



Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg. Er hat den Deutschen Bundestag und den Bayerischen Landtag in Fragen der Corona-Pandemie mehrfach beraten.

/// Infektionsschutz im Lichte des Grundgesetzes

Pandemiebekämpfung und Gewaltenteilung

Zur Bekämpfung der Corona-Pandemie hat der Staat weitreichende Einschränkungen des privaten und öffentlichen Lebens bis hin zu einem Lockdown angeordnet. Im gewaltengegliederten Staat des Grundgesetzes stellt sich nicht nur die Frage der Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahmen, sondern auch der hier erörterten Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Exekutive.¹

Architektur der Pandemiebekämpfung

In Erfüllung seiner grundgesetzlichen Schutzpflicht für menschliches Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)² hat der Staat zur Bekämpfung der Corona-Pandemie weit reichende Einschränkungen des privaten und öffentlichen Lebens bis hin zu einem Lockdown angeordnet, mit denen Grundrechtseingriffe von erheblicher Breite, Tiefe und Dauer einhergehen. Diese Maßnahmen haben nicht die Parlamente angeordnet, sondern die Exekutive, namentlich die Landesregierungen, freilich auf parlamentsgesetzlicher Grundlage [§§ 28, 28a, 32 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG)]. Hierfür stehen etwa die Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege,³ die aktuell Schutzmaßnahmen wie die zahlenmäßige Begrenzung privater Kontakte (§ 4), Beschränkungen und Schließungen im Bereich des Wirtschaftslebens (§§ 12 ff.) oder die Untersagung von Präsenzunterricht an Schulen vorsehen (§ 18).

Die Pandemiebekämpfung stellt eine Herausforderung für den Grundrechtsschutz sowie für die Gewaltenteilung dar.

Ob die zugrundeliegende Verordnungsermächtigung des Bundesgesetzgebers, die die Landesregierungen zur Anordnung derartiger Maßnahmen berechtigt, den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive genügt, wurde und wird bezweifelt, ist aber, wie im Folgenden vor dem Hintergrund der Rollenverteilung von Parlament und Exekutive bei der Pandemiebekämpfung näher dargelegt wird, zu bejahen. Mit dem Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.4.2021⁴ hat sodann der Bundestag angesichts und für den Fall eines hochgradigen Infektionsgeschehens erstmals selbst Maßnahmen der Pandemiebekämpfung durch Parlamentsgesetz angeordnet, was abschließend gewürdigt sei.

Pandemiebekämpfung im Lichte der Gewaltenteilung

Das Grundgesetz kennt keine allgemeinen oder spezifischen Notstandsklauseln, die im Fall eines Gesundheitsnotstands, etwa bei Pandemien, besondere Verordnungsbefugnisse für die Exekutive vorsehen oder Abweichungen von den Vorgaben für das Gesetzgebungsverfahren einschließlich der Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Exekutive gestatten. Derartige Krisen sind vielmehr im Rahmen der allgemeinen Verfassungsordnung zu bewältigen.⁵

Das Grundgesetz ermöglicht und begrenzt die exekutive Rechtsetzung.

Das Grundgesetz sieht in Art. 80 die Möglichkeit vor, Gesetzgebungsbefugnisse auf die Exekutive zu delegieren. Diese Delegationsbefugnis verfolgt mit Hartmut Bauer eine „Entlastungs- und Flexibilitätswahrungsfunktion“ mit dem Ziel, „den parlamentarischen Gesetzgeber von Detailarbeit [zu] entlasten, ihm dadurch die Möglichkeit [zu] eröffnen, sich auf die wirklich wichtigen grundlegenden Vorhaben zu konzentrieren, und ohne zeitraubendes Gesetzgebungsverfahren eine beschleunigte, kurzfristige Anpassung des Rechts an sich ändernde Verhältnisse [zu] ermöglichen.“⁶ Gleichzeitig formuliert das Grundgesetz Grenzen für eine Delegation. Zum Ausdruck kommt dies namentlich im Erfordernis einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmten (parlaments-)gesetzlichen Ermächtigung (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG)⁷ sowie im Erfordernis der Regelung wesentlicher, insbesondere grundrechtswesentlicher Fragen durch das Parlament (Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit).⁸

Hinter dieser engen Anbindung der exekutiven Rechtsetzung an das hierzu ermächtigende Parlamentsgesetz und der damit einhergehenden Absage an eine Selbstentmachtung des Parlaments stehen gewichtige Gründe, nicht nur negative historische Erfahrungen mit zu weitreichenden bzw. in zu weitem

Umfang aktualisierten exekutiven Rechtsetzungsbefugnissen zu Weimarer Zeiten, sondern auch verfassungsrechtliche Anforderungen der Gewaltenteilung, der Demokratie und des Rechtsstaates.⁹ Gerade die parlamentarische Gesetzgebung ermöglicht ein Entscheidungsverfahren, das „der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten“, „die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären“, „sich durch Transparenz auszeichnet“ und „die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet“.¹⁰

Gleichwohl dürfen die Anforderungen an Bestimmtheit und Regelungsdichte der parlamentsgesetzlichen Ermächtigung nicht überspannt werden. Vielmehr lassen sich die Anforderungen an den Grad der Bestimmtheit nicht abstrakt, sondern nur einzelfallbezogen bestimmen.¹¹ So hängt mit dem Bundesverfassungsgericht „[d]as im konkreten Fall erforderliche Maß an Bestimmtheit [...] von der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts ab, insbesondere davon, in welchem Umfang dieser einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist [...]. Ist dies nicht der Fall, so kann es geboten sein, die nähere Ausgestaltung des zu regelnden Sachbereichs dem Verordnungsgeber zu überlassen, der die Regelungen rascher und einfacher auf dem neuesten Stand zu halten vermag als der Gesetzgeber [...]. Bei vielgestaltigen, komplexen Lebenssachverhalten oder absehbaren Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse sind etwa geringere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen als bei einfach gelagerten und klar vorhersehbaren Lebenssachverhalten. Dies ermöglicht sachgerechte, situationsbezogene Lösungen bei der Abgrenzung von Befugnissen des Gesetzgebers und der Exekutive.“¹² Die Bestimmtheitsanforderungen richten sich schließlich und nicht zuletzt nach der Grundrechtsrelevanz der Regelung und steigen grundsätzlich mit dieser,¹³ wobei das Bundesverfassungsgericht auch herausgearbeitet hat, dass die Bewältigung dynamischer Sachverhalte einen dynamischen Grundrechtsschutz durch die Einräumung exekutiver Spielräume fordern bzw. legitimieren kann.¹⁴

Hinsichtlich des Wesentlichkeitsvorbehalts hat das Bundesverfassungsgericht schließlich betont, dass die Verfassung „keinen Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts [kennt]. Die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG normierte organisatorische und funktionelle Trennung und Gliederung der Gewalten zielt auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen. Vor diesem Hintergrund kann auch die Komplexität der zu regelnden Sachverhalte den Umfang der Regelungspflicht des Gesetzgebers begrenzen.“¹⁵

Das Bestimmtheitsgebot stellt die zentrale Anforderung an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive dar.

Würdigung der Verordnungsermächtigung der §§ 28, 28a, 32 IfSG

Die Ermächtigung zum Erlass besonderer Schutzmaßnahmen ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

Mit dem Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020¹⁶ hat der Gesetzgeber die – gerade auch in ihrer Regelungsschärfe – nicht auf Pandemien zugeschnittenen Handlungsermächtigungen des IfSG zugunsten der Exekutive geschärft, was zuvor auch Rechtsprechung¹⁷ und Schrifttum¹⁸ angemahnt hatten. Abgesehen von wenigen Spezialtatbeständen¹⁹ ließen sich zahlreiche der ergriffenen Maßnahmen nämlich nur unter die weit gefasste Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 1. HS IfSG subsumieren, die sich auf den Erlass „notwendige[r] Schutzmaßnahmen“ bezog. Mit der Regelung für besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (§ 28a IfSG) (1.) hat der Gesetzgeber, wie eine Würdigung auf der Basis des verfassungsrechtlichen Rahmens (2.) zeigt, eine verfassungskonforme Rechtsgrundlage für die Anordnung von Maßnahmen der Pandemiebekämpfung durch die Exekutive geschaffen (3.).

Die Regelung für besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (§ 28a IfSG)

Der Bundestag hat mit § 28a IfSG eine spezifische exekutive Handlungsermächtigung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 geschaffen (§ 28a IfSG), die Handlungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen präzisiert und so die Rolle des Deutschen Bundestages stärkt. Die Gesetzesbegründung bekräftigt ausdrücklich das Anliegen, „den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts [...] angesichts der länger andauernden Pandemielage und fortgesetzt erforderlichen eingriffsintensiven Maßnahmen zu entsprechen“, und erachtet hierfür „eine gesetzliche Präzisierung im Hinblick auf Dauer, Reichweite und Intensität möglicher Maßnahmen.“ Daher habe das Parlament „die Abwägung der zur Bekämpfung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite erforderlichen Maßnahmen und den betroffenen grundrechtlichen Schutzgütern vor[genommen] und [...] somit die wesentlichen Entscheidungen“ getroffen.²⁰ Im Gesetzgebungsverfahren ist, auch infolge der Expertenanhörung, eine weitere Schärfung der Ermächtigungsgrundlage erfolgt.

Die Neuregelung durch das Dritte Bevölkerungsschutzgesetz bricht zunächst die gemäß §§ 28, 32 IfSG möglichen notwendigen Schutzmaßnahmen in 17 (auch kumulativ anwendbare²¹) Regelbeispiele herunter (§ 28a Abs. 1 IfSG), legt die Maßnahmen auf das Ziel, Leben, Gesundheit und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu schützen, fest (§ 28a Abs. 3 Satz 1

IfSG) und erklärt das Infektionsgeschehen, namentlich die Sieben-Tage-Inzidenz, zum maßgeblichen Entscheidungsparameter (§ 28a Abs. 3 Satz 2 ff. IfSG). Die mit dem Fortgeltungsgesetz vom 29.3.2021²² erfolgte Änderung des § 28a IfSG hält überdies zu einer Berücksichtigung der Folgen von Virusmutationen an (siehe § 28a IfSG Satz 1 2. HS und Satz 8 a.E.) und benennt mit der Anzahl der geimpften Personen sowie der zeitabhängigen Reproduktionszahl weitere Entscheidungsparameter (dem Wortlaut nach indes nur) für die Aufhebung oder Einschränkung der Schutzmaßnahmen. Es erfolgt eine inzidenzabhängige Hierarchisierung der Schutzmaßnahmen in drei Stufen (§ 28a Abs. 3 Satz 5 ff. IfSG). Hinsichtlich des örtlichen Anwendungsbereichs gilt der Grundsatz der regionalen Differenzierung (§ 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG), wobei bei hoher bundes- bzw. landesweiter Inzidenz Bundes- bzw. Landeseinheitlichkeit anzustreben ist (§ 28a Abs. 3 Satz 9 und 10 IfSG). Bei besonderer Grundrechtsbetroffenheit, etwa im Bereich von Versammlungen, greifen weitere Kautelen (§ 28a Abs. 2, Abs. 4 IfSG). Generell hält § 28a Abs. 6 Satz 2 IfSG die Exekutive an, „soziale, gesellschaftliche und wirtschaftliche Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit einzubeziehen und zu berücksichtigen, soweit dies mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vereinbar ist.“ Bei entsprechender Rechtfertigung auch mit Blick auf das Infektionsgeschehen können überdies Ausnahmen für „[e]inzelne soziale, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bereiche, die für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind“, vorgesehen werden (§ 28a Abs. 6 Satz 3 IfSG). Mit dem Begründungs- und Befristungserfordernis (§ 28a Abs. 5 IfSG) setzt die Novelle des Weiteren auf Grundrechtsschutz durch Verfahren.

Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung

Die Bestimmtheitsanforderungen bemessen sich zunächst nach der Intensität der Grundrechtsbetroffenheit; insoweit ist festzuhalten, dass § 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG zu Grundrechtseingriffen von erheblicher Tiefe (etwa Ausgangsbeschränkungen; Kumulationsmöglichkeit bis hin zum Lockdown gemäß § 28a Abs. 6 Satz 1 IfSG), Dauer und Breite ermächtigt, können sie doch die ganze Bevölkerung erfassen. Gegenläufig ist indes wiederum zu berücksichtigen, dass die Reichweite der Regelungsbefugnisse und damit auch die Intensität der Betroffenheit zwei Umstände mindern.

Erstens gelten die Verordnungsbefugnisse nur für eine spezifische, sachlich und zeitlich in zweifacher Hinsicht begrenzte Situation: Zum einen setzt § 28a Abs. 1 IfSG die Feststellung einer nunmehr parlamentsgesetzlich explizit definierten epidemischen Lage von nationaler Tragweite voraus

Es dürfen keine überzogenen Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage gestellt werden.

(siehe hierzu § 5 Abs. 1 IfSG); zum anderen handelt es sich nicht um eine generelle Regelung für derartige Lagen, sondern um eine auf die Bekämpfung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) beschränkte.²³ Zweitens liegt die Feststellung (und Aufhebung) der epidemischen Lage von nationaler Tragweite in den Händen des Bundestags und ist kontinuierlich zu erneuern (siehe § 5 Abs. 1 IfSG). Hinzu kommt, dass ein vielgestaltiger, komplexer Lebenssachverhalt zu bewältigen ist, bei dem angesichts der Dynamik namentlich des Infektionsgeschehens rasche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse absehbar sind, was die Bestimmtheitsanforderungen reduziert.²⁴ Spielraum erfordert auch die Erstellung eines grundrechtskonformen Schutzkonzepts,²⁵ da eine kohärente Gesamtentscheidung zu treffen ist.²⁶

Analyse und Bewertung des § 28a IfSG

§ 28a IfSG gibt Ziel und Inhalt für besondere Schutzmaßnahmen vor.

Eine Analyse des § 28a IfSG im Lichte der verfassungsrechtlichen Anforderungen, namentlich des Selbstentscheidungsvorbehalts, der Programmfestsetzungspflicht und des Vorhersehbarkeitsgebots²⁷ ergibt zunächst, dass mit dem Anliegen, eine „Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“ zu verhindern (§ 28a Abs. 1 IfSG), ein spezifisches Ziel vorgegeben ist. Ansatzpunkt ist, wie sich aus den Maßnahmen und der Gesetzesbegründung ergibt, eine Eindämmung der Pandemie durch eine Unterbindung der dynamischen Verbreitung des Virus.²⁸ § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG verdeutlicht überdies, dass Maßnahmen nicht nur dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems dienen, sondern dem Ziel, Leben und Gesundheit zu schützen; Eingriffsmöglichkeiten bestehen damit nicht erst, wenn eine Destabilisierung des Gesundheitssystems eingetreten ist oder droht, mag dieser Aspekt auch für die Beurteilung des Infektionsgeschehens im Rahmen der Instrumentenauswahl eine Rolle spielen.²⁹

Hinsichtlich der Rechtsfolgen bricht die Regelung die abstrakte Ermächtigung der Generalklausel zu „notwendigen Schutzmaßnahmen“ (§ 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG) in siebzehn Regelbeispiele herunter (§ 28a Abs. 1 IfSG), wobei die Gesetzesbegründung deren Beitrag zur Zielerreichung einschließlich daraus folgender Entscheidungskriterien und inhaltlicher Konturierung näher erläutert.³⁰ Dies gilt etwa bei Beschränkungen und Auflagen für Betriebe, Gewerbe, Einzel- und Großhandel gemäß § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG, für die Entscheidungsparameter (Kunden- oder Besucherverkehr; enger körperlicher Kontakt; Dauer des Kontakts) und der Inhalt möglicher Maßnahmen (Mindestabstände, Beschränkung der Kundenzahl abhängig von Verkaufsfläche, Verbot) konkretisiert werden;³¹ Selbiges gilt für die alkoholbezogenen Verbote,³² die Beschränkungen und Verbote in der Gastronomie³³ oder die Hygienekonzepte³⁴.

Vor dem Hintergrund des – überdies in gegenständlicher („soweit“) und zeitlicher („solange“) Hinsicht konkretisierten – Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 28 Abs. 1 Satz 1 1. HS, § 28a Abs. 6 Satz 1 IfSG) ergibt sich in Konkretisierung der angesprochenen Dynamik eine allgemeine Eingriffsschwelle, nämlich dass eine effektive Bekämpfung des Virus nicht durch Maßnahmen der Gefahrenabwehr, mithin durch Maßnahmen in Bezug auf Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider möglich sein darf, etwa durch eine Absonderung der Betroffenen (§ 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG); dies setzt u. a. eine funktionsfähige Kontaktverfolgung (§ 25 IfSG) voraus.³⁵ Solange dies der Fall ist, scheiden einschneidende Maßnahmen gegenüber der Allgemeinheit mangels Erforderlichkeit aus, wobei es nicht primär auf die Funktionsfähigkeit der Kontaktverfolgung und die Möglichkeit, Absonderungsmaßnahmen einzuleiten, ankommt, sondern auf die dadurch ermöglichte effektive Eindämmung der Pandemie.

§ 28a IfSG normiert Anforderungen der Verhältnismäßigkeit.

Vergleichbares gilt mit Blick auf eine durch zunehmenden Impffortschritt erreichte Immunisierung.³⁶ Indem zahlreiche Ziffern Untersagungs- und Beschränkungsbefugnisse alternativ nebeneinander stellen (Nr. 5–8, 10–16), gibt der Gesetzgeber im Zusammenspiel mit dem Erforderlichkeitsgebot als Aspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein Stufenverhältnis vor; demnach darf der Ordnungsgeber etwa Übernachtungsangebote nicht untersagen, wenn auch eine Beschränkung zur Zielerreichung genügt. Dies gilt auch für die Alternativität von Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen (Nr. 3) oder für das Alkoholverbot (Nr. 9). Darüber hinaus enthält die Regelung in § 28a Abs. 2 IfSG eingriffslimitierende Kautelen für besonders grundrechtssensible Maßnahmen wie die Untersagung von Versammlungen und religiösen Zusammenkünften oder Betretungs- und Besuchsverbote in Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens,³⁷ ebenso in § 28a Abs. 4 IfSG für die Kontaktdatenerhebung; weitere limitierende und entscheidungsleitende Aspekte liefert die Gesetzesbegründung.³⁸

Generell hält § 28a Abs. 6 Satz 2 IfSG die Exekutive an, „soziale, gesellschaftliche und wirtschaftliche Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit einzubeziehen und zu berücksichtigen, soweit dies mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vereinbar ist.“ Bei entsprechender Rechtfertigung auch mit Blick auf das Infektionsgeschehen können überdies Ausnahmen für „[e]inzelne soziale, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bereiche, die für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind“, vorgesehen werden (§ 28a Abs. 6 Satz 3 IfSG).³⁹

Das Infektionsgeschehen, insbesondere die Sieben-Tages-Inzidenz, ist der maßgebliche Entscheidungsparameter.

§ 28a Abs. 3 Satz 2 und 4 IfSG erklären das Infektionsgeschehen, namentlich die Sieben-Tage-Inzidenz, zum maßgeblichen Entscheidungsparameter.⁴⁰ Hieran knüpft eine Hierarchie der Schutzmaßnahmen mit den drei Kategorien umfassende (Satz 5), breit angelegte (Satz 6) und einfache (Satz 7) Schutzmaßnahmen an, für die jeweils ein Ziel festgelegt wird.⁴¹ Diese Stufen sind an rechtssicher feststellbare Schwellen, nämlich die Zahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner (ab 50, ab 35, unter 35) innerhalb von sieben Tagen geknüpft, wobei Flexibilität unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts (Satz 11) besteht.⁴²

Seit Inkrafttreten des Fortgeltungsgesetzes an sind überdies die Folgen von Virusmutationen zu berücksichtigen (siehe § 28a IfSG Satz 1 2. HS und Satz 8 a.E.) und weitere Kriterien (Anzahl der geimpften Personen; zeitabhängige Reproduktionszahl)⁴³ für die Aufhebung oder Einschränkung der Schutzmaßnahmen explizit benannt. Hinsichtlich des örtlichen Anwendungsbereichs normiert § 28a Abs. 2 Satz 2 IfSG den Grundsatz der regionalen Differenzierung,⁴⁴ wobei bei hoher bundes- bzw. landesweiter Inzidenz Bundes- bzw. Landeseinheitlichkeit anzustreben ist (§ 28a Abs. 2 Satz 9 und 10 IfSG).

Ferner bekräftigt der Gesetzgeber, dass infolge der Kumulationsmöglichkeit (§ 28a Abs. 6 Satz 1 IfSG) umfassende Beschränkungen des öffentlichen und privaten Lebens möglich sind, und übernimmt hierfür, wie vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 5.11.2020 gefordert,⁴⁵ die politische Verantwortung.⁴⁶

Mit dem – im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens eingeführten – Begründungs- und Befristungserfordernis (§ 28a Abs. 5 IfSG) setzt die Novelle schließlich auf Grundrechtsschutz durch Verfahren,⁴⁷ ebenso wie mit dem durch das Fortgeltungsgesetz eingeführten Evaluationserfordernis (§ 5 Abs. 9 IfSG).

Vor diesem Hintergrund wahrt die Verordnungsermächtigung der §§ 28, 28a und 32 IfSG die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Delegation. Auch die Landesverfassungs- und Oberverwaltungsgerichtsbarkeit hat zumindest in Eilverfahren die Verfassungskonformität des § 28a IfSG bestätigt,⁴⁸ eine Einschätzung, die sich auch in weiten Teilen des Schrifttums findet.⁴⁹

Trotz der mit § 28a IfSG erfolgten Schärfung der Ermächtigungsgrundlage für Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie verbleiben relativ weite Spielräume. Diese betreffen vor allem die Instrumentenwahl, mithin die Entscheidung, welche Maßnahmen aus dem (nicht abschließenden) Katalog mit welchem spezifischen Inhalt in welcher Kombination im

Rahmen des flexibilisierten und nur grob steuernden stufenbezogenen Schutzkonzepts zu ergreifen sind.

Gleichwohl ist kein strikt einzelmaßnahmenbezogener Ansatz geboten, da sich die Pandemiebekämpfung von der Abwehr punktueller Gefahren im Polizei- und Sicherheitsrecht durch Standardmaßnahmen unterscheidet.⁵⁰ Es sind nämlich einzelne Maßnahmen im Rahmen eines übergreifenden Schutzkonzepts zu kombinieren, sind diese doch im Zusammenhang zu sehen, was einer Einzelsteuerung entgegensteht. Priorisiert man etwa einzelne Bereiche – wie Schulen oder Einrichtungen der Kindertagesbetreuung –, kann dies strengere Standards in anderen Bereichen verlangen, was nur im Rahmen einer relativen Gesamtbetrachtung erfolgen kann; Selbiges gilt für Experimentierklauseln.⁵¹

Freilich verbleibt Optimierungspotenzial,⁵² um die Ermächtigungsgrundlage zu schärfen und damit die parlamentarische Steuerung der Pandemiebekämpfung zu stärken, was hier nicht vertieft werden kann. Überdies hat der Bundestag die Entwicklung zu beobachten und (nach-)steuernd einzugreifen, womit auch nach Verabschiedung des § 28a IfSG ein kontinuierlich zu erfüllender Auftrag an den Gesetzgeber formuliert ist. Dies gilt namentlich mit Blick auf sich verfestigende und zu festigende Entwicklungen, etwa neue Inzidenzmarken (100/200) oder Parameter zur Beurteilung des Infektionsgeschehens, und Steuerungsimpulse für die weitere Pandemiebekämpfung, etwa hinsichtlich Öffnungsschritten oder der Relevanz von Schnelltestmöglichkeiten.

Die Corona-Notbremse (§ 28b IfSG)

Mit Inkrafttreten der im Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.4.2021⁵³ vorgesehenen Notbremse (§ 28b IfSG) ordnet der Bundestag angesichts und für den Fall eines hochgradigen Infektionsgeschehens erstmals selbst Maßnahmen der Pandemiebekämpfung durch Parlamentsgesetz an. Hierin liegt eine (partielle) Abkehr vom zuvor skizzierten Modell einer Grobsteuerung durch Parlamentsgesetz bei Konkretisierungsbefugnis der Landesregierungen. Die Maßnahmen greifen bundeseinheitlich mit Erreichen des Schwellenwerts einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 (Untersagung von Präsenzunterricht in Schulen 165), wobei der Gesetzgeber, anders als teils vertreten, ausweislich der Gesetzesbegründung das Infektionsgeschehen umfassend bewertet hat;⁵⁴ auch gelten sie unmittelbar, d. h. ohne die Notwendigkeit eines Verordnungserlasses auf Landesebene wie bei §§ 28, 28a, 32 IfSG.

Die Corona-Notbremse kehrt die Perspektive auf das Verhältnis von Legislative und Exekutive um.

Die Corona-Notbremse stellt keinen Verstoß gegen Gewaltenteilung und Rechtsschutzgarantie dar.

Dies verleiht der Regelung ein Höchstmaß an demokratischer Legitimation, was aus den skizzierten Gründen (siehe Absatz „Pandemiebekämpfung im Lichte der Gewaltenteilung“) freilich nicht für eine – auch verfassungsrechtlich nicht geforderte – Vollparlamentarisierung der Pandemiebekämpfung spricht. Vielmehr muss die Handlungsformenwahl auch die Vorteile des Einsatzes von Rechtsverordnungen im Blick haben, einschließlich der hier nicht zu vertiefenden Frage von Rechtsschutzmöglichkeiten, wobei in der parlamentsgesetzlichen Anordnung von Schutzmaßnahmen trotz der damit korrelierenden weit gehenden Rechtsschutzkonzentration beim Bundesverfassungsgericht kein Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie liegt – ebenso wenig wie im Übrigen gegen das Allgemeinheitsgebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG) und den Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG). Vor diesem Hintergrund mag auch ein Instrumentenmix als Gesamtkonzept in Betracht zu ziehen sein. Jedoch spricht für die Anordnung einer auf ein hochgradiges Infektionsgeschehen reagierenden „Notbremse“ durch Bundesparlamentsgesetz die dadurch ermöglichte bundeseinheitliche und unmittelbare (d. h. ohne die Notwendigkeit weiterer konkretisierender Akte) Inkraftsetzung von Schutzmaßnahmen. Überdies besteht das Verordnungsregime (partiell) fort: Raum für Landesregelungen gemäß §§ 28, 28a, 32 IfSG verbleibt generell unterhalb des Schwellenwerts und oberhalb desselben im Rahmen der durch § 28b Abs. 5 IfSG zugelassenen weitergehenden Regelungen.

///

Anmerkungen

- ¹ Der Beitrag knüpft an verschiedene Stellungnahmen des Autors im Rahmen von Expertenanhörungen im Deutschen Bundestag und im Bayerischen Landtag an. Eine ausführliche Abhandlung der Thematik findet sich bei Wollenschläger, Ferdinand: Die Corona-Pandemie als Stunde der Exekutive und die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes, in: FS 50 Jahre Juristische Fakultät der Universität Augsburg, Tübingen 2021, i. E.
- ² Siehe zu dieser BayVerfGH, Entscheidung vom 22.3.2021, Vf. 23-VII-21, Rn. 21.
- ³ Aktuell: Dreizehnte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (13. BayIfSMV) vom 5.6.2021 (BayMBl. Nr. 384, BayRS 2126-1-17-G).
- ⁴ BGBl. I, S. 802.
- ⁵ Dies betonend Dreier, Horst: DÖV 2021, 229 (229 f.); Kersten, Jens: ZRP 2020, 65. Grundlegend zum Ausnahmeverfassungsrecht jüngst Barczak, Tristan: Der nervöse Staat, Tübingen 2020; Kaiser, Anna-Bettina: Ausnahmeverfassungsrecht, Tübingen 2020; ferner im Pandemie-Kontext Klafki, Anika: Risiko und Recht, Tübingen 2017.
- ⁶ Bauer, Hartmut, in: GG, Bd. 2, hrsg. von Horst Dreier, Tübingen, 3. Aufl., 2015, Art. 80, Rn. 12.
- ⁷ Grundsätzlich ausbuchstabiert in BVerfGE 150, 1 (100 ff.).
- ⁸ Siehe nur BVerfGE 150, 1 (96 ff.).
- ⁹ BVerfGE 150, 1 (99 f.).
- ¹⁰ BVerfGE 150, 1 (96 f.); ferner jüngst Beschl. vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 240, 260.
- ¹¹ Siehe Bauer, in: GG, Bd. 2, Tübingen 2015, Art. 80, Rn. 35.
- ¹² BVerfGE 150, 1 (102); siehe auch Beschl. vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 260.
- ¹³ BVerfGE 139, 19 (47); siehe auch Beschl. vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 260.
- ¹⁴ BVerfGE 49, 89 (137); E 101, 1 (35); Beschl. vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 262; siehe dazu auch Leisner-Egensperger, Anna: NJW 2021, S. 202 (204).
- ¹⁵ BVerfGE 150, 1 (99); ferner E 139, 19 (46); Greve, Holger: NVwZ 2020, 1786 (1788).

- ¹⁶ BGBl. I, S. 2397.
- ¹⁷ Siehe nur BayVGH, BeckRS 2020, 28521, Rn. 28, 30, 35.
- ¹⁸ Siehe nur Brocker, Lars: NVwZ 2020, S. 1485 (1486 f.); Papier, Hans-Jürgen: DRiZ 2020, S. 180 (183); Volkmann, Uwe: NJW 2020, S. 3153 (3154 ff.).
- ¹⁹ Solche bestanden lediglich für die in §§ 29 ff. IfSG geregelten Fälle der Beobachtung (§ 29 IfSG), Absonderung (§ 30 IfSG) und der beruflichen Tätigkeitsverbote (§ 31 IfSG) sowie für die in § 28 Abs. 1 IfSG geregelten Maßnahmen, nämlich „Personen [zu] verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten“ (§ 28 Abs. 1 Satz 1 2. HS IfSG) und „Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen [zu] beschränken oder [zu] verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon [zu] schließen“ (§ 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG).
- ²⁰ BT-Drs. 19/23944, 21.
- ²¹ Siehe § 28a Abs. 6 Satz 1 IfSG.
- ²² Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29.3.2021, BGBl. 2021 I, 370.
- ²³ Siehe auch BayVGH, Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 27.
- ²⁴ Siehe auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2020, OVG 11 S 101/20, juris, Rn. 31; OVG Münster, Beschl. v. 18.8.2020, 13 B 847/20.NE, juris, Rn. 83; BeckRS 2020, 36417, Rn. 24; Brocker, Lars: NVwZ 2020, S. 1485 (1486); Greve, Holger: NVwZ 2020, 1786 (1788); Martini, Mario / Thiessen, Bianca / Ganter, Jonas: NJOZ 2020, S. 929 (930). Kritisch unter Verweis auf eine rasche Reaktionsmöglichkeit auch des Parlaments Boehme-Neßler, Volker: DÖV 2021, S. 243 (244). Differenziert Guckelberger, Annette: DVBl. 2020, S. 1441 (1443).
- ²⁵ Zu diesem siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 81 und 82.
- ²⁶ Zum Kohärenzgebot BVerfGE 145, 20 (71; vgl. auch 67 f., 75 ff.); ferner E 107, 186 (197); E 115, 276 (309 ff.); (K), NVwZ-RR 2008, S. 1 (3); E 123, 317 (362 f.); (K), NVwZ 2011, S. 355 (357); E 141, 82 (115).
- ²⁷ Zu diesen Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes BVerfGE 150, 1 (101).

- ²⁸ BT-Drs. 19/23944, S. 34.
- ²⁹ Eine klare Zielvorgabe fordernd Volkmann, Uwe: NJW 2020, 3153 (3160).
- ³⁰ BT-Drs. 19/23944, S. 31 ff.
- ³¹ Ebd., S. 33.
- ³² Ebd., S. 34.
- ³³ Ebd.
- ³⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 79.
- ³⁵ Vgl. auch den von Andrea Kießling erarbeiteten Gesetzentwurf zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 4.11.2020 (abrufbar unter https://www.oer.ruhr-uni-bochum.de/oer/mam/content/gesetzentwurf_zur_%C3%84nderung_des_ifsg_kie%C3%9Fling.pdf, Stand: 16.4.2021; im Folgenden: Kießling-E), § 31a Abs. 1 Satz 2 Kießling-E und Begründung, S. 9.
- ³⁶ Vgl. auch Kießling-E: Begründung, S. 8.
- ³⁷ Siehe für eine Konkretisierung Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 80; ferner BT-Drs. 19/23944, S. 33; Greve, Holger: NVwZ 2020, S. 1786 (1789 f.). Siehe zu Grenzen von pandemiebedingten Versammlungsbeschränkungen BVerfG (K), NJW 2020, S. 1426 (1427); NVwZ 2020, S. 711 (712 f.).
- ³⁸ Siehe BT-Drs. 19/23944, S. 32 f.; ferner – für die Kunstfreiheit – Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 80.
- ³⁹ Siehe zu einem insoweit bestehenden Gesetzesvorbehalt VGH Mannheim, BeckRS 2020, 29929, Rn. 25.
- ⁴⁰ Zur Notwendigkeit einer umfassenden Abbildung des Infektionsgeschehens anstatt des isolierten Abstellens auf die Sieben-Tage-Inzidenz OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.11.2020, 13 MN 411/20, juris, Rn. 51; BeckRS 2021, 1863, Rn. 25; vgl. auch OVG des Saarlandes, Beschl. v. 9.3.2021, 2 B 58/21, juris, Rn. 29.

- ⁴¹ Umfassende Schutzmaßnahmen lassen „eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten“, breit angelegte „eine schnelle Abschwächung des Infektionsgeschehens“ und einfache unterstützen „die Kontrolle des Infektionsgeschehens“; für eine weitere Konkretisierung die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/23944, S. 34.
- ⁴² Restriktiv hierzu OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 1863, Rn. 15.
- ⁴³ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 3.3.2021, BT-Drs. 19/27291, S. 63, verweist überdies auf die – im Änderungswortlaut nicht ersichtliche – Belastung des Gesundheitssystems.
- ⁴⁴ Siehe auch BT-Drs. 19/23944, S. 34 f. Eine regionale Differenzierung anmahnd, siehe OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 1863, Rn. 10.
- ⁴⁵ BayVGH, Beschl. vom 5.11.2020, 20 NE 20.2468, Rn. 13; ferner BeckRS 2020, 28521, Rn. 34; Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 27.
- ⁴⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 82. Ebenso bereits BT-Drs. 19/23944, S. 35.
- ⁴⁷ Näher Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 81.
- ⁴⁸ Siehe nur BayVerfGH, BeckRS 2020, 35808, Rn. 13; Entscheidung vom 29.1.2021, Vf. 96-VII-20, Rn. 27 ff.; Entscheidung vom 22.3.2021, Vf. 23-VII-21, Rn. 18 (bei reduziertem Prüfungsmaßstab auf Offensichtlichkeit); BayVGH, NJW 2021, 178 (179); COVuR 2021, S. 46 (47 ff.); Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 19 f.; HessVGH, BeckRS 2020, 37107, Rn. 18 ff.; OVG Bautzen, BeckRS 2020, 32146, Rn. 14; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 8.1.2021, OVG 1 S 156/20 – Pressemitteilung; OVG Bremen, BeckRS 2020, 37740, Rn. 30; OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 36338, Rn. 6; BeckRS 2020, 35567, Rn. 15 ff.; BeckRS 2021, 1863, Rn. 6; OVG Magdeburg, BeckRS 2020, 37571, Rn. 12 ff.; OVG Münster, BeckRS 2020, 36417, Rn. 11 ff.; OVG Weimar, BeckRS 2020, 34542, Rn. 22; VGH Mannheim, BeckRS 2020, 36336, Rn. 21 ff.; BeckRS 2020, 36334, Rn. 23 ff. Etwas zurückhaltender VGH Mannheim, BeckRS 2020, 36332, Rn. 24. Reserviert auch OVG des Saarlandes, Beschl. v. 9.3.2021, 2 B 58/21, juris, Rn. 16. Offen gelassen für Datenschutzfragen OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2021, 2, Rn. 18. Zweifelnd VG Hamburg, BeckRS 2020, 34044, Rn. 10.
- ⁴⁹ Greve, Holger: NVwZ 2020, S. 1786 (1792); Klafki, Anika: NVwZ 2020, S. 1718 (1719, 1722); Leisner-Egensperger, Anna: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortgeltung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite (https://www.bundestag.de/resource/blob/823104/6bea0e81b5b411f21c3c45bfd7c7caea/19_14_0288-9-_ESV-Prof-Dr-Anna-Leisner-Egensperger_EpiLage-Fortgeltungsgesetz-data.pdf),

Stand: 13.4.2021), S. 32 ff. (mit geringfügigen Modifikationsempfehlungen); Ludwigs, Markus: DVBl. 2021, S. 353 (359 f.); ferner Dreier, Horst: DÖV 2021, S. 229 (234, 241 f.). Kritisch zur Steuerungskraft ohne verfassungsrechtliche Bewertung Sangs, André: NVwZ 2020, S. 1780 (1783 ff.). A. A. Boehme-Neßler, Volker: DÖV 2021, S. 243 (245 ff.); Eibenstein, Henrik: COVuR 2020, S. 856 (856 ff.); Kluckert, Sebastian: DVBl. 2021, S. 96 (101 f.).

- ⁵⁰ So aber Volkmann, Uwe: NJW 2020, 3153 (3157). Ablehnend auch Greve, Holger: NVwZ 2020, 1786 (1788 f.), unter Verweis vor allem auf Flexibilitätserfordernisse und eine für eine Typisierung noch nicht hinreichend gefestigte Lage.
- ⁵¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 82.
- ⁵² Siehe dazu bereits meine Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestages zum Dritten Bevölkerungsschutzgesetz (Ausschussdrucksache 19(14)246(20); https://www.bundestag.de/resource/blob/805844/09aa6cdba9932ca18a4a560e817817b1/19_14_0246-20_ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger-3-BevSchG-data.pdf, Stand: 13.4.2021), S. 30 ff.
- ⁵³ BGBl. I, S. 802.
- ⁵⁴ Siehe dazu meine Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestages zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz (Ausschussdrucksache 19(14)323(21), https://www.bundestag.de/resource/blob/835164/c7062527e14f960fefc4c71a0aa4a164/19_14_0323-21_ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger-viertes-BevSchG-data.pdf, Stand: 5.5.2021), S. 17 ff.