglichkeit, die parlamentarische Beteiligung an der Pandemiebekämpfung zu stärken. So schließt die Delegation von Rechtssetzungskompetenzen an die Exekutive nicht aus, dass der Bundestag sich eine Mitwirkung an dieser Rechtsetzung sichert: Hier kommen als eher schwache Formen der Mitwirkung Unterrichtungspflichten des Parlaments, als sehr viel stärkere Mitwirkungsvarianten vor allem Zustimmung-, Aufhebungs- oder Änderungsvorbehalte in Betracht.⁷⁹ Mit ihnen kann es zu einer Mitsteuerung des Geschehens kommen. Einen Zustimmungsvorbehalt kannte z.B. § 28b Abs. 6 Satz 2 IfSG, eine bloße Unterrichtungspflicht findet sich in § 5 Abs. 1 Satz 7 (vorher: Satz 5) IfSG.

Auf der Landesebene lassen sich die Mitwirkungsrechte der Landtage vielleicht noch effektiver umsetzen. Jedenfalls gewährt ihnen Art. 80 Abs. 4 GG das Recht, im Rahmen von Bundesverordnungsermächtigungen die entsprechenden Regelungen als Parlamentsgesetze zu verabschieden. Davon wurde, soweit ersichtlich, nirgendwo Gebrauch gemacht. Aber als Minus zu dieser Möglichkeit gibt es auch auf der Landesebene die Möglichkeit von Zustimmungs-, Änderungs- oder Aufhebungsvorbehalten.⁸⁰ Hier hat sich in jüngerer Zeit durchaus etwas getan. Eine ganze Reihe von Bundesländern kennt mittlerweile „Gesetze zur Beteiligung des Landtages bei Maßnahmen nach dem IfSG“, wenn auch in durchaus unterschiedlicher Ausgestaltung.⁸¹ Aber auch hier verdient allein das Bestreben Zustimmung, die Parlamente als Volksvertretung intensiver in das Geschehen einzubinden.

V. Fazit

Das Gesamtfazit fällt durchwachsen, ungeachtet aller notwendigen Kritik dennoch nicht absolut negativ aus. Flächendeckende Grundgesetz-Verletzungen oder gar offen intendierte „Verfassungsbrüche“ hat es in puncto Rechtsstaat, Bundesstaat und Demokratie nicht gegeben, wohl aber punktuelle Verfassungsverstöße. Diese scheinen mir evident bei den gesetzesdurchbrechenden Rechtsverordnungen des § 5 Abs. 2 IfSG und bei der Einräumung von Verwaltungskompetenzen des Bundes, die mit der Kompetenzordnung des Grundgesetzes nicht harmonie-

⁷⁹ Vgl. allgemein *Saurer*, Die Funktionen der Rechtsverordnung, 2004, S. 371 ff.; *Wißmann*, JöR 69 (2021), 619 (622 ff.).

⁸⁰ Siehe nur *Klafki*, NVwZ 2020, 1718; *Pautsch*, SächsVbl. 2021, 33; *Rauber*, VerwArch. 112 (2021), 205; *Wolff/Zimmermann*, Jura 2022, 148 (157).

⁸¹ Vgl. *Waldhoff*, NJW 2021, 2772 (2776).

ren. Auch dass (allzu) lange Zeit die Einschränkungen der Grundrechte allein auf die infektionsschutzrechtliche Generalklausel gestützt wurden, erscheint als sehr kritikwürdig. Insofern ist die langwierige Untätigkeit des Bundestages nicht nur verfassungspolitisch zu beanstanden. Freilich hat sich das Parlament insoweit ein Stück weit als lernfähig erwiesen. Und das gibt dann doch etwas Hoffnung für die Zukunft.



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

KATARINA BARLEY*

Parlamente in der Pandemie: Krise als Stresstest – Krisencheck als Vorsorge

I. Parlamente im Zentrum der Krisenbewältigung

Dem Volksmund nach ist die Krise die Stunde der Exekutive.¹ Dieses Bonmot entspringt wohl zuvorderst der Wahrnehmung der Bürger:innen. Im täglichen Kampf gegen die Krise ist die Exekutive als unmittelbar handelnde Staatsgewalt besonders präsent. Die verfassungsrechtliche Lage ist eine andere: Das Recht zwingt Parlamente dazu, ihre Aufgaben auch in der Krise wahrzunehmen. Das nationale Verfassungsrecht wie das Primärrecht der Europäischen Union (EU) begründen einen Handlungsauftrag der Parlamente. Der Gesetzgeber hat wesentliche Fragen selbst zu regeln. Dies folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip sowie den grundrechtlichen Schutzpflichten. Hiervon gibt es, jedenfalls im deutschen Recht und im Recht der EU, in Krisenzeiten keine Ausnahme.²

Für diese zentrale Rolle der Parlamente – gerade auch – in der Krise sprechen gute Gründe. In der Pandemie zeitigen staatliche Maßnahmen oft weitreichende Konsequenzen, etwa für die persönliche Freiheit oder für die Staatsfinanzen. Nur der parlamentarische Prozess kann hier die Pluralität der vorhandenen Meinungen abbilden und die unterschiedlichen Positionen in den Entscheidungsprozess einbinden. Dies führt zu besseren, rationaleren Entscheidungen. Zugleich bewirkt die parlamentarische Entscheidung eine gesellschaftliche Befriedung: Das Verfahren ist geeignet, Akzeptanz zu schaffen und bereitet den Weg für einen gesamtgesellschaftlichen Schritt nach vorne. Gelingt dies nicht, können die Wähler:innen die dem Parlament nur auf Zeit vermittelte Macht wieder entziehen. In

* Dr. Katarina Barley ist Vize-Präsidentin des Europäischen Parlaments sowie Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz a.D. Der Beitrag beruht auf dem Vortrag, den die Verfasserin am 13.01.2022 im Rahmen der Bitburger Gespräche gehalten hat. Sie dankt *Quirin Weinzierl, LL. M. (Yale)*, für seine Hilfe bei der Erarbeitung des Vortrags. Stand des Beitrags sowie der Literaturverweise ist, soweit nicht anders angegeben, der Tag des Vortrags.

¹ So etwa *Frankenberger*, Es ist die Stunde der Regierenden, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 20.03.2020, www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-krise-die-stunde-der-regierenden-16688417.html (abgerufen am 13.1.2022).

² Vgl. zum GG die Entscheidung BVerfG, NVwZ 2022, 139 (141, Rn. 86 ff.).

der Pandemie, in der Krise, bedarf es dieser Eigenschaften parlamentarischer Entscheidungen ganz besonders.³

II. Die Krise als Stresstest

Im demokratischen Verfassungsstaat kommt Parlamenten in der Krise eine zentrale Rolle zu. Dies besagt gleichwohl noch nicht, dass Parlamente dieser Aufgabe stets vollumfänglich nachgekommen sind. Die Krise war ein Stresstest, auch für sie.

1. Fortbestand der Handlungsfähigkeit

Die Grundvoraussetzung dafür, dass Parlamente ihre Aufgaben in der Krise erfüllen können, ist der Fortbestand ihrer Handlungsfähigkeit. Diese während der Pandemie aufrecht zu erhalten, stellte Parlamente vor eine noch selten dagewesene Herausforderung. Das Zusammenkommen als Parlamente bedrohte unmittelbar die Gesundheit der Mitglieder. Hier vermochten es die nationalen Parlamente der gesamten EU sowie das Europäische Parlament, schnell zu reagieren und dadurch ihre Arbeitsfähigkeit sicherzustellen. Parlamente trafen Schutzmaßnahmen wie die Pflicht zum Tragen von Masken oder das Ausweichen auf größere Sitzungssäle.⁴ Sie setzten zudem alles daran, ihren normalen Arbeitsrhythmus weitestgehend aufrecht zu erhalten. Nur wenige Parlamente unterbrachen zu Beginn der Pandemie ihre Arbeit für wenige Wochen; manche reduzierten die Anzahl an Sitzungen oder verschooben sie.⁵ Viele Parlamente führten zudem digitale Verfahren ein. Das Europäische Parlament etwa musste hierzu ein System für digitale Sitzungen und Abstimmungen neu entwickeln. Dies kostete nicht nur viel Geld, sondern auch viel Arbeit. Aktuell halten mehr als 15 Parlamente und Parlamentskammern in den Mitgliedstaaten der EU rein digitale oder hybride Plenarsitzungen ab. Zumeist verbinden sie dies mit der Möglichkeit der Abstimmung aus der Ferne (sogenanntes *Remote-Voting*). Auch haben 13 Parlamente *Remote-Voting* in ihren Ausschüssen eingeführt.⁶

Die notwendigen Anpassungen an die pandemischen Bedingungen waren nicht immer ohne Einschränkungen möglich. Parlamente begrenzten etwa den Zugang für Presse und Besucher:innen.⁷ Manche Parlamente beschränkten zudem die Anzahl der Mitglieder, die an Plenarsitzungen und Abstimmungen teil-

³ Vgl. hierzu umfassend *Klafki*, Risiko und Recht, 2017.

⁴ *European Centre for Parliamentary Research and Documentation*, State of Covid-19 Measures in Parliament, Nr. 33, 2021, www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/30b463c9-4566-4a59-88bb-515322b86e46/No.33_State_of_COVID-19_measures_in_Parliaments_150221.pdf (abgerufen am 13.01.2022).

⁵ *Ibd.*

⁶ *Ibd.*

⁷ *Ibd.*

nehmen dürfen.⁸ Mitglieder des Europäischen Parlaments büßten die Möglichkeit ein, im Plenum Geschäftsordnungsanträge oder während der Redebeiträge anderer Abgeordneten Zwischenfragen zu stellen (sog. Blaue Karte). Diese geschah auf Kosten einer lebhafteren Debatte und damit der parlamentarischen Debattenkultur. Trotz dieser Einschränkungen lässt sich aber feststellen, dass das Europäische Parlament wie die Parlamente der Mitgliedstaaten während der gesamten Pandemie arbeitsfähig waren. Die Krise hat die Resilienz und Anpassungsfähigkeit der parlamentarischen Arbeit aufgezeigt.

2. Krise als Lackmustest

Mit Blick auf die inhaltliche Arbeit der Parlamente wirkte die Krise wie ein Lackmustest: Die Pandemie zeigte deutlich, in welchen Staaten die Demokratie auf dem Rückzug ist oder gar schon ganz am Boden liegt. In Ungarn löste die Regierung den verfassungsrechtlichen Notstand aus. Das Parlament ermächtigte sodann die Regierung, auf Grundlage des verfassungsrechtlichen Notstands ohne zeitliche Begrenzung von Gesetzen abweichende Verordnungen zu erlassen. Als die Regierung den Notstand nach einem Jahr beendete, führte das Parlament sogleich ein Regime für einen sogenannten Gesundheitsnotstand ein. Diesen kann die Regierung einseitig auslösen und sich damit weitreichende Kompetenzen verschaffen.⁹ Hier ist es im Rahmen der Pandemie zu einer umfassenden Selbstaufgabe des ungarischen Parlaments gekommen.¹⁰

Weniger eindeutig ist die Lage in Polen. Dort tobte im Angesicht der Pandemie ein Kampf um die Änderung des Wahlgesetzes. Die PiS-Regierung führte nur Wochen vor der Präsidentschaftswahl im Jahr 2020 eine allgemeine Briefwahl ein. Damit verstieß sie nicht nur gegen den Grundsatz des polnischen Verfassungsgerichts, sechs Monate vor einer Wahl keine Änderungen am Wahlrecht mehr vorzunehmen. Sie bürdete sich zudem eine logistische Herkulesaufgabe auf, die sie am Ende nicht umsetzen konnte.¹¹ Das polnische Parlament hat es so zwar nicht vermocht, im Windschatten der Krise das Wahlrecht zu Gunsten einer Partei zu ändern. Bereits der Versuch jedoch hat das Vertrauen in die Integrität demokratischer Institutionen untergraben. In beiden Staaten hat der Stresstest damit ein erwartbares und zugleich für die Demokratie in Europa alarmierendes Ergebnis gezeigt.

⁸ *Ibd.*

⁹ Vgl. insges. *Györy/Weinberg*, *The Theory and Practice of Legislation 2020*, S. 329.

¹⁰ Vgl. *Kustra-Rogatka*, *Between Constitutional Tragedy and Political Farce*, *Verfassungsblog* vom 15.05.2020, www.verfassungsblog.de/between-constitutional-tragedy-and-political-farce/ (abgerufen am 13.01.2022).

¹¹ Vgl. *Wanat*, *Polish government rams through electoral system changes*, *Politico*, 06.04.2020, www.politico.eu/article/polish-pis-rams-through-electoral-system-changes/ (abgerufen am 13.01.2022); *Vashchanka*, *Political manoeuvres and legal conundrums amid the COVID-19 pandemic: the 2020 presidential election in Poland*, 03.07.2020, www.idea.int/sites/default/files/political-manoevres-and-legal-conundrums-2020-presidential-election-poland.pdf (abgerufen am 13.01.2022).

3. Krise als Lupe

Wendet man den Blick weg von diesen Extremfällen, wirkte der Stresstest „Pandemie“ auch in allen anderen Mitgliedstaaten der EU wie eine Lupe. Entscheidend ist zu beobachten, ob Parlamente ihre Aufgaben in der Pandemie stets hinreichend wahrnahmen und wahrnehmen konnten. Besonders große Aufmerksamkeit verlangten Staaten, die während der ersten Welle und danach einen verfassungsrechtlichen Notstand auslösten. Denn in einem solchen Notstand ist die Rolle der Parlamente zumeist weit zurückgenommen. So musste nur die Hälfte der betroffenen Parlamente – fünf von zehn – überhaupt *vor* der Ausrufung des Notstandes ihre Zustimmung geben.¹² Zwei der zehn Parlamente hatten keinerlei Mitsprache bei der Auslösung des Notstands.¹³ In dieser Situation bedarf es besonderer Wachsamkeit, um parlamentarische und demokratische Prinzipien zu sichern. So ist genau zu prüfen, ob die Auslösung des Notstands jeweils erforderlich war.

Doch auch Parlamente in Staaten, die keinen verfassungsrechtlichen Notstand auslösten oder dies nicht vorsehen, müssen sich fragen, ob sie ihre Aufgaben stets erfüllten. Soweit Parlamente in einer laufenden Pandemie agieren, müssen sie das Wesentliche vom Unwesentlichen scheidern und in wesentlichen Fragen selbst Abwägungen treffen. Blickt man auf die legislative Arbeit der Parlamente in dieser Zeit, scheinen insbesondere zwei Beobachtungen auf. Zum einen trafen Parlamente stellenweise engmaschige, technische Regelungen selbst. Gesetze lesen sich bisweilen wie Verordnungen. Bei derart zeit- und pandemielageabhängigen Regelungen besteht zumeist die Gefahr, dass sie bereits bei der Verkündung veraltet sind – etwa wegen neuer Virusvarianten. Hier scheint eine – bekannte – *Grenze des Könnens* auf: Technisch komplexe Fragen und Folgenabschätzungen als Reaktion auf sich schnell wandelnde Entwicklungen stellen Parlamente vor große Herausforderungen. Zum anderen zeigte sich auch der gegenteilige Effekt: In manchen Staaten haben Parlamente in zentralen Abwägungsfragen nicht immer die notwendigen Regelungen erlassen. Dies betrifft bereits die grundsätzliche Strategie, mit der Staat und Gesellschaft der Pandemie begegnen sollen. Gleiches gilt für Leitlinien zu dem Maß an Freiheitsaufgabe, das gesellschaftlich gewollt ist. Ein deutliches Beispiel hierfür ist die Frage, welche Leben im Fall der Triage zu schützen sind.¹⁴ Hier scheint eine *Grenze des Wollens* zu bestehen: Die Selbstbehauptungsfähigkeit der Parlamente scheitert an der Bereitschaft, unangenehme Entscheidungen zu treffen.

¹² *European Parliamentary Research Service, States of Emergency in Response to the Coronavirus Crisis*, 2020, S. 32 ff.

¹³ *Ibd.*

¹⁴ Vgl. hierzu BVerfG, NVwZ 2022, 139.