

BERICHTE / REPORTS

Die Corona-Pandemie und verfassungsrechtliche Probleme

Bericht zum Online-Symposium anlässlich des 160-jährigen Jubiläums der deutsch-japanischen Beziehungen am 11. Juni 2021

Am 11. Juni 2021 lud Masahisa DEGUCHI, Gründer des Institute for Justice Systems in Comparative Law (IJSCL) der Ritsumeikan Universität und Professor ebendort, gemeinsam mit dem Center for Peace Education and Research, Kyoto Museum for World Peace der Ritsumeikan Universität, der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung (DJJV), dem Center for Interdisciplinary Studies of Law and Policy (CISLP) der Kyōto Universität, der Konrad-Adenauer-Stiftung und dem DAAD-Alumni-Club in Japan, DAAD Tomonokai, zu einer Festveranstaltung ein. Sie fand im Rahmen der 160-Jahr-Feier der japanisch-deutschen Beziehungen statt und wurde begleitet durch ein Livekonzert aus Wien durch Mayuko OBUCHI und Jakob NISTLER.

Nach Grußworten von der deutschen Botschafterin Ina LEPEL, Ryūichi HIGUCHI, Professor an der Meiji Gakuin Universität und Präsident des DAAD-Alumni-Clubs in Japan und DEGUCHI hielt Rupert SCHOLZ, Bundesverteidigungsminister a.D. und emeritierter Professor an der LMU München, seinen Festvortrag zum Thema „Verfassungsproblem Corona-Pandemie“.¹ Zunächst stellte er fest, dass es im deutschen Grundgesetz an einer anwendbaren Notstandsregelung fehle. Dennoch hätten Bund und Länder und dabei besonders die Exekutive gehandelt – wobei SCHOLZ insgesamt ein düsteres Bild der deutschen Schutzmaßnahmen der Pandemiebekämpfung zeichnete. So betonte er besonders die einschneidenden Wirkungen der Schutzmaßnahmen gegen die Ausbreitung des Corona-Virus. Für ihn seien die getroffenen Maßnahmen deshalb in vielen Bereichen nicht mehr verhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht habe sich bisher nicht umfassend zu den Maßnahmen geäußert; Verwaltungsgerichte hätten zwar in Einzelfällen bestimmte Korrekturen gefordert, diese seien von der Exekutive jedoch oft nicht umgesetzt worden. Schutzmaßnahmen, welche Betriebe und Unternehmen trafen, könnten zudem einen enteignenden oder enteignungsgleichen Charakter

¹ Dieser Vortrag sowie die nachfolgenden Kommentare sind abrufbar unter <https://masahisadeguchi.com/sondervortrag-anlasslich-des-160-jahrigen-jubilaums-der-deutsch-japanischen-beziehungen/>.

haben – doch auf einfachgesetzlicher Ebene sei die verfassungsrechtlich bestehende Entschädigungspflicht lediglich als exekutive Ermessensregelung ausgestaltet, was verfassungsrechtlich problematisch sei. Ebenso kritisierte er die Verwendung von Inzidenzwerten etwas überraschend als Prognosegrundlage für das zukünftige Infektionsgeschehen. Sie stellten zusammen mit den darauf aufbauenden Grenzwerten „schlichte Willkür“ dar. Auch würden Schutzmaßnahmen geographisch viel zu weit verhängt und starre Vorgaben, wonach bestimmte Maßnahmen ohne Ermessen bei Überschreitung von bestimmten Grenzwerten griffen, verhinderten einen effektiven Rechtsschutz. Die Rechtssicherheit sei zudem beeinträchtigt durch unklare Kompetenzregelungen zwischen Bund und Ländern, welche ihre Maßnahmen in nicht legitimierter, informeller Runde abstimmten. SCHOLZ plädierte stattdessen für andere Kriterien, welche unter anderem die Auslastung von Krankenhäusern berücksichtigen und lokal differenzierter zur Anwendung kommen müssten.

Zudem widmete er sich dem Impfstoff und dessen Verteilung. Auch hier sah er Defizite. Bereits eine Priorisierung von bestimmten Bevölkerungsgruppen bei der Impfung sei verfassungsrechtlich nur schwer zu rechtfertigen. Zu einem ähnlichen Ergebnis kam SCHOLZ in Bezug auf die Aufrechterhaltung von Einschränkungen für Geimpfte vor dem Hintergrund der großen Anzahl von noch nichtgeimpften Personen. Gleichzeitig hielt der Redner eine Impfpflicht nicht von vornherein für verfassungswidrig.

Die enormen Kosten für die Maßnahmen und Unterstützungsgelder sowie für den EU-Wiederaufbaufonds stellten die Bundesrepublik auch vor fiskalische Schwierigkeiten, die ebenfalls grundlegende verfassungsrechtliche Fragen wie die Vereinbarkeit mit der sogenannten Schuldenbremse im Grundgesetz und die Zulässigkeit einer faktischen Fiskalunion aufwürfen.

Der Festvortrag wurde gefolgt von neun Kommentaren, moderiert und vorgestellt durch Hans-Peter MARUTSCHKE, Emeritus der Dōshisha Law School und der Fernuniversität Hagen.

Im ersten Kommentar ordnete Angelika NUBBERGER, ehemalige Vizepräsidentin des EGMR und Professorin an der Universität zu Köln, die Position von SCHOLZ als eine besonders kritische ein. Andere Beobachtende kämen zu einer deutlich weniger kritischen Einschätzung als der Festredner. Sie warnte vor pauschalen Urteilen bei grundsätzlichen Fragen wie der Stellung der Exekutive in Notsituationen, da diese nicht allein ausschlaggebend für den Erfolg der Bewältigung von Krisen seien, der wiederum kurzfristig und langfristig unterschiedlich bewertet werden könne. Wichtig sei es auch, den gesellschaftlichen Ausgleich nicht aus den Augen zu verlieren.

Als nächstes schloss sich ein Kommentar von Keizō YAMAMOTO, Direktor des Center for Interdisciplinary Studies of Law and Policy (CISLP) an der Kyōto Universität und Professor ebendort, an. Er knüpfte an SCHOLZ'

Ausführungen zu (möglicherweise verpflichtenden) Impfungen an und analysierte deren Möglichkeit in Japan. Dabei machte er deutlich, dass ursprünglich im Rahmen des Schutzimpfungsgesetzes² verpflichtende Schutzimpfungen möglich waren, diese Möglichkeit jedoch nach verschiedenen Schäden durch Impfungen beseitigt wurde. Mehr noch, auch frühere verpflichtende Impfungen müssten heute wohl unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig eingestuft werden, da sie nicht das mildeste Mittel darstellten. Stattdessen sei eine Empfehlung von Schutzimpfungen, so wie heute praktiziert, verhältnismäßig, auch wenn die Frage verbleibe, wie effektiv eine solche Impfkampagne sein könne. Zudem sei für die Verfassungsmäßigkeit einer Impfempfehlung die Regelung von Entschädigungsleistungen bei Impfschäden notwendig – solche Regelungen seien im Schutzimpfungsgesetz und Staatshaftungsgesetz³ zu finden; daneben werde auch eine Haftung unmittelbar aus der Verfassung diskutiert.

Michael PILS, Vorstandsmitglied der Deutsch-Japanischen Gesellschaft für Arbeitsrecht, widmete sich im anschließenden Kommentar dem Arbeitsrecht und betonte die (zum Teil existentiellen) Abwägungsfragen des Infektions- und Arbeitsschutzes, welche die Pandemie mit sich gebracht habe, ganz besonders im Pflege- und medizinischen Sektor. Die Pandemie habe drei Aspekte besonders unterstrichen: zum einen ein individuelles Flexibilisierungsbedürfnis der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, zum anderen die weiterfortschreitende Digitalisierung und schließlich die Bedeutung des gesellschaftlichen Zusammenhaltes bei der Bewältigung von Krisen.

Professor Tōru MŌRI der Kyōto Universität schloss mit seinem Kommentar an, in welchem er einen Blick auf die Befugnisse der japanischen Präfekturen (und des Zentralstaates) warf, welche selbst nach Verhängung des Notstandes in manchen Bereichen, wie Ausgangsbeschränkungen, nur gering vorhanden seien.⁴ Stattdessen werde auf Selbstdisziplin der Bevölkerung und sozialen Druck gesetzt, welcher durch eine der Sanktionsmöglichkeiten, der Veröffentlichung der Namen derer, welche Vorgaben nicht befolgen, weiter verstärkt würde. Dies sei rechtsstaatlich problematisch und zudem habe die Effektivität dieses Vorgehens durch die Ermüdung der Bevölkerung im Laufe der Pandemie nachgelassen.

2 予防疫種法 *Yobō sesshu-hō*, Gesetz Nr. 68/1948.

3 国家賠償法 *Kokka baishō-hō*, Gesetz Nr. 125/1947.

4 Siehe genauer T. KURISHIMA, Reaktionen auf Corona aus öffentlich-rechtlicher Perspektive, *ZJapanR / J.Japan.L.* 51 (2021) 69, 73–75, 79–80. In anderen Bereichen wie Einreisebestimmungen sind die Befugnisse dagegen deutlich weitergehend und wurden auch während der Pandemie genutzt, siehe R. EFFINOWICZ, Reaktionen auf Corona im japanischen und deutschen Recht Rechtsvergleich in Zeiten der Pandemie, *ZJapanR* 51 / *J.Japan.L.* (2021) 1, 4 Fn. 13, 7 Fn. 26.

Dem Strafrecht in der Pandemie widmete sich Philipp OSTEN, Professor an der Universität Keiō. Er ging auf verschiedene Herausforderungen für das Strafrecht ein, unter anderem die Frage nach der Strafbarkeit einer Ansteckung mit dem Virus. Zudem warf er die rechtsvergleichende Frage auf, inwiefern eine Korrelation bestünde zwischen einer relativ seltenen Anwendung des Strafrechts (bzw. des Nebenstrafrechts) für Verstöße gegen Vorgaben der Behörden zum Infektionsschutz in Japan und der ebenfalls relativ geringfügig ausgeprägten Gewährung von Entschädigungsleistungen für solche Schutzmaßnahmen. In diesem Zusammenhang griff er auch die Ausführungen Moris auf und verwies auf die Durchsetzung von Maßnahmen durch sozialen Druck, welcher eine Anwendung von Strafrecht vorgezogen werde.

Markus GEHRLEIN, BGH-Richter a.D und Professor an der Mannheim Universität, sprach sodann zum deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Hier ging er besonders auf die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ein – eine Privilegierung, welche greife, wenn die Insolvenzreife auf den Folgen der Ausbreitung der Corona-Pandemie beruhe. Dies solle die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie abmildern und Zukunftsaussichten der Wirtschaft sichern. Die gleiche Zielrichtung hätten unter anderem auch die temporären Regelungen, welche die Insolvenzanfechtung erschweren sollten.

Michiko TAKATA, Professorin an der Städtischen Universität Ōsaka, widmete ihren Kommentar noch einmal der japanischen Sanktion der Namensveröffentlichung und ging auf die Grundrechtsrelevanz des Informationshandelns der Verwaltung ein. Dabei stehe bereits in Diskussion, ob die Veröffentlichung von Namen als Realakt als Grundrechtseingriff zu sehen sei. In Anlehnung an die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum staatlichen Informationshandeln plädierte TAKATA zu einer solchen Anerkennung, welche bisher von der japanischen Regierung abgelehnt werde.

Die Frage, ob Geimpften unter dem Stichwort der Solidarität mit nicht geimpften Personen weitere Einschränkungen ihrer Freiheit auferlegt werden könnten, griff anschließend Thomas SASSE, Rechtsanwalt bei CORP-LEGAL auf, um auf die Frage nach Pflichten für Staatsbürger*innen einzugehen. Diese seien die Kehrseite zu Grundrechten und ebenfalls bei der Abwägung eines Grundrechtseingriffs zu berücksichtigen. Aktuell sei dies besonders für die zum Zeitpunkt des Symposiums noch nicht entschiedene Frage relevant, ob die Olympischen Spiele durchgeführt werden könnten. Hier sollte im Sinne der Gesamtbevölkerung entschieden werden, was bedeute, dass die Spiele nur stattfinden sollten, wenn ausreichende Schutzmaßnahmen garantiert werden könnten.

Der abschließende Kommentar wurde von Tim EICKE, Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, vorgetragen. Er wandte sich der

Pandemie aus Sicht des EGMR zu, der u. a. aufgrund der Voraussetzung der Rechtswegausschöpfung bisher nur wenig Anlass hatte, sich mit der Pandemie und den Maßnahmen gegen sie auseinanderzusetzen. Jedoch hätten zehn Mitgliedsstaaten und damit eine relativ hohe Anzahl ihr Recht nach Artikel 15 EMRK ausgeübt, im Notstandsfall von den in der Konvention vorgesehenen Verpflichtungen abzuweichen. Die Anträge, welche den Gerichtshof bereits erreicht hätten, beträfen unter anderem Haft- und Asylbedingungen, welche nach Antrag nicht geeigneten Schutz vor einer Infektion aufwiesen, also sowohl Anträge, welche auf positive Schutzverpflichtungen der Staaten abzielten als auch solche Anträge, die sich gegen spezifische Maßnahmen richteten und einen Verstoß gegen EMRK-Rechte geltend machten.

Auf die Kommentare folgten eine abschließende Stellungnahme des Festredners SCHOLZ zu den Kommentaren sowie die Gelegenheit für weitere Wortmeldungen aus dem Publikum, welche sowohl für inhaltliche Diskussion zur Reaktion auf die Pandemie in beiden Ländern und den Fachvortrag und die Kommentare genutzt wurde als auch für weitere spontane Grußworte, unter anderem durch die Professoren ESER, STREINZ, PRÜTTING sowie die Professorinnen YOKOTA, TAKAYAMA und SUZUKI. Auch sie unterstrichen den engen wissenschaftlichen Austausch zwischen den beiden Ländern, für den das Symposium einen eindrucksvollen Beleg lieferte.

Ruth EFFINOWICZ*

* Wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und dortige Leiterin des Kompetenzzentrums Japan.