

Was bedeuten „Unberührtheitsklauseln“ und wie stehen allgemeines Bundesrecht und spezielles Landesrecht zueinander?

Maskenpflicht in Kindertagesstätten?

Normenkonflikte sind unvermeidbar:

- Seit dem 27. Januar 2021 gilt nach der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung unter bestimmten Voraussetzungen eine Maskenpflicht (§ 3 Abs. 1) in allen Beschäftigtenverhältnissen (§ 1 Abs. 1) – also auch für das Personal in Kindertagesstätten.
- § 3 Abs. 2 der Corona-Verordnung des Landes Baden-Württemberg¹ regelte schon zuvor, dass eine Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung nicht in Einrichtungen im Sinne des § 1 Kindertagesbetreuungsgesetz für Kinder, pädagogisches Personal und Zusatzkräfte dieser Einrichtungen besteht.

Was gilt nun? Mein Ergebnis vorweg: ich meine, dass sich § 3 Abs. 2 der Landesverordnung durchsetzt und keine Maskenpflicht besteht.

Bundesrecht bricht Landesrecht und späteres Gesetz verdrängt früheres Gesetz

Es gibt zahlreiche Rechtsprinzipien zur Auflösung von Normenkonflikten. Die bekanntesten Grundsätze sind: „Bundesrecht bricht Landesrecht“ und die spätere Norm verdrängt die frühere („lex posterior derogat legi priori“). Danach würde jeweils nach der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung des Bundes Maskenpflicht bestehen.

Spezialgesetz geht vor Allgemeingesetz

Es gibt aber noch den nicht weniger wichtigen Grundsatz, das besondere Gesetz verdrängt das allgemeine Gesetz („lex specialis derogat legi generali“). Aber was ist bei denn hier das allgemeine und was das spezielle Gesetz?

- Bei der Bundesverordnung kann man sagen, es ist allgemeines Arbeitsschutzrecht, man kann aber auch betonen, dass es – spezieller als die Landesverordnung – nur dem Gesundheitsschutz in Beschäftigtenverhältnissen dient.
- Bei der Landesverordnung kann man sagen, es ist allgemeines Infektionsschutzrecht, man kann aber auch betonen, das Infektionsschutzgesetz dient – spezieller als die Bundesverordnung – der Vorbeugung übertragbarer Krankheiten beim Menschen und der Verhinderung ihre Weiterverbreitung (§ 1 Abs. 1 IfSG).

¹ <https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/aktuelle-infos-zu-corona/aktuelle-corona-verordnung-des-landes-baden-wuerttemberg/>.

Bei einem solchen Zusammentreffen ganzer Regelungssysteme heißt es, der Rechtsanwender müsse hier „mit der rechten Hand Bach und mit der linken Hand Chopin spielen, ohne dass das Publikum Disharmonien hört“ und das sei auch rechtlich eine „noch kaum systematisch aufgearbeitete Herausforderung“².

Konfliktnorm § 1 Abs. 2 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung

Nun gibt es hier sogar eine konkrete Konfliktnorm – § 1 Abs. 2 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung: „Die Arbeitsschutzverordnungen gemäß § 18 Absatz 1 und Absatz 2 des Arbeitsschutzgesetzes und abweichende Vorschriften der Länder zum Infektionsschutz im Zusammenhang mit der Betreuung von Kindern, weitergehende Vorschriften der Länder und die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel bleiben unberührt.“

Der Gesetzgeber selbst lässt uns bei der Deutung dieser Vorschrift indes im Stich:

- Die Verordnungsbegründung schweigt zum Landesrecht und betont nur, dass der Arbeitgeber „auch die Vorgaben des SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards und die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel zu beachten hat“.
- Das Handbuch der Rechtsförmlichkeit³ sagt nur allgemein, „eine Wendung wie ‚Regelungen anderer Gesetze bleiben unberührt‘ kann Verschiedenes meinen: Es kann sich um einen klarstellenden Hinweis auf andere Rechtsnormen handeln, wobei der Geltungsbereich beider Regelungen sich nicht überschneidet. Durch die Formulierung kann ferner angeordnet werden, dass beide Regelungen nebeneinander anwendbar sind. Manchmal wird mit der Wendung ein Vorrangverhältnis ausgedrückt“.

Lösung: Zulassung einer „Abweichung“ ermöglicht auch Entschärfung

Die Lösung wird sein, genau zwischen zwei Formulierungen in § 1 Abs. 2 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung zu unterscheiden:

- es bleiben „**weitergehende** Vorschriften der Länder unberührt“ und
- es bleiben „**abweichende** Vorschriften der Länder zum Infektionsschutz im Zusammenhang mit der Betreuung von Kindern unberührt“.

Weitergehende Vorschriften ermöglichen nur Verschärfungen. Abweichende Vorschriften können sowohl verschärfen als auch entschärfen, also abmildern. So verstanden ist die Regelung in § 1 Abs. 2 der Bundesverordnung auch die Ermöglichung von – vorgehenden – Spezialgesetzen spezifisch zur Kinderbetreuung in Landesgesetzen.

² Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 210, S. 109 und 110.

³ Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., Teil B Allgemeine Empfehlungen für das Formulieren von Rechtsvorschriften, in 1.5 Rn. 87 – abzurufen unter http://hdr.bmi.de/page_b.1.html.

Diese Auslegung wird bestätigt durch die Aussagen in der Begründung im „Hochwasserschutzgesetz II“ zur Änderung des § 99 a Abs. 6 Wasserhaushaltsgesetz⁴: In der Vorschrift ist „das Wort ‚Weitergehende‘ durch das Wort ‚Abweichende‘ zu ersetzen. Durch die geänderte Formulierung wird klargestellt, dass landeswasserrechtliche Rechtsvorschriften unberührt bleiben, unabhängig davon, ob diese weitergehende oder in sonstiger Weise abweichende Regelungen enthalten. Die Klarstellung erscheint angezeigt, weil vielfach fraglich sein kann, ob die im Einzelnen getroffenen landesrechtlichen Regelungen über die bundesrechtliche Regelung hinausgehen oder dahinter zurückbleiben“.

Ergebnis – und Warnung

Damit gilt – meines Erachtens – in Baden-Württemberg in Kindertagesstätten keine Maskenpflicht. Aber Vorsicht: dies war und ist eine Analyse der „harten“ Rechtspflichten. Ob nicht trotzdem in Kindertagesstätten Masken getragen werden sollen, müsste in einer Gefährdungsbeurteilung ermittelt werden – unter Berücksichtigung zahlreicher hierbei unterstützender Dokumente – etwa des SARS-CoV-2-Schutzstandards Kindertagesbetreuung der DGUV⁵.

Verantwortlich für den Inhalt:

VDSI-Mitglied und Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Wilrich,
Hochschule München, Fakultät Wirtschaftsingenieurwesen (www.rechtsanwalt-wilrich.de)

⁴ BT-Drs.18/10879 v. 18.01.2017, S. 51.

⁵ Stand: 25. September 2020 – abzurufen unter <https://publikationen.dguv.de/praevention/publikationen-zum-coronavirus/3849/sars-cov-2-schutzstandard-kindertagesbetreuung>.