

HORST DREIER

Der Verfassungsstaat des Grundgesetzes in der Corona-Pandemie

I. Krisenbewältigung im verfassungsrechtlichen Normalzustand

Seit zwei Jahren befinden wir uns in Deutschland in einem außergewöhnlichen Zustand. Wir sehen uns Grundrechtseinschränkungen gegenüber, die man nach Ausmaß, Intensität und Dauer nur als beispiellos bezeichnen kann. Sie sind in Umfang, Breite und Tiefe historisch einmalig und ohne Vorbild. Noch niemals in der Geschichte der Bundesrepublik sind für so viele Menschen so viele Grundrechte für einen so langen Zeitraum derart massiv eingeschränkt worden. Dennoch sollte man vorsichtig mit der verbreiteten Redeweise vom Ausnahmezustand sein, in dem wir angeblich leben. Denn einen *verfassungsrechtlichen* Ausnahmezustand kennen wir im Unterschied zu anderen Staaten nicht. In Deutschland sind bislang alle einschlägigen Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie auf den verfassungsrechtlich vorgesehenen Bahnen und in den üblichen Verfahren erlassen worden. Auch sind Grundrechte in der aktuellen Krise nicht, wie man oft hören und lesen kann, „suspendiert“ worden. Denn das bedeutete ja ihre temporäre Außerkraftsetzung, mithin den vollständigen Entfall ihrer Geltungskraft. Eine solche Vorstellung lag zwar in der Tat dem berühmt-berüchtigten Notstandsartikel des Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung von 1919 zugrunde. Gemäß dieser Norm konnte der Reichspräsident zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verschiedene, im einzelnen aufgeführte Grundrechte „ganz oder zum Teil außer Kraft setzen“. Behörden und Gerichte waren bei ihren Entscheidungen also durch die suspendierten Grundrechte nicht mehr gebunden.¹ Eine solche Vorstellung ist dem Grundgesetz aber fremd, und zu einer derartigen Außerkraftsetzung ist es auch in der Corona-Pandemie nicht gekommen. Schlagender Beweis: Bei den vielen gerichtlichen Anfechtungen der Maßnahmen (etwa der Demonstrationsverbote) wurden die jeweils betroffenen Grundrechte (etwa Art. 8 GG) von den Gerichten als Maßstab für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Eingriffe explizit herangezogen. Das wäre gar nicht möglich gewesen, wenn die Grundrechte zum Zeitpunkt der Entscheidun-

¹ Siehe *Anschiütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.08.1919, 14. Aufl. 1933, Anm. 15 zu Art. 48 (S. 289).

gen ganz außer Kraft gesetzt und in diesem Sinne „suspendiert“ gewesen wären. Der Staat ist von der Beachtung der Grundrechte und der anderen Verfassungsnormen also keinesfalls befreit.

Das Grundgesetz beansprucht somit auch in der Corona-Krise ungeschmälert Geltungskraft und bildet Grund wie Grenze für die Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt.² Die Pandemie ist im Rahmen der Verfassungsordnung, nicht durch deren Transzendierung zu bewältigen.³ Von daher ist auch Zurückhaltung gegenüber der allzu unbedarften und nicht minder inflationär gebrauchten Rede von der Krise als der „Stunde der Exekutive“ geboten.⁴ Daraus folgt: Wie viele Staaten dieser Welt befindet sich die Bundesrepublik Deutschland ohne jeden Zweifel seit Ausbruch der Corona-Pandemie in einer absolut außergewöhnlichen Situation, sie befindet sich aber nicht – wie manche andere Staaten – in einem verfassungsrechtlichen „Ausnahmestand“. Auf diese in begriffliche und sachliche Untiefen führende „Alarmvokabel“⁵ kann und sollte zur Beschreibung der aktuellen Lage verzichtet werden. Des Weiteren geht es auch nicht an, eine Art von faktischer Ausnahmelage zu konstatieren und daraus, ohne sich auf eine Verfassungsänderung stützen zu können, ein normatives Sonderregime zu deduzieren, in dem etwas als grundgesetzkonform beurteilt wird, was im Normalfall als verfassungswidrig einzustufen wäre.⁶

Wichtigste verfassungsdogmatische Konsequenz dieses Befundes: Für die Frage, ob es im Zuge der Pandemiebekämpfung zu Verletzungen der Verfassung gekommen ist, gilt sozusagen das normale Prüfprogramm – und nicht etwa irgendwelche grundgesetzlichen pandemiespezifischen Ausnahmebestimmungen. So

² So auch *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 39 ff., 45 ff.; *Michl*, JuS 2020, 507; *Heinig u. a.*, JZ 2020, 861; *Brüning*, NVwZ 2021, 272.

³ Freilich bietet das keinen Schutz gegen die bedrohliche Tendenz, dass das Recht des Normalzustandes zunehmend mit Elementen eines Ausnahmestandes durchsetzt wird. Das ist das große und wichtige Thema der Schrift von *Barczak*, Der nervöse Staat, 2020, das im hiesigen Rahmen nicht vertieft werden kann.

⁴ Zu Recht kritisch *Barczak*, RuP 56 (2020), 458.

⁵ *Kingreen*, Jura 2020, 1019 (1020).

⁶ Dieser Versuch bei *Rennert*, DVBl. 2021, 1269, auch wenn er sich überwiegend in rhetorische Fragen kleidet: „Wirkt denn die Ausnahmelage nicht auf die verfassungsrechtlichen Maßstäbe zurück? Die Auslegung und Anwendung maßstäblichen Rechts ist ein hermeneutischer Vorgang [...]. Dieser Vorgang lässt nicht nur Raum, sondern gebietet geradezu, Vorschriften des Grundgesetzes für besondere Lagen besonders auszulegen.“ (1272) „Es fragt sich ganz grundsätzlich, ob der Gesetzgeber den Verordnungsgeber in der Ausnahmelage vorübergehend und thematisch begrenzt zum Ersatzgesetzgeber machen darf. [...] In die Auslegung und Anwendung dieser verfassungsrechtlichen Maßstäbe muss die Sonderlage als solche in ihrem Gefahrenpotenzial und mit der Erwägung des Gesetzgebers Eingang finden, dass bestimmte Regelungen schneller und effektiver und gleichwohl sachgerecht durch den Verordnungsgeber getroffen werden können. Deshalb ist es im Ansatz verfehlt, ungebrochen auf die Leitsätze zurückzugreifen, die das Bundesverfassungsgericht zu den genannten verfassungsrechtlichen Maßstäben für Situationen der Normallage entwickelt hat. [...] All das zeigt, dass der verfassungsrechtliche Gehalt des Art. 80 GG für die Ausnahmelage erst noch ermittelt werden muss.“ (1276 f.). – Richtig hingegen ist: der verfassungsrechtliche Gehalt des Art. 80 GG ist in der rein faktischen Ausnahmelage kein anderer als in der Normallage.

wollen wir uns im Folgenden – unter weitgehender Außerachtlassung der in der allgemeinen Diskussion stets besonders intensiv und vordringlich behandelten Grundrechtsproblematik⁷ – mit der Frage befassen, ob es mit Blick auf den Rechtsstaat (II.), den Föderalismus (III.) und die Demokratie (IV.) zu problematischen Entwicklungen oder gar zur Verletzung der Vorgaben des Grundgesetzes gekommen ist.

II. Rechtsstaatsprobleme:

Das lange Warten auf coronaspezifische Rechtsgrundlagen

Worauf wurden die massiven Grundrechtseinschränkungen in der Pandemie gestützt? Die Antwort muss auf die verschiedenen Etappen (oder sollten wir besser sagen: die Wellen) der Pandemie und die jeweilige Reaktion des Gesetzgebers Bezug nehmen. Ganz grob lässt sich sagen: lange Zeit gab es nur eine hochgradig unspezifische Generalklausel (1.), bis im November 2020 die coronaspezifische Norm des § 28a IfSG eingefügt wurde (2.); später trat für etwa drei Monate die sog. Bundesnotbremse in Gestalt des § 28b IfSG hinzu (3.), worauf noch weitere Änderungen folgten, auf die hier wegen ihrer kleinteiligen Vielfalt nicht mehr eingegangen werden soll.⁸ Interessant ist die Umfangserweiterung der einschlägigen Normen: Die erste Rechtsgrundlage umfasste nur wenige Zeilen; die letzte erstreckt sich, eng gedruckt, über vier DIN A4-Seiten. Wir betrachten die Normen in der chronologischen Reihenfolge.

1. § 28: Infektionsschutzrechtliche Generalklausel

a) Ursprungsfassung

Zu Beginn der Pandemie stützten sich die Maßnahmen auf § 28 des Infektionsschutzgesetzes.⁹ Diese kleine und ganz unscheinbare Norm, die vor der Pandemie

⁷ Siehe etwa: *Schenk*, BayVBl. 2020, 793; *Edenbarter*, JöR 69 (2021), 555; *Greve*, ZG 36 (2021), 25; *Blankenagel*, JZ 2021, 702; *Murswiek*, NVwZ-Extra 5/2021, 1; *Gärditz*, NJW 2021, 761. – Speziell zur Religionsfreiheit: *Drößler/Kämper/Schilberg*, KuR 26 (2020), 2; *Schaub/Gölzer/Fischer*, DVBl. 2022, 146.

⁸ Zu den Corona-Maßnahmen im Herbst und Winter 2021/22 *Kießling*, NVwZ 2021, 1801; *dies.*, NVwZ 2022, 15.

⁹ Die Norm lautete: „Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. ²Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen einer größeren Anzahl von Menschen beschränken oder verbieten oder Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen; sie kann auch Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte nicht zu betreten, bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind.“

nur wenigen Spezialisten geläufig gewesen sein dürfte, besagt im Kern: „Wenn es Infektionen gibt, erlässt die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen.“ Regelungstechnisch verknüpft das Infektionsschutzgesetz diese general-klauselartige Ermächtigungsgrundlage mit einigen Regelbeispielen sowie weiteren Maßnahmen wie der Beobachtung (§ 29), der Quarantäne (§ 30) und dem beruflichen Betätigungsverbot (§ 33), die aber in unserem Falle keine Rolle spielen. Schon der Wortlaut dieser Norm legt die Vermutung nahe, dass sie vor allem dazu gedacht war, ein lokales Infektionsgeschehen mit den jeweils erforderlichen (und von daher nicht näher spezifizierten) Maßnahmen in den Griff zu bekommen. Man kann sich vielleicht als prototypischen Vorgang, der dem Gesetzgeber seinerzeit vor Augen gestanden haben mag, den Masernausbruch an einer Schule vorstellen, Cholera in einem Ferienheim oder ein Virus auf einem Kreuzfahrtschiff.¹⁰ Dem Vorstellungsbild des ursprünglichen Gesetzgebers entsprach auf jeden Fall ein eher lokales oder gar punktuell sowie zeitlich begrenztes Infektionsgeschehen. Er hätte es sich vermutlich nicht träumen lassen, dass aufgrund dieser Norm das ganze Land in den Lockdown geschickt und die Wirtschaft heruntergefahren würde, man das Kulturleben, die Kitas, Schulen und Universitäten stillstellte und die Freiheitsrechte praktisch der gesamten Bevölkerung in einer nie dagewesenen und nie für möglich gehaltenen Weise massiv einschränkte.

b) Änderung im März 2020

§ 28 wurde denn auch durch das in bemerkenswerter Kürze und Schnelligkeit verabschiedete Gesetz vom 27. März 2020¹¹ geändert. Warum dies? Folgt man der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs, dann handelte es sich um eine Klarstellung: der Wortlaut sei „aus Gründen der Normenklarheit angepasst“¹² worden. Dem wird man bei wohlwollender Interpretation entnehmen können, dass das Parlament die Heranziehung des § 28 (i. V. m. § 32) IfSG für die weitreichenden Maßnahmen gleichsam akzeptierte. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten die Vorschriften künftig über ihren ursprünglich engeren Anwendungsbereich hinaus jene umfassenden Einschränkungen des öffentlichen Lebens legitimieren.

Die Änderungen blieben freilich marginal. Nur bei genauem Hinsehen lassen die eher unscheinbar anmutenden redaktionellen Änderungen des § 28 das Bestreben erkennen, von der ursprünglich dominierenden Leitvorstellung lokal und temporär begrenzter Ausbrüche abzurücken und auf sehr viel größere und länger andauernde Prozesse umzusteuern. Hinzugekommen ist die Erweiterung des Betretungsverbots, das sich nun ganz allgemein auf „öffentliche Orte“ erstreckt. Weggefallen ist etwa der Schlusshalbsatz von § 28 Abs. 1 Satz 2 a.F.: „bis die not-

¹⁰ Ähnlich *Kingreen*, NJW 2021, 2766 (2767): Ermächtigungsgrundlage war auf „Masernausbrüche in Kindergärten und bakteriell verunreinigte Dorfteiche zugeschnitten“.

¹¹ „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ v. 27.03.2020 (BGBl. I S. 587).

¹² BT-Drs. 19/1811, S. 24.

wendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind“. Denn das war ersichtlich auf ein lokales und bloß temporäres Infektionsgeschehen gemünzt. Auch nennt die Norm als Adressatenkreis für das Verbot oder die Einschränkung von Ansammlungen jetzt nicht mehr „eine größere Anzahl“ von Personen, sondern spricht in schlichter Unbestimmtheit von „Personen“.

Dies alles zeigt bei näherem Hinschauen: von der ursprünglich auf eher örtlich und zeitlich begrenzte Infektionsausbrüche ausgerichteten Vorstellung des Infektionsschutzgesetzes stellte man auf sehr viel größere und länger andauernde Prozesse um. Der Sache nach mutierte das Infektionsschutzgesetz von einem Instrument zur punktuellen infektionsspezifischen Gefahrenabwehr zur Universalwaffe im Kampf gegen eine weltweite und auch die Bundesrepublik hart treffende Pandemie, die ganze Gesellschaften, deren Ökonomie, das öffentliche Leben und die Kultur einschließlich Schule und Universitäten weitgehend lahmzulegen vermag.

c) Das Problem: Wesentlichkeitslehre

Mehr als diese minimalinvasive Operation erfolgte aber nicht. Bis zum November 2020 bildeten die dürren Worte des § 28 Abs. 1 („Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt ...“) unverändert den Tatbestand. Als Rechtsfolge fungierte ebenso unverändert allein die Aussage, dass in diesem Fall „die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen [trifft], [...] soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist.“ Man beließ es also für volle acht Monate bei dieser typischen Generalklausel, auf die man die umfänglichen Beschränkungsmaßnahmen stützte. Sie lässt ein außergewöhnlich breites und vom Gesetz nicht näher determiniertes oder eingeschränktes Spektrum von Maßnahmen zu. Das wirft ein zentrales Problem auf.

Denn nun kommt die seit Jahrzehnten vom Bundesverfassungsgericht praktizierte und auch in der Rechtswissenschaft weithin anerkannte Wesentlichkeitstheorie ins Spiel.¹³ Ihr zufolge muss der Gesetzgeber gerade dort, wo es um Grundrechtseinschränkungen geht, selbst die Voraussetzungen und Folgen entsprechender Eingriffe regeln, darf diese Entscheidung also weder kurzerhand delegieren noch in Gestalt einer Generalklausel der im Einzelfall entscheidenden Behörde überlassen. Ständiger Rechtsprechung gemäß ist der Gesetzgeber vielmehr verpflichtet, „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatliche Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.“¹⁴ Der Gesetzgeber darf also die Vor-

¹³ Zu ihr statt vieler: *Hömig*, in: Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 273; *Wolff/Zimmermann*, Jura 2022, 18 (21 ff.).

¹⁴ BVerfGE 49, 89 (126); zuvor schon BVerfGE 47, 46 (78 f.); st. Rspr., siehe aus jüngerer Zeit etwa BVerfGE 150, 1 (96 ff., Rn. 190 ff.) mit zahlreichen Belegen aus der älteren Judikatur. – Aus der Kommentarliteratur statt aller *Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 113 ff.

aussetzungen für Einschränkungen der Grundrechte sowie deren Modalitäten nicht durch blankettartige Eingriffsermächtigungen der Exekutive überlassen. Der allgemeine Gesetzesvorbehalt steigert sich zum Parlamentsvorbehalt.¹⁵ „Die Qualifikation einer Regelung als ‚wesentlich‘ hat typischerweise ein Verbot der Normdelegation und ein Gebot größerer Regelungsdichte durch den parlamentarischen Gesetzgeber zur Folge.“¹⁶

Die Pandemiebekämpfung mit ihren außerordentlich weit reichenden und praktisch die gesamte Bevölkerung betreffenden Grundrechtseinschränkungen bildet nun geradezu den Musterfall für die Anwendung der Wesentlichkeitslehre.¹⁷ So konnte es nicht überraschen, dass besonders in der Literatur die Tauglichkeit des § 28 IfSG als verfassungsrechtlich hinreichende Ermächtigungsgrundlage für Einschränkungsmaßnahmen bezweifelt wurde – und zwar, je länger die Pandemie andauerte, desto nachdrücklicher.¹⁸ Auch die Gerichte wiesen teils schon früh auf diesen prekären Punkt hin, ohne die Maßnahmen deswegen für nichtig zu erklären.¹⁹ Besonders deutlich wurde dann im Oktober 2020 der Bayerische Verwaltungsgerichtshof: „Mit der zeitlichen Intensität der bislang nur im Rahmen von Rechtsverordnungen der Exekutive geregelten Maßnahmen zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie verschärfen sich die Anforderungen des Parlamentsvorbehalts aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG.“²⁰

Man wird nicht ganz fehlgehen in der Annahme, dass es – neben den kritischen Stimmen aus der Rechtswissenschaft und Forderungen der Oppositionsfraktionen im Bundestag – vor allem die erwähnten deutlichen Hinweise aus der gerichtlichen Spruchpraxis waren, die die Regierungsfractionen dazu bewogen haben, hier – freilich, es sei wiederholt, erst nach einem Dreivierteljahr (!) – signifikant nachzubessern.

¹⁵ Darin liegt die wichtige demokratische Komponente der Wesentlichkeitsdoktrin (vgl. *H. Dreier*, in: *ders.*, Grundgesetz-Kommentar II (Fn. 14), Art. 20 [Demokratie], Rn. 117), die aber wegen der sachlichen Nähe zum allgemeinen Gesetzesvorbehalt überwiegend im Rechtsstaatsprinzip verankert wird.

¹⁶ BVerfGE 150, 1 (97 f., Rn. 195); ähnlich zuvor BVerfGE 101, 1 (34).

¹⁷ Vertiefend *H. Dreier*, DÖV 2021, 229 (232 f.).

¹⁸ Besonders nachdrücklich und mit umfangreichen Nachweisen aus Literatur und Judikatur *Lichdi*, Sächs VBl. 2020, 273; *U. Volkmann*, NJW 2020, 3153. Jedenfalls auf längere Sicht auch *Rixen*, NJW 2020, 1099; *Kingreen*, Jura 2020, 1019 (1025 f.).

¹⁹ Beispielsweise BayVGH v. 27.04.2020, 20 NE 20.793, Rn. 45: „Sollte sich aufgrund der Fortentwicklung der Pandemielage jedoch zeigen, dass die grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahmen nicht mehr nur kurzfristiger Art sind, sondern längere Zeit fort dauern, erscheint zweifelhaft, ob der Vorbehalt des Gesetzes als wesentlicher Grundsatz einer parlamentarischen Staatsform ohne den Erlass eines Maßnahmegesetzes durch den parlamentarischen Bundesgesetzgeber als Rechtsgrundlage für mittelfristig und langfristig wirkende Maßnahmen gewahrt werden kann.“ Weitere Nachweise bei *Brocker*, NVwZ 2020, 1485 (1486 f.).

²⁰ BayVGH v. 29.10.2020, 20 NE 20.2360; das ist in Rn. 28 ff. näher und mit Nachdruck ausgeführt. – Ähnlich deutlich: VerFGH des Saarlandes v. 28.08.2020, Lv 15/20, abgedruckt in: NVwZ 2020, S. 1513 (1518). Freilich gab es auch Entscheidungen, die keine Zweifel an der Anwendbarkeit der Generalklausel hegten.

2. Einfügung des § 28a IfSG im November 2020

Denn durch das Gesetz vom 18. November 2020 wurde mit § 28a IfSG eine spezifisch auf die aktuelle Corona-Pandemie zugeschnittene Norm eingefügt.²¹ Unter der Überschrift „Besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“ listete man hier in 17 Punkten so gut wie alle derjenigen Maßnahmen auf, die sich bis dahin auf die infektionsschutzrechtliche Generalklausel (in Verbindung mit den Rechtsverordnungen der Länder gemäß § 32 IfSG) hatten stützen müssen: Abstandsgebot, Maskenpflicht, Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen, Betretungsverbote, Betriebs- und Geschäftsschließungen, Untersagung von Veranstaltungen und anderes mehr. Das sind zwar weiterhin (nur) nicht abschließend aufgezählte Regelbeispiele, die auch ihrerseits nicht in eine hierarchische Ordnung gebracht wurden. Allerdings werden nunmehr ausdrücklich die Ziele der zu ergreifenden Maßnahmen benannt (der Schutz von Leben und Gesundheit sowie die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems); zudem sind anhand von Inzidenzwerten in grober Typisierung Schweregrade mit entsprechend höheren oder niedrigeren Eingriffsschwellen vorgegeben. Insgesamt sind die tatbestandlichen Voraussetzungen, die sich zuvor in den spärlichen Regelungen des § 28 Abs. 1 IfSG („Werden Kranke, Krankheitsverdächtige [etc.] festgestellt, [...]“) erschöpften, deutlich geschärft. Auch die neue Vorgabe, Rechtsverordnungen gemäß § 32 IfSG nunmehr mit einer allgemeinen Begründung zu versehen (§ 28a Abs. 5 IfSG), ist aus rechtsstaatlicher wie demokratischer Warte zu begrüßen. Obgleich mit alledem die infektionsschutzrechtlichen Normen noch nicht die Präzision gefahrenabwehrrechtlicher Standardbefugnisse erreicht haben,²² ist doch insgesamt ein erheblicher Gewinn an rechtsstaatlicher Bestimmtheit und demokratischer Legitimation zu verzeichnen.²³

Prinzipiell begrüßenswert erscheint auch, dass § 28a Abs. 3 IfSG gewisse Schwellenwerte normierte, die unterschiedlich intensive Schutzmaßnahmen nach sich zogen: Bei einer Inzidenz über 50 sind „umfassende Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten lassen“. Bei einer Inzidenz von über 35 hingegen sind lediglich „breit angelegte Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die eine schnelle Abschwächung des Infektionsgeschehens erwarten lassen“. Unterhalb eines Schwellenwertes von 35 „kommen insbesondere Schutzmaßnahmen in Betracht, die die Kontrolle des Infektionsgeschehens“ unterstützen. Es gibt also offenkundig eine Hierarchie der Maßnahmen in Abhängigkeit von den Inzidenzwerten, aber diese Hierarchie ist nicht irgendwie und auch nicht ansatzweise in Bezug gesetzt zu den Maßnahmen in Absatz 1. Es

²¹ „Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 18.11.2020 (BGBl. I S. 2397).

²² Kritisch Kingreen, NJW 2021, 2766 (2768) m. w. N.

²³ Ähnliche Einschätzung wie hier etwa bei Ritgen, ZG 36 (2021), 1 (22 ff.); sehr viel kritischer Boehme-Neßler, DÖV 2021, 243 (246 ff., 249 ff.).

fehlt mithin an einer Korrelation der drei Inzidenzstufen mit den aufgelisteten Maßnahmen. Sie stehen beziehungslos nebeneinander. Eine solche Entsprechung abstrakt und allgemein aufzuzeigen, wäre auch kaum sachgerecht, weil es immer auf die Kontexte ankommt. Dann fragt sich freilich, warum man diese stufenhafte Beschreibung überhaupt in den Gesetzestext aufgenommen hat.

Ein zweiter Problempunkt: § 28a Abs. 2 IfSG stellt noch einmal deutlich höhere Anforderungen an die Untersagung von Demonstrationen und Gottesdiensten.²⁴ Diese Privilegierung begegnet später auch in § 28b Abs. 4 IfSG. Demgemäß ist etwa die Teilnehmerzahl bei kirchlichen Bestattungen nicht beschränkt. Hat man hier vielleicht eine (wohlgemerkt: abstrakte) Hierarchie der Grundrechte etabliert? Ist die Freiheit der Wissenschaft oder der Kunst etwa weniger wichtig? Nach allgemeiner verfassungsdogmatischer Auffassung gibt es eine solche Hierarchie gerade nicht.²⁵ Meine Vermutung: Der Gesetzgeber hat hier auf zwei Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts reagiert,²⁶ die für Verbote von Gottesdiensten und Versammlungen sehr strenge Voraussetzungen aufgestellt bzw. pauschale Verbote für unverhältnismäßig erklärt hatten.

3. Einfügung des § 28b IfSG („Bundesnotbremse“) im April 2021

Die Einfügung der sog. Bundesnotbremse, also des § 28b IfSG im April 2021,²⁷ bewirkte eine signifikante Abweichung vom bisherigen Regelungsmodell.²⁸ Dieses hatte so ausgesehen, dass die Länder von der Verordnungsermächtigung des § 32 IfSG Gebrauch machten und die Maßnahmen in den Ländern – mehr oder minder einheitlich nach den nicht bindenden Absprachen in der Runde der Kanzlerin mit den Ministerpräsidenten – anordneten. Nun kam es zu einem Systemwechsel.²⁹ Das Bundesgesetz selbst regelte bis ins Detail die nunmehr bundeseinheitlich geltenden Schutzmaßnahmen gemäß einem Modell, das sich (allein) an der Zahl der Neuinfektionen orientiert. Bei einer Sieben-Tage-Inzidenz von über 100 greifen so in allen Kreisen oder kreisfreien Städten bundesweit die gleichen Beschränkungen: Ausgangsbeschränkungen; Schließung aller Freizeiteinrichtungen, aller Kulturstätten (Theater, Opern, Konzerthäuser, Museen und Gedenkstätten) sowie Kinos;

²⁴ Die anderen beiden dort genannten Punkte ignoriere ich.

²⁵ Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 31; Britz, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, S. 166; C. Möllers, Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt, 2009, S. 49; O. Lepsius, JöR 69 (2021), 705 (731); Schaub/Gölzer/Fischer, DVBl. 2022, 146 (148). – Grundsätzliche systematische und historische Erwägungen zu einer Hierarchie der Menschenrechte bei Siep, zfmR 15 (2021), 7.

²⁶ Zum Verbot von Gottesdiensten: BVerfG, Beschluss v. 29.04.2020, 1 BvQ 44/20 = NVwZ 2020, 783. Zur Versammlungsfreiheit: BVerfG, Beschluss v. 15.04.2020, 1 BVR 828/20 = NJW 2020, 1426.

²⁷ Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 22.04.2021 (BGBl. I S. 802).

²⁸ Kritisch dazu: Lichdi, RuP 57 (2021), 169; Ritgen, Der Landkreis 91 (2021), 788; Grefrath, www.verfassungsblog.de (zuletzt abgerufen am 02.05.2022). Eher affirmativ Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665.

²⁹ Kingreen, NJW 2021, 2766 (2770) nennt das eine „hektische Schubumkehr“.

Schließung der Gaststätten; Untersagung körpernaher Dienstleistungen; Maskenpflicht im öffentlichen Personennahverkehr und so weiter und so fort. Ab einem Schwellenwert von 165 ist Präsenzunterricht auch in der Form von Wechselunterricht untersagt. All dies wurde extrem detailliert und kleinteilig geregelt.

Mittlerweile ist die Norm Rechtsgeschichte,³⁰ wie man überhaupt konstatieren muss, dass das Infektionsschutzgesetz in den letzten anderthalb Jahren in immer höherer Geschwindigkeit geändert worden ist. Aber ganz zu den Akten legen können wir § 28b IfSG nun doch noch nicht – auch wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner einschlägigen Entscheidung vom Ende November 2021 praktisch alle problematischen Punkte dieser Norm als verfassungsgemäß eingestuft hat.³¹ Nicht immer war das überzeugend, aber ich will an dieser Stelle keine extensive Urteilsschelte betreiben,³² sondern nur folgende kritische Punkte herausheben:

a) Das Vorgehen, grundrechtseinschränkende Maßnahmen direkt im Gesetz als sog. *self-executing-Normen* vorzusehen, war zumindest ungewöhnlich.³³ Das hatte weitgehende Reduzierungen des gerichtlichen Rechtsschutzes zur Folge, die sich auch mit dem schlanken Hinweis auf die Möglichkeit einer (seltenen) vorbeugenden bzw. negativen Feststellungsklage³⁴ nicht einfach erledigen lassen.

b) Die Zulässigkeit von Einschränkungen der Freiheit der Person gemäß Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG unmittelbar durch Gesetz und nicht – wie es in der Norm heißt – „auf Grund eines förmlichen Gesetzes“ wird eher oberflächlich begründet.³⁵ Aufschlussreich ist der Vergleich mit der Judikatur des Gerichts zur Enteignung gemäß Art. 14 Abs. 3 GG. Dort steht ausdrücklich, Enteignungen seien „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ möglich; die Regelung unmittelbar durch Gesetz ist also explizit zugelassen. Dennoch geht die ständige Rechtsprechung des Gerichts dahin, das sei nur in Ausnahmefällen zulässig; im Regelfall müsse die Enteignung auf Grund des Gesetzes erfolgen.³⁶ Begründet wird das im Wesentlichen mit den besseren Rechtsschutzmöglichkeiten bei einer Enteignung durch die Exekutive. Bei Art. 104 Abs. 1 GG findet sich die explizite Zulässigkeit des Handelns durch Gesetz nicht, aber dennoch geht das Gericht mit relativ leichter Hand über diesen Punkt hinweg.³⁷

³⁰ Sie ist gemäß § 28b Abs. 10 IfSG am 01.07.2021 außer Kraft getreten.

³¹ Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19. November 2021, 1 BVR 781/21 u.a., Rn. 105 ff., 238 ff.

³² Zur Kritik etwa K.-A. Schwarz, NVwZ-Beilage 1/2022, 3 ff.

³³ Eingehende Kritik: O. Lepsius, Der Staat 60 (2021), 609 (622 ff.); Bezugspunkt ist hier die vorangegangene, ebenfalls ablehnende einstweilige Anordnung (BVerfG, Beschluss vom 05.05.2021, 1 BvR 781/21 u.a.) des Gerichts, die dem Hauptsachebeschluss vom November 2021 voranging; zum ganzen Beschluss kritisch Schoch, NVwZ 2022, 1 (4 f.) mit der Zwischenüberschrift „Rechtsschutzverweigerung durch das BVerfG“.

³⁴ So Grevel/Lassahn, NVwZ 2021, 665 (669 f.).

³⁵ Vgl. BVerfG v. 19.11.2021, Rn. 267 ff.

³⁶ Vgl. BVerfGE 24, 367 (398 ff.); 45, 297 (332); 95, 1 (22).

³⁷ Eingehende Kritik an der wenig überzeugenden Begründung des Gerichts in diesem Punkt: Michael, ZJS 2022, 106 (114 ff.).

c) Wenig glücklich, ja herzlich unklar war zudem das Verhältnis von § 28b zu § 28a. Denn § 28b kennt nur ein einziges Kriterium, die Inzidenzen, § 28a hingegen eine Kriterienvielfalt oder doch Kriterienmehrheit, etwa neben den Inzidenzen noch die Auslastung des Gesundheitssystems. Auch wirkten die Stufungen gemäß § 28a IfSG und diejenigen nach § 28b merkwürdig unabgestimmt.³⁸

d) Auch das Ziel bundeseinheitlicher Regelungen ließ sich mit § 28b IfSG nicht erreichen. Denn zum einen hatten die Länder bei Inzidenzen unter 100 die administrativen Zügel weiterhin fest in der Hand, ab 100 nicht mehr. Bei wiederholter Über- und Unterschreitung des Wertes waren hier interessante Jojo-Effekte möglich.³⁹ Da man den Ländern aber die Möglichkeit beließ, auch bei einer Inzidenz von über 100 noch weitergehende Schutzmaßnahmen zu erlassen (§ 28b Abs. 5 IfSG), wurde selbst in diesem Fall das politische Ziel bundeseinheitlicher Regelungen nicht sicher erreicht.⁴⁰

4. Das Problem der Inzidenzen

Der mit Abstand problematischste Punkt der Bundesnotbremse ist aber das alleinige Abstellen auf die Inzidenzen – wobei „alleinig“ mittlerweile nicht mehr ganz stimmt. Durch eine weitere Änderung im September 2021⁴¹ hat man § 28a Abs. 3 IfSG deutlich flexibler gefasst und von starren Inzidenzen Abstand genommen. Aber noch immer berichten die Nachrichten jeden Abend über vermeintlich absolut präzise Inzidenzen in Deutschland und auch anderswo. Werfen wir also einen näheren Blick auf die Problematik. Der Epidemiologe *Gérard Krause* vom Helmholtz Zentrum für Infektionsforschung hat in einer Anhörung vor dem Gesundheitsausschuss des Bundestages vom Februar 2021 mehrere Gründe dafür angeführt, dass die Grenzwerte „weder epidemiologisch noch durch allgemeine Logik den Bezug zu den Maßnahmen rechtfertigen“.⁴² Ich konzentriere mich auf die wichtigsten Punkte.

Wenn man nur – so wie es die Bundesnotbremse getan hat – auf die Inzidenzen in den Kreisen abstellt, muss man sich im Klaren darüber sein, dass diese aus mehreren Gründen wenig aussagekräftig sind. Zunächst einmal ist die Begrifflichkeit falsch: Es handelt sich, korrekt betrachtet, nicht um die wirklichen Neuinfektionen innerhalb eines bestimmten Zeitraums, sondern um die Zahl der neuen Meldungen einer Infektion. Melderate oder *notification rate* wäre der passendere Begriff.

³⁸ *Sangs/Eibenstein*, JZ 2021, 710 (715 f.) sprechen von Inkonsistenz.

³⁹ *Sangs/Eibenstein*, JZ 2021, 710 (712 f.).

⁴⁰ *Kingreen*, NJW 2021, 2766 (2771).

⁴¹ Gesetz v. 10.09.2021 (BGBl. I S. 4147).

⁴² *Gérard Krause*, Stellungnahme als Einzelsachverständiger zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite. Deutscher Bundestag, Ausschuss für Gesundheit, Öffentliche Anhörung „Drittes Bevölkerungsschutzgesetz“, Donnerstag, 12.11.2020, Ms. S. 1. Ähnlich in der Tendenz: *Werner Bergholz*, Stellungnahme Anhörung Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 17.05.2021, 9 Uhr, zum Thema „Infektionsschutzgesetz“, insb. S. 13 ff.

Eigentlich setzt der Begriff Inzidenz einen Bezug auf eine vorab definierte Population voraus, etwa durch Definition einer konstanten Stichprobengesamtheit. Die Sieben-Tage-Inzidenz mit Bezug auf 100000 Einwohner stellt keinen solchen Bezug her, weil diese 100000 gar nicht getestet wurden. Und diejenigen, die getestet wurden, bilden wiederum keine konstante Stichprobengesamtheit, die allein valide Ergebnisse zulassen würde.

Denn, nächster Punkt: der Indikator wird nicht verlässlich gemessen. Zum einen ist der PCR-Test nicht standardisiert; weil die von vielen Laboren angewandten Ct-Werte zu hoch angesetzt sind, kommt es zu einer Vielzahl falsch positiver Testergebnisse. Vor allem aber ist die Melderate stark von schwankenden und unsystematisch wechselnden Faktoren abhängig. Das ist einmal die Testfrequenz bzw. der Stichprobenumfang: je mehr ich teste, desto höher ist die Melderate. Teste ich gar nicht, liegt die Melderate logischerweise bei Null. Die Inzidenzzahl hängt also direkt von der Anzahl der Tests ab.

Ein kleines Rechenexempel möge zur Veranschaulichung dienen: Wenn ich – sagen wir – in einem Kreis mit 200000 Einwohnern 5000 Personen teste und davon 100 Infizierte sind, liegt die Inzidenz bei 50.⁴³ Teste ich nun in diesem Kreis nicht 5000, sondern 10000 Personen, so steigert sich die Anzahl der Infizierten (bei gleicher durchschnittlicher Infektionslage) und somit der Inzidenzwert auf das Doppelte, nämlich 200 Infizierte und eine Inzidenz von 100. Und wenn ich die Anzahl der Tests nochmals auf 20000 verdopple, so komme ich – bei gleichbleibender Infektionslage! – auf einen Inzidenzwert von 200. Vermutlich sind die Differenzen der tatsächlich erhobenen Tests nicht so hoch wie hier hypothetisch angenommen, aber dass die Aussagekraft der Sieben-Tage-Inzidenz extrem beschränkt ist, liegt auf der Hand. „Die Inzidenzwerte sagen daher isoliert betrachtet über die Gefahrenlage nichts aus.“⁴⁴

Hinzu kommt: Die Melderaten verringern sich typischerweise immer um Feiertage herum und steigern sich, wenn man flächendeckende Testprogramme bei Reiserückkehrern oder Schulkindern durchführt.

Schwankend ist auch die Teststrategie, das heißt das Kriterium, bei welcher Indikation ich teste: nur bei einschlägigen Symptomen oder bei jedem Schul- oder Restaurantbesuch?

Eine gewisse Zuverlässigkeit der Test- bzw. Meldeergebnisse wäre nur zu erzielen, wenn man über Kohortenstudien oder repräsentative Stichproben verfügen würde. Das tun wir aber nicht. Die Inzidenzen sind also im besten Falle grobe Annäherungen und weit von jener auf die Kommastelle benannten Scheinpräzision entfernt, die die abendlichen Zahlen vorgaukeln.

⁴³ Der Rechenweg: Infektions- bzw. Meldedefälle (100) geteilt durch die Einwohnerzahl des Kreises (200.000), multipliziert mit 100000.

⁴⁴ *Murswiek*, NVwZ-Extra 5/2021, 1 (2). Ähnlich *Sangs/Eibenstein*, JZ 2021, 710 (714) m.w.N.: „Inzidenzwert als zunehmend untaugliche rechtliche Größe“.

5. Zwischenergebnis

Alle drei im Laufe der Pandemie relevanten Rechtsgrundlagen werfen zum Teil gravierende verfassungsrechtliche Fragen auf. Bei § 28 ist es die Arbeit mit einer Generalklausel, die der Wesentlichkeitslehre widerspricht; § 28a behebt dieses Manko weitgehend, irritiert aber mit einer ansatzweisen Hierarchisierung der Grundrechte und Intensitätsstufungen, die nicht mit der Vielfalt der Maßnahmen korrelieren; § 28b steht in einem unklaren Verhältnis zu § 28a, erhebt Anordnungen exekutiven Charakters in den Rang eines Parlamentsgesetzes und stellt maßgeblich auf fragwürdige Inzidenzzahlen ab.

III. Föderalismusproblematik

1. „Flickenteppich“ und „Kleinstaaterei“?

Wer von der Bundesnotbremse spricht, kann von der Föderalismusproblematik nicht schweigen. Denn diese Regelung stellte ja im Grunde genommen einen zentralistischen overkill dar.⁴⁵ Direkte, sich selbstvollziehende (*self-executing*) Normen, die in starrer Orientierung an vermeintlich aussagekräftigen Inzidenzen einen ganzen Katalog von Maßnahmen in Gang setzen – für alle Land- und Stadtkreise bundesweit, ohne jede nähere Binnendifferenzierung. Das hatte dann den hübschen Effekt, dass für die Insel Helgoland, auf der die Inzidenz seinerzeit bei exakt Null lag, die gleichen strengen Corona-Regeln galten wie im Kreis Pinneberg, dem Helgoland angehört.⁴⁶ So funktioniert Zentralismus. Vor der Bundesnotbremse hatte das OVG Münster noch eine Rechtsverordnung aufgehoben, die pauschal für einen ganzen Landkreis Beschränkungen verfügt hatte, obwohl der Corona-Schwerpunkt eindeutig bei einem einzigen fleischverarbeitenden Betrieb lag.⁴⁷ Es waren also bei einem lokalen Ausbruchsgeschehen genau lokalisierte und nicht pauschal auf den ganzen Kreis bezogene Maßnahmen zu ergreifen. Eine solche Differenzierung war jetzt nicht mehr möglich.

Aber die föderale Ordnung hatte auch sonst einen schweren Stand in der Corona-Krise. In den Medien zählten Wörter wie „Flickenteppich“⁴⁸ oder, ganz ahistorisch, „Landesfürsten“ oder auch „föderale Kleinstaaterei“ eine ganze zeitlang zu den verbreiteten und ganz üblichen Termini. Hier greift offenkundig ein „antiföderaler Reflex“.⁴⁹ Wert und Bedeutung föderaler Gliederung wurden eher selten

⁴⁵ Waldhoff, NJW 2021, 2772 (2775): „Überreaktion“; Kingreen, NJW 2021, 2766 (2770): „hektische Schubumkehr“; Wolff/Zimmermann, Jura 2022, 18 (31): Gesetzgeber schoss „über das Ziel hinaus“.

⁴⁶ Kingreen, NJW 2021, 2766 (2771).

⁴⁷ OVG Münster v. 06.07.2020, 13 B 940/20.NE.

⁴⁸ Dagegen zu Recht J. Ipsen, DVBl. 2020, 1037 (1038).

⁴⁹ Kersten/Rixen (Fn. 2), S. 236.

betont.⁵⁰ Weithin in Vergessenheit geriet offenkundig, dass der Föderalismus gerade in Deutschland schon geschichtlich einen besonderen Wert besitzt.⁵¹ Nur in der NS-Zeit war Deutschland zentralistisch organisiert. Auch sind zentralistische Staaten wie Frankreich und Großbritannien bislang wohl kaum besser durch die Pandemie gekommen als wir, so dass die Gesamtbilanz nicht allzu negativ ausfallen dürfte.⁵² Das heißt nicht, aus begangenen Fehlern nicht lernen zu sollen und die föderale Ordnung nicht verbessern zu können.⁵³ Aber in den Chor der pauschalen Föderalismuskritiker stimme ich nicht ein.

2. Bundesstaatlicher Zugriff auf Landeskompetenzen

Genau umgekehrt sei darauf hingewiesen, dass im Zuge der Änderung des Infektionsschutzgesetzes Regelungen beschlossen worden sind, die Länderkompetenzen verletzen. Ursprünglich waren das die Normen des § 5 Abs. 2 Nr. 1, 2, 5 und 6 IfSG. Mit ihnen stehen dem Bundesgesundheitsminister Verwaltungskompetenzen zu, die die Ausführung des Infektionsschutzgesetzes betreffen, indem ihm die Befugnis zur „Anordnung“ bestimmter Maßnahmen erteilt wurde.

Unter Anordnungen versteht man Verwaltungsakte oder Allgemeinverfügungen. Für eine solche Verwaltungskompetenz des Bundes bedürfte es aber einer Verankerung im Grundgesetz. Denn die Ausführung des Infektionsschutzgesetzes erfolgt gemäß dem Normalfall des Art. 83 GG. Diese Norm enthält eine doppelte Vermutung: erstens, dass die Länder die Bundesgesetze ausführen und nicht der Bund; und zweitens, dass die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit durchführen (und nicht im Auftrag des Bundes). Keine der beiden hiervon abweichenden Ausnahmefälle (Art. 85 GG: Bundesauftragsverwaltung oder Art. 86 GG: bundeseigene Verwaltung) liegt vor. Zwar bestehen auch im Fall von Art. 83, 84 GG – wenngleich nur geringe – Ingerenzmöglichkeiten des Bundes, wie etwa die Regelung des Verfahrens oder allgemeine Verwaltungsvorschriften, die Ausübung der Rechtsaufsicht oder Einzelweisungen für besondere Fälle. Doch direkte Anordnungen durch ein Bundesministerium zählen nicht dazu. Also fehlt es an einer verfassungsrechtlichen Grundlage,⁵⁴ die man entgegen gelegentlichen Äußerungen auch nicht in Art. 87 Abs. 3 GG findet.⁵⁵ § 5 Abs. 2 Nr. 1 und 2

⁵⁰ Eingehend dazu *Isensee*, in: *Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 126 (S. 3–199).

⁵¹ Zur langen Tradition des Föderalismus in Deutschland vgl. die Beiträge in: *Willoweit* (Hrsg.), *Föderalismus in Deutschland*, 2019.

⁵² *Behnke*, APuZ 35–37/2020, 9; *Kloepfer*, *VerwArch.* 109 (2021), 169 (197); *Kersten/Rixen* (Fn. 2), S. 235 ff.

⁵³ Diese begrüßenswerte Tendenz bei *Waldhoff*, *NJW* 2021, 2772 (2776 ff.).

⁵⁴ Näher *H. Dreier*, *DÖV* 2021, 229 (238 ff.); für Verfassungswidrigkeit auch *K.-A. Schwarz/Sairinger*, *NVwZ* 2021, 265 (267 f.); *Waldhoff*, *NJW* 2021, 2772 (2773); *Ritgen*, *ZG* 36 (2021), 1 (13 f.).

⁵⁵ *H. Dreier*, *DÖV* 2021, 229 (239); ebd., S. 239 f. auch zum Fehlen einer ungeschriebenen Verwaltungszuständigkeit.

IfSG wurden durch die Novelle vom November 2020 wieder gestrichen, Nr. 5 und 6 sind geblieben. Es sei hier nicht behauptet, dass diese Normen sonderlich wichtig oder gewichtig wären. Vermutlich hat man auch keinen exzessiven Gebrauch von ihnen gemacht. Aber es liegt immerhin eine Durchbrechung der verfassungsrechtlich geschützten Verwaltungskompetenzen der Länder vor. Wenn man bedenkt, dass diese ihre Kompetenzen eigentlich hüten müssten wie ihren Augapfel, verwundert etwas, dass man hier nicht den geringsten Protest vernommen hat. Dieses Schweigen erfüllt mich mit einer gewissen Sorge.

IV. Demokratie: Entparlamentarisierung der Corona-Bekämpfung?

Dass die Bekämpfung der Corona-Pandemie ganz überwiegend eine Sache der Exekutive war und ist, liegt auf der Hand. Praktisch alle Beschränkungsmaßnahmen fußten und fußen weiterhin – mit Ausnahme der Bundesnotbremse – auf Rechtsverordnungen. Insofern kann man von Entparlamentarisierung sprechen. Davon gibt es zwei Varianten: zum einen die zu weitgehende Überantwortung von Rechtsetzungskompetenzen auf die Exekutive, zum anderen die zu weitgehende Zurückhaltung bei den eigenen Normsetzungskompetenzen. In der Corona-Krise haben wir beides erlebt.

1. Zu weitgehende Verordnungs Kompetenzen

Zur rechtsstaatlichen Ordnung gehört auch eine „hierarchische Bindung“ des Rechts.⁵⁶ Danach ist die gesetzgebende Gewalt an die Vorgaben der Verfassung, die Exekutive als vollziehende Gewalt aber ihrerseits an die Gesetze gebunden. Art. 20 Abs. 3 GG drückt das so aus: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“ Für den besonderen Fall exekutiver Rechtsetzung findet die allgemeine Gesetzesbindung der Verwaltung eine Konkretisierung in Art. 80 GG. Man kann dessen Kernaussage schlicht so formulieren: Rechtsverordnungen müssen sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben halten, die ihre Reichweite bestimmen. Diese Vorgaben stehen nicht zur Disposition der Verwaltung, sondern bilden ihre unverrückbare Grundlage.

Diese verfassungsrechtlich fundierte Normenhierarchie wird nun durch einige Bestimmungen des Infektionsschutzgesetzes auf den Kopf gestellt.

So ermächtigen § 5 Abs. 2 Nr. 3, 4, 7, 8/und 10 IfSG das Gesundheitsministerium dazu, von einer Vielzahl von Gesetzen abzuweichen, insbesondere bestimmte Ausnahmen von gesetzlichen Vorschriften zuzulassen. Der Inhalt der Gesetze

⁵⁶ Terminus: *Schulze-Fielitz* (Fn. 14), Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 81 ff.; vgl. auch *O. Lepsius*, JuS 2018, 950.

wird hier in gewissem Umfang durch die Exekutive bestimmt. Zu rechtfertigen sind diese Ermächtigungen nicht durch den Hinweis darauf, dass sie nicht völlig unüblich seien, weil in anderen Gesetzen ebenfalls gewisse Anwendungsbeschränkungen durch die Exekutive vorgesehen sind und das Bundesverfassungsgericht diese gebilligt habe. Doch liegt der erste gravierende Unterschied darin, dass in jenen Fällen (etwa im Betäubungsmittel- oder im Ladenschlussrecht) das Gesetz unter dem Vorbehalt genau festgelegter Änderungsmodalitäten erlassen worden ist.⁵⁷ Die Änderung der Rechtslage ist also bereits im Gesetz selbst vorgesehen; dieses hat sich eine solche Beschränkungsmöglichkeit sozusagen im gleichen Atemzug beigelegt. Der zweite Unterschied besteht darin, dass sich die Anwendungsbeschränkungen auf eher marginale, oft technische Gesichtspunkte beziehen und tatbestandlich eng umschrieben sind. Als Beispiel für beide Aspekte mag § 1 Abs. 2 BtMG dienen. Danach darf die Bundesregierung die in den Anlagen zum Gesetz aufgeführten Listen der einschlägigen Stoffe und Zubereitungen ändern oder ergänzen (und damit den tatsächlichen Veränderungen auf dem Betäubungsmittelmarkt Rechnung tragen), aber zum einen erst nach Anhörung von Sachverständigen, zum zweiten allein durch eine mit Zustimmung des Bundesrates erlassene Rechtsverordnung und drittens nur, wenn die in § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1–3 BtMG genannten Voraussetzungen vorliegen. Hier ist (wie etwa auch bei den vergleichbaren Regelungen des Ladenschlussgesetzes) das Gesetz unter dem Vorbehalt genau festgelegter Änderungsmodalitäten erlassen worden. Wenn das Bundesverfassungsgericht solche und ähnliche Konstellationen für verfassungsgemäß gehalten hat,⁵⁸ dann nur, weil die Beschränkung des Geltungsanspruchs des Gesetzes schon in diesem selbst normiert war und sich die Abweichung auf eher marginale Aspekte bezogen hat.

Solche Begrenzungen der Verordnungsgewalt sind bei den Ermächtigungen im Infektionsschutzgesetz nicht ersichtlich. Vor allem fehlt es an dem typischen Merkmal der Fälle zulässiger gesetzsergänzender Rechtsverordnungen: dass das Gesetz selbst zum Zeitpunkt seines Erlasses eine solche Delegationsmöglichkeit oder „Anwendungsbeschränkung“⁵⁹ vorsieht. Das ist bei den zahlreichen Gesetzen, die durch Rechtsverordnung des Gesundheitsministeriums geändert werden könnten, nicht der Fall. Vielmehr ist das Ministerium befugt, auf eine Vielzahl von

⁵⁷ Hierzu und zum folgenden näher *H. Dreier*, DÖV 2021, 229 (235 ff.).

⁵⁸ Immer wieder herangezogen wird BVerfGE 8, 155. Der Fall betraf eine Frage des Lastenausgleichsgesetzes. Es ging zwar nicht um eine Rechtsverordnung, sondern um eine allgemeine Verwaltungsvorschrift, doch ist die Problematik prinzipiell ähnlich gelagert. Dennoch eignet sich der Fall nicht als Argument für die Zulässigkeit gesetzverändernder Rechtsverordnungen nach Art des IFSG. Denn dort war im Gesetz selbst eine subsidiäre Regelung zur Abweichung von einzelnen Normen eben dieses Gesetzes bzw. der auf seiner Grundlage ergangenen Rechtsverordnungen vorgenommen worden, was das Gericht unbeanstandet lässt (BVerfGE 8, 155 [169 ff.]). Ein und derselbe Normgeber hatte also für das von ihm erlassene Gesetz willentlich und gewissermaßen sehenden Auges eine Abweichungsmöglichkeit geschaffen – allerdings nur für eher marginale Fragen des Verwaltungsablaufs, was das Gericht stark herausstellt und deutlich als Grenze markiert (BVerfGE 8, 155 [171]).

⁵⁹ Terminus: BVerfGE 8, 155 (171).

(teils seit langem in Kraft befindlichen) Gesetzen zuzugreifen und diese zu modifizieren. Das zeigt zugleich, dass es sich auch nicht lediglich um randständige Aspekte oder technische Details handelt. Kurzum: Die genannten Bestimmungen des § 5 Abs. 2 IfSG sind (bzw. waren: Nr. 3 wurde vom Gesetzgeber im November 2020 gestrichen) verfassungswidrig.⁶⁰

Ein weiterer Verfassungsverstoß tritt hinzu. Er betrifft das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Danach sind „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung“ im Gesetz zu bestimmen. Literatur wie vor allem die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur legen hier relativ strenge Maßstäbe an⁶¹ und arbeiten variantenreich mit der Selbstentscheidungs-, der Programm- und der Vorhersehbarkeitsformel.⁶² Der Gesetzgeber muss die programmatische Steuerung der Verordnung maßgeblich bestimmen. Im Falle der Ermächtigungen in § 5 Abs. 2 IfSG kann indes von einer irgendwie erkennbaren Begrenzung im Hinblick auf ihren Inhalt oder ihr Ausmaß keine Rede sein.⁶³ Ganz unklar ist schon der Kreis der von der Änderungsermächtigung erfassten Gesetze. Schätzungen gehen dahin, es könnten ungefähr 1000 Normen betroffen sein.⁶⁴ Eine einschlägige Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages hatte ausdrücklich festgestellt, dass hier Abweichungen „von einer unüberschaubaren Zahl an gesetzlichen Vorschriften“⁶⁵ ermöglicht werden. Damit handelt es sich letztlich um eine Art von „Blankovollmacht“.⁶⁶ Das ist das Gegenteil dessen, was das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 GG bezweckt. Übrigens: Die ursprünglich vorgesehene Befristung der Rechtsverordnungen auf den 31. März 2021 wurde im Februar 2021 aufgehoben: damit ist ein „verfassungswidriger Zustand verfestigt worden“.⁶⁷

2. Zu große Zurückhaltung des Parlaments

Der parlamentarische Bundesgesetzgeber hielt sich, wie bereits gesehen, fast ein Dreivierteljahr nach Ausbruch der Pandemie zurück, wurde dann aber im Laufe der Zeit doch noch recht aktiv, wie sich an zahlreichen Änderungen des Infekti-

⁶⁰ Verbreitete Auffassung: *Kingreen*, Jura 2020, 1019 (1033); *Gärditz/Meinel*, FAZ Nr. 73.[v. 26.03.2020, S. 6; *C. Möllers*, www.verfassungsblog.de (zuletzt abgerufen am 02.05.2022; *Heinig u. a.*, JZ 2020, 861 (867 ff.); *Michl*, JuS 2020, 507 (509); *H. Dreier*, DÖV 2021, 229 (235 f.); *Ritgen*, ZG 36 (2021), 1 (17 ff.); *Kingreen*, NJW 2021, 2766 (2767); *Wolff/Zimmermann*, Jura 2022, 148 (152 f.). – Hingegen wollen sich (wenig überzeugend) *Kersten/Rixen* (Fn. 2), S. 246 ff. mit einer restriktiven Auslegung behelfen.

⁶¹ Vgl. statt vieler die Darstellung von *H. Bauer*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 32 ff.

⁶² Zusammenfassend jüngst BVerfGE 150, 1 (99 ff., Rn. 198 ff.).

⁶³ Eingehend *Mayen*, NVwZ 2020, 828 (831 ff.).

⁶⁴ *Kingreen*, Jura 2020, 1019 (1034); *Mayen*, NVwZ 2020, 828 (830) sieht „von der Notfallkompetenz des BMG [...] nahezu alle Gesetze im Bereich des öffentlichen Gesundheitsrechts erfasst“.

⁶⁵ Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages WD 3 – 3000 – 080/20 v. 02.04.2020, S. 6.

⁶⁶ *Kingreen*, Jura 2020, 1019 (1034); *Wolff/Zimmermann*, Jura 2022, 148 (153).

⁶⁷ *Kingreen*, NJW 2021, 2766 (2767).

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 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 Klafkei, 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.); Volkmann, 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 Zustimmung-, 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 *Klafski*, 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.