

Uwe Volkmann

# Von der Logik der Form zur Logik der Tat\*

Vortrag im Rahmen der 65 Bitburger Gespräche

Mainz, 13. / 14. 01. 2022

## I. Der Moment der Krise als Möglichkeit der Erkenntnis

Zu den wenigen Vorteilen von Krisen- und Ausnahmelagen gehört die Chance, aus ihnen etwas über die Normallage zu lernen. „Die Ausnahme erklärt das Allgemeine und sich selbst“, sagt eine klassisch gewordene Formulierung: „Und wenn man das Allgemeine richtig studieren will, muss man sich nur nach einer wirklichen Ausnahme umsehen. Sie legt alles viel deutlicher an den Tag als das Allgemeine selbst“<sup>1</sup>. Die Formulierung lässt allerdings offen, was genau es ist, das den Erkenntniseffekt bewirkt. Lesen lässt sie sich so, als sei es gerade der vollständige Gegensatz der Ausnahme- zur Normallage, der die Normallage besser verstehen hilft. Die Ausnahme erschien dann mythisch überhöht als das ganz Andere der Normallage, von der sie sich in allen relevanten Hinsichten unterscheidet. Demgegenüber könnte es auch sein, dass die Ausnahmelage nur einen weiteren Anwendungsfall der Normallage darstellt, der ihr gegenüber zwar durch einige äußerste Zuspitzungen gekennzeichnet ist, gerade in diesen Zuspitzungen aber nur Tendenzen klarer hervortreten lässt, die unterschwellig auch in der Normallage schon immer vorhanden und bis dahin nur nicht recht aufgefallen waren. Gerade in einer Verfassungsordnung wie der des Grundgesetzes, die die Ausnahmelage von der Normallage rechtlich nicht unterscheiden will – Rechtsetzung soll in den auch sonst üblichen Formen und Verfahren erfolgen, die Grundrechte gelten formell gesehen weiter, Bürger können gegen staatliche Entscheidungen die Gerichte anrufen – und sie lediglich als vorübergehende Störung behandelt, von der man annimmt, dass sie normativ beherrschbar ist, könnte auf diese Weise nur sichtbar werden, worauf unser Leben auch sonst beruht<sup>2</sup>.

In diesem Sinne räumen die gegenwärtige Pandemie und insbesondere die Maßnahmen, die zu ihrer Bekämpfung ergriffen wurden, immerhin mit einigen Vorstellungen auf, die wir mit unserem Recht verbinden, vielleicht auch mit den Illusionen, die wir uns darüber gemacht haben. Lernen lässt sich daraus beispielsweise etwas über das Wesen der Grundrechte: Wenn wir von ihnen reden, geschieht das meist in den Begriffen von geschützten „Bereichen“, „Räumen“ oder „Sphären“, die dem Individuum mit einem inhaltlich umrissenen Gehalt zugewiesen und dem Zugriff des Staates prinzipiell entzogen sind, im Sinne eines freiheitlichen Gesamtzustandes, der nicht unterschritten werden darf.

---

\* Der Titel ist gegenüber dem Vortrag abgeändert; ursprünglich lautete er: „Von der Rechtsverordnung zum Maßnahmegesetz: Staatliche Handlungsformen in der Krise“. Der Inhalt entspricht im Wesentlichen dem Vorgetragenen.

<sup>1</sup> *Kierkegaard*, Die Wiederholung, 1843, Neuausgabe 1991, S. 80; Übersetzung modifiziert. Die Passage wird – ohne Nennung des Urhebers („Ein protestantischer Theologe“) – zitiert bei *Schmitt*, Politische Theologie, 11. Auflage 2021, S. 21.

<sup>2</sup> „Die Gewohnheit macht das unsichtbar, worauf unsere ganze Existenz beruht“: *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, in: Moldenhauer/Michel (Hrsg.), Werke, 1986, § 268 Zusatz.

Nun sieht man, dass es einen solchen material definierten Gesamtzustand nicht gibt, und zwar weder für die Gesellschaft insgesamt noch für die einzelnen Grundrechte: Sind die öffentlichen Interessen nur gewichtig genug, ist die Lage nur dramatisch genug, sind auch ganz weitgehende Eingriffe in die Grundrechte bis hin zu ihrer flächendeckenden Suspendierung gerechtfertigt.<sup>3</sup> Die Grundrechte treten so als das hervor, was sie immer schon – und nur – waren: reine Begründungsansprüche gegenüber staatlichen Institutionen, also Ansprüche darauf, dass für Einschränkungen von Freiheit Gründe geliefert werden, die einer rationalen Überprüfung – etwa in einem gerichtlichen Verfahren – standhalten. Das Netz dieser Überprüfung kann dann ganz weit gespannt werden, mit einer oberflächlichen Vertretbarkeitskontrolle, die praktisch einer Carte blanche für die je politisch Handelnden gleichkommt.<sup>4</sup> Es kann aber auch enger gezogen werden mit der Folge, dass sich doch immer mal die eine oder andere Maßnahme darin verfängt.<sup>5</sup>

In gewisser Weise gilt dasselbe auch für die Handlungsformen, von denen im Folgenden die Rede sein soll. Auch diese – und vielleicht gerade sie – sind ein Spiegel unseres Rechtswesens, aus dem sich, blickt man in ihn hinein, viel über dieses lernen lässt: über die – nennen wir es einmal so – zurückhaltende Höflichkeit der richterlichen Kontrolle; über eine gewisse Gleichgültigkeit im Umgang mit rechtlichen Regelungen, wenn sie sich für das, was getan werden soll, als hinderlich erweisen; in alledem vielleicht auch etwas über die Art und Weise, wie Politik heute funktioniert und was überhaupt das Politische an dieser Art von Politik ist.<sup>6</sup>

## II. Die Krise als ein Problem der Formenwahl

Wirft man von hier aus zunächst einen Blick auf die Handlungsformen, die zur Bekämpfung und Eindämmung der Pandemie zum Einsatz gekommen sind, so sind es – aufsteigend von unten nach oben – vor allem die folgenden: Allgemeinverfügungen im Sinne von § 35 VwVfG, mit denen vor allem auf kommunaler Ebene operiert wurde; Rechtsverordnungen der Regierungen in Bund und Ländern, mit denen von den entsprechenden Ermächtigungen des Infektionsschutzgesetzes Gebrauch gemacht wurde; formelle Gesetze vor allem in Gestalt der zahlreichen Novellierungen des Infektionsschutzgesetzes. Bei ihnen allen handelt es sich, wie es für die Allgemeinverfügung ausdrücklich ausgesprochen ist, um Maßnahmen, die sich an eine unbestimmte Vielzahl von Personen richten, also genereller und in die Fläche wirkender Natur sind. Individuelle Maßnahmen – beispielhaft etwa Quarantäne- und Absonderungsanordnungen – gab und gibt es zwar auch, sie treten aber in ihrer Bedeutung wie auch in der öffentlichen Diskussion fast vollständig gegenüber den generellen und in die Fläche wirkenden Maßnahmen zurück. Das entspricht der allgemeinen

---

<sup>3</sup> Gegen den Begriff der Suspendierung wird oft eingewandt, er sei rechtlich gesehen unzutreffend, weil die Grundrechte – siehe oben – formell ja weiter gegolten hätten, s. *Dreier*, DÖV 2021, 229 (229 f.); *Mangoldt*, VVDStRL 80 (2021), 7 ff. Das ist ein Streit um des Kaisers Bart. Wie sonst soll man es angemessen bezeichnen, wenn – wie im ersten Lockdown ab März 2020 – alle Versammlungen verboten sind, Gottesdienste nicht mehr stattfinden dürfen, die Ausreisefreiheit ausgehebelt ist etc. und über Wochen hinweg keine einzige Klage dagegen vor den Gerichten Erfolg hat?

<sup>4</sup> In diesem Sinne die Entscheidungen des BVerfG zur sog. Bundesnotbremse, BVerfG, NJW 2022, 139 ff.

<sup>5</sup> Siehe etwa aus der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zuletzt OVG Lüneburg Beschluss v. 14.3.2022 – 14 ME 175/22, BeckRS 2022, 4183; Beschl. v. 11.3.2022 – 14 MN 171/22, BeckRS 2022, 3986.

<sup>6</sup> Die nachfolgenden Ausführungen führen zum Teil frühere Stellungnahmen von mir zusammen, überwiegend solche in Zeitungsartikeln, Blogbeiträgen etc.; s. etwa [www.faz.net/einspruch/corona-notbremse-das-parlament-als-polizeibehoerde-17303021.html](http://www.faz.net/einspruch/corona-notbremse-das-parlament-als-polizeibehoerde-17303021.html) (zuletzt abgerufen am 21.03.2022); [www.verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/](http://www.verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/) (zuletzt abgerufen am 21.03.2022).

Wahrnehmung der Pandemie als ein gesamthafes und im Kern subjektloses Geschehen, das folgerichtig auch nur durch gleichermaßen gesamthafte, auf die Bevölkerung im Ganzen zielende Regeln in Schach gehalten werden kann. Unter den generell wirkenden Maßnahmen wiederum haben nach wie vor alle ihre sachliche Berechtigung und ihr Anwendungsfeld. Auf die Allgemeinverfügung etwa griffen zuletzt zahlreiche Städte als Versammlungsbehörden zurück, um die „Montagsspaziergänge“ von Gegnern der Corona-Politik für ihr Gebiet zu untersagen<sup>7</sup>, wogegen das Bundesverfassungsgericht in einem ersten Eilverfahren nichts zu erinnern sah.<sup>8</sup> In der zusammenfassenden Rückschau lässt sich jedoch eine zunehmende Verlagerung von den unteren zu den oberen Ebenen feststellen, also von der Allgemeinverfügung in die Rechtsverordnung und von hier in die Gesetzesform hinein, dies aber jeweils in einer Weise, die die charakteristischen Elemente der je unteren Ebene in sich aufnimmt. Die ersten Anordnungen, die überhaupt getroffen wurden, ergingen in diesem Sinne in Form von Allgemeinverfügungen von Landkreisen, die besonders früh von der Ausbreitung des Virus betroffen waren.<sup>9</sup> Auch einzelne Landesregierungen griffen aus Gründen der einfacheren Verkündbarkeit zunächst zu Allgemeinverfügungen, mit denen etwa flächendeckende Ausgangssperren und Kontaktbeschränkungen verhängt wurden: Verwaltungsakte mit einem millionenfachen Adressatenkreis.<sup>10</sup> Deren Inhalt wandert dann allerdings schnell in entsprechende Rechtsverordnungen ein, die sich als Standardform des Krisenregiments schließlich für lange Zeit durchsetzen. Ebenso wie die vorherigen Allgemeinverfügungen greifen sie aber ohne weiteren Vollzugsakt unmittelbar in die Rechte der Bürger ein und beschränken diese. In der Sache sind es letztlich aggregierte Verwaltungsakte.<sup>11</sup> Dasselbe geschieht dann mit der sog. Bundesnotbremse des § 28b IfSG im Verhältnis von Rechtsverordnung und Parlamentsgesetz, worauf noch zurückzukommen sein wird. Dadurch löst sich aber, wie sich schon an dieser Stelle sagen lässt, die traditionelle Hierarchie, überhaupt die sachliche und grundbegriffliche Unterscheidung der Handlungsformen tendenziell auf; die Formen werden untereinander weitgehend austauschbar und vermischen sich bis zur vollständigen Unkenntlichkeit.

### III. Die Rechtsverordnung als vorherrschende Handlungsform der Frühphase

Besonders deutlich wird die Auflösung und Vermischung der traditionellen Normenhierarchie zunächst im Verhältnis von Rechtsverordnung und Gesetz. Gekennzeichnet ist – oder war – diese Hierarchie zum einen durch den formellen Vorrang des Gesetzes, wie er in dem Satz ausgedrückt ist „Gesetzesrecht bricht Verwaltungsrecht“, zum anderen aber auch durch den materiellen Gedanken, dass das Gesetz in diesem Verhältnis das inhaltlich bestimmende Element ist, aus dem sich die Verordnung letztlich nur ableitet und das durch die Verordnung nur in den wiederum durch das Gesetz bestimmten Grenzen näher ausgestaltet wird. In beiden Hinsichten hat sich dieses Verhältnis während der Pandemie für einen doch verhältnismäßig langen Zeitraum in sein Gegenteil verkehrt, und zwar weitgehend ohne dass es von den Gerichten als Problem überhaupt nur registriert wurde.

---

<sup>7</sup> So etwa die Allgemeinverfügung der Landeshauptstadt Stuttgart v. 30.12.2021, [www.stuttgart.de/medien/ibs/av-verbot-der-spaziergaenge-ab-01-01-2022-mit-begruendung.pdf](http://www.stuttgart.de/medien/ibs/av-verbot-der-spaziergaenge-ab-01-01-2022-mit-begruendung.pdf) (zuletzt abgerufen am 21.03.2022), dort in Ziffer 1 ausdrücklich mit der Spezifizierung, es ginge um solche Versammlungen, „die sich gegen die Regelungen der Corona-Verordnung richten“.

<sup>8</sup> S. – in einem anderen als dem Stuttgarter Fall – BVerfG, NJW 2022, 612; kritischer demgegenüber VG Stuttgart, Beschluss vom 12.01.2022 – 1 K 80/22, BeckRS 2022, 168.

<sup>9</sup> S. mit einem entsprechenden Beispiel *Edenharter*, Freiheitsrechte ade?, [www.verfassungsblog.de/freiheitsrechte-ade/](http://www.verfassungsblog.de/freiheitsrechte-ade/) vom 19.03.2020 (zuletzt abgerufen am 21.03.2022).

<sup>10</sup> So *Möllers*, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 (871).

<sup>11</sup> So erneut *Möllers* (Fn. 10).

## 1. Gesetzesvertretende und gesetzeskonkretisierende Verordnungen

Für die Auflösung bereits des formellen Rangverhältnisses stehen die zahlreichen Verordnungsermächtigungen, wie sie Ende März unmittelbar nach dem Beginn der Pandemie Ende März 2020 durch den insoweit völlig neu gefassten § 5 Abs. 2 IfSG begründet wurden.<sup>12</sup> Dem Bundesministerium für Gesundheit wurde damit die Möglichkeit eingeräumt, durch Erlass entsprechender Verordnungen Ausnahmen von den parlamentsgesetzlichen Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes, des Arzneimittelgesetzes, des Betäubungsmittelgesetzes, des Apothekengesetzes sowie einer Reihe anderer Gesetze vorzusehen und eine Reihe anderer Materien in Abweichung von bestehenden gesetzlichen Vorgaben zu regeln. Mit der geläufigen Typologie lässt sich insoweit zunächst von gesetzesvertretenden Verordnungen sprechen, wie sie in Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich für zulässig gehalten werden.<sup>13</sup> Die Besonderheit liegt im Falle des § 5 Abs. 2 IfSG aber darin, dass die Ermächtigungen in keiner Weise inhaltlich bestimmt oder überhaupt nur irgendwie konkretisiert werden; benannt werden lediglich die Gebiete, auf denen dann – mit welchem Inhalt auch immer – die gesetzlichen Regelungen durch ihnen auch ganz entgegengesetzte Regelungen ersetzt werden können. Im Ergebnis hat man es hier nicht mit einer gesetzesvertretenden, sondern einer teilweise oder sogar vollständig gesetzesverdrängenden Verordnung zu tun, die die traditionelle Rangfolge von Gesetz und Verordnung geradezu auf den Kopf stellt und der Exekutive eine Handlungsmacht einräumt, die in der Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik ohne Beispiel ist.<sup>14</sup> Dass von ihr kaum Gebrauch gemacht wurde und einige besonders problematische Ermächtigungen alsbald wieder gestrichen worden sind, ist so gesehen dann nur das Beste daran.

Ungleich größere praktische Bedeutung hat demgegenüber der zweite Typus von Verordnungen erlangt, die meist so genannte gesetzesausführende oder gesetzeskonkretisierende Verordnung. Sie bildet vom verfassungsrechtlichen Leitbild her den klassischen Fall: Ein Gesetz ermächtigt zum Erlass einer Verordnung, die Ermächtigung setzt zugleich einen bestimmten Rahmen, die Verordnung füllt diesen Rahmen näher aus. Auch hier kennzeichnet es aber die Entwicklung, dass die gesetzliche Ermächtigung in ihrem sachlichen Gehalt und ihrer Determinationskraft hinter der Verordnung lange Zeit völlig zurücktrat. Mit den Regelungen der §§ 28 und 32 IfSG existierte der äußeren Form nach zwar eine gesetzliche Ermächtigung, aber ohne einen bestimmbaren oder gar begrenzenden Inhalt; in ihrem wesentlichen Kern bestand sie in dem Satz, dass im Falle der Feststellung einer Infektion die zuständigen Behörden die notwendigen Schutzmaßnahmen treffen können, von denen dann beispielhaft, aber nicht abschließend, einige genannt wurden. Der Sache nach handelte es sich um einen Blankoscheck zum Erlass beliebiger Maßnahmen, der in der Folge auch als solcher genommen wurde. Zusätzlich ausgeblendet wurde dabei, dass die in § 28 ff. IfSG vorgehaltenen Befugnisse von ihrer ursprünglichen Idee her auf individuelle, punktuelle oder bestenfalls kleinräumige Eingriffe zugeschnitten waren.<sup>15</sup> In der Folge führte das dazu, dass der „massivste kollektive Grundrechtseingriff in der Geschichte der Bundesrepublik“<sup>16</sup> praktisch ausschließlich im Verordnungsweg vorgenommen wurde: Nahezu alle Beschränkungen des öffentlichen Lebens – von den Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen über Versammlungs- und Gottesdienstverbote bis hin

---

<sup>12</sup> Durch Art. 1 des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020, BGBl. I S. 587.

<sup>13</sup> Siehe etwa BVerfGE 8, 155 (170 f.); *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Auflage 2015, Art. 80 Rn. 20; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Stand 95. EL Juli 2021, Art. 80 Rn. 99.

<sup>14</sup> Ausführliche Kritik bei *Kingreen*, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 (867 ff.).

<sup>15</sup> Siehe dazu den Beitrag von *Dreier* in diesem Band.

<sup>16</sup> *Möllers*, Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus, [www.verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/](http://www.verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/) vom 26.03.2020 (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

zur Stilllegung ganzer Wirtschaftszweige und den Schulschließungen – sind durch Rechtsverordnungen angeordnet worden, sie wurden durch Rechtsverordnungen aufgehoben oder gelockert, und sie wurden im Wege von Rechtsverordnungen wieder eingeführt, sobald nach den Lockerungen die Infektionszahlen stiegen. Im praktischen Ablauf sah dies meist so aus, dass die Ministerpräsidenten zusammen mit der Bundeskanzlerin und ausgewählten weiteren Mitgliedern der Bundesregierung berieten, das Ergebnis auf einer Pressekonferenz verkündet und von den Landesregierungen am folgenden Tag in ihren Corona-Verordnungen übernommen wurde, wozu es dann ebenfalls eine erläuternde Pressekonferenz gab. Auch dieses Verfahren ist vollständig entformalisiert: Es entscheiden Gremien, die nicht öffentlich tagen (Kabinette), Gesprächsrunden, die in der Verfassung nicht vorgesehen sind (die Ministerpräsidentenkonferenz unter Einschluss des Kanzleramts), in einem Modus, für den es keine verfahrensrechtliche Regelungen gibt und bei denen nur das Endprodukt – eine Verordnung – irgendwie in die rechtsstaatliche Formentypik eingekleidet wird.<sup>17</sup>

## 2. Die Entwertung der Form

Das rechtsstaatliche und demokratische Grundproblem betrifft aber natürlich die völlige Unterbestimmtheit der gesetzlichen Grundlage und ist vor allem von der Wissenschaft frühzeitig adressiert worden, der Eile und Schnelligkeit geschuldet zunächst in Blogbeiträgen und Zeitungsartikeln, schließlich immer mehr auch in Fachzeitschriften<sup>18</sup>. In der Tat konnte man die Vorstellung, ein Großteil des öffentlichen, wirtschaftlichen und privaten Lebens des ganzen Landes könne auf der Grundlage einer dünnen Generalklausel zum Stillstand gebracht werden, von Anfang an als „einigermaßen kurios“ empfinden.<sup>19</sup> Zieht man dafür nur das Prüfprogramm heran, das das Bundesverfassungsgericht für die Bestimmtheit einer gesetzlichen Ermächtigung nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entwickelt hat, liegt der Verstoß jedenfalls auf der Hand. Danach muss der Gesetzgeber die Grenzen einer Regelung durch Rechtsverordnung festlegen und angeben, welchem Ziel sie dienen soll („Selbstentscheidungsvorbehalt“); der ermächtigten Stelle muss ein mit der Ermächtigung zu verwirklichendes „Programm“ an die Hand gegeben werden („Programmfestsetzungspflicht“); schließlich muss allein aufgrund der Ermächtigung vorhersehbar sein, in welchen Fällen, mit welcher Tendenz und mit welchem Inhalt von ihr Gebrauch gemacht werden kann („Vorhersehbarkeitsgebot“).<sup>20</sup>

Schon auf den ersten Blick ist zu erkennen, dass die §§ 28, 32 IfSG keine einzige dieser Anforderungen erfüllen. Es ist dies aber nur vordergründig ein Problem des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, jedenfalls wenn man darin eine bloß formelle oder technische Bestimmung erblickt. Hinter dieser steckt vielmehr, wie hinter allen Aussagen der Verfassung von einiger Bedeutung, ein politischer Kern, der sich aus dem Bezug der äußeren Form zu den Leitideen des Rechtsstaats, zu den Grundrechten und zum demokratischen Prinzip ergibt und der dann in ihrer konkreten Anwendung, nur eben vermittelt mit den Kriterien juristischer Rationalität, mitverhandelt wird. Die Gerichte haben das Problem hingegen kaum oder gar nicht adressiert und dabei verschiedene Techniken genutzt, um die Entscheidung zu verschieben oder ihr auszuweichen. Zunächst, im ersten Lockdown ab März 2020, dominiert das Argument, die Situation sei in dieser Form nicht vorhersehbar gewesen, deshalb müsse für eine Übergangszeit der Rückgriff auf die Generalklausel hingenommen werden.<sup>21</sup> Als sich dieses Argument spätestens nach ein paar Wochen offensichtlich verbraucht hatte – der Gesetzgeber hatte

---

<sup>17</sup> *Lepsius*, Das verfassungsrechtliche Argument hat es schwer, [www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-verfassungsrecht-kritik-hirte-kingreen-tweet-rechtswissenschaft-bundestag-experten/](http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-verfassungsrecht-kritik-hirte-kingreen-tweet-rechtswissenschaft-bundestag-experten/) 05.02.2021 (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

<sup>18</sup> Siehe zusammenfassend *Kingreen*, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 1 Rn. 40 ff.

<sup>19</sup> So erneut *Möllers* (Fn. 10).

<sup>20</sup> BVerfGE 150, 1 (100); st.RSpr.

<sup>21</sup> Siehe beispielhaft etwa OVG Nordrhein-Westfalen, COVuR 2020, 423 Rn. 39, 41.

zwischenzeitlich im Schnelldurchgang eine Fülle von weitreichenden Novellierungen des Infektionsschutzrechts und anderer damit zusammenhängender Materien auf den Weg gebracht, ohne sich der Problematik der Generalklausel mehr als nur ganz oberflächlich anzunehmen<sup>22</sup> – wichen die Gerichte überwiegend auf die Nutzung der prozessualen Rückzugsmöglichkeiten aus, wie sie sich aus den Besonderheiten des Eilverfahrens ergeben. In diesem sei, liest man dann häufig, nur eine summarische Prüfung möglich, die zu behandelnden Rechts- und Tatsachenfragen seien für das Eilverfahren zu komplex, die endgültige Entscheidung müsse einem späteren Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.<sup>23</sup> Selbst als sich die Zweifel an der Tragfähigkeit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage „geradezu aufdrängen“, ziehen die Gerichte daraus keine Konsequenzen. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, von dem diese Formulierung stammt, begnügte sich stattdessen unter Hinweis auf entsprechende „Bestrebungen“ in Bund und Ländern mit der Feststellung, er gehe „vorläufig davon aus, dass die Voraussetzungen einer entsprechenden Ermächtigungsgrundlage demnächst geschaffen werden“<sup>24</sup>. Rechtlich ist das unter keinem Gesichtspunkt haltbar: Fehlt es für einen erheblichen Grundrechtseingriff im Zeitpunkt seiner Vornahme an einer tragfähigen Ermächtigungsgrundlage, ist dieser offensichtlich rechtswidrig und von den Gerichten abzustellen; für Konstruktionen wie eine schwebende Unwirksamkeit ist in diesem Fall kein Platz. Erst recht dürfte sich ein Gericht nicht mit bloßen Absichtsbekundungen begnügen, wenn bei jedem – und hier im Entscheidungszeitpunkt nicht einmal formell eingeleiteten – Gesetzgebungsverfahren der Ausgang in rechtlicher Hinsicht völlig offen ist.

#### **IV. Die Rückkehr des Gesetzes in der Form des Maßnahmegesetzes**

In alledem lässt sich eine Gleichgültigkeit gegenüber verfassungsrechtlichen Formen und Verfahren beobachten, wie man sie bisher nicht kannte, und zwar sowohl bei den politisch Handelnden als auch bei den Gerichten, für die diese Formen und Verfahren gegenüber dem, was in der Sache geboten erscheint, irgendwie nicht wichtig sind. Gegen die Logik der Form setzt sich damit auf breiter Front eine Logik der Tat durch. Diese kennzeichnet auch, wenngleich in veränderter Gestalt, die zweite Phase, in der sich das formelle Gesetz als Handlungsform stärker in den Vordergrund schiebt. Auch dies geschieht allerdings in einer Weise, die gegenüber dem rechtlichen und politischen Sinn der Gesetzesform eigentümlich gleichgültig bleibt, sich im Grunde für ihn nicht mehr interessiert.

##### **1. Abschied von der Generalklausel**

Beobachten lässt sich dies bereits bei der Ergänzung des Infektionsschutzgesetzes um die Regelung des § 28a, mit der die bisher auf die Generalklausel des § 28 IfSG gestützten Corona-Verordnungen der Länder auf eine tragfähigere Grundlage gestellt werden sollen.<sup>25</sup> Dies geschieht im Wesentlichen in der Weise, dass der Begriff der „notwendigen Schutzmaßnahmen“ aus § 28 Abs. 1 IfSG durch einen beispielhaft aufgeführten Katalog der Maßnahmen erläutert wird, die bislang zur Eindämmung der Pandemie ergriffen wurden: also etwa Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen im privaten wie im öffentlichen Raum, Untersagung von Freizeit- und ähnlichen Veranstaltungen, Verbot von Kulturveranstaltungen und des Betriebs von Kultureinrichtungen, Untersagung von Versammlungen sowie religiösen oder weltanschaulichen Zusammenkünften, Untersagung oder Beschränkung von

---

<sup>22</sup> Eine marginale Anpassung von § 28 IfSG erfolgte durch Art. 1 des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020, BGBl I S. 587; diese hat an dem Charakter als Generalklausel nichts geändert.

<sup>23</sup> Siehe etwa Bayerischer VGH, NJW 2020, 1236 Rn. 33 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, DVBl 2020, 775.

<sup>24</sup> Bayerischer VGH, Beschluss vom 29.10.2020 – 20 NE 20.2360, BeckRS 2020, 28521, I Rn. 35-37.

<sup>25</sup> Siehe Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020, BGBl. I S. 2397.

Reisen, Schließung oder Beschränkung von Restaurants und Betrieben, Schließung von Hochschulen, Schulen, Kindertagesstätten etc. etc. (§ 28a Abs. 1 IfSG). Die Entscheidungen darüber sollten sich „insbesondere an dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“ ausrichten, wozu in der Erstfassung noch vorgesehen war, dass bei Überschreitung bestimmter Inzidenzen „breit angelegte Schutzmaßnahmen“ bzw. „umfassende auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen“ zu ergreifen waren (§ 28a Abs. 3 a.F.). Damit mochte man die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts im Sinne der Wesentlichkeitstheorie notdürftig als erfüllt ansehen: Die Regelung dokumentiert, dass der Gesetzgeber die bisherigen Maßnahmen in seinen Willen aufgenommen und damit abgesegnet hat. Es fällt aber schon bei der ersten Lektüre auf, dass das Gesetz keine steuernde und lenkende, geschweige denn begrenzende Wirkung entfaltet: Die einzelnen Maßnahmen werden letztlich nur benannt, aber weder in ihren Voraussetzungen näher beschrieben noch tatbestandlich eingegrenzt, so dass sie letztlich nur beispielhafte Anwendungsfälle der Generalklausel darstellen, ohne dieser wie bei den Standardmaßnahmen des Polizeirechts einen eigenständigen Gehalt hinzuzufügen. Auch im Übrigen vollzieht die Neuregelung im Wesentlichen nur nach, was vorher ohnehin schon praktiziert wurde: Die Instrumente sind genau die, die man kannte und an die man sich mittlerweile gewöhnt hatte, und selbst die Anknüpfung an bestimmte Schwellenwerte entsprach genau dem, worauf Bund und Länder sich schon bisher informell verständigt hatten. Auch für die letztlich zentrale Frage der Abwägung gegen die grundrechtlichen Freiheiten gibt § 28a IfSG nur ganz allgemeine Gesichtspunkte vor, ohne diese selbst in irgendeiner Weise vorzustrukturieren. Letztlich mussten die Exekutiven in ihren Verordnungen so nur berücksichtigen, was sie in den Wochen und Monaten zuvor ohnehin berücksichtigt hatten.

Im Ergebnis wird so der eigentliche Sinn der Gesetzesform schon hier ein Stück verschenkt. Das Gesetz wird nicht eingesetzt zu politischer Zwecksetzung und planvoller Gestaltung der Lebensverhältnisse, sondern als Mittel zur verwaltungsmäßigen Bewältigung einer Lage, auf die nun einfach irgendwie reagiert werden muss. Deutlich wird dies bereits bei der Einleitung des Gesetzgebungsverfahrens, das hier nicht um seiner selbst willen, also zur Nutzung seines Gestaltungs- und Ordnungspotenzials, auf den Weg gebracht worden ist, sondern seinerseits nur die Reaktion auf eine sich aus anderen Gründen ergebende Notwendigkeit darstellt. Unmittelbarer und letztlich einziger Anlass war eben gerade die bereits angesprochene Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 29. Oktober 2020, aus der sich die Mahnung entnehmen ließ, es müsse nun bald etwas getan werden. Daraufhin wurde nun in aller Eile in den ursprünglichen Regierungsentwurf eines Dritten Bevölkerungsschutzgesetzes, der sich eigentlich auf ganz andere Fragen bezog und in dem sie noch gar nicht vorgesehen war,<sup>26</sup> eine zunächst nur ganz rudimentäre Fassung des § 28a IfSG eingefügt, die nur nach massiver Kritik der damaligen Oppositionsfractionen sowie zahlreicher Sachverständiger um zumindest die nötigsten rechtsstaatlichen und demokratischen Leitplanken ergänzt wurde.<sup>27</sup>

## 2. Die „Bundesnotbremse“

Noch deutlicher tritt die Gleichgültigkeit gegenüber dem Sinn und dem Eigenwert verfassungsrechtlicher Formen bei der Einleitung des Gesetzgebungsverfahrens zu § 28b IfSG, der sog. Bundesnotbremse, hervor.<sup>28</sup> Eingbracht wurde der Gesetzesentwurf hier von den damaligen Koalitionsfraktionen und damit gemäß Art. 76 Abs. 2 GG aus der Mitte des Bundestags, obwohl er von der Regierung ausging und in ihr abgestimmt und beschlossen wurde. Auf diese Weise sparte

---

<sup>26</sup> Vgl. BR-Drucks. 645/20-Grunddrucksache.

<sup>27</sup> Vgl. an den Regierungsentwurf anknüpfenden Gesetzesentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD vom 03.11.2020, BT-Drucks. 19/23944; stellvertretend für die Kritik s. *Wißmann*, Stellungnahme v. 10.11.2020, Gesundheitsausschuss-Drs. 19(14)246(12).

<sup>28</sup> Art. 1 Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.04.2021, BGBl I S. 802.

man sich die vorherige Zuleitung an den Bundesrat, die Art. 76 Abs. 2 GG für Vorlagen der Bundesregierung an sich zwingend vorsieht. In der Kommentarliteratur ist immer wieder diskutiert worden, ob es sich dabei nicht um eine unzulässige Umgehung von Art. 76 Abs. 2 GG handelt, ohne indes zu einem klaren Ergebnis zu kommen oder auch nur eine Ahnung zu entwickeln, wie man das Problem in den Griff bekommen könne.<sup>29</sup> Aber nur selten tritt eine solche Umgehung so offen hervor wie in diesem Fall, in dem der wesentliche Inhalt des Entwurfs zwischen der Bundeskanzlerin und dem Vizekanzler vereinbart wird, die Ministerialbürokratie diesen selbst in allen Einzelheiten niederschreibt und ihn dann – unter der irreführenden Überschrift „Formulierungshilfe“ – an die Fraktionen zur weiteren Veranlassung weiterreicht.<sup>30</sup>

Es ist aber im Kern erneut die Gesetzesform selbst, die hier in einer Weise eingesetzt wird, die ihren politischen und verfassungsrechtlichen Sinn verfehlt. Auch das Bundesverfassungsgericht hat dafür – wie überhaupt auf ganzer Linie – jegliche Sensibilität vermissen lassen, als es das Problem lediglich als ein solches der Gewaltenteilung adressiert hatte.<sup>31</sup> Es besteht aber umgekehrt gerade darin, es rechtlich überhaupt zu fassen zu bekommen, weil die Grenzen der verschiedenen Handlungsformen hier bis zur Unkenntlichkeit verschwimmen. Demonstrieren lässt sich das bereits an der den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes konkretisierenden Forderung, dass das Parlament im Gesetz die für das Gemeinwesen wesentlichen Entscheidungen treffen soll.<sup>32</sup> Damit ist einerseits eine Zuständigkeitszuweisung in dem Sinne verbunden, dass das Parlament und nur das Parlament diese Entscheidung zu treffen hat. Die Forderung enthält aber, ohne dass es rechtlich in gleicher Weise bindend wäre, zugleich eine Beschränkung in dem Sinne, dass im Gesetz eben auch nur dieses Wesentliche stehen muss. Alles Unwesentliche bleibt demgegenüber den nachgeordneten Stellen überlassen, die dafür im Zweifel auch besser gerüstet sind. Diese Grenze war nun hier aufgehoben; das Gesetz regelte in einer Kleinteiligkeit, die ihresgleichen sucht, alle von irgendeinem Punkt aus sich möglicherweise stellenden Fragen und war bestrebt, jeden möglichen Anwendungsfall und seine möglichen Ausnahmen zu erfassen, von der Befreiung von der Ausgangssperre beim Ausführen des eigenen Hundes bis hin zur Quadratmeteranzahl von Einzelhandelsgeschäften für die Nutzung der Möglichkeiten von Click and Meet. Die Vermischung und Auflösung der herkömmlichen Formen durch die „Notbremse“ tritt aber gerade auch dann hervor, wenn man diese mit der bisherigen Vorgehensweise vergleicht. Diese war geprägt von der Trennung zwischen Regelungsermächtigung und Vollzug, zwischen Normieren und Handeln: Bisher waren im Infektionsschutzgesetz die möglichen Maßnahmen ihrer Art nach bestimmt, deren Anordnung aber der Exekutive – hier in erster Linie den Landesregierungen und den Kommunen – überlassen. Ebenso verfahren seit jeher die Polizeigesetze, die für näher bestimmte Gefahrensituationen Eingriffsermächtigungen enthalten, aber noch nicht die Eingriffe selbst. Diese Trennung wurde mit der „Notbremse“ nun aufgegeben: Alle dort geregelten Maßnahmen bedurften keiner Ausführung durch nachgeordnete Stellen mehr, sondern es war das Gesetz selbst, das sie in Geltung setzte, wenn ein bestimmter Inzidenzwert für einige Tage überschritten wurde; umgekehrt traten alle Beschränkungen automatisch wieder außer Kraft, wenn dieser Inzidenzwert für einige Tage unterschritten wurde. Auf diese Weise sind Maßnahmen, die gerade eben noch durch Rechtsverordnung oder Allgemeinverfügung geregelt worden sind, auf die

---

<sup>29</sup> Für Umgehung *T.H. Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Art. 76 Rn. 26; dagegen etwa *Masing/Risse*, in: Von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 76 Rn. 105 ff. m. w. N.; zusammenfassend zum Problem der Verfassungsumgehung nun *Ellerbrok*, *Der Staat* 60 (2021), 243 ff.

<sup>30</sup> Formulierungshilfe der Bundesregierung für die Fraktionen der CDU/CSU und der SPD: Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, [www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/GuV/B/4.\\_BevSchG\\_Formulierungshilfe.pdf](http://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/B/4._BevSchG_Formulierungshilfe.pdf) (zuletzt abgerufen am 21.03.2022).

<sup>31</sup> BVerfG, NJW 2022, 139.

<sup>32</sup> Grundlegend BVerfGE 33, 125 (158 f.); seitdem st.Rspr., s. nur BVerfGE 47, 46 (78 ff.); 58, 257 (268 f.).

gesetzliche Ebene hochgezont worden, wo sie nun ohne weiteren Zwischenakt aus sich heraus Pflichten begründeten, deren Verletzung mit empfindlichen Bußgeldern geahndet werden konnte.

Auch das ist rechtlich und als Problem der Gesetzesform nur schwer zu fassen, weil diese, wie alle Formen, zunächst nur eine äußere Hülle und insofern theoretisch für jeden Inhalt offen ist.<sup>33</sup> Ein und dieselbe Rechtspflicht kann deshalb prinzipiell in verschiedenem Gewand auftauchen, als gesetzliche Pflicht, als Pflicht aus einer Verordnung oder Satzung oder als Pflicht aus einem Verwaltungsakt. Indessen handelt es sich bei der Differenzierung zwischen Normieren und Handeln ihrerseits um eine rechtsstaatliche Grundleistung, die man nicht leichtfertig preisgeben sollte, weil sie spezifische Funktionen der Begrenzung, Mäßigung und Kontrolle erfüllt.<sup>34</sup> Von hier aus lassen sich doch einige Indikatoren benennen, die die Wahl der Gesetzesform im vorliegenden Fall als eigentümlich schief erscheinen lassen. Zunächst geht es nicht, wie man es sonst von gesetzlichen Regelungen gewohnt ist, um die Begründung von abstrakten und generellen Handlungs- und Unterlassungspflichten in eine unbestimmte Zukunft hinein (wie bei der Regel, dass die Geschäfte an Sonn- und Feiertagen schließen müssen), sondern um situationsabhängige und konkrete Eingriffe von ganz begrenzter Dauer, die man typischerweise der Verwaltung zuweisen würde (wie bei der Verfügung, sein Geschäft angesichts einer konkreten Gefahrenlage ausnahmsweise und für ein paar Tage zu schließen). Ebenso hat das Gesetz von seiner Geltung her keinen Anfang und kein Ende. Im Gegenteil bleiben Geltung und Nichtgeltung in einer permanenten Schwebelage; alle Regelungen stehen immer unter dem Vorbehalt, dass über einen bestimmten Zeitraum bestimmte Inzidenzwerte erreicht oder überschritten werden, was in der praktischen Konsequenz dazu führte, dass sich jeder Bürger fortwährend über den aktuellen Stand der je für seine Region ermittelten Inzidenzwerte informieren musste, welche Beschränkungen für ihn gerade bestanden. In der Sache handelt es sich damit um eine Polizeiverfügung, die als Gesetz kostümiert ist und bei der das Parlament als oberste Polizeibehörde auftritt. Anders als bei einer normalen Polizeiverfügung, die von der Verwaltung erlassen wird, fällt aber der Rechtsschutz gegen diese komplett aus, weil sie durch die Wahl der Gesetzesform dem Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 4 GG entzogen ist; unter dem Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne dieser Bestimmung wird im Gegensatz zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ganz überwiegend nur die Exekutive mit den ihr je eigenen Handlungsformen verstanden.<sup>35</sup> Auch dieses Problem hat das Bundesverfassungsgericht nicht in den Griff bekommen, weil es sich mit einer rein formalen Auslegung von Art. 19 Abs. 4 GG – bei der man in der Tat nichts Beanstandenswertes finden wird – begnügte, ohne auf die Möglichkeit der Umgehung oder bewussten Aushebelung des Rechtsschutzes bei einem so tief greifenden Grundrechtseingriff auch nur einzugehen.<sup>36</sup>

### 3. Die Regelungen als Maßnahmegesetze

Beide Regelungen, also sowohl § 28a IfSG als auch – und noch deutlicher – die „Bundesnotbremse“ nach § 28b IfSG, stellen sich damit als exemplarische Anwendungsfälle einer Kategorie dar, für die die ältere Staats- und Verwaltungslehre den Begriff des Maßnahmegesetzes geprägt hatte. Dieses ist, heißt es bei *Ernst Forsthoff*, der den Begriff seinerzeit in die Debatte geworfen hatte, „dahin zu kennzeichnen, dass es logisch vom Ziel zum Mittel gelangt. Es ist Aktion, die nichts konstituieren soll und kann, sondern Regelungen trifft, die einer Zweckverwirklichung dienen und untergeordnet sind.“

---

<sup>33</sup> Ansätze zu einer rechtlichen Erfassung sowie überhaupt zur Analyse des Problems bei *Lepsius*, *Der Staat* 60 (2021), 609 (618 ff.).

<sup>34</sup> S. *Lepsius*, *Der Staat* 60 (2021), 609 (622) gerade mit Blick auf § 28b IfSG.

<sup>35</sup> BVerfGE 24, 33 (49); seitdem st.Rspr., s. etwa BVerfGE 75, 108 (165); 122, 248 (270 f.). Möglich wäre insoweit allenfalls, wie es in die Entwurfsbegründung nach entsprechender Kritik ausdrücklich noch aufgenommen wurde, eine verwaltungsgerichtliche Klage auf Feststellung, ob man überhaupt von der Regelung erfasst ist, vgl. BT-Drucks. 19/28 732, S. 19; eine solche dringt aber zur bislang stets zentralen Frage der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen im Einzelfall gar nicht vor.

<sup>36</sup> BVerfG, NJW 2022, 139, Rn. 135 ff.

Das Maßnahmegesetz erwächst deshalb einer bestimmten Situation und steht zu ihr in einem logisch vollziehbaren Verhältnis<sup>37</sup>. Jedes einzelne dieser Begriffselemente trifft auf die Regelungen der §§ 28a, 28b IfSG schon bei einem oberflächlichen Blick zu: Sie sind für den Augenblick entworfen und auf ihn zugeschnitten; schon in ihrem Titel („Besondere Schutzmaßnahmen“ bzw. „bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Corona-Virus-Krankheit – 2019 [COVID 19]“) geben sie sich als Reaktion auf ein konkretes Problem zu erkennen, das man erst einmal behelfsmäßig in den Griff bekommen will; fällt dieses Problem aus welchem Grund auch immer weg, erledigen sich die Regelungen gleich mit. In diesem Sinne bilden sie ein Sonderpandemierecht in einem Meer von allgemeinen Bestimmungen. Der Unterschied zu älteren Vorstellungen des Gesetzes ist damit deutlich: Dieses war „generelle Norm nicht Befehl, ratio nicht voluntas, constitutio nicht actio“ und gerade darin von der technisch-instrumentellen Maßnahme unterschieden.<sup>38</sup> „Das Bürgerliche Gesetzbuch ist keine Maßnahme. Seine Prinzipien wollen mehr sein als eine nach Lage der Sache bestimmte Zweckmäßigkeit.“<sup>39</sup> Die Maßnahme hat demgegenüber technisch-instrumentellen Charakter, und indem sie als Maßnahmegesetz in die Gesetzesform hineindrängt, wird das Gesetz sowohl als Form als auch von seinem Inhalt her von Begriff und Charakter der Maßnahme bestimmt, so wie es hier schon in seiner Überschrift zum Ausdruck kommt.

## V. Die Handlungsformen als Spiegel des Politischen

Man wird allerdings an dieser Stelle berechtigterweise fragen können, was mit der Anwendung der Kategorie des Maßnahmegesetzes jenseits nostalgischer Erinnerungen an einen romantisierten und auch aus anderen Gründen überholten Gesetzesbegriff eigentlich gewonnen ist. Verfassungsrechtlich, so viel lässt sich sagen, nicht viel: Für die Verfassungsrechtswissenschaft spielt das Maßnahmegesetz heute keine Rolle mehr, das Bundesverfassungsgericht erklärte es schon früh für verfassungsrechtlich irrelevant, und bis auf die Prüfung eines Verstoßes gegen das Verbot des Einzelfallgesetzes aus Art. 19 Abs. 1 GG ist man immer noch auf der Suche nach der Frage, auf die es überhaupt die Antwort sein soll.<sup>40</sup> Für die meisten Juristen dürfte sich das Thema damit erledigt haben. Ihnen entgeht dadurch freilich der heuristische Wert, der in der Anwendung dieser Kategorie auch heute noch liegen könnte. Dieser resultiert gerade daraus, dass im Begriff des Maßnahmegesetzes zwei Elemente zusammenkommen, die gerade die Weimarer Verfassungsdiskussion sorgfältig voneinander geschieden hatte, nämlich Gesetz und Maßnahme. Mit dem Wegfall der Unterscheidung hält man offenbar auch die Gründe für erledigt, die sie einst trugen. Gerade ein Blick auf diese Gründe vermag dann aber Aufschluss darüber zu geben, wie das politische System heute Krisen bewältigt, welche Verluste mit dieser Art und Weise der Krisenbewältigung verbunden sind und was dies für unser Verständnis des Politischen überhaupt bedeutet.

### 1. Zum Verhältnis von Ausnahme- und Normallage

Ein tragender Grund für die Unterscheidung von Gesetz und Maßnahme ergab sich unter der Weimarer Reichsverfassung aus dieser selbst, weil sie den Begriff der „Maßnahme“ in ihrem Artikel 48 Abs. 2, dem berühmten Notstandsartikel, ausdrücklich verwendete und zugleich für die Notstandslage

---

<sup>37</sup> Forsthoff, Über Maßnahmegesetze, in: GS Walter Jellinek, 1955, S. 221 (226).

<sup>38</sup> Forsthoff (Fn. 37), S. 221.

<sup>39</sup> Schmitt, Die Diktatur, 8. Auflage 2015, S. 251.

<sup>40</sup> Der Zusammenhang zu Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG etwa in BVerfGE 15, 126 (147); s. ansonsten BVerfGE 25, 1 (14): „Maßnahmegesetze sind durch das Grundgesetz nicht ausgeschlossen [...]. Für ihre verfassungsgerichtliche Prüfung gelten die allgemeinen Grundsätze“. Aus der – ebenfalls älteren – Literatur Huber, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963, S. 126 f.; Zeidler, Maßnahmegesetz und „klassisches Gesetz“, 1961, S. 58 ff., jeweils auch näher zum Versuch der begrifflichen Erfassung.

reservierte. Die Unterscheidung von Gesetz und Maßnahme war damit verfassungsrechtlich vorgegeben und die Klärung der Begriffe ein Verfassungsproblem. In ihr spiegelt sich auf der Ebene der Handlungsform aber zugleich die prinzipielle Scheidung der Normal- von der Ausnahmelage überhaupt, wie sie durch Art. 48 Abs. 2 WRV ebenfalls angeordnet war. Den rechtsstaatlichen Sinn der Unterscheidung von Gesetz und Maßnahme hat man vor diesem Hintergrund selbst unter dem Grundgesetz noch in der Sicherung der Integrität des Rechts der Normallage gesehen: Maßnahmen zur Bewältigung eines Ausnahmezustands, hieß es, bedürften zwar der Durchsetzbarkeit und des Befehlscharakters; sie dürften aber nicht Gesetzescharakter und damit gleichen Rang mit dem Recht der Normallage erhalten, weil sie ansonsten schleichend in die Regelung der Normallage einwanderten.<sup>41</sup> Die Einebnung dieses prinzipiellen Unterschieds, wie sie im Begriff des Maßnahmegesetzes zum Ausdruck kommt, wirft damit ein Schlaglicht auf die Art und Weise, in der unter dem Grundgesetz die Ausnahmelage in den normalen Geschäftsbetrieb eingeordnet und als solche damit im Recht gar nicht mehr kenntlich gemacht wird. Dafür mag es, wie die Erfahrungen mit Art. 48 Abs. 2 WRV zeigen, gute Gründe geben. Der Preis dafür fällt aber in beide Richtungen an, sowohl zur Normallage als auch zur Ausnahmelage hin. Die Normallage zunächst muss ihrerseits zunehmend auf den Einbruch des Außerordentlichen vorbereitet werden, um gegen diesen schon im Vorfeld bestmöglich gewappnet zu sein. In diesem Sinne wird das Recht der Normallage – insbesondere das allgemeine Sicherheitsrecht, demnächst aber möglicherweise unter dem Modewort der „Resilienz“ gerade auch das Infektionsschutzrecht – zunehmend mit Elementen durchsetzt, die man früher dem Recht des Ausnahmezustands zugeschlagen hätte.<sup>42</sup> Der Staat wird darüber zum „nervösen“ Staat, der seinen Bürgern bis zum Nachweis ihrer Ungefährlichkeit tendenziell mit Misstrauen begegnet.<sup>43</sup> Zur Seite der Ausnahmelage hin liegt das Problem darin, dass sie als solche im Recht unsichtbar bleibt und in ihrer Eigenart nicht in Erscheinung tritt. Während tatsächlich alles anders ist als zuvor, tut das Recht so, als sei eigentlich gar nichts Besonderes los. Die Grundrechte gelten zwar formell weiter, man kann sie nur gerade nicht ausüben. Man kann Eingriffe in sie zwar von den Gerichten überprüfen lassen, hat aber in der Sache so gut wie nie Erfolg.<sup>44</sup> So bleibt unsere normative Sicht auf die Welt von dem, was darin tatsächlich vorgeht, auf eine eigenartige Weise unberührt und behält ihre ganze Unschuld.

## 2. Verluste demokratischer Legitimität

In der Überlagerung der Gesetzesform durch den Charakter als Maßnahme, wie sie im Begriff des Maßnahmegesetzes zum Ausdruck kommt, werden zugleich die Möglichkeiten verschenkt, die in der Gesetzesform liegen und der Logik der Form gegenüber der Logik der Tat überhaupt erst ihren normativen Eigensinn geben. Dieser resultiert zunächst aus den Grundprinzipien des Rechtsstaats, dem die Logik der Tat insofern fremd ist, als er nach einem Wort *Niklas Luhmanns* von der ihn innerlich tragenden Ordnungsidee her den Schluss vom Zweck auf das Mittel verbietet. Die Mittel dürfen also nicht einfach deshalb ergriffen oder angewandt werden, weil sie in der Sache richtig sind, sondern sie

---

<sup>41</sup> Siehe *Böckenförde*, NJW 1978, 1881 (1886).

<sup>42</sup> Grundlegend *G. Frankenberg*, Staatstechnik, 2010, S. 70 ff., 231 ff.

<sup>43</sup> *Barczak*, Der nervöse Staat, 2. Auflage 2021, ebenfalls als präzise Analyse der Perpetuierung des Ausnahmezustandes im Recht der Normallage; s. dort auch zur Funktion von Maßnahmegesetzen in diesem Zusammenhang S. 314 ff., 424 ff. In der Pandemie wiederum ist dieser Grundzug in der in einigen Bundesländern geltenden Regelung deutlich geworden, dass die Bürger die eigene Wohnung nur bei Vorliegen eines „triftigen Grundes“ verlassen durften und dies ggf. gegenüber der Polizei zu belegen hatten. Hier kehrt sich das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip – nicht der Bürger muss sich für den Gebrauch seiner Freiheit rechtfertigen, sondern der Staat für deren Beschränkung – jedenfalls im praktischen Vollzug um. In derselben Richtung wirken die 3G-, 2G-, 2G+, 2G++etc.-Regeln: Zutritt zu den gesellschaftlichen Lebensvollzügen nur gegen vorherigen Nachweis des Wohlverhaltens und der eigenen Ungefährlichkeit.

<sup>44</sup> In den Worten eines an der Entscheidung zur Bundesnotbremse beteiligten Verfassungsrichters auf den Bitburger Gesprächen: „In der Krise gewinnen eben typischerweise die Krisenmaßnahmen“.

müssen sich ihrerseits in die Formtypik des Rechtsstaats einfügen. Deren strikte Beachtung wird umgekehrt umso wichtiger, je mehr die materiellen Bindungen – wie hier jene aus den Grundrechten – ausfallen. Daneben und dies von einer anderen Seite her ergänzend ist die Logik der Form auch ein Wesenselement des demokratischen Prinzips, das als verfassungsrechtliches Prinzip nicht einfach nur die Herrschaft des Volkes begründet, sondern diese gerade als eine in Formen und Verfahren gebrachte Herrschaft einrichtet. Politische Macht muss sich dementsprechend im demokratischen Verfassungsstaat immer aus bestimmten Formen und Verfahren herleiten; die bloße Akklamation oder der Einklang mit einer öffentlichen Meinung ersetzen diese nicht. Die Formen sind dementsprechend auch nicht inhaltsneutral, sondern mit ihnen verbinden sich regelmäßig auch Erwartungen an die Art und Weise der Aufgabenerledigung.<sup>45</sup> Gerade diese Erwartungen werden aber durch Maßnahmegesetze der hier vorliegenden Art verfehlt, wie man exemplarisch an der Eile ablesen kann, mit der sie jeweils durch das Parlament gepeitscht wurden; ganze zwei, drei Tage blieben im Falle der Bundesnotbremse etwa den zur Anhörung geladenen juristischen Sachverständigen, sich durch ein Gesetz hindurchzuarbeiten, das an allen Ecken und Enden verfassungsrechtliche Zweifelsfragen aufwarf. Im Maßnahmegesetz bleiben so typischerweise die demokratischen Qualitäten der Gesetzgebungsform wie des parlamentarischen Verfahrens ungenutzt, die Entfaltung einer spezifischen Rationalität, die sich im sorgfältigen Wägen von Argument und Gegenargument entfaltet, und die Erzeugung einer eigenen Legitimität, die zugleich die Einsicht in die Richtigkeit der getroffenen Entscheidungen erhöht.

### 3. Das Maßnahmegesetz und das Politische

Die Anwendung der Kategorie des Maßnahmegesetzes ist aber auch deshalb instruktiv, weil darin zwei Handlungslogiken zusammenkommen, eine exekutivische und eine legislative. Die legislative Logik mit dem Gesetz als abstrakt-genereller Norm in ihrem Zentrum zielt auf planvoll-langfristige Sozialgestaltung „nach der Idee der Selbstbestimmung aller in Freiheit und unter der Anforderung der Gerechtigkeit“, wie es das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang des demokratischen Prinzips mit mildem Pathos einmal formuliert hat<sup>46</sup>. Demgegenüber ist die Maßnahme auf eine konkrete Zweckerfüllung bezogen und wird mit dieser gegenstandslos; nicht die grundsätzliche Frage, wie und nach welchen Prinzipien wir unser Zusammenleben ordnen wollen, bestimmt sie, sondern ein Sachproblem, das man so schnell wie möglich und irgendwie in den Griff bekommen muss. Das Maßnahmegesetz, das beides in sich aufnimmt, bildet in diesem Sinne eine eigenartige Mischform zwischen exekutivem und legislativem Handeln. Der äußeren Form nach Willensäußerung der Legislative, orientiert und bewegt es sich doch in einem exekutivischen Denkmuster: eben auch für sich mehr Maßnahme als Gesetz. Innerhalb der Exekutive ließe sich dann weitergehend fragen, ob es sich darin mehr um Regierung oder mehr um Verwaltung handelt. Regieren bedeutet von seiner Grundidee her: Setzen von Zwecken und Entwurf von Strategien zur Erreichung der Zwecke.<sup>47</sup> „Der Bundeskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik“ – darin kommt ein Stück dieses Regierungsbegriffs zum Vorschein. Verwalten ist demgegenüber: Exekution dieser Zwecke und Anpassung an je konkrete Lagen. Legt man diese Unterscheidung an die Maßnahmegesetze der Pandemiebekämpfung an, so haben wir es hier ganz offensichtlich mit einem Übergang vom Regieren zum Verwalten zu tun, bei dem an die Stelle planvoll-zukunftsbezogener Gestaltung die Reaktion auf das Auf und Ab statistischer Kurven tritt. Indem so die Gesetzgebung in Formen erfolgt, die dem Verwalten zugeschrieben sind, wird sie selbst zu einem Unterfall des Verwaltens und degradiert sich dazu. Das ist eine Entwicklung von erheblicher Tragweite. Die zu behandelnden Fragen verlieren nicht

---

<sup>45</sup> Zu alledem erneut *Möllers*, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 (870 f.).

<sup>46</sup> BVerfGE 44, 125 (142).

<sup>47</sup> *Scheuner*, in: FS R. Smend, Bd. 3, 1952, S. 253 (272); zum Teil kritisch *Frotscher*, Regierung als Rechtsbegriff, 1975, S. 228 ff.; neuerdings *Honer*, Die grundgesetzliche Theorie der Regierung, 2022, S. 112 ff.

nur ihren grundsätzlichen Gehalt, sondern ihren Charakter als politische Fragen insgesamt; sie werden die Sache einer technischen Realisation und in einem Modus praktischer Problemlösung abgearbeitet.<sup>48</sup> Der amerikanische Politik- und Wirtschaftswissenschaftler *Charles Lindblom* hat diese Methode in einem berühmten, bei erneuter Lektüre aber immer noch ziemlich frischen Aufsatz einmal als „*science of muddling through*“, als Wissenschaft des „Sich-Durchwurschtelns“ bezeichnet; legt man das, was er damals schrieb, an das derzeitige politische Handeln an, so wird man es kaum anders als dessen nach wie vor gültige Beschreibung lesen können: Grundlegende Wertkonflikte werden möglichst ausgeklammert, man orientiert sich an überschaubaren Nah- statt an schwer zu definierenden Fernzielen, an die Stelle einer Gesamtstrategie, die diesen Namen verdient, treten die vielen kleinen Schritte, die aus der Not des Augenblicks geboren sind und schon tags darauf durch andere ersetzt werden können.<sup>49</sup> Möglicherweise erklärt dies, warum niemand der politischen Verantwortlichen eine Vorstellung davon hat oder gar entwirft, wie und unter welchen Bedingungen die pandemische Lage je zu beenden wäre.

---

<sup>48</sup> Der Begriff der „technischen Realisation“ bei *Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, S. 42 ff.

<sup>49</sup> *Lindblom*, *Public Administration Review* 19 (1959), p. 79 ff.



