

Aufsatz ÖR

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Kingreen*

Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie

<https://doi.org/10.1515/jura-2020-2602>

I. Homo homini virus?

Das verfassungsrechtliche Menschenbild, so sagt es das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung aus 1954, ist »nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.«¹ Der Anlass für diese später in etwas anderen Formulierungen wieder aufgegriffene Menschenbildformel² mag zwar banal erscheinen – es ging um finanzielle Nachkriegssolidarität zwischen gewerblicher Wirtschaft und der Kohle- und Eisenindustrie. Aber sie greift zeitlose Fragen nach dem Verhältnis zwischen Autonomie und Bindung, zwischen Freiheit und Verantwortung und zwischen Selbst- und Fremdbestimmung auf, die die (politische) Philosophie seit mehr als zwei Jahrtausenden umtreiben³ und seit März 2020 die verfassungsrechtlichen Debatten über den Umgang mit der Pandemie rahmen.

In der Pandemie haben wir auf der einen Seite gelernt, dass wir aus epidemiologischer Sicht am besten *isolierte souveräne Individuen* wären, die sich allein in ihre Höhlen zurückziehen. Jeder Mitmensch ist ein potenzielle Gefahr, räumliche Distanz daher die maßgebliche Sozialnorm der pan(dem)ischen Gesellschaft. Wir scheinen auf den wölfischen Naturzustand (*Homo homini lupus*) zurückgeworfen worden zu sein, mit dem der von einem »anthropologischen Misstrauen«⁴ beseelte *Thomas Hobbes* in seinem

berühmten *Leviathan* vor mehr als 350 Jahren die Notwendigkeit eines (letztlich autoritären) Staats begründet hatte, der der Vernunft der Menschen misstraut und sie daher vor ihren Mitgeschöpfen schützen muss.⁵ Seinerzeit waren die Mitmenschen als gewaltbereite Waffenträger eine Gefahr, heute als potenzielle Virenträger. Weil er die Fähigkeit hat, uns davor zu schützen, stellt man den *Leviathan* ggfs. auch von der Bindung an das Recht frei; das notwendige Vertrauen bezieht er paradoxerweise aus dem Misstrauen gegen den Menschen. *Homo homini virus*? Wenn man sich die distanzlosen Feiermeilen in den deutschen Innenstädten anschaut, die funktional an die Stelle der nach wie vor geschlossenen Clubs und Bars getreten zu sein scheinen, könnte man fragen: Hatte *Hobbes* vielleicht doch recht? Gute und entschlossene Verwaltung kann Gesundheit schützen und Leben retten.

Auf der anderen Seite haben in den vergangenen Monaten auch diejenigen die Bedeutung der *Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit* erkannt, die selbstbewusst von sich behaupten, unnötige Sozialkontakte doch schon immer gemieden zu haben. Schon *Hobbes* Zeitgenosse *Samuel von Pufendorf* hatte, obwohl mitten im verheerenden 30-jährigen Krieg geboren, dem pessimistischen »*homo homini lupus*« in bester aristotelischer Tradition die grundsätzlich soziale Natur des Menschen (*socialitas*) und seine hilfsbedürftige Angewiesenheit auf seine Mitmenschen (*imbecillitas*) entgegengehalten: »Alles, was der Mensch an Annehmlichkeiten kennt, ist aus der gegenseitigen Hilfe entsprungen. Nächst Gott gibt es nichts auf der Welt, was dem Menschen größeren Nutzen bringt, als der Mensch selbst.«⁶ Staatlich verordnete Einsamkeit (zuma in Pflegeheimen) negiert die Sozialität des Menschen, der, gerade weil er soziales Wesen ist, Rücksicht auf seine Mitmenschen nimmt. Das Menschenbild, das das Bundesverfassungsgericht entwirft, ist dementsprechend nicht das eines bindungslosen Egoisten, der sich um seine Mitmenschen und die Gemeinschaft nur kümmert, wenn ein starker

1 BVerfGE 4, 7 (15f.).

2 Vgl. BVerfGE 32, 98 (107f.); 33, 1 (10f.).

3 Vgl. *Kingreen* Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, 22ff.

4 *Isensee* JZ 1999, 265 (271).

5 *Hobbes* *Leviathan*, 1651.

6 *Pufendorf* *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo*, 1673; deutsche Ausgabe: Luig Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, 1994., 1. Buch Kap. 3, § 3.

*Kontaktperson: Thorsten Kingreen, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht an der Universität Regensburg und Mitherausgeber dieser Zeitschrift.

Staat ihn dazu zwingt. Es gründet vielmehr in der Vernunft freier Menschen, für die gesellschaftliches Zusammensein und persönliche Nähe existentiell sind und die es daher als rechtfertigungsbedürftig ansehen, sich nur noch maskiert und digitalisiert begegnen zu dürfen und auf kulturelle Rituale wie den Händedruck oder die Umarmung verzichten zu müssen.

Die Pandemie ist eher die Stunde des Leviathan. Autoritäre Ideen und Maßnahmen fallen auf fruchtbaren Boden, sobald sich Menschen existentiellen Gefahren ausgesetzt sehen, deren Ausmaß ihre Vorstellungskraft übersteigt.⁷ In der Coronakrise wird nicht nur hinter vorgehaltener Hand geraunt, autoritäre Regime, die nicht auf lästige demokratische Spielregeln Rücksicht nehmen müssen, kämen doch viel besser mit dem Virus zurecht als die zaudernden Rechtsstaaten. Besondere Anziehungskraft hat daher auch die Alarmvokabel des Ausnahmezustands, in dem die Regeln des Normalzustands um der Effektivität des Schutzes vor der Gefahr willen suspendiert sein müssen. Aber was ist noch normal und was die Ausnahme, und wer bestimmt darüber und über die dann irgendwie anderen Regeln? Der Ausnahmezustand ist die Kapitulation des Rechts vor der Macht;⁸ wer an ihn glaubt, sollte daher etwas anderes studieren und lehren als das Recht. Den anderen sei gesagt, dass das Grundgesetz zwar äußerst sperrige Regelungen für den Verteidigungsfall (Art. 115 a ff. GG) vorsieht. Aber es gibt keinen Verfassungssatz, wonach die Regeln des Grundgesetzes nur für einen wie auch immer zu definierenden Normalzustand gelten. Einen durch das Recht angeblich nicht fassbaren Ausnahmezustand⁹ kennt es dementsprechend nicht.¹⁰ Die im Rechtsstaatsprinzip gründende Bindung an »Recht und Gesetz« (Art. 20 Abs. 3 GG) gilt unbeding; sie ist die Grundlage für das Vertrauen in die Maßstäblichkeit von Recht und damit die Steuerungsfähigkeit von Gesetzen. Daher ist dem Grundgesetz die Vorstellung, ein Verfassungsorgan könne ohne rechtliche Bindungen

handeln, um die Verfassungsordnung insgesamt zu retten, fremd.¹¹

Das Grundgesetz gilt also, ebenso wie die gesamte Rechtsordnung, auch in der Pandemie. Allerdings ist seine Auslegung durch mehrdimensionale Unsicherheit herausgefordert:¹² Wir wissen nach wie vor zu wenig über das Virus, sind unsicher, welche Gegenmaßnahmen helfen und welche bloße Symbolpolitik sind und können bislang auch nur erahnen, wie tiefgreifend die Verwerfungen sind, die sich aus sozialer Distanzierung ergeben. Die Verfassungsrechtswissenschaft darf sich darüber nicht mit der Anmaßung erheben, tatsächliche Ungewissheit durch rechtliche Gewissheit bewältigen zu können. Auch übertriebener Alarmismus ist fehl am Platz, denn die staatlichen Institutionen haben sich in der Krise bislang als stabil erwiesen.¹³ Aber die Verfassungsrechtswissenschaft kann ihre Methoden, Leitbilder, Prinzipien und Programme benennen, die für die Auslegung des Verfassungsrechts maßgebend sind, und sie kann auf dieser Grundlage (die man Dogmatik nennen mag) Begründungen einfordern, warum nicht mehr gelten soll, was zuvor galt. Die bisweilen artikulierte Vorstellung, damit solle sie warten, bis die Unsicherheit vorbei ist,¹⁴ verkennt nicht nur die politische Funktion des Rechts, sondern auch den Anspruch von Rechtswissenschaft, in die Rechtspraxis hineinzuwirken.¹⁵ In diesem Sinne arbeitet der folgende Text die für das Studium des Verfassungsrechts wesentlichen Rechtsfragen auf (dazu II. und III.). Er versteht sich insoweit als Beitrag zur individuellen Vorbereitung auf Prüfungsarbeiten ebenso wie als Ermunterung, als Juristen und Juristinnen für die Wahrung des Grundgesetzes einzutreten, ohne dabei die Steuerungskraft von Verfassung in einer durch multidimensionale Ungewissheit geprägten Situation zu überschätzen. Der Aufsatz endet mit einer Zwischenbilanz nach einem Semester digitaler Lehre des Verfassungsrechts (IV.).

⁷ Vgl. auch *Klafki* Risiko und Recht, 2017, 140.

⁸ Was einige nicht daran hindert, sie trotzdem zu verwenden, s. etwa VGH München, Beschl. v. 27. 04. 2020, 20 NE 20.793 Ls. 1: Verzicht auf Außervollzugsetzung einer gleichheitswidrigen Norm »angesichts der bestehenden Corona-Notstandslage«; dazu zu Recht kritisch *Heuser* VerBlog 2020/4/5. Vgl. ferner den wenig problemsensiblen Titel von *Ipsen* NdsVBl. 2020, 185: »Niedersachsen im Ausnahmezustand« und die dortige Behauptung, (auch) Deutschland befinde sich im Ausnahmezustand (S. 168).

⁹ So noch *Schmitt* Politische Theologie, 2. Aufl. 1934, 19: »Im Ausnahmezustand suspendiert der Staat das Recht, kraft seines Selbsterhaltungsrechtes.«

¹⁰ *Klafki* Risiko und Recht, 2017, 142 ff.

¹¹ *Kersten* JuS 2016, 193; ferner *ders.*, ZRP 2020, 65.

¹² *Trute* GSZ 2020, 93.

¹³ *Kersten/Rixen* Der Verfassungsstaat in der Coronakrise, 2020, 143 ff.

¹⁴ Das meint offenbar *Hase* JZ 2020, 697, der der Verfassung unter den Bedingungen einer Pandemie keine Steuerungskraft beimisst.

¹⁵ Gerade die Rechtsprechung aus der Anfangszeit der Pandemie hat in hohem Maße rechtswissenschaftliche Diskussionen in Blogs und anderen Online-Formaten rezipiert.

II. Grundrechte

Die nachfolgende Darstellung orientiert sich nach einem Überblick über die Entwicklung der Maßnahmen zur Eindämmung des Virus zwischen Mitte März und Anfang August 2020 (1.) an der Prüfungsstruktur der Grundrechte: Es werden die einschlägigen grundrechtlichen Schutzbereiche (2.) bestimmt, Fragen des Eingriffs (3.) geprüft und schließlich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Eingriffe (4.) behandelt.

1. Allgemeinverfügungen/ Rechtsverordnungen zur Gefahrenabwehr

Seit Mitte März haben alle Bundesländer auf der Grundlage der §§ 28 und 32 IfSG zunächst teilweise Allgemeinverfügungen (§ 35 S. 2 VwVfG), später dann durchgängig Rechtsverordnungen erlassen,¹⁶ um die Ausbreitung des Coronavirus zu verlangsamen. Die Verordnungen galten zunächst jeweils nur zwei Wochen; in den vier Monaten zwischen Mitte März und Mitte Juli 2020 haben einzelne Länder bis zu 10 Änderungsverordnungen erlassen. Für die Ausbildung ist es ratsam, sich einen Überblick zumindest über die jeweils aktuell geltenden Regelungen des »eigenen« Bundeslandes zu verschaffen; eine gute und regelmäßig aktualisierte Übersicht findet sich auf der Seite der Bundesrechtsanwaltskammer.¹⁷ Insgesamt haben sich aufgrund der bis Mitte Mai praktizierten Bund-Länder-Koordination die Regelungen in den einzelnen Ländern weit aus weniger unterschieden als dies zum Teil öffentlich kommuniziert wurde und angesichts der unterschiedlichen Betroffenheit von der Pandemie vielleicht sogar angezeigt gewesen wäre. Für die verfassungsrechtliche Bewertung kann in allen Ländern zwischen bislang zwei Phasen unterschieden werden:¹⁸

¹⁶ Allgemeinverfügungen (§ 35 S. 2 VwVfG) sind unzulässig, weil deren Regelungsgegenstand ein konkreter, räumlich begrenzter Lebenssachverhalt sein muss. Die Anordnung von Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen richtet sich aber an die Allgemeinheit (ebenso VG München NVwZ 2020, 651 [653]; *Klafki* JuS 2020, 511 [512]; *Siegel* NVwZ 2020, 577 [579]).

¹⁷ <https://brak.de/die-brak/coronavirus/uebersicht-covid19vo-der-laender/>.

¹⁸ Vgl. zur folgenden Unterscheidung bereits *Kingreen* VerfBlog 2020/3/20.

a) Phase 1: Akutphase mit flächendeckenden Ausgangssperren und Kontaktbeschränkungen

In allen Bundesländern wurden in einer *ersten Phase* zwischen dem 18.03. und dem 22. 03. 2020 flächendeckende Ausgangssperren und Kontaktbeschränkungen erlassen, untersagt war namentlich der Besuch in Krankenhäusern und Pflegeheimen. Sämtliche Einrichtungen, die nicht notwendigen Verrichtungen des täglichen Lebens, sondern der Freizeitgestaltung dienten, wurden geschlossen, insbesondere Bildungs- und Kultureinrichtungen, Sportstätten und Spielplätze sowie Gaststätten und Hotels. Öffentliche Veranstaltungen und Versammlungen sowie Gottesdienste wurden verboten.

Gegen diese Maßnahmen schützen die Grundrechte als *Abwehrrechte*, die den Staat verpflichten, unverhältnismäßige Eingriffe in die individuelle Freiheit zu unterlassen.¹⁹ Sie griffen aber wegen der multidimensionalen Unsicherheit nur selten;²⁰ in der Rechtsprechung spiegelte sich die Volatilität des Wissens in der Einräumung weiter Einschätzungsspielräume der Ministerien und Behörden und einer entsprechend zurückgenommenen gerichtliche Kontrolldichte.

b) Phase 2: Konsolidierungsphase mit allmählichen Lockerungen

In einer *zweiten Phase* ab dem 20. 04. 2020 wurden die meisten Beschränkungen nach und nach mit der Maßgabe gelockert, dass (zum Teil sehr aufwändige) Schutz- und Hygienekonzepte vorliegen. Nach wie vor gelten allgemeine Abstandsgebote und die Verpflichtung zum Tragen von Mund-Nasen-Bedeckungen in Situationen, in denen der Mindestabstand nicht eingehalten werden kann, sowie Kontaktbeschränkungen im öffentlichen Raum. Insbesondere Bars und Clubs bleiben nach wie vor geschlossen. Wie lange diese zweite Phase andauern wird und wann sie in eine *dritte Phase* übergehen wird, die entweder weitere Lockerungen bis hin zu einer vollständigen Aufhebung aller Beschränkungen oder erneute Verschärfungen der bestehenden Beschränkungen beinhalten wird, ist derzeit nicht absehbar.²¹ Wahrscheinlich ist, dass noch für eine längere Zeit erneute Verschärfungen und Lockerungen einander abwechseln werden, die Maßnahmen aber sachlich und räumlich stärker als zuvor differenzieren werden.

¹⁹ *Kingreen/Poscher* Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 120.

²⁰ *Trute* GSZ 2020, 93 (97).

²¹ Stand: 23. 08. 2020.

Die nach wie vor bestehenden Beschränkungen in der Phase 2 betreffen wiederum die *Abwehrfunktion* der Grundrechte. In dieser Phase 2 hat die gerichtliche Kontroll-dichte im Hinblick auf diese Eingriffe insgesamt angezo-gen. Dazu mag beigetragen haben, dass sich Befürchtun-gen über den Kollaps der Gesundheitsinfrastruktur nicht bewahrheitet hatten, das epidemiologische Wissen über das Virus größer wurde und sich abzeichnete, dass es sich trotz der Lockerungen nicht weiter ausbreiten würde, wenn Abstandsregelungen bzw. Maskenpflichten eingehalten werden. Erhebliche Bedeutung hat in dieser Phase differen-zierter Lockerungen vor allem Art. 3 Abs. 1 GG gewonnen.

In dieser Phase 2 gab es aber auch vereinzelt Fälle, in denen Beschwerdeführer moniert haben, die Lockerungen gingen zu weit und verletzten daher die aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgende staatliche *Schutzpflicht* für das Leben und die körperliche Unversehrtheit.²²

2. Grundrechtliche Schutzbereiche

Die Grundrechte schützen in sachlicher Hinsicht bestimm-te Lebensbereiche und in diesen Lebensbereichen be-stimmte Verhaltensweisen.²³ Sie nehmen damit Bezug auf die Wirklichkeit und heben aus dieser einen grundrecht-lich besonders geschützten Bereich heraus.²⁴ Die Rechts-verordnungen zur Eindämmung des Virus erfassen – his-torisch einzigartig – alle Lebensbereiche der Gesellschaft und damit praktisch auch alle Grundrechte, auch solche, die bislang eher nicht im Fokus der Ausbildung standen. Die genaue Zuordnung der Einzelmaßnahmen zu den grundrechtlichen Schutzbereichen ist wichtig, weil daraus formale Anforderungen wie das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG)²⁵ und Richtervorbehalte (insbes. Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG) folgen können:

a) Persönliche Freiheiten

In der Phase 1 haben die Bundesländer unterschiedliche Regelungen zur Beschränkung zwischenmenschlicher

Kontakte erlassen. Einige Bundesländer wie namentlich Bayern haben Ausgangsbeschränkungen erlassen, die für das Verlassen der eigenen Wohnung einen triftigen Grund forderten. Die meisten Bundesländer (etwa Baden-Würt-temberg und Nordrhein-Westfalen) regelten lediglich Kon-taktbeschränkungen, die das Verlassen des eigenen Haus-stands freistellten, aber den Aufenthalt außerhalb der Wohnung an bestimmten Verhaltensregeln (Abstand, Be-schränkung der Zahl der Begleitpersonen etc.) knüpften.²⁶ Hinzu kamen teilweise auf Urlaubsregionen bezogene Ein-reiseverbote in benachbarte Bundesländer und Ausreisege-bote für Ortsfremde aus diesen Ländern sowie Quarantä-neanordnungen, die Einreisende verpflichteten, sich auf direktem Weg zu ihrer Wohnung zu begeben und sich für einen Zeitraum von 14 Tagen nach ihrer Einreise stän-dig dort aufzuhalten. Hinsichtlich der grundrechtlichen Schutzbereiche muss man wie folgt differenzieren:

Ausgangsbeschränkungen tangieren den Schutzbereich der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG).²⁷ Diese beinhaltet näm-lich die Freiheit, sich an jedem frei zugänglichen Ort inner-halb des Bundesgebiets aufzuhalten,²⁸ ohne dafür rechen-schaftspflichtig zu sein. Auch *Einreiseverbote* und *Ausreise-gebote* berühren den Schutzbereich der Freizügigkeit (und für Eigentümer von Ferienhäusern auch Art. 14 Abs. 1 GG), denn sie hindern Ortsfremde daran, an einem bestimmten Ort im Bundesgebiet zu gelangen oder verpflichten sie, die-sen zu verlassen.

Kontaktverbote betreffen hingegen nicht die Bewe-gungsfreiheit und sind daher nicht an Art. 11 Abs. 1 GG zu messen. Betroffen ist aber (ebenso wie bei den Ausgangs-beschränkungen) das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), das soziale Beziehun-gen auch außerhalb der durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Familie schützt.²⁹ Soweit die Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote zudem dazu führen, dass Kinder ihre Eltern und Enkel ihre Großeltern und Geschwister sich un-tereinander³⁰ nicht sehen dürfen, ist Art. 6 Abs. 1 GG betrof-fen.

Trotz unterschiedlicher Bezeichnungen war der Unter-schied der Kontaktverbote zu den Ausgangsbeschränkun-gen in der Praxis also nicht sonderlich groß. Denn auch

²² An zwei aufeinander folgenden Tagen ergangene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts dokumentieren das Dilemma: den einen ging es zu schnell (dazu BVerfG, Beschl. v. 12. 5. 2020, 1 BvR 1027/20), den anderen zu langsam (BVerfG, Beschl. v. 13. 5. 2020, 1 BvR 1021/20), zu beiden Entscheidungen Kingreen JK 10/2020 (in diesem Heft).

²³ Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 253.

²⁴ Hufen Staatsrecht II. Grundrechte, 8. Aufl. 2020, § 6 Rn. 2.

²⁵ Dazu unten 4. b).

²⁶ Dazu Guckelberger NVwZ-Extra 9a/2020, 1 (3).

²⁷ VGH München NVwZ 2020, 635 (639); Edenharter VerfBlog 2020/3/19; anders OVG Berlin-Brandenburg DVBl. 2020, 775 (776): nur Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (dazu gleich im Text).

²⁸ BVerfGE 80, 137 (150).

²⁹ Ebenso etwa Kämmerer/Jischkowski GesR 2020, 341 (345).

³⁰ Der Begriff »Familie« in Art. 6 Abs. 1 GG beschränkt sich nicht auf die bürgerliche Kleinfamilie, sondern erfasst auch das Verhältnis zwischen Enkeln und Großeltern und von Geschwistern untereinander, s. (BVerfGE 136, 382 (388 f.).

die Ausgangsbeschränkungen beschränkten die Fortbewegungsfreiheit kaum, sondern waren der Sache nach vor allem Kontaktverbote und vor allem als solche grundrechtlich erheblich. Substantiell berührt war die Freizügigkeit nur, wenn das Recht auf Aufenthalt – wie das beispielsweise in Sachsen der Fall war – auf den Nahbereich der eigenen Wohnung beschränkt war.³¹

Fraglich ist, ob Ausgangsbeschränkungen, Einreiseverbote und Ausreisegebote neben Art. 11 Abs. 1 GG auch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (Freiheit der Person) betreffen.³² Das wäre zu bejahen, wenn man Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG im Sinne einer allgemeinen Bewegungsfreiheit interpretiert, die generell das Recht beinhaltet, einen bestimmten Ort zu verlassen.³³ Die Schutzbereiche von Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 11 Abs. 1 GG wären damit aber, was das Verlassen eines Orts angeht, praktisch identisch. Das spricht dafür, die spezifische Schutzfunktion von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG über den historischen Kontext der habeas corpus-Garantie in Art. 104 GG, die vor willkürlichen Verhaftungen schützt, zu erschließen.³⁴ Art. 104 GG sieht dementsprechend rechtsstaatliche Maßstäbe für das Verfahren bei Freiheitsbeeinträchtigungen und -entziehungen (bei letzterer insbesondere den Richtervorbehalt, Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG) vor. Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 GG haben also den gleichen Schutzbereich,³⁵ den man letztlich nur von der Eingriffsseite her bestimmen kann und auf den Schutz »vor Verhaftung, Festnahme und ähnlichen Eingriffen, also vor unmittelbarem Zwang«³⁶ beschränken sollte.³⁷ Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG setzt dementsprechend voraus, dass das Gebot einen bestimmten Raum nicht zu verlassen, mit unmittelbarem körperlichen Zwang oder dessen Androhung durchgesetzt wird.³⁸ Die allgemeinen Ausgangsbeschränkungen führten aber nicht dazu, dass Menschen in ihren Wohnungen unter Androhung polizeilichen Zwangs eingesperrt wurden. Vielmehr konnte man das ei-

gene Zuhause insbesondere für sportliche und andere Freizeitaktivitäten ohne weitere Begründung verlassen.

Hingegen betreffen *Quarantäneanordnungen* Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, wenn sie – wie dies insbesondere bei unter Quarantäne gestellten Wohnblocks geschehen ist – mit der Androhung polizeilicher Zwangsmittel versehen werden. Nach überwiegender Meinung führt das dazu, dass der ebenfalls einschlägige Art. 11 Abs. 1 GG zurücktritt.³⁹ Da es sich um Freiheitsentziehungen handelt, bedürfte es allerdings nach Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG einer richterlichen Anordnung,⁴⁰ den der einschlägige § 30 IfSG in verfassungswidriger Weise nicht vorsieht⁴¹ und die schon deshalb in den meisten Fällen nicht eingeholt worden sein dürfte.

b) Weitere Lebensbereiche

Die Rechtsverordnungen betrafen und betreffen praktisch alle weiteren Lebensbereiche und damit auch fast alle Grundrechte: Gottesdienstverbote oder Einschränkungen bei Gottesdiensten (etwa das Verbot, zu singen) tangieren die individuelle wie die kollektive Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG)⁴² und Verbote von Präsenzveranstaltungen an Universitäten die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG). Versammlungsverbote und -beschränkungen berühren Art. 8 Abs. 1 GG,⁴³ Beschränkungen des Vereinslebens die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) und Gewerbeunter-sagungen und -beschränkungen die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).⁴⁴ Schulschließungen betreffen schließlich Kinder in ihrem Recht auf Bildung und Eltern im Recht auf Bildung ihrer Kinder, die teilweise in den Landesverfassungen geregelt sind, sich im Übrigen aber jedenfalls aus Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit) ergeben.⁴⁵ Die differenzierten Lockerungen in Phase 2 werden zudem als Ungleichbehandlungen i. S. v. Art. 3 Abs. 1 GG adressiert.

³¹ Fragwürdig: OVG Bautzen, Beschl. v. 07. 04. 2020, 3 B 111/20, Rn. 11 ff. mit verfassungskonformer Auslegung, dass ein Radius von 10-15 km akzeptabel sei.

³² Vgl. für Ausgangsbeschränkungen OVG Berlin-Brandenburg DVBl. 2020, 775 (776); *Edenharter* VerBlog 2020/3/19; *Schmitt* NJW 2020, 1626 (1626) und *Ziekow* DVBl. 2020, 733 (734).

³³ So tendenziell etwa *Sachs/Murswiek/Rixen* Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 231.

³⁴ *Amelung* JURA 2005, 447.

³⁵ *Kingreen/Poscher* Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 494.

³⁶ BVerfGE 105, 239 (247).

³⁷ *Dreier/Schulze-Fielitz* Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 98.

³⁸ *Kingreen/Poscher* Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 497.

³⁹ Vgl. zum Streitstand *Jarass/Pieroth/Jarass* Grundgesetz. Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 111.

⁴⁰ *Kießling* VerBlog 2020/7/2.

⁴¹ Vgl. schon *Schenke* DVBl 1988, 165 (170).

⁴² BVerfG, Beschl. v. 29. 04. 2020, 1 BvQ 44/20, Rn. 9.

⁴³ BVerfG NVwZ 2020, 1426 (1427); ferner etwa BVerfG, Beschl. v. 17. 4. 2020, 1 BvQ 37/20, Rn. 17 (*Kingreen* JK 10/2020, in diesem Heft).

⁴⁴ Etwa VGH Mannheim, Beschl. v. 09. 04. 2020, 1 S. 925/20, Rn. 30 ff.

⁴⁵ Vgl. etwa OVG Münster, Beschl. v. 12. 06. 2020, 13 B 779/20.NE, Rn. 26, das im Hinblick auf die Eltern auch Art. 6 Abs. 2 GG erwägt.

c) Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) hat in der Pandemie einen Sonderstatus, denn seinem Schutz dienen alle Freiheitsbeeinträchtigungen. Es gewinnt als Prüfungsmaßstab eigenständige Bedeutung (und nicht nur auf der Rechtfertigungsebene⁴⁶), wenn Lockerungen der Beschränkungen als Unterlassen des notwendigen Schutzes von Leben und körperlicher Unversehrtheit artikuliert werden.

3. Eingriffe

Alle Beschränkungen sind finale Eingriffe in die Schutzbereiche der Grundrechte; betroffen ist die *Abwehrfunktion*. Wird hingegen eine mit zu weitgehenden Lockerungen begründete Verletzung der *Schutzpflicht* geltend gemacht, ist zu prüfen, ob eine Schutzpflicht besteht und ggfs. insbesondere, was diese verlangt.⁴⁷

4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von eingreifenden untergesetzlichen Regelungen (etwa Rechtsverordnungen) und Maßnahmen (insbesondere Verwaltungsakten und Gerichtsentscheidungen) sind im Wesentlichen drei Punkte anzusprechen:⁴⁸ die Eingriffsermächtigung im Grundgesetz (s. a)), die Verfassungsmäßigkeit des eingreifenden Gesetzes (b)) und schließlich die Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes (c):

a) Eingriffsermächtigung im Grundgesetz

Viele der betroffenen Freiheitsrechte lassen Eingriffe durch oder aufgrund eines Gesetzes zu (insbes. Art. 2 Abs. 2 S. 3, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG), an das sie teilweise noch qualifizierte Anforderungen stellen (Art. 11 Abs. 2 GG: u. a. »zur

Bekämpfung von Seuchengefahr«). Aber auch für Grundrechte, die, wie Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, keinen Gesetzesvorbehalt aufweisen und daher nach allgemeinen Grundsätzen nur zum Schutz anderer Verfassungsgüter eingeschränkt werden dürfen,⁴⁹ gilt der *Parlamentarvorbehalt*. Er besagt, dass jeder Grundrechtseingriff der Verwaltung auf einer parlamentsgesetzlichen Grundlage beruhen muss, die die für die Grundrechtsausübung wesentlichen Fragen regelt.⁵⁰ Diese sog. Wesentlichkeitslehre besagt nicht nur, dass es eines den Grundrechtseingriff deckenden Parlamentsgesetzes bedarf, sondern sie stellt auch Anforderungen an die Regelungsdichte des Gesetzes: Je intensiver die Grundrechte betroffen sind, desto genauer und differenzierter muss das Gesetz sein.⁵¹

Bereits bei der Frage, was geregelt werden muss und was nicht, besteht das Spannungsverhältnis, das die rechtliche Bewertung der Pandemie durchzieht: Einerseits spricht die Intensität der Eingriffe für detailgenaues Recht, andererseits muss zugestanden werden, dass die Dimension der Pandemie nicht voraussehbar und daher auch schwerlich regelbar war. Die in allen Bundesländern erlassenen Rechtsverordnungen stützen sich mittlerweile durchgängig auf § 32 S. 1 IfSG, der die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Das normative Entscheidungsprogramm für Verfügungen im Einzelfall, die auf der Grundlage der §§ 28–31 IfSG ergehen, gilt damit auch für den Erlass von Rechtsverordnungen.

Problematisch ist zunächst, dass § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG nach seinem Wortlaut Maßnahmen nur gegenüber »Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern« deckt. Nach allgemeinem polizei- und ordnungsrechtlichen Verständnis wird damit der Kreis der zulässigen Adressaten von Maßnahmen der Gefahrenabwehr umschrieben. Die Rechtsverordnungen sind aber an die Gesamtbevölkerung adressiert; ein Großteil der Adressaten sind also Nichtverantwortliche. Insbesondere in den ersten Tagen der Pandemie ist daher die Ansicht vertreten worden, dass § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG als Ermächtigungsgrundlage für flächendeckende Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen ausscheidet.⁵² Allerdings ist aus tat-

⁴⁶ Dazu unten 4. c) aa).

⁴⁷ Vgl. zu den unterschiedlichen Aufbauschemata beim Abwehrrecht und der Schutzpflicht Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 401, 403. Da die Schutzpflicht zugleich Eingriffe in die anderen Freiheitsrechte rechtfertigt, wird sie hier im Kontext der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung behandelt, s. unten 4. c) aa).

⁴⁸ Vgl. das Aufbauschema I bei Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 401. Zum Prüfungsaufbau bei der Schutzpflicht Rn. 403.

⁴⁹ BVerfGE 108, 282 (297).

⁵⁰ BVerfGE 61, 260 (275); 88, 103 (116).

⁵¹ Vgl. BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 86, 288 (311).

⁵² Etwa Edenharter VerfBlog 2020/3/19; Klafki JuWissBlog Nr. 27/2020 v. 18. 03. 2020; zweifelnd seinerzeit auch noch Kingreen VerfBlog 2020/3/20.

sächlichen Gründen meist unklar, ob eine Person Verantwortliche ist oder nicht. »Nach aktuellem Erkenntnisstand kann nämlich eine Übertragung des Virus durch eine infizierte Person schon bis zu drei Tage vor Symptombeginn oder auch bei einem asymptomatischen Verlauf der Erkrankung, den der Betroffene selbst gar nicht wahrgenommen hat, stattfinden. Es reicht mithin nicht aus, im Zusammenhang mit bevölkerungsbezogenen Maßnahmen, die darauf abzielen, infektionsrelevante soziale Kontakte zu unterbinden oder zumindest zu beschränken, allein »Störer« in die Pflicht zu nehmen.«⁵³ Diese mittlerweile verbreitete geteilte Ansicht⁵⁴ lässt sich rechtsdogmatisch auch begründen. Man kann entweder anführen, dass der Gesetzgeber nur regeln kann, was er als regelungsbedürftig hat erkennen können, weshalb für einen Übergangszeitraum Maßnahmen auf die Generalklauseln der Ordnungsgesetze gestützt werden können.⁵⁵ Selbst wenn man diesen Rückgriff aber wegen der Sperrwirkung des Infektionsschutzgesetzes als besonderes Gefahrenabwehrrecht⁵⁶ nicht zulassen möchte, ist zu berücksichtigen, dass das Infektionsschutzgesetz ebenso wie viele besondere Gefahrenabwehrgesetze keine Regelungen über die Inanspruchnahme von Nichtverantwortlichen enthält. Jedenfalls insoweit ist es zulässig, auf allgemeines Gefahrenabwehrrecht zurückzugreifen.⁵⁷ Die Bestimmungen über die Inanspruchnahme von Nichtverantwortlichen sehen hier vor, dass zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden erheblichen Gefahr oder zur Beseitigung einer erheblichen Störung Maßnahmen auch gegen eine Person gerichtet werden, die weder Handlungs- noch Zustandsverantwortliche ist, wenn und soweit weder Maßnahmen gegen die verantwortliche Person noch Maßnahmen der Ordnungsbehörden möglich, ausreichend oder zulässig sind.⁵⁸ Tatsächlich sind etwa Ausgangsbeschränkungen, die sich nur gegen Personen richten, bei denen die Infektion festgestellt wurde, bei einem sich rasch verbreitenden Virus mit vielen asymptomatischen Kranken nicht ausreichend.

Skeptischer ist die Rechtsprechung bei auf § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG gestützten Quarantäneanordnungen. Sie geht da-

von aus, dass die spezielle Regelung des § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG den Rückgriff auf den als infektionsschutzrechtliche Generalklausel verstandenen § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ausschließt und daher keine Maßnahmen gegen Nichtverantwortliche zulässt.⁵⁹ Vor dem Hintergrund, dass eine Quarantäneanordnung einen noch schwerwiegenderen Eingriff darstellt als Ausgangsbeschränkungen, mag diese strenge Prüfung einleuchten. Aber der Adressatenkreis in § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG ist kein anderer als der in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG. Wenn also dort die Inanspruchnahme von Nichtstörern grundsätzlich zulässig ist, müsste man begründen, warum es bei § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG unzulässig sein soll. Näher liegt es, eine undifferenzierte Inanspruchnahme von Nichtverantwortlichen für unverhältnismäßig zu halten, soweit die Einreise aus Ländern erfolgt, in denen die Infektionsrate und/oder auch Sterberate deutlich unter der im Bundesgebiet liegt.⁶⁰ Ohnehin ist problematisch, dass weder § 28 noch § 30 IfSG den nach Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG notwendigen Richtervorbehalt vorsehen.⁶¹

Die Inanspruchnahme von Nichtverantwortlichen mag also in dieser Anfangsphase der Pandemie noch durch das geltende Recht gedeckt sein, wenn auch nur mit Abstrichen. Aber insgesamt sind die §§ 28–32 IfSG auf eine Pandemie und die mit ihr einhergehenden erheblichen Grundrechteingriffe nicht zugeschnitten. Beispielsweise ist unklar, worauf sich Versammlungs- und Gottesdienstverbote, flächendeckende Schließungen von Einzelhandelsbetrieben oder auch Universitäten stützen lassen. Unter den Voraussetzungen von § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG kann zwar die zuständige Behörde nach § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 IfSG genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen. Versammlungen sind hier aber nicht erwähnt (sondern nur im das Zitiergebot erfüllenden § 28 Abs. 1 S. 4 IfSG offensichtlich »mitgedacht«) und Gottesdienste können wegen des besonderen grundrechtlichen Schutzes durch Art. 4 Abs. 1, 2 GG auch nicht einfach unter »Veranstaltungen« oder »sonstige Ansammlungen von Menschen« subsumiert werden. Auch lassen sich weder Einzelhändler noch Universitäten unter die Einrichtungen, die nach § 33 IfSG geschlossen werden können, subsumieren. Aufgrund der Unvorhersehbarkeit der Situation mögen solche Beschränkungen zwar kurz-

⁵³ So etwa OVG Münster, Beschl. v. 12. 06. 2020, 13 B 779/20.NE, Rn. 24.

⁵⁴ Vgl. etwa *Gerhardt* Infektionsschutzgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 28 Rn. 17 f.; *Rixen* NJW 2020, 1097 (1101); *Trute* Juris Monatszeitschrift 7-8/2020, 291 (294 f.).

⁵⁵ BVerwGE 115, 189 (194 ff.); s. auch *Kießling* JuWissBlog Nr. 29/2020 vom 19. 03. 2020.

⁵⁶ Dazu allgemein *Kingreen/Poscher* Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2020, § 5 Rn. 11.

⁵⁷ *Siegel*, NVwZ 2020, 577 (578).

⁵⁸ Vgl. beispielsweise Art. 9 Abs. 3 S. 1 bayLStVG.

⁵⁹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 11. 05. 2020, 13 MN 143/20, Rn. 21.

⁶⁰ OVG Münster, Beschl. v. 05. 06. 2020, 13 B 776/20.NE, Rn. 27 ff.; vgl. auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 11. 05. 2020, 13 MN 143/20, Rn. 27 ff.

⁶¹ Vgl. bereits oben 2.

fristig auf § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG⁶² oder die ordnungsrechtlichen Generalklauseln gestützt werden können; nach einem halben Jahr Pandemie wäre es aber nunmehr möglich, die §§ 28 ff. IfSG anzupassen. Die Gerichte können die Gesetzgebung aktivieren, indem sie deutlicher als bislang darauf hinweisen, dass die jetzigen Ermächtigungsgrundlagen die schwerwiegenden Grundrechtseingriffe nur noch für einen Übergangszeitraum decken. Der Parlamentsvorbehalt ist auch eine Aufforderung an das Parlament, die notwendigen Regeln zu erlassen.

b) Verfassungsmäßigkeit des zum Eingriff ermächtigenden Gesetzes; insbesondere: das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG)

Sollten die notwendigen parlamentsgesetzlichen Anpassungen erfolgen, wäre deren Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Grundsätzliche Probleme bestehen auf der Ebene des Gesetzes allerdings nicht, denn Ausgangssperren und Kontaktbeschränkungen sowie alle weiteren damit einhergehenden Eingriffe in spezielle Lebensbereiche schützende Grundrechte sind dem Grunde nach zulässig; ob sie im Einzelfall verhältnismäßig sind, ist dann keine Frage der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, sondern der im Folgenden zu behandelnden Einzelfallregelung/-maßnahme.

Gesetzliche Regelungen müssen insbesondere auch das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG beachten. Das Zitiergebot soll für die Gesetzgebung eine Warn- und Besinnungsfunktion und für die Gesetzesauslegung und -anwendung eine Klarstellungsfunktion haben; die Gesetzgebung soll die Auswirkung eines Gesetzes auf die Grundrechte bedenken, und die Gesetzesauslegung und -anwendung soll wissen, in welche Grundrechte das Gesetz allein einzugreifen ermächtigt.⁶³ Weil Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG allerdings die Zitierung nur da verlangt, wo »ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann«, gilt das Zitiergebot insbesondere nicht für Eingriffe in Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Abs. 1, 2, 5 Abs. 2, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG.⁶⁴ § 28 Abs. 1 S. 4 IfSG zitiert daher diese Grundrechte in verfassungsgemäßer Weise nicht, zugleich aber mit Art. 2 Abs. 2 S. 2,

8 Abs. 1 und 11 Abs. 1 GG die unter Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG fallenden Grundrechte.⁶⁵ Entsprechendes gilt für § 30 Abs. 3 S. 6 IfSG.

c) Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes

Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichte haben seit März 2020 hunderte von Entscheidungen getroffen, in denen es durchweg vor allem um die Verhältnismäßigkeit von Einzelregelungen in den Rechtsverordnungen ging. Alle Entscheidungen sind bislang im Rahmen von Eilverfahren und unter den Bedingungen erheblicher und mehrdimensionaler Unsicherheit gefallen: Unsicher ist nicht nur die Entwicklung des Infektionsgeschehens, sondern auch die Wirksamkeit vieler Maßnahmen; unsicher sind aber auch die Auswirkungen der Beschränkungen auf die einzelnen gesellschaftlichen Bereiche. Das spricht für, die Außerordentlichkeit der Grundrechtseingriffe⁶⁶ hingegen tendenziell gegen einen außerordentlich großen Gestaltungsspielraum der Verwaltung. Für die nähere Justierung der gerichtlichen Kontrolle ist zunächst die Reichweite der grundrechtlichen Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) von Bedeutung, die Raum lässt für die Abwägung mit anderen Freiheitsrechten (dazu aa)). Insbesondere die Rechtsprechung zu den Maßnahmen der Phase 2 hat dann die Kontrollmaßstäbe verfeinert und auch die zeitliche Dimension des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ((bb) und die Notwendigkeit der Folgerichtigkeit von Maßnahmen (cc)) betont:

aa) Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Als Abwehrrecht hält Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG den Staat an, unverhältnismäßige Eingriffe in Leben und Gesundheit zu unterlassen. Er begründet aber auch eine Schutzpflicht für das Leben und die körperliche Unversehrtheit, die ihn verpflichtet, sich »schützend und fördernd«⁶⁷ vor diese Verfassungsgüter zu stellen.

Die aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ableitbare Schutzpflicht rechtfertigt es, auf gesetzlicher Grundlage andere Grund-

⁶² So etwa OVG Münster, Beschl. v. 12. 06. 2020, 13 B 779/20.NE, Rn. 20; zweifelnd hingegen gerade unter dem Aspekt des Parlamentsvorbehalts schon VGH Mannheim, Beschl. v. 09. 04. 2020, 1 S. 925/20, Rn. 34 ff.

⁶³ Das Vorstehende aus Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 363.

⁶⁴ Näher Dreier/Schulze-Fielitz Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 19 I Rn. 22 ff.

⁶⁵ Dazu auch Schwarz JA 2020, 321 (322 f.).

⁶⁶ Vgl. für Art. 4 Abs. 1, 2 GG etwa BVerfG NJW 2020, 1427 (1428): »überaus schwerwiegend«.

⁶⁷ Grundlegend sind insoweit die Urteile zur Verfassungsmäßigkeit der Zulassung des Schwangerschaftsabbruchs: BVerfGE 39, 1 (42) und 88, 203 (251).

rechte einzuschränken.⁶⁸ Die Rechtsprechung hat daher die Maßnahmen zur Eindämmung des Virus in unzähligen Entscheidungen damit gerechtfertigt, dass der Verordnungsgeber seiner Pflicht nachkomme, Leben und Gesundheit zu schützen. Es gibt auch Entscheidungen, die neben dem individuellen Gesundheitsschutz auch den Schutz des Gesundheitssystems vor Überlastung hervorheben.⁶⁹ Das erscheint sogar als das stärkste Anliegen. Eine Gesellschaft kann und muss es verkraften, dass Menschen sterben, aber wenn Menschen sterben, weil die Gesundheitsinfrastruktur nicht ausreicht, um sie zu behandeln, dann erschüttert dies insgesamt das Vertrauen in das politische System. Dass daher in Phase 1 der Gesundheits- und Lebensschutz einen derart hohen Rang einnahm, ließ sich mit der jedenfalls seinerzeit nicht gänzlich unplausiblen Befürchtung rechtfertigen, dass nicht genügend Intensivbetten in den Krankenhäusern zur Verfügung stehen könnten. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kommt in der Schutzpflichtdimension auch als selbständiger Prüfungsmaßstab in Betracht, wenn gerügt wird, der Staat verletze seine Schutzpflicht, indem er die dem Schutz von Leben und Gesundheit dienenden Regelungen in der Phase 2 wieder aufgehoben hat. In beiden Konstellationen ist aber wichtig, dass dem Staat einen erheblichen Spielraum bei der Erfüllung der Schutzpflicht eingeräumt wird. Diese ist erst verletzt, »wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.«⁷⁰

In den ersten Wochen nach Ausbruch der Pandemie ist in der öffentlichen Debatte vielfach der irreführende Eindruck erweckt worden, Leben und körperliche Unversehrtheit seien allen anderen Freiheitsrechten vorgeordnet und der staatliche Schutzauftrag rechtfertige jegliche Eingriffe in Freiheitsrechte. Der Leviathan, der den Schutz der Menschen vor sich selbst allem unterordnet hatte,⁷¹ war jedenfalls in der öffentlichen Rhetorik zurück. Hinweisen, dass Abwägungen notwendig bleiben, wurde mit absurd-primitiven Entgegensetzungen (»Keine Shoppingtouren vor Menschenleben«) begegnet.⁷² Nicht jedem erschließt sich

der Charme von Differenzierung: Verfassungsrechtlich ist die Behauptung »Leben und Gesundheit über alles« nämlich schlicht falsch. Mit Ausnahme der nicht beschränk- baren Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) unterscheidet das Grundgesetz nicht zwischen absolut und relativ zu schüt- zenden Verfassungsgütern; selbst das Grundrecht auf Le- ben und körperliche Unversehrtheit kann nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 durch oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt wer- den.⁷³ Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet das Leben zwar stets als einen »Höchstwert«⁷⁴ in der verfassungs- rechtlichen Ordnung, bringt damit lediglich zum Aus- druck, dass gezielte staatliche Eingriffe in das Leben und die körperliche Unversehrtheit nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Staatliche Maßnahmen, die Le- ben und Gesundheit nicht gezielt gefährden, sind aber selbstverständlich zulässig und in einer Risikogesellschaft schlechterdings unvermeidbar.⁷⁵ Der Gesetzgeber darf da- her den Schwangerschaftsabbruch⁷⁶ und die Selbsttötung⁷⁷ aus Respekt vor Persönlichkeitsrechten eben zulassen wie es ihm im Transplantationsrecht beispielsweise gestattet ist, aus Rücksicht auf den höchstpersönlichen Charakter der Entscheidung über den eigenen Körper nicht alle Mög- lichkeiten der postmortalen Organspende auszuschöpfen (also insbesondere die noch im Februar 2020 in Bundestag diskutierte Widerspruchslösung mehrheitlich abzuleh- nen⁷⁸) – obwohl tagtäglich Menschen auf den Wartelisten der Transplantationszentren sterben, weil für sie kein Spenderorgan zur Verfügung steht. Und er muss auch kein Tempolimit auf Autobahnen und keine Überholverbote auf Landstraßen anordnen, obwohl noch viele Menschen leben würden, wenn es diese gäbe. Über die Gewichtung zwi- schen Lebensschutz und Persönlichkeitsrechten lässt sich in allen diesen Fällen trefflich streiten, aber dass der Ge- setzgeber solche Abwägungen treffen darf, steht aus verfas- sungsrechtlicher Sicht außer Frage.⁷⁹ Jede Lockerung der

⁶⁸ Jarass/Pieroth Grundgesetz. Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 91.

⁶⁹ VGH Kassel, Beschl. v. 02. 06. 2020, 8 B 1399/20.N, Rn. 21.

⁷⁰ BVerfGE 142, 113 (136f.) = Kingreen JK 3/2017.

⁷¹ S. oben I.

⁷² Vgl. etwa den Nachweis auf Äußerungen des bayerischen Ministerpräsidenten Söder in <https://www.tagesschau.de/inland/corona-soe-der-rki-101.html>.

⁷³ BVerfGE 88, 203 (253f.): »Der Schutz des Lebens ist nicht in dem Sinne absolut geboten, dass dieses gegenüber jedem anderen Rechts- gut ausnahmslos Vorrang genösse; das zeigt schon Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG.« Ferner etwa Kersten/Rixen Der Verfassungsstaat in der Corona- Krise, 2020, S. 46 ff.

⁷⁴ Zuletzt etwa BVerfG NJW 2020, 905 (909).

⁷⁵ Zur Unterscheidung zwischen gezielten und ungezielten Eingrif- fen in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Murswiek/Rixen/Sachs, Grundgesetz. Kom- mentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 171 ff.

⁷⁶ BVerfGE 88, 203 (255).

⁷⁷ BVerfG NJW 2020, 905 (906 ff.).

⁷⁸ BT-Drucks. 19/11096.

⁷⁹ Kämmerer/Jischkowski GesR 2020, 341 (342f.); Katzenmeier MedR 2020, 1 (3); Papier DRiZ 2020, 180 (182); vgl. ferner bereits die Beiträge von Huster VerFBlog 2020/3/22; Kingreen VerFBlog 2020/3/20 und Volk- mann VerFBlog 2020/3/20.

Corona-Beschränkungen riskiert Leben und Gesundheit, ja man kann es sogar noch zuspitzen: Viele Menschen könnten noch leben, wenn die Beschränkungen länger aufrechterhalten worden wären.

Die Gerichte haben dementsprechend zwar insbesondere die Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote im Grundsatz durchweg mit der Notwendigkeit, Leben und körperliche Unversehrtheit zu schützen, gerechtfertigt.⁸⁰ Gleiches gilt für Einreiseverbote⁸¹ und Ausreisegebote⁸². Aber nirgends liest man, dass der Gesundheits- und Lebensschutz apriorischen Vorrang vor anderen Freiheitsrechten habe, und Exzessen ist die Rechtsprechung sogar schon frühzeitig entgegengetreten. Das Bundesverfassungsgericht hat die hessische Verordnung sehr kreativ in dem Sinne ausgelegt, dass diese kein absolutes Versammlungsverbot vorsehe. Die zuständige Behörde habe das verkannt und daher ihr Ermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt.⁸³ Dass ausnahmslose Versammlungsverbote in Rechtsverordnungen generell gegen Art. 8 Abs. 1 GG verstoßen, wird zwar nicht explizit gesagt, liegt aber nahe, weil es ein für den demokratischen Diskurs zentrales Grundrecht in einer schon den Wesensgehalt des Grundrechts (Art. 19 Abs. 2 GG) tangierenden Weise stilllegen würde, obwohl zumindest Versammlungen unter Einhaltung der üblichen Abstandsregeln möglich sind. Deutlicher wurde das Bundesverfassungsgericht bei ausnahmslosen Gottesdienstverboten, die es in Phase 1 noch für »derzeit vertretbar«⁸⁴, aber nur gut zwei Wochen später aufgrund eines veränderten Infektionsgeschehens für nicht mehr erforderlich erklärt hat.⁸⁵ Der Verfassungsgerichtshof des Saarlands hat zudem die dort geltenden Ausgangsbeschränkungen schon sehr früh für verfassungswidrig erachtet, weil diese durch das Infektionsgeschehen nicht mehr veranlasst und zudem in mehreren Punkten inkonsistent waren.⁸⁶ Unverhältnismäßig war beispielsweise auch ein Heimbetretungsverbot für einen Betreuer,⁸⁷ ferner ein Beherbergungsverbot von Gästen aus Risikogebieten, weil den Hoteliers der Aufwand, dauerhaft einen Überblick über die Risikogebiete zu verschaffen, nicht zumutbar war.⁸⁸

Anlass zur genaueren Prüfung geben auch Regelungen in einzelnen Rechtsverordnungen wie in Bayern, die in Phase 1 überhaupt keinen persönlichen Kontakt mit Haushaltsfremden erlaubten. Die persönlichen sozialen Kontakte von Menschen, die allein lebten, beschränkten sich daher auf die Besorgungen des täglichen Lebens. Die Verhältnismäßigkeit dieses Zwangs zur Einsamkeit ist fragwürdig, denn es ist nicht ersichtlich, dass sich das Infektionsgeschehen in Bundesländern wie Nordrhein-Westfalen, die stets den Kontakt mit zumindest einer haushaltsfremden Person erlaubt hatten, deshalb schlechter entwickelt hätte. Auch die anfängliche soziale Isolation von sterbenden Menschen in Pflegeheimen hält einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand.⁸⁹

Auch in der umgekehrten Konstellation hat das Bundesverfassungsgericht die Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit nicht absolut gesetzt. Es hat die Verfassungsbeschwerde eines 65-jährigen, der sich nach der Definition des Robert-Koch-Instituts zur »Risikogruppe« zählte und mit dieser Begründung gegen die ihn gefährdenden Lockerungen der Phase 2 richtete, nicht zur Entscheidung angenommen. Es bestreitet überhaupt nicht, »dass die vollständige soziale Isolation der gesamten Bevölkerung den besten Schutz gegen eine Infektion bietet.« Doch sei es grundsätzlich zulässig, dass der Gesetzgeber »soziale Interaktion unter bestimmten Bedingungen« zulasse, um »anderen grundrechtlich geschützten Freiheiten Rechnung tragen.«⁹⁰ Ferner hat beispielsweise das OVG Bautzen den Antrag eines Lehrers gegen eine Regelung der sächsischen Corona-Verordnung abgelehnt, die in Kindertageseinrichtungen und Schulen vom Mindestabstand von 1,5 Meter dispensiert. Es weist zwar auf die nach wie vor bestehende Unsicherheit hin, ob Kinder Viren in gleichem Umfang weitergeben wie Erwachsene, hält dem aber die Grundrechte der Kinder auf Schulunterricht und sogar auf den ebenfalls durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG aufgegebenen Schutz der Kinder vor durch lange Schulschließungen ausgelöster häuslicher Gewalt entgegen.⁹¹

bb) Die zeitliche Dimension des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Für die Verfassungs- und Rechtmäßigkeit der Maßnahmen zur Eindämmung des Virus ist besonders wichtig, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch eine

⁸⁰ Nur beispielhaft: BVerfG NJW 2020, 1429; VGH München NJW 2020, 1236; OVG Bautzen Beschl. v. 15. 04. 2020, 3 B 113/20.

⁸¹ OVG Schleswig COVuR 2020, 45 (48); vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg NJW 2020, 1454.

⁸² OVG Greifswald Beschl. v. 09. 04. 2020, 2 KM 267/20 OVG.

⁸³ BVerfG NJW 2020, 1426 (1427).

⁸⁴ BVerfG NJW 2020, 1427 (1428).

⁸⁵ BVerfG, 1 BvQ 44/20 v. 29. 04. 2020, Rn. 14 f.

⁸⁶ SaarlVerfGH, NVwZ-RR 2014, 514 (517 ff.).

⁸⁷ OVG Lüneburg. DVBl. 2020, 772 (772).

⁸⁸ VGH München, Beschl. v. 28. 07. 2020, 20 NE 20.1609, Rn #.

⁸⁹ Dazu näher *Hufen*, GuP 2020, 93.

⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 12. 05. 2020, 1 BvR 1027/20, Rn. 7 (= *Kingreen*, JK 10/2020, in diesem Heft).

⁹¹ OVG Bautzen COVuR 2020, 316 (320 f.).

zeitliche Dimension aufweist.⁹² Je länger die Einschränkungen dauern, desto höher sind daher die Anforderungen an ihre Rechtfertigung. Für einen Gewerbetreibenden, der seinen Laden schließen muss, zählt ebenso jeder einzelne Tag wie für den Schüler und die Studentin, für die kein Unterricht und keine Vorlesung stattfindet. Denn der Verlust persönlicher Freiheit lässt sich im Nachhinein nicht mehr kompensieren.⁹³

Die Rechtsverordnungen berücksichtigen diese zeitliche Komponente durch ihre begrenzten zeitliche Anwendungsbereiche. Zunächst galten sie meist nur für zwei Wochen, spätere Verordnungen galten und gelten zwar schon einmal für sechs Wochen, aber zeitlich beschränkt sind sie stets. Aber auch die Rechtsprechung hat diese zeitliche Komponente des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit profiliert, indem sie schon in Phase 1 darauf hingewiesen hat, dass die Maßnahmen nur beim derzeitigen Erkenntnisstand und unter Berücksichtigung des summarischen Charakters eines Eilverfahrens verfassungsgemäß seien, sich dies aber mit fortlaufender Zeit ändern könne.⁹⁴ In Phase 2 wurde die gerichtliche Kontrolle im Hinblick auf die notwendige Dauer von Einschränkungen auch aus einem anderen Grunde als demjenigen der Verhältnismäßigkeit tendenziell dichter. Zwar wurde und wird nach wie vor durchweg im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes entschieden (vor allem nach § 47 Abs. 6 VwGO), in dem die Erfolgsaussichten in der Hauptsache in der Rechtspraxis⁹⁵ an sich oftmals nur summarisch geprüft werden und an ihre Stelle reine Folgenabwägungen treten. Aber weil die Geltungsdauer der Rechtsverordnungen begrenzt ist, ist die Entscheidung im Eilverfahren zugleich die Entscheidung in der Hauptsache. Der durch Art. 19 Abs. 4 GG geforderte rechtzeitige Rechtsschutz⁹⁶ bewirkt daher, dass den Erfolgsaussichten in der Hauptsache größere Bedeutung als sonst beigemessen wird.⁹⁷

Die zunehmende Bedeutung der zeitlichen Dimension des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zeigen beispiel-

haft Entscheidungen des OVG Münster zu einer Corona-regionalverordnung für die Stadt und den Landkreis Gütersloh, die aufgrund des besonderen Infektionsgeschehens in einem fleischverarbeitenden Betrieb erlassen worden war und die weitgehende Lockerung der coronabedingten Beschränkungen wieder zurückgenommen hatte. Sie galt zunächst vom 23.06. bis zum 30.06.2020; eine Nachfolgeverordnung trat am 01.07.2020 in Kraft und sollte mit Ablauf des 07.07.2020 wieder außer Kraft treten. Eine Betreiberin von Spielhallen hatte sich mit einem Normenkontrollantrag und einer einstweiligen Anordnung (§ 47 Abs. 1 und 6 VwGO) zunächst gegen die erste Verordnung gewandt und beantragt, diese für diejenigen Gemeinden außer Vollzug zu setzen, in denen keine erhöhten Infektionszahlen festgestellt wurden. Dieser Antrag wurde mit Beschluss vom 29.06.2020 zurückgewiesen: Es sei unklar, wie weit sich das Virus unter der Bevölkerung des Kreises Gütersloh bis zur Anordnung der Betriebsschließung und der Quarantänemaßnahmen verbreitet habe und es bestehe wegen der Vielzahl der in dem Betrieb tätigen positiv getesteten Personen und des Umstands, dass diese und ihre unmittelbaren Kontaktpersonen sich bis zur Anordnung der häuslichen Quarantäne im Kreisgebiet Gütersloh frei bewegt hätten, die Gefahr, dass das Virus bereits auf die übrige Bevölkerung des Kreises Gütersloh übergesprungen sein kann.⁹⁸ Noch am Tag des Beschlusses stellte die Antragstellerin einen neuerlichen Antrag, nunmehr mit dem Ziel, die zweite Verordnung im Hinblick auf nicht betroffene Kommunen außer Kraft zu setzen. Dieser Antrag hatte Erfolg, denn der Senat vermochte angesichts der vorliegenden Testergebnisse nicht mehr erkennen, dass die Maßnahmen für das gesamte Kreisgebiet aufrechterhalten werden mussten.⁹⁹ Unter dem Aspekt der zeitlichen Dimension des Grundsatzes Verhältnismäßigkeit war dabei besonders bemerkenswert, dass diese Entscheidung einen Tag vor Auslaufen der Verordnung getroffen wurde, deren Verlängerung auch nicht mehr geplant war. Aber weil jeder einzelne Tag der Schließungen den Grundrechtseingriff verschärft, mochte das OVG Münster das Auslaufen der Verordnung zu Recht nicht mehr abwarten.

cc) Folgerichtigkeit

Zum wichtigsten Grundrecht der Phase 2 entwickelt sich der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Aus ihm leitet das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der

⁹² Vgl. schon Kingreen VerfBlog 2020/3/20.

⁹³ SaarlVerfGH NVwZ-RR 2020, 514 (518): »Der Verlust des Grundrechts der Freiheit der Person ist Tag für Tag der Freiheitsbeschränkung ein endgültiger Nachteil. Er kann für die verstreichende Zeit nicht wieder ausgeglichen werden.«

⁹⁴ OVG Bautzen, Beschl. v. 15.04.2020, 3 B 113/20, Rn. 13: »Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot [...] jedenfalls derzeit noch nicht festzustellen.«

⁹⁵ Aber nicht in studentischen Prüfungsarbeiten: *Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2020, Rn. 1546 f.

⁹⁶ Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 1172.

⁹⁷ VGH München, Beschl. v. 03.07.2020, 20 NE 20.1492 (= Kingreen JK 10/2020, in diesem Heft).

⁹⁸ OVG Münster, Beschl. v. 29.06.2020, 13 B 911/20.NE, Rn. 105.

⁹⁹ OVG Münster, Beschl. v. 06.07.2020, 13 B 940/20.NE, Rn. 62.

Folgerichtigkeit ab.¹⁰⁰ Ein Gesetz- oder Verordnungsgeber, der sich bei Differenzierungen nicht an die Prämissen seines Entscheidungsprogramms hält, handelt beispielsweise gleichheitswidrig, wenn »identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird.«¹⁰¹ Es ist daher beispielsweise nicht zu rechtfertigen, dass ein Rauchverbot zwar auch in Einraum-Gaststätten, nicht aber in Bier-, Wein- und Festzelten gilt.

Die Rechtsprechung zu den Corona-Maßnahmen hat den Grundsatz der Folgerichtigkeit beispielsweise bei der Verkaufsflächenbegrenzung auf 800 qm angewendet. Diese Regelung war damit begründet worden, dass Abstands- und Hygieneregeln in kleineren Läden besser einzuhalten seien; zudem fürchtete man die erhebliche Zunahme des Publikumsverkehrs durch die Öffnung großer Einkaufszentren. An der Uneinheitlichkeit der Entscheidungen lässt sich freilich erkennen, dass der Maßstab der Folgerichtigkeit, der sich an den Entscheidungsprogramme der Landesverordnungsgeber orientiert, nicht sonderlich präzise ist. Einige Gerichte konnten die 800 qm-Grenze nachvollziehen,¹⁰² andere nicht,¹⁰³ einige akzeptierten bestimmte Ausnahmen wie etwa für Buchhandlungen,¹⁰⁴ andere nicht.¹⁰⁵ Nicht folgerichtig war es beispielsweise auch, bei touristischen Kutschfahrten andere Abstandsregelungen vorzusehen als bei touristischen Busreisen.¹⁰⁶

III. Staatsorganisationsrecht

Das Staatsorganisationsrecht, das seit einigen Jahren auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zunehmend an Bedeutung gewinnt, stand in den vergangenen Wochen etwas im Schatten der Diskussionen um die Vereinbarkeit der Maßnahmen zur Eindämmung des Virus mit den Grundrechten. Das mag daran liegen, dass es den Alltag in der Pandemie kaum betrifft. Dabei sind hier die eigentlich problematischen Verschiebungen der Achsen des politischen Systems erfolgt. Man mag das daran erkennen, dass

¹⁰⁰ Zu seiner Einordnung und Abgrenzung zum problematischen Postulat der Systemgerechtigkeit Kahl/Waldhoff/Walter/Kingreen Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3 [2020] Rn. 657.

¹⁰¹ BVerfGE 121, 317 (362f.).

¹⁰² Etwa OVG Lüneburg, Beschl. v. 27. 04. 2020, 13 MN 98/20, Rn. 62ff.

¹⁰³ OVG Saarlouis, Beschl. v. 27. 4. 2020, 2 B 143/20, Rn. 15 ff.

¹⁰⁴ OVG Hamburg, Beschl. v. 30. 04. 2020, 5 Bs 64/20, Rn. 53 ff. und OVG Münster, Beschl. v. 29. 04. 2020, 13 B 512/20.NE, Rn. 64 ff.

¹⁰⁵ VGH München, Beschl. v. 27. 04. 2020, 20 NE 20.793, Rn. 38 ff. und VGH Mannheim, Beschl. v. 30. 04. 2020, 1 S. 1101/20, Rn. 57 ff.

¹⁰⁶ OVG Lüneburg Beschl. v. 26. 6. 2020, 13 MN 236/20, Rn. 39 ff. und nochmals bekräftigt im Beschl. v. 17. 07. 2020, 13 MN 261/20, Rn. 27 ff.

alle der drei im Folgenden behandelten gesetzlichen Änderungen von den Wissenschaftlichen Diensten des Deutschen Bundestages für verfassungswidrig gehalten werden.¹⁰⁷

1. Gesetzgebungskompetenzen, Art. 70 ff. GG

Ein erstes Problem betrifft die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen. Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 i. V. m. Art. 72 GG besteht für Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz. Der Bund kann von dieser Kompetenz ohne weitere Voraussetzungen Gebrauch machen, weil Art. 72 Abs. 2 GG für den Kompetenztitel Nr. 19 nicht gilt. Dies ist durch das IfSG erfolgt.¹⁰⁸

Bayern¹⁰⁹ und Nordrhein-Westfalen¹¹⁰ haben zu Beginn der Pandemie eigene Infektionsschutzgesetze erlassen; in Niedersachsen wird das diskutiert.¹¹¹ Beide Gesetze sind zeitlich befristet (31. 12. 2020 bzw. 31. 03. 2021) und setzen die Feststellung eines Gesundheitsnotstands (Bayern) bzw. einer epidemischen Lage von landesweiter Tragweite (Nordrhein-Westfalen) voraus. In Bayern wurde dieser Mitte Juni 2020 aufgehoben und in Nordrhein-Westfalen die notwendige Verlängerung nicht beschlossen. Gleichwohl stellt sich die Frage der Gesetzgebungskompetenz. Gemäß Art. 72 Abs. 1 GG sind die Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung aber nur zur Gesetzgebung befugt, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Ein Gebrauchmachen liegt vor, wenn der Bundesgesetzgeber einen bestimmten Sachbereich tatsächlich umfassend und lückenlos geregelt hat oder wenn dem durch »Gesamtwür-

¹⁰⁷ Deutscher Bundestag. Wissenschaftliche Dienste: (1) Gesetzgebungskompetenz für den Infektionsschutz, WD 3-3000-081/20 v. 09. 04. 2020; (2) Zum Anwendungsbereich vom Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG und zu ungeschriebenen Verwaltungskompetenzen in Bezug auf § 5 Abs. 2 Infektionsschutzgesetz; WD 3-3000-111/20 v. 07. 05. 2020; (3) Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, WD 3-3000-080/20 v. 02. 04. 2020.

¹⁰⁸ Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) v. 20. 07. 2000, (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Art. 5 Corona-SteuerhilfeG v. 19. 6. 2020 (BGBl. I S. 1385).

¹⁰⁹ Bayerisches Infektionsschutzgesetz (BayIfSG) v. 25. 03. 2020, GVBl. 7/2020, 174.

¹¹⁰ Gesetz zur Regelung besonderer Handlungsbefugnisse im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler oder landesweiter Tragweite und zur Festlegung der Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz (Infektionsschutz- und Befugnisgesetz – IfSBG-NRW) v. 14. 04. 2020, GV. NRW. S. 218 b.

¹¹¹ LT-Drucks. 18/6294.

digung des betreffenden Normenkomplexes« entnommen werden kann, dass eine abschließende Regelung beabsichtigt war.¹¹²

Problematisch sind namentlich Bestimmungen in den Landesgesetzen, die vorsehen, dass die zuständigen Landesbehörden medizinisches, pflegerisches und sanitäres Material unter bestimmten Voraussetzungen beschlagnahmen können (Art. 2 Abs. 1 BayIfSG, § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSBG-NRW). Nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 d) IfSG kann das auch der Bundesminister für Gesundheit durch Rechtsverordnung regeln. Das ist allerdings noch nicht geschehen, so dass fraglich ist, ob bereits eine Rechtsverordnungsermächtigung an die Exekutive des Bundes¹¹³ oder erst der darauf gestützte Erlass der Rechtsverordnung die Sperrwirkung auslöst. Hier wird ein breites Spektrum von Meinungen vertreten.¹¹⁴ Vorgeschlagen wird etwa, zwischen Rechtsverordnungen des Bundes, die das bereits aus sich heraus anwendbare Gesetzesrecht lediglich konkretisieren (= Sperrwirkung schon durch die Ermächtigung) und solchen zu unterscheiden, die konstitutiven Charakter in dem Sinne haben, dass erst der Erlass der Rechtsverordnung die Rechtsfolgen der gesetzlichen Bestimmungen auslöst (= keine Sperrwirkung).¹¹⁵ Da nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 d) IfSG erst der Erlass der Rechtsverordnung Beschlagnahmerechte auslöst, wären die genannten Bestimmungen bei dieser Lesart verfassungsgemäß, würden aber mit dem Erlass der Rechtsverordnung verfassungswidrig. Gerade dieser Fall zeigt aber, dass die rigide Interpretation, dass jede Verordnungsermächtigung Sperrwirkung auslöst,¹¹⁶ unter dem Aspekt der Rechtssicherheit vorzugsweise sein kann. Denn in den Bestimmungen ist im Pandemiefall ein föderal fragwürdiger Wettbewerb zwischen Landesbehörden und Bundesministerium für Gesundheit um die Beschaffung von medizinisch notwendigen Gütern angelegt. Das spricht für die Verfassungswidrigkeit auch dieser Bestimmungen. Allerdings sind nach der hier vertretenen Auffassung auch in § 5 Abs. 2 IfSG enthaltenen Ermächtigungen an das Bundesministerium verfassungswidrig.¹¹⁷ Jedenfalls mit der Nichtigkeitsklärung von § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 d) IfSG durch das Bundesverfassungs-

gericht (vgl. § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG) würde dessen Sperrwirkung entfallen.

Allerdings kann die Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG auch eintreten, wenn der Bund eine bestimmte Materie bewusst nicht geregelt hat.¹¹⁸ Beispielsweise durfte der Freistaat Bayern den Fortbestand oder das Entstehen von auf Schwangerschaftsabbrüche spezialisierten Einrichtungen nicht dadurch verhindern, dass er vorsah, dass Einrichtungen nicht mehr als 25 % ihrer Gesamteinnahmen aus Schwangerschaftsabbrüchen erzielten, weil der Bundesgesetzgeber das Verhalten der Ärzte durch Vergütungsregelungen reguliert hatte.¹¹⁹ Wenn etwa der Bundesgesetzgeber bewusst darauf verzichtet, Personen im Pandemiefall zur Erbringung von medizinischen und pflegerischen Leistungen zu verpflichten, so löst schon das eine Sperrwirkung aus und sind die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen (Art. 6 Abs. 1 BayIfSG, § 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSBG-NRW) verfassungswidrig.

2. Verwaltungskompetenzen, Art. 83 ff. GG

Gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 IfSG wird das Bundesministerium für Gesundheit im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite¹²⁰ unbeschadet der Befugnisse der Länder ermächtigt, durch Anordnung Personen, die aus sog. Risikogebieten in die Bundesrepublik Deutschland einreisen wollen oder eingereist sind und die wahrscheinlich einem erhöhten Infektionsrisiko für bestimmte bedrohliche übertragbare Krankheiten ausgesetzt waren, zu verpflichten, sich ärztlich untersuchen zu lassen (lit. e)). Auf dieser Grundlage könnte das Ministerium etwa anordnen, dass sich individuell bestimmbare Einreisende aus Risikogebieten an deutschen Flughäfen auf die Infizierung mit dem Corona-Virus testen lassen müssen.¹²¹

Bei einer solchen Anordnung handelt es sich um einen Verwaltungsakt¹²² in Gestalt einer Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 VwVfG). Er wirft die Frage nach der verfassungsrechtlichen Verteilung der Verwaltungskompetenzen auf. Gemäß Art. 83 GG führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit die-

¹¹² BVerfGE 138, 261 Rn. 43 f.

¹¹³ Die Verordnungsermächtigung an die Landesexekutive kann hingegen keine Sperrwirkung auslösen, vgl. *Kingreen NVwZ* 2020, 737 (740).

¹¹⁴ Luzide Aufarbeitung bei von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle/Oeter Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 78–81.

¹¹⁵ So erstmals *Jarass NVwZ* 1996, 1041 (1046).

¹¹⁶ Etwa Sachs/*Degenhart* Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 26.

¹¹⁷ Dazu gleich unten 3.

¹¹⁸ BVerfGE 98, 265 (300).

¹¹⁹ BVerfGE 98, 265 (316).

¹²⁰ Der nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG notwendigen Feststellungsbeschluss des Deutschen Bundestages zur »epidemischen Lage von nationaler Tragweite« ist in der Sitzung vom 25. 03. 2020 erfolgt, s. Deutscher Bundestag. Stenografischer Bericht 154. Sitzung am 25. 03. 2020, S. 19169 C.

¹²¹ Tatsächlich hat das Ministerium aber eine auf § 36 Abs. 7 S. 1–3, 5 IfSG beruhende Rechtsverordnung erlassen.

¹²² Kluckert/*Rixen* Das neue Infektionsschutzrecht, 2020, § 4 Rn. 8.

ses Bundesgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Zugunsten der Länder streitet also eine doppelte Vermutung: Erstens sind sie es, die grundsätzlich die Bundesgesetze ausführen; der Bund ist nur in den Fällen der Art. 86 ff. GG zuständig. Zweitens führen sie die Bundesgesetze auch als eigene Angelegenheit durch, was dem Bund nur die in Art. 84 GG genannten Einflussmöglichkeiten eröffnet; nur ausnahmsweise führen die Länder die Bundesgesetze nicht als eigene Angelegenheit, sondern nach Art. 85 GG im Auftrag des Bundes durch.¹²³

Problematisch ist hier die erste Vermutungsregel, denn § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 IfSG ermöglicht eine Verwaltung des Bundes. Das soll zwar »unbeschadet der Befugnisse der Länder« geschehen, ändert aber nichts daran, dass hier der Bund ein Bundesgesetz ausführt. Es bedarf daher einer grundgesetzlichen Bestimmung, die von der Regel des Art. 83 GG abweicht. Diskutieren kann man das für Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG. Zum besseren Verständnis ist hier zunächst vorwegzuschicken, dass Art. 87 GG in seinen Abs. 1 und 2 für die dort bestimmten Fälle Bundesverwaltung obligatorisch oder fakultativ vorsieht; diese schließt, wie stets bei Verwaltungskompetenzen,¹²⁴ auch den Erlass von Verwaltungsakten ein.¹²⁵ Abs. 3 S. 1 GG erlaubt es nun, für sonstige Angelegenheiten, für die dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zusteht, u. a. selbständige Bundesoberbehörden zu schaffen. Im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit ist das namentlich das Robert-Koch-Institut, das als Bundesinstitut für Infektionskrankheiten und nicht übertragbare Krankheiten¹²⁶ fungiert sowie das Paul-Ehrlich-Institut als Bundesinstitut für Impfstoffe und biomedizinische Arzneimittel.¹²⁷ Umstritten ist aber, ob Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG generell eine Verwaltungskompetenz des Bundes begründet, die unabhängig ist von der Errichtung einer Bundesoberbehörde oder der anderen dort genannten Hoheitsträger. Wer so weit geht,¹²⁸ wird die Anordnungsbefugnis auch eines Ministeriums in § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 IfSG für verfassungs-

gemäß ansehen können. Die wohl überwiegende Gegenauffassung lehnt es ab, aus Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG die Zulässigkeit einer von der Organisationsform unabhängigen Bundesverwaltung abzuleiten.¹²⁹ Bei einer so weitgehenden Auslegung könnte der Bund die Ausführung der Gesetze weitgehend an sich ziehen, weil ihm für die meisten Materien die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Würde Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG eine derart fundamentale Verschiebung der bundesstaatlichen Achsen im Bereich der Exekutive decken, würde er zumindest eine Zustimmung des Bundesrates vorsehen, um den Ländern zumindest ein konstitutives Mitentscheidungsrecht bei der Entziehung von Verwaltungsaufgaben einzuräumen. Auch eine ohnehin fragwürdige sog. ungeschriebene Verwaltungskompetenz scheidet aus, denn diese kann allenfalls greifen, wenn der Zweck des Gesetzes »durch das Verwaltungshandeln eines Landes überhaupt nicht erreicht werden kann,«¹³⁰ was aber nicht ersichtlich ist.¹³¹

Aus alledem folgt, dass § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 IfSG verfassungswidrig ist. Verwaltungsrechtlich wird daraus sogar die Konsequenz gezogen, dass die aufgrund dieser Vorschrift ergangenen Anordnungen wegen offensichtlicher Unzuständigkeit nach § 44 Abs. 1 VwVfG nichtig sind.¹³² Dagegen spricht aber, dass die Auslegung von Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG umstritten ist und daher die Unzuständigkeit jedenfalls nicht »bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich« (§ 44 Abs. 1 VwVfG) ist.¹³³

3. Krisengesetzgebung durch Rechtsverordnungen

Neben diese krisentypische Tendenz zur Zentralisierung von Macht tritt eine nicht minder typische, aber deshalb nicht weniger problematische Entparlamentarisierung. Der bereits erwähnte § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG¹³⁴ ermächtigt das Bundesministerium für Gesundheit u. a., »Ausnahmen« von

¹²³ Zum Ganzen *Burgi/Zimmermann JURA* 2019, 951 (952ff.).

¹²⁴ von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle/*Trute* Grundgesetz. Kommentar Bd. III, 7. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 19.

¹²⁵ Daran anknüpfend Kluckert/*Kluckert* Das neue Infektionsschutzrecht, 2020, § 2 Rn. 32, der meint, das Bundesministerium für Gesundheit fungiere insoweit als Bundesgrenzschutzbehörde i. S. v. Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG.

¹²⁶ § 2 Abs. 1 des Gesetzes über Nachfolgeeinrichtungen des Bundesgesundheitsamtes (BGA-Nachfolgegesetz – BGA-NachfG).

¹²⁷ § 1 Abs. 1 des Gesetzes über das Bundesinstitut für Impfstoffe und biomedizinische Arzneimittel.

¹²⁸ v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle/*Burgi* Grundgesetz. Kommentar Bd. III, 7. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 97; *Hermes/Dreier* Grundgesetz. Kommentar Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 79.

¹²⁹ Insbes. Maunz/Dürig/*Ibler* Grundgesetz. Kommentar, Art. 87 [2012] Rn. 265; Isensee/Kirchhof/*Oebbecke* Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 136 Rn. 93; *Sachs* Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 69.

¹³⁰ So BVerfGE 41, 291 (312).

¹³¹ Kluckert/*Rixen* Das neue Infektionsschutzrecht, 2020, § 4 Rn. 24 f.

¹³² So Kluckert/*Rixen* Das neue Infektionsschutzrecht, 2020, § 4 Rn. 26.

¹³³ Näher zur Problematik der fehlenden Verbandskompetenz Stelkens/Bonk/*Sachs* Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 44 Rn. 161 ff.

¹³⁴ Vgl. oben 1.

den parlamentsgesetzlichen Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes (Nr. 3), des Arzneimittelgesetzes, des Betäubungsmittelgesetzes, des Apothekengesetzes, des Sozialgesetzbuchs V, des Transfusionsgesetzes sowie nicht näher benannter medizinprodukterechtlicher und arbeitsschutzrechtlicher Regelungen (Nr. 4) vorzusehen. Auch darf es durch Rechtsverordnung »Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung in ambulanten Praxen, Apotheken, Krankenhäusern, Laboren, Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen und in sonstigen Gesundheitseinrichtungen in Abweichung von bestehenden gesetzlichen Vorgaben« (Nr. 7) sowie »abweichende Regelungen« von nicht näher definierten Vorschriften der »Berufsgesetze der Gesundheitsfachberufe« (Nr. 10) regeln. Gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 IfSG tritt eine auf Grund von § 5 Abs. 2 IfSG erlassene Rechtsverordnung mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag (§ 5 Abs. 1 S. 2 IfSG) außer Kraft, ansonsten spätestens mit Ablauf des 31. 03. 2021.

Diese Beförderung des Gesundheitsministers zum Verteidigungsminister im Pandemiefall ist der wohl gravierendste Verfassungsbruch in der Pandemie. Nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG können Gesetze zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen, wenn sie gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmen. Art. 80 Abs. 1 GG steht im historischen Kontext der »leidvollen Erfahrungen deutscher Verfassungsentwicklung«¹³⁵ und fungiert als »bereichsspezifische Konkretisierung des Rechtsstaats-, Gewaltenteilungs[...] und Demokratieprinzips«¹³⁶. Er sollte »der »Ermächtigungsgesetzgebung« einen Riegel vorschieben und eine geräuschlose Verlagerung der Rechtsetzungsmacht auf die Exekutive sowie die damit verbundene Veränderung des Verfassungssystems verhindern.«¹³⁷ Das Parlament darf sich aus diesem Grunde, so das Bundesverfassungsgericht, nicht »durch eine Blankoermächtigung an die Exekutive seiner Verantwortung für die Gesetzgebung entledigen und damit selbst entmachten.«¹³⁸

Bundesverfassungsgericht¹³⁹ und die überwiegende Meinung im Schrifttum¹⁴⁰ halten zwar gesetzesvertretende

Verordnungen grundsätzlich für zulässig. Das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG setzt ihnen aber Grenzen. Der parlamentarische Gesetzgeber muss »durch die Ermächtigung selbst entscheiden, welche Fragen durch Rechtsverordnung geregelt werden können oder sollen.« Das Bundesverfassungsgericht hat diese Vorgabe in mehreren Dimensionen entfaltet: einem *Selbstentscheidungs-vorbehalt* des Parlaments, das die »Grenzen einer solchen Regelung festlegen und angeben [muss], welchem Ziel sie dienen soll«; einer *Programmfestsetzungspflicht*, die den Gesetzgeber anhält, der ermächtigten Stelle ein »Programm« an die Hand zu geben, das mit der Ermächtigung verwirklicht werden soll, und schließlich das hier besonders virulente *Vorhersehbarkeitsgebot*, wonach bereits aufgrund der Ermächtigung vorhersehbar sein muss, »in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können, so dass sich die Normunterworfenen mit ihrem Verhalten darauf einstellen können.«¹⁴¹ Das Bundesverfassungsgericht ist sogar so weit gegangen, dass in einer Rechtsverordnung »niemals *originärer* politischer Gestaltungswille der Exekutive zum Ausdruck kommen« dürfe.¹⁴²

Das Bestimmtheitsgebot in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG begründet also nicht nur ein politisches Gestaltungsrecht, sondern im Verhältnis zur Exekutive auch eine *Gestaltungspflicht* des parlamentarischen Gesetzgebers. Für die Ermächtigung zu gesetzesvertretenden Verordnungen gilt dies in ganz besonderem Maße, denn diese sollen an die Stelle von Regelungen treten, die Ausdruck seines legislativen Willens sind. Das meint das Bundesverfassungsgericht, wenn es die Grenzen der Zulässigkeit gesetzesvertretender Verordnungen überschritten sieht, »wo der Gesetzgeber Vorschriften von solcher Bedeutung und in solchem Umfang für subsidiär erklärt, dass sich dadurch innerhalb des Staatsgefüges eine Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung ergibt.«¹⁴³ Die Rechtsprechung hat gesetzliche Ermächtigungen zu gesetzesvertretenden Verordnungen dementsprechend bislang nur für verfassungsgemäß erklärt, soweit

¹³⁵ Isensee/Kirchhof/Ossenbühl Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 2.

¹³⁶ BVerfGE 150, 1 (100).

¹³⁷ Isensee/Kirchhof/Ossenbühl Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 2.

¹³⁸ BVerfGE 150, 1 (100).

¹³⁹ BVerfGE 8, 155 (170 f.) und BVerfG NJW 1998, 669 (670).

¹⁴⁰ Dreier/Bauer Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 20; Sachs/Mann Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 11; Kahl/Waldhoff/Walter/Nierhaus Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 80 [1998] Rn. 233f.; Maunz/Dürig/Remmert

Grundgesetz. Kommentar, Art. 80 [2013] Rn. 91, 99; von Münch/Kunig/Walrabenstein Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, Art. 80 Rn. 10. – Kritisch allerdings Uhle Parlament und Rechtsverordnung, 1999, S. 420 ff.

¹⁴¹ BVerfGE 150, 1 (101); ferner etwa von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle/Brenner Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 40; Jarass/Pieroth/Kment Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. 2020, Art. 80 Rn. 13.

¹⁴² BVerfGE 78, 249 (273); Hervorhebungen im Original.

¹⁴³ BVerfGE 8, 155 (171).

sie Abweichungen von konkret bezeichneten gesetzlichen Vorschriften zuließen.¹⁴⁴ Die Beschränkung auf konkret bezeichnete Einzelbestimmungen in der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ist notwendig, um den politischen Gestaltungsprimat des parlamentarischen Gesetzgebers zu wahren. Sie dient aber auch der rechtsstaatlichen Klarheit: Schon jetzt gibt es auf der Grundlage von § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG eine ausschweifende »Nebengesetzgebung«¹⁴⁵, die dazu führt, dass man nicht mehr sicher sein kann, ob das im »Hauptgesetz« Geregelter tatsächlich gilt.

Die Ermächtigungsgrundlagen in § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG erlauben ohne jede Differenzierung Ausnahmen und Abweichungen von allen Normen der dort bezeichneten Gesundheitsgesetze. Da dazu auch das Infektionsschutzgesetz selbst gehört, könnte selbst § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG suspendiert werden. Bezogen auf die gesetzlichen Normen, die durch die Verordnung modifiziert werden können, handelt es sich also um eine Blankovollmacht, die weitaus mehr als 1.000 Vorschriften umfasst. Hinzu kommt, dass die Ermächtigungsgrundlagen entweder gar keine Voraussetzungen für die »Ausnahmen« und »Abweichungen« von den Gesetzen beinhalten (Nr. 4 a), 7, 8 und 10) oder so weit gefasst sind (Nr. 3: »um die Abläufe im Gesundheitswesen und die Versorgung der Bevölkerung aufrecht zu erhalten«), dass sich nicht erkennen lässt, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen sie aktiviert werden sollen. Gesetze, die ein Ministerium weitgehend schrankenlos nicht nur konkretisieren, sondern auch aufheben kann, lassen sich aber mit dem Maßstab der Bestimmtheit i. S. v. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht mehr erfassen.¹⁴⁶ Sie sind daher verfassungswidrig.

IV. Studium und Lehre in der Pandemie

Die Pandemie lädt also ein zum Ritt auch durch zuvor weniger bereiste Gefilde des Grundgesetzes. Verfassungsbestimmungen, die bislang eher am Rande der Ausbildung standen (etwa Art. 2 Abs. 2 S. 2, 11 Abs. 1, 80 Abs. 1 und 83 ff. GG), rücken in den Mittelpunkt. Die Pandemie ist die Stunde des Verfassungsrechts, das freilich auch im jetzt beginnenden Wintersemester 2020/21 nach wie vor weitgehend in digitaler Form gelehrt werden wird. Meine

Bilanz nach einem Semester digitaler Lehre auch des Verfassungsrechts ist zwiespältig:

Auf der einen Seite: Die Universität ist ungeachtet aller Hierarchien Gemeinschaft von Lehrenden und Lernenden, sie ist gerade in Krisenzeiten ein wichtiger auch gesamtgesellschaftlicher Diskursraum, der auch das eher zufällige und beiläufige Gespräch ermöglicht. Die Präsenzuniversität ist insoweit wesentlich offener, niedrigschwelliger und informaler als digitale Gesprächsformate, die mit einem Klick (»Meeting beenden«) plötzlich vorbei sind. Die synchrone digitale Lehre mag zwar der Präsenzlehre noch am nächsten kommen, aber der Blick in überwiegend schwarze Kacheln ist für uns Lehrende frustrierend, die Gesprächskultur vor allem in Seminaren leidet enorm. Ganz zu schweigen von Kollegen und Kolleginnen, die der Meinung sind, ihre Lehrverpflichtung durch das Hochladen von Skripten erfüllen zu können. Studierende haben in dem vergangenen Semester auch gelernt zu unterscheiden: zwischen Professoren und Professorinnen, die die Lehre nur noch als lästige Pflichtübung betrachten, und solchen, die sich wirklich für sie und die Sache interessieren.

Auf der anderen Seite: Gleich zu Beginn der Pandemie bekam ich von meiner Universität Regensburg, die anders als andere Universitäten für ihre Beschäftigten zu keinem Zeitpunkt geschlossen war, eine Bescheinigung, in der es hieß, dass ich mich zwischen meinem Wohnort und der Universität jederzeit frei bewegen können müsse, weil meine »Tätigkeit zur Aufrechterhaltung des notwendigen Betriebs der Universität zwingend erforderlich ist.« Das war ebenso motivationssteigernd wie die Tatsache, dass nach übereinstimmenden Berichten die Lehrveranstaltungen voller waren als sonst, bisweilen so voll, dass auch unter präpandemischen Hygienestandards nicht alle Zuhörenden in den an sich vorgesehenen Raum gepasst hätten. Viele Studierende hatten ihren Job verloren, da blieb ihnen – wie mir eine Studentin ganz offenherzig sagte – gar nichts anderes übrig als in Vorlesungen zu gehen. Andere wären, wie eine Evaluation ergab, zu einer Präsenzveranstaltung wegen der weiten Anfahrten nicht gekommen. Man kann auch fragen, ob wir nicht aus der digitalen Lehrerfahrung etwas mitnehmen können, insbesondere für die Großvorlesungen, die man mit guten Gründen als Auslaufmodell ansehen kann.¹⁴⁷ Die Großvorlesung lässt sich möglicherweise partiell durch Videos oder Podcasts ersetzen, die zunächst knapp die Grundlagen erläutern, die dann in Präsenz in wesentlich kleineren Gruppen diskursiv vertieft werden. Für die Studierenden hätte dieses

¹⁴⁴ BVerfGE 8, 155 (171).

¹⁴⁵ Zusammenstellung der auf der Grundlage von § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG erlassenen Rechtsverordnungen: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen.html>.

¹⁴⁶ Möllers VerBlog, 2020/3/26.

¹⁴⁷ Löhnig in: Kramer/Kuhn/Putzke, Fehler im Jurastudium, 2012, 147 ff.

(von einzelnen digital-affinen Kollegen und Kolleginnen offenbar schon praktizierte) Modell den Vorteil, dass sie in den ersten Semestern nicht mehr frontal berieselte Konsumenten und Konsumentinnen sind, die irgendwann wieder in die Selbständigkeit fliehen, sondern Veranstaltungen im sokratischen Sinne aktiv mitgestalten dürfen

(und müssen!); für uns Lehrende erscheint attraktiv, dass wir nicht zum x-ten Mal im Hörsaal die Drei-Stufen-Theorie aufsagen müssen.

Die Krise lehrt uns also, dass es sich mehr denn je lohnt, Verfassungsrecht zu lernen und zu lehren, aber vielleicht nicht mehr in der Form wie bislang.