

Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie

Prof. Dr. Thorsten Kingreen*

In der Pandemie hat das horizontale und vertikale Gewaltengefüge einige ruckartige Verschiebungen erlebt. Der Deutsche Bundestag hat grundrechtswesentliche Entscheidungen meist der Exekutive überlassen, mit einer kurzen Unterbrechung, als er die Aufgaben der Exekutive durch die Bundesnotbremse gleich mit übernommen hat. In der neuen Legislaturperiode braucht das Infektionsschutzgesetz auch deshalb einen Relaunch.

I. Einleitung

1Das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip rahmen die Ausübung der Staatsgewalt durch die „Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung“ (Art. 20 II 2 GG). Beide Prinzipien gibt es nach deutschem Verfassungsverständnis nur im Gesamtpaket:¹ Das Volk übt die ihm durch Art. 20 II 1 GG zugewiesene Staatsgewalt praktisch ausschließlich durch die Wahl des Bundestags (und der Landesvertretungen, Art. 28 I 2 GG) aus. Daher ist der Bundestag das „zentrale demokratische Verfassungsorgan“² und das Gesetz, seine einzige formalisierte Handlungsform, der Mittler von sachlicher Legitimation für die beiden anderen Staatsgewalten. Legitimation bedingt Obligation: Im Rechtsstaat sind „vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Recht und Gesetz gebunden“ (Art. 20 III GG), weil ein Gesetz, das nicht bindet, den Volkswillen nicht verkörpern und in die anderen Staatsgewalten verlängern kann. Die unbedingte Bindung an Recht und Gesetz und ihre Kontrolle durch unabhängige Gerichte sind daher Eckpfeiler eines Rechtsstaats, der demokratische Legitimation ermöglicht.

2Die Verschränkung von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip äußert sich namentlich im Parlamentsvorbehalt. Dieser wurzelt im schon vorkonstitutionell angelegten rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt für Grundrechtseingriffe der Verwaltung und ist dann nachkonstitutionell über die Wesentlichkeitslehre zu einem Vorbehalt parlamentarischer Regelung grundrechtswesentlicher Fragen fortgeschrieben worden.³ Er ist damit zugleich Ausdruck der elementaren Funktion des demokratischen Rechtsstaats, die Grundrechte des Einzelnen vor dem Zugriff einer nicht gesetzeseingeleiteten Staatsgewalt zu schützen.⁴ Das für Legitimation wie Limitation bedeutsame Gesetz bedingt aber keinen „Gewaltenmonismus“⁵: Der in Art. 20 II 2 GG normierte Grundsatz der Gewaltengliederung zielt auch auf eine funktionsadäquate Wahrnehmung von Aufgaben,⁶ was bedeutet, dass „Entscheidungen von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen“⁷.

Kingreen: Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie(NJW 2021, 2766)

2767

3Während daher das Parlament aufgrund der Formalisierung eines pluralistischen Diskurses im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens strukturell vor allem für grundlegende Fragen zuständig ist, kann die Verwaltung schneller, ortsnäher und damit auch differenzierter entscheiden als das Parlament. Immanenter Bestandteil des Gewaltenteilungsgrundsatzes und damit des demokratischen Rechtsstaats ist schließlich die rechtsprechende Gewalt (Art. 92 GG), deren Entscheidungen Verbindlichkeit auch gegenüber dem Gesetzgeber beanspruchen.⁸

4In der Pandemie hat dieses ebenso volatile wie sensible Gewaltengefüge zum Teil ruckartige Verschiebungen erlebt. Das im Zentrum des demokratischen Rechtsstaats stehende

Parlamentsgesetz hat Etappen der Marginalisierung ebenso wie der Hypertrophierung durchlaufen, die im Folgenden näher aufgefächert werden. Ob sich der demokratische Rechtsstaat dabei „bewährt“ hat und ob es „gut“ oder „schlecht“ oder irgendwie „mittelprächtig“ gelaufen ist, mag schöngestige Feuilletonisten, hyperaktive Twitterer und hektische Headliner interessieren, ist aber kein verfassungsrechtlicher Maßstab. Die Verfassungsrechtswissenschaft überprüft Einzelmaßnahmen anhand der konkreten Emanationen des demokratischen Rechtsstaats.⁹ Aber sie ist keinesfalls auf diese Kontrollperspektive beschränkt.¹⁰ Sie kann vielmehr auch krisenbedingte Verschiebungen zwischen den Staatsgewalten konstatieren, Veränderungen des föderalen Arrangements kritisieren und sachadäquate Zuständigkeiten, Verfahren und Parameter für Abwägungen einfordern, ohne zu behaupten, dass verfassungswidrig handelt, wer solchen Handlungsempfehlungen nicht eins zu eins folgt.

II. Phase 1 (seit März 2020)

5In der ersten Phase der Pandemie hatte das Parlamentsgesetz, wenig überraschend, einen schweren Stand. Die infektionsrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen (§§ 28, 30, 32 IfSG) waren auf Masernausbrüche in Kindergärten und bakteriell verunreinigte Dorfteiche zugeschnitten, nicht aber auf eine Pandemie, die flächendeckende Breitbandeingriffe unabhängig von individuell zurechenbaren Gefahren erforderlich machte. Kurzatmige und wegen teilweise fehlender Gesetzgebungskompetenz auch verfassungsrechtlich fragwürdige Infektionsschutzgesetze in Bayern und Nordrhein-Westfalen¹¹ blieben die Ausnahme und zur Schärfung des Parlamentsvorbehalts für die erheblichen Grundrechtseinschränkungen bedeutungslos.

1. Gesetzesvertretende Rechtsverordnungen (§ 5 II IfSG)

6Auch der Bundesgesetzgeber hat zwar umgehend gehandelt. Zwischen den ersten Entwürfen und der Verabschiedung des Ersten Bevölkerungsschutzgesetzes¹² am 27.3.2020 vergingen nur wenige Tage. Aber dieses Gesetz hat nicht nur keinen Beitrag dazu geleistet, die Grundrechtseinschränkungen parlamentsgesetzlich zu legitimieren. Vielmehr implementierte § 5 IfSG ein exekutivistisches Krisenbewältigungsprogramm, mit dem sich der Bundestag zunächst in den „Pandemie-Modus“¹³ versetzte. Es wird ausgelöst durch eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ voraus, die der Bundestag, wie es in § 5 I 1 IfSG aF indikativisch-lapidar hieß, feststellt und nach Satz 2 der Vorschrift wieder aufhebt, wenn ihre (im Gesetz zunächst nicht benannten) Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Dieser Feststellungsbeschluss, den der Bundestag erstmals am 27.3.2020 gefällt und seither immer wieder verlängert hat, ermächtigt(e) das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) unter anderem zum Erlass von Rechtsverordnungen, die sogar „Ausnahmen“ (§ 5 II Nr. 3 und Nr. 4 a IfSG aF) und „Abweichungen“ (§ 5 II Nr. 7 IfSG) von nicht näher konkretisierten gesetzlichen Vorschriften erlaub(t)en. Mittlerweile knüpft eine ganze Reihe weiterer Ermächtigungsgrundlagen an den Feststellungsbeschluss nach § 5 I 1 IfSG an.¹⁴

7§ 5 II IfSG ist mit Art. 80 I GG nicht vereinbar und daher verfassungswidrig.¹⁵ Art. 80 I GG soll „eine geräuschlose Verlagerung der Rechtsetzungsmacht auf die Exekutive sowie die damit verbundene Veränderung des Verfassungssystems verhindern“¹⁶. Das Parlament darf sich aus diesem Grunde nicht „durch eine Blankoermächtigung an die Exekutive seiner Verantwortung für die Gesetzgebung entledigen und damit selbst entmachten“¹⁷. Die Ermächtigungsgrundlagen in § 5 II IfSG aF erlauben aber und erlauben bis heute (§ 5 II 1 IfSG) ohne jede Differenzierung „Ausnahmen“ und „Abweichungen“ von allen Normen der dort

bezeichneten Gesundheitsgesetze. Dabei handelt es sich um weitaus mehr als 1.000 Vorschriften.

8 Erschwerend kommt hinzu, dass das Gesetz keine begrenzenden Anforderungen an den Einsatz der gesetzesvertretenden Verordnungen stellt. Abgesehen davon bleibt rätselhaft, warum der Bundestag eine solche Blankovollmacht ausstellt, hat er doch ausgerechnet mit diesem Gesetz bewiesen, dass auch er zügig entscheiden kann. Und so eilig scheint es dann auch nicht gewesen zu sein, denn das BMG hat sich mit dem Erlass der meisten Rechtsverordnungen durchaus Zeit gelassen.¹⁸ Die ursprüngliche Befristung der Rechtsverordnungen (§ 5 IV IfSG aF: 31.3.2021), die Kritiker hatte beruhigen sollen, ist im Februar 2021 aufgehoben¹⁹ und damit ein verfassungswidriger Zustand verfestigt worden.

2. Feststellung einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ (§ 5 I IfSG)

9 Die Konstruktion der Feststellung der „epidemische[n] Lage von nationaler Tragweite“ (§ 5 I 1 IfSG) durch den

Kingreen: Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie(NJW 2021, 2766)

2768

Bundestag ist zwar selbst nicht verfassungswidrig. Nicht nur Freunde einer stringenten Handlungsformenlehre dürfte es aber überraschen, dass der Bundestag in regelmäßigen Abständen (§ 5 I 3 IfSG) immer wieder beschließen muss, dass ein von ihm selbst beschlossenes Gesetz auch wirklich angewendet werden darf.

10 Offenbar will man damit den nach wie vor bestehenden Legitimationsdefiziten bei den gefahrenabwehrrechtlichen Rechtsgrundlagen²⁰ begegnen.²¹ Wenn der Bundestag aber der Ansicht sein sollte, dass die von ihm beschlossenen Gesetze zu unbestimmt sind, um das notwendige Legitimationsniveau für Grundrechtseingriffe sicherzustellen, muss er sie im regulären Gesetzgebungsverfahren (Art. 76 ff. GG) nachschärfen. Sind sie hingegen hinreichend konkret, benötigen sie keinen Feststellungsbeschluss, um zu gelten. Mittlerweile kann der Bundestag den Feststellungsbeschluss auch gar nicht mehr so einfach aufheben bzw. muss seit der Neuregelung in § 5 I 3 IfSG sein Fortbestehen alle drei Monate feststellen. Ohne diese Feststellung würde nämlich nicht nur die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ enden, sondern es wären auch viele infektionsschutzrechtliche Rechtsgrundlagen, insbesondere § 28a IfSG, nicht mehr anwendbar.²² Dabei könnte es sich ja durchaus als notwendig erweisen, gewisse Schutzmaßnahmen wie die AHA-Regeln (§ 28a I Nr. 1 und 2 IfSG) auch dann noch aufrecht zu erhalten, wenn die mittlerweile in § 5 I 6 IfSG normierten Tatbestandsvoraussetzungen einer „epidemischen Lage“ gar nicht mehr vorliegen. Auf diese Weise verfestigt und verstetigt sich ein an sich temporär konzipiertes Regelungsregime mitsamt seinen alarmistischen Untertönen.

III. Phase 2 (seit November 2020)

11 Im Herbst 2020 konnte man zunächst nur bilanzieren, dass „Parlamente als zentrale Orte der Demokratie“ bei der Pandemiebekämpfung „praktisch kaum vor“²³ kamen. Die Pandemie-Governance war geprägt durch Landes-Rechtsverordnungen, die – durch gubernative Bundes-Länder-Konferenzen koordiniert – über acht Monate hinweg auf der Grundlage präpandemischer Gesetze erlassen worden waren. Die politischen Auseinandersetzungen, die im Bundestag nicht geführt wurden, fanden auf der Straße statt, auf der alsbald wissenschaftsfeindliche Esoteriker und selbsternannte Querdenker das Wort führten. Es gehört zu den bitteren Ironien der Geschichte der Pandemie, dass ausgerechnet diejenigen, die die

Parlamentarisierung der Pandemiepolitik angemahnt hatten, später in die politische Mithaftung für die Eskalation außerparlamentarischer Proteste genommen werden sollten.²⁴

1. Versuch einer Parlamentarisierung der Schutzmaßnahmen (§ 28a IfSG)

12 Am 19.10.2020 wandte sich der Bundestagspräsident schriftlich an die „Kolleginnen und Kollegen“ und forderte eine aktivere Rolle des Parlaments ein, „um den Eindruck zu vermeiden, Pandemiebekämpfung sei ausschließlich Sache von Exekutive und Judikative“. In der Anlage fand sich ein Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags, das verfassungsrechtliche Bedenken an der Exekutivlastigkeit der Pandemiepolitik vorgetragen hatte.²⁵

13 Wenig später äußerte der *VGH München* in einer Entscheidung zu den Betriebsschließungen im Bereich des Gaststätten- und Hotelgewerbes „erhebliche Zweifel“ daran, „ob die [...] angegriffenen Maßnahmen noch mit den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts bzw. des Bestimmtheitsgebots aus Art. 80 I 1 GG vereinbar sind.“²⁶ Auch im Schrifttum sind diese Bedenken verbreitet artikuliert worden.²⁷

14 Anfang November 2020 wurde erstmals der Entwurf eines neuen § 28a IfSG vorgelegt, der explizit mit der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit stärkerer parlamentsgesetzlicher Steuerung der Schutzmaßnahmen begründet wurde.²⁸ Er stieß bei der Anhörung im Gesundheitsausschuss des Bundestags auf verbreitete Kritik, die in Einzelfragen, aber nicht hinsichtlich der Grundkonzeption aufgegriffen wurde.²⁹ Die Kritik ist aus einer Vielzahl von Gründen berechtigt:

15 *Erstens* wird nach dem Wortlaut von § 28a I IfSG keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage geschaffen, sondern es werden „[n]otwendige Schutzmaßnahmen iSd § 28 I und II“ aufgezählt. Mit dieser eine Fülle von Fragen aufwerfenden Anknüpfung³⁰ wird der kategoriale Unterschied zwischen Einzelmaßnahmen, die an individuell zurechenbare Gefahren anknüpfen, und flächendeckenden Schutzmaßnahmen verwischt.³¹

16 *Zweitens* knüpft auch § 28a IfSG an die „Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ (§ 5 I IfSG) an, muss also durch einen Bundestagsbeschluss aktiviert werden, was nicht notwendig wäre, wenn die Norm hinreichend bestimmt und damit „self-executing“ wäre.

17 *Drittens* genügt es dem Parlamentsvorbehalt nicht, wenn einfach nur retrospektiv Maßnahmen aufgezählt werden, die in der Vergangenheit ergriffen wurden,³² sondern es ist erforderlich, dass für diese Maßnahmen tatbestandliche Grenzen formuliert werden, die die grundrechtliche Eingriffstiefe reflektieren.³³ Das geschieht aber nur in § 28a II IfSG, der für die dort benannten Maßnahmen den Grundsatz der Erforderlichkeit nachschärft. Im Übrigen ist § 28a IfSG aber nicht als klassische gefahrenabwehrrechtliche Norm formuliert. Insbesondere sein Absatz 3 regelt nicht, unter

Kingreen: Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie(NJW 2021, 2766)

2769

welchen Voraussetzungen in grundrechtliche Freiheiten eingegriffen werden darf, sondern nur, was die Anforderungen an Schutzkonzepte durch die Länder sind. Es wird also ein Untermaßverbot für den Schutz normiert, aber kein Übermaßverbot für Freiheitseingriffe. Das Verhältnis von individuellem Gesundheitsschutz („Schutz von Leben und Gesundheit“) zum Schutzgut der öffentlichen Gesundheit („Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“) ist dabei ebenso unklar wie der Unterschied zwischen „umfassenden“ (S. 5) und „breit angelegten“ (S. 7) Schutzmaßnahmen und das später durch § 28b IfSG³⁴ noch angereicherte Potpourri von Inzidenzwerten in den Sätzen 5–7, die dort als alleiniger Maßstab benannt sind,

obwohl sie es nach Satz 4 („insbesondere“) nicht sein sollten. Indem die Norm tiefgreifende Grundrechtseingriffe durch dynamische Verweise auf volatile und nur partiell aussagekräftige Grenzwerte entpolitisiert, verliert sie vollends die ihr zugeordnete Legitimationsfunktion. In der fachgerichtlichen Rechtsprechung ist die Verfassungsmäßigkeit der Norm allerdings nicht grundlegend infrage gestellt worden.³⁵

2. Faktische Institutionalisierung der Bund-Länder-Konferenzen

18Die nach wie vor bestehende Unbestimmtheit der Rechtsgrundlagen für die Schutzmaßnahmen gegen das Virus und der – rechtspolitisch durchaus fragwürdige³⁶ und in der Sache auch nie ganz erfüllte – Wunsch nach einheitlichen Regeln hat im Herbst 2020 zu einer faktischen Institutionalisierung der Bund-Länder-Konferenzen geführt. Zwischen dem 29.9.2020 und dem 22.3.2021 trat das Gremium insgesamt 14-mal,³⁷ also etwa im Zwei-Wochen-Takt, zusammen.

19Verfassungsrechtlich ist eine Bund-Länder-Koordination als Instrument des kooperativen Föderalismus³⁸ zwar selbstverständlich zulässig. Aber verfassungspolitisch erweist sie sich primär dort als notwendig, wo die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern Lebenszusammenhänge zerschneidet und daher gesamtstaatliche Kommunikation und Kooperation angezeigt ist, wie namentlich im Bildungsbereich.³⁹ Im Infektionsschutzrecht ist das aber nicht der Fall: Der Bund kann die ihm in Art. 74 I Nr. 19 GG zugewiesene Gesetzgebungskompetenz mit üblicher Beteiligung des Bundesrates voll umfänglich ausschöpfen, zumal das Subsidiaritätsprinzip in Art. 72 II GG nicht anwendbar ist. Er muss also nur hinreichend bestimmte Gesetze erlassen, die die Länder dann als eigene Angelegenheit ausführen (Art. 83, 84 I GG) bzw. auf deren Grundlage sie Rechtsverordnungen (Art. 80 I GG, § 32 IfSG) erlassen. Gubernative Bund-Länder-Koordination ist im demokratischen Rechtsstaat keine Kompensation für defizitäre Gesetzgebung.

20Dass der Bund-Länder-Mechanismus in der Pandemie sehr weitgehend die Funktion der Bundesgesetzgebung übernommen und das Landesverordnungsrecht politisch determiniert hat, ist daher sowohl aus bundesstaatlicher⁴⁰ als auch aus demokratisch-rechtsstaatlicher Perspektive alles andere als trivial. Für den Schutz der Grundrechte, in die die Landesrechtsverordnungen aufgrund der politisch bindenden Beschlüsse der Bund-Länder-Konferenzen erheblich eingreifen, sind Verfahren, in denen solche Entscheidungen fallen, elementar. Die Rechtsprechung hat die Verfahrensdimension der Grundrechte vor allem für das Verwaltungsverfahren profiliert.⁴¹ Aber für den Grundrechtsschutz sind auch formalisierte Gesetzgebungsverfahren von erheblicher Bedeutung. In ihm sollen Mehrheit und Minderheit politische Zielkonflikte und divergierende Interessen artikulieren. Daher räumt Art. 76 I GG sowohl der Regierung als auch der Opposition das Recht zur Gesetzesinitiative ein.⁴² Die Opposition bleibt auch im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens eine wichtige Akteurin. Sie kann namentlich im Rahmen von Anhörungen in den Ausschüssen (§ 70 GOBT) wissenschaftlichen Sachverstand in den Rechtsetzungsprozess einspeisen und es über Repräsentantinnen und Repräsentanten der Zivilgesellschaft einer kritischen Gegenöffentlichkeit ermöglichen, blinde Flecken im Regelungsprogramm der Parlamentsmehrheit aufzudecken. Das Gesetzgebungsverfahren bürgt auf diese Weise gleichermaßen für Qualität wie für Pluralität; seine Regeln im Grundgesetz und der Geschäftsordnung des Bundestages sind Bedienungsanleitungen für einen gelingenden demokratischen Rechtsstaat.

21 Exekutivistische Bund-Länder-Konferenzen können diese „institutionalisierte Kompromissbildung“⁴³ schon deshalb nicht leisten, weil sie die Opposition im Bundestag ausschließen. Sie reduzieren damit aber auch die Möglichkeit, multidisziplinäres Wissen zu generieren und gegenläufige Interessen zu gewichten. Monodisziplinäre Politikberatung begünstigt hingegen eklektizistische Schnellschussentscheidungen, die „der eigenen Politik einen improvisiert zusammengeflackten Mantel des Rationalen“⁴⁴ überwerfen. Entscheidungen werden als Ergebnis von Ratschlägen „der Wissenschaft“ ausgeflaggt – auch wenn „die Wissenschaft“ nur aus einer Handvoll von ins Kanzleramt gebetenen Virologinnen und Epidemiologen besteht, die schon in der Vergangenheit verlässlich die politische Linie unterstützt hatten und sich in abendlichen Talkshows unter dem Label „La science, c'est nous“ mit apokalyptischen Schreckensszenarien gegenseitig übertreffen.

22 Die disziplinäre Engführung bei der Vorbereitung dieser ebenso parlamentsfernen wie gleichwohl eminent politischen Entscheidungen hat zum einen offensichtliche Fehlentscheidungen begünstigt, wie die spontane Entscheidung der Bund-Länder-Runde in der Nacht zum 23.3.2021, den schon in der Folgewoche anstehenden Gründonnerstag arbeitsfrei zu stellen – offenbar ohne auch nur eine Sekunde die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und die arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu ventilieren. Zum anderen hat die

Kingreen: Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie(NJW 2021, 2766)

2770

mit der Entparlamentarisierung einhergehende Diskursverengung aber auch die Wahrnehmung der gesellschaftlichen und psychosozialen Folgen der Pandemiebekämpfung erschwert.⁴⁵ Wenn heute durchaus verbreitet räsoniert wird, dass Kinder (und Frauen!) in der Pandemie – vorsichtig gesagt – keine besonders starke Lobby hatten, so könnte das auch daran liegen, dass Gesellschaftswissenschaftlerinnen und Gesellschaftswissenschaftler kaum Zugang zum exklusiven Zirkel der Bundeskanzlerin und der Ministerpräsidentinnen und Ministerpräsidenten hatten. Wenn man etwa Kinder nur lange genug auf „Treiber der Pandemie“ reduziert, lässt man Schulen im Zweifel zu und muss dann mit der Konsequenz leben, dass in Deutschland die Schulen mehr als doppelt so lange für den regulären Präsenzunterricht geschlossen blieben wie in Frankreich sowie der Schweiz, wo es im Winter 2020/21 trotz vergleichbaren Infektionsgeschehens praktisch gar keine Schulschließungen gegeben hat.⁴⁶

23 Schließlich waren auch die Landesparlamente strukturell nicht in der Lage, die notwendige Legitimation zu vermitteln. Denn die für den Erlass der Rechtsverordnungen zuständigen Landesregierungen konnten dort nur noch referieren, wozu sie sich in der Nacht zuvor in der Bund-Länder-Koordination politisch verpflichtet hatten; für die theoretisch möglichen ordnungsvertretenden Gesetze (vgl. Art. 80 IV GG) war schon die Schutzfrist in § 28a V IfSG zu kurz.⁴⁷

IV. Phase 3 (seit Januar 2021)

24 Im Januar 2021 wurde zwar mit den Impfungen gegen das Corona-Virus ein neues Kapitel der Pandemiebekämpfung aufgeschlagen. Doch der Bundestag blieb seiner passiven Rolle treu.

25 Weil die Impfkampagne unter den Bedingungen einer erheblichen Impfstoffknappheit startete, musste priorisiert werden. Die Impfreihefolge wurde allerdings zunächst allein in einer auf § 20j III 2 Nr. 1 SGB V gestützten Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit geregelt. Nicht anders als vor der Einführung von § 28a IfSG hat sich der Bundestag erst nach verbreiteter verfassungsrechtlicher Kritik insbesondere im

Gesundheitsausschuss⁴⁸ zu einer stärkeren parlamentsgesetzlichen Steuerung durchringen können.⁴⁹ Diese hatte sich auf die erste Numerus-Clausus-Entscheidung des *BVerfG* gestützt.⁵⁰ Darin hatte das Gericht die Verteilung von knappen Studienplätzen als „Zuteilung von Lebenschancen“ bezeichnet und sie zur „Sache des verantwortlichen Gesetzgebers“ erklärt. Dieser müsse „auch im Falle einer Delegation seiner Regelungsbefugnis zumindest die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander“ selbst festlegen.⁵¹

26 Dass die Priorisierung bei Schutzimpfungen eine „Zuteilung von Lebenschancen“ bedeuten kann, ist nicht zweifelhaft. Der Gesetzgeber hat sich daher in einem zweiten Anlauf zu einer Regelung durchgerungen, die aber an Intransparenz nicht zu überbieten ist. Während nun § 20 i III 5 SGB V „Priorisierungskriterien“ für den Erlass der Rechtsverordnung durch das BMG benennt, normiert § 20 II a 1 IfSG „Impfziele“ für die Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO). Weder ist klar, in welchem Verhältnis die Impfziele zu den Priorisierungskriterien stehen, noch wird deutlich, wie die Entscheidungskompetenzen zwischen BMG und STIKO verteilt sind. Außerdem ist das Rangverhältnis der Kriterien, anders als es das *BVerfG* in der Numerus-Clausus-Entscheidung jedenfalls für Studienplätze gefordert hatte, nicht geregelt.

27 Generell stehen die Regelungen in einer problematischen Tradition der Entparlamentarisierung normativer Entscheidungen im Gesundheitswesen.⁵² Nicht anders als im Transplantationsrecht, wo der Bundesärztekammer wesentliche Entscheidungen bei der Verteilung von Spenderorganen zugewiesen werden (vgl. § 16 I 1 Nr. 5 TPG), werden auch hier normative Entscheidungen in ein fachmedizinisches Gremium verlagert. Aus der Forschung über Kosten-Nutzen-Bewertungen im Gesundheitswesen und die Verteilung von Organen im Transplantationsrecht lässt sich als einigermaßen konsolidierte Erkenntnis festhalten, dass Allokationsentscheidungen nicht nur aus deskriptiven medizinischen oder ökonomischen Elementen bestehen, sondern stets auch normativer Natur sind.⁵³ Es ist eben keineswegs nur eine fachmedizinische Entscheidung, dass im Prioritätenkatalog der Corona-Impfverordnung die 19-jährige Mitarbeiterin in der Verwaltung eines Impfzentrums eine höhere Priorität genoss als ihre 79-jährige Großmutter. Diese kategorialen Fehlzuordnungen⁵⁴ vermischen wiederum die Sphären von Politik und Wissenschaft und erklären etwa den Streit zwischen der STIKO und Teilen der Politik über Schutzimpfungen für Kinder, in dem die STIKO wissenschaftlich und die Politik eben einfach politisch argumentiert hat und beide Seiten offenbar nicht verstanden haben, dass das so ist.

V. Phase 4 (seit April 2021): Die sog. Bundesnotbremse (§ 28 b IfSG aF)

28 Nach dem vorübergehenden, durch die Gründonnerstagsentscheidung⁵⁵ ausgelösten, Kollaps der ohnehin zunehmend erratischen Bund-Länder-Koordination wurde im April 2021 eine hektische Schubumkehr eingeleitet, die indes schon wieder Vergangenheit ist. Der damals neue und heute alte § 28 b IfSG verschob die Koordinaten der Pandemie-Governance vorübergehend massiv: Ab einem Inzidenzwert von 100 folgten die Schutzmaßnahmen (neben den Kontaktbeschränkungen insbes. die umstrittenen nächtlichen Ausgangsbeschränkungen) nunmehr unmittelbar aus dem Gesetz, unterhalb dieses Wertes wie bislang aus den Landes-Rechtsverordnungen, die allerdings nach § 28 b V IfSG aF auch bei Inzidenzwerten über 100 „weitergehende Schutzmaßnahmen“ als die in § 28 b I IfSG aF geregelten vorsehen

konnten. So hatten sich die Kritiker der unzureichenden Parlamentarisierung der Pandemiebewältigung die Revitalisierung des Parlamentsgesetzes nicht vorgestellt:

1. Föderales Regelungswirrwarr statt bundeseinheitlicher Pandemiepolitik

29Die gesetzliche Neuregelung hatte an sich die Regeln für die Pandemiebewältigung bundesweit vereinheitlichen sollen.⁵⁶ Dieses Ziel ist aber nicht erreicht worden. Denn durch die Neuregelung in § 28 b IfSG aF gab es nunmehr zwei einander zum Teil überschneidende Regelungsregime, die über den volatilen Inzidenzwert nur sehr notdürftig voneinander abgrenzbar waren. Hinzu kam, dass die Länder auch oberhalb des Inzidenzwerts von 100 weitergehende Schutzmaßnahmen erlassen (§ 28 b V IfSG aF) durften, und umgekehrt der Bund aufgrund des von Verfassungsbeschwerden ausgehenden Drucks noch eine auf § 28 c IfSG aF gestützte Verordnung erlassen hat,⁵⁷ die wiederum einzelne Ausnahmen für Geimpfte und Genesene vorsah. Dieses Regelungsgestrüpp entsprach nicht mehr dem rechtsstaatlichen Klarheitspostulat, demzufolge der „Betroffene die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung so erkennen können [muss], dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag.“⁵⁸ Auch mit qualifiziertem verwaltungsrechtlichen Sachverstand war nämlich zwischenzeitlich kaum noch zu erkennen, welche Regeln gerade für das Alltagsverhalten galten.

30Das neue Mehrebenensystem führte auch zu einer partiellen Zentralisierung und damit Zersplitterung des Rechtsschutzes. Soweit die Schutzmaßnahmen unmittelbar aus § 28 b IfSG folgten, war nur noch eine Verfassungsbeschwerde beim *BVerfG* statthaft. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz, der zuvor gut funktioniert hatte, entfiel insoweit.⁵⁹ Die Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfe blieben aber zuständig, wenn und soweit die Maßnahmen ihre Grundlage in den Landes-Rechtsverordnungen hatten. Dort anhängig gemachte Klagen konnten aber unzulässig werden, wenn der Inzidenzwert die Grenze von 100 überschritt. Unsicher war auch der Rechtsschutz gegen „weitergehende Schutzmaßnahmen der Länder“ nach § 28 b V IfSG. Die Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfe waren zwar zuständig, hätten diese Maßnahmen aber nur so weit für rechtswidrig erklären können, wie nicht das zwingende Bundesrecht betroffen war.

2. Ausschaltung der abwägenden Feinsteuerung durch die Länderverwaltung

31Mit der Etablierung unmittelbar aus dem Gesetz folgender Schutzmaßnahmen ging zudem eine sehr rustikale Verschiebung der horizontalen und vertikalen Gewaltenbalance einher. Die Ausschaltung der Länderverwaltung unterband jegliche Abwägung und Berücksichtigung von örtlichen Besonderheiten.⁶⁰ Diese undifferenzierte Pauschalität konnte dazu führen, dass auf der zum Landkreis Pinneberg gehörenden Insel Helgoland nächtliche Ausgangsbeschränkungen galten, obwohl der Inzidenzwert auf der isoliert gelegenen Insel bei null lag.⁶¹

32Dass die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen, die von der überwiegenden Ansicht zu Recht als Eingriffe in die Freiheit der Person (Art. 2 II 2 GG) angesehen werden,⁶² ab einem Inzidenzwert über 100 unmittelbar aus dem Gesetz folgten, war auch wegen Art. 104 I 1 GG problematisch, denn dieser lässt Eingriffe in Art. 2 II 2 GG nur „auf Grund eines Gesetzes“ und nicht „durch Gesetz“ zu.⁶³ Dieser Verwaltungsvollzugsvorbehalt⁶⁴ soll den Grundrechtsschutz durch Verfahren sichern. Er verpflichtet die Exekutive, bei allen Beschränkungen die im Gesetz „vorgeschriebenen Formen“ (Art. 104 I 1 GG) zu beachten. Hinzu tritt der Richtervorbehalt für Freiheitsentziehungen (Art. 104 II GG). Art. 104 GG etabliert also eine funktionale Gewaltenteilung bei der Entscheidung über Freiheitsbeschränkungen. Entscheidungsprozesse

über Freiheitsbeschränkungen sollen nach bestimmten grundrechtsschonenden Verfahrensvorgaben (insbes. in Gestalt von Anhörungspflichten) ablaufen; damit soll gewährleistet werden, dass Besonderheiten des Einzelfalls ermittelt und dann gegebenenfalls auch berücksichtigt werden können. Dieser grundrechtliche Verfahrensschutz in Gestalt gesetzlich⁶⁵ „vorgeschriebener Formen“ war in § 28 b I Nr. 2 IfSG aF nicht vorgesehen und konnte dort auch gar nicht vorgesehen sein, weil gar keine Behörde vorgesehen war, die die Rechtmäßigkeit der Freiheitsbeschränkung im Einzelfall geprüft hätte. Wenn der Eingriff unmittelbar durch Gesetz erfolgt, entfällt das Verwaltungsverfahren, das Freiheitsbeschränkungen im Einzelfall auf ihre Tragfähigkeit hin überprüft.

33Über einige dieser Fragen wird das *BVerfG* in den anhängigen Verfahren der Verfassungsbeschwerde noch entscheiden. In der Politik scheint sich hingegen die Ansicht durchgesetzt zu haben, dass sich diese ruckartige Veränderung der Pandemie-Governance nicht bewährt hat. Daher sind §§ 28 b und 28 c IfSG aF mittlerweile Rechtsgeschichte.

VI. Schluss

34In der neuen Legislaturperiode wird das infektionsschutzrechtliche Gefahrenabwehrrecht einen Neustart benötigen. Demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Bestimmtheit ist nicht geholfen durch seitenlange Normen, die – Fortsetzungsromanen gleich – teilweise unabgestimmt einfach aneinandergereiht werden. Man darf gleichwohl nicht vergessen, dass das bisherige Regelungsprogramm unter extrem schwierigen äußeren Rahmenbedingungen entstanden ist. Wenn das Virus bald Ruhe gibt, wird die notwendige Muße für gute Gesetzgebung zurückkehren.

* Der Autor ist Professor am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht an der Universität Regensburg.

¹ Vgl. *Böckenförde* in *HdBStR* II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 87 ff.; *Möllers*, *HVerfR*, 2021, § 5 Rn. 85 ff.

² *BVerfGE* 62, 1 (32) = *NJW* 1983, 735.

³ *Kingreen/Poscher*, *Grundrechte. Staatsrecht* II, 37. Aufl. 2021, Rn. 312 ff.

⁴ *BVerfGE* 133, 112 = *NJW* 2013, 2337 Rn. 53.

⁵ Seit *BVerfGE* 68, 1 (86 f.) = *NJW* 1985, 603.

⁶ *Poscher* in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle*, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, 2. Aufl. 2018, § 8 Rn. 28.

⁷ *BVerfG* *NJW* 2021, 1723 Rn. 260.

⁸ *BVerfGE* 103, 111 (137) = *NJW* 2001, 1048.

⁹ *Dreier* *DÖV* 2021, 229 (230 ff., 240 ff.); *Michl* *JuS* 2020, 507 (643).

¹⁰ *Lepsius* *VerfBlog* 2021/3/30.

¹¹ *Kingreen* in *Huster/Kingreen*, *HIFSR*, 2021, Kap. 1 Rn. 84 ff. Das bayerische Gesetz ist zum 31.12.2020 wieder außer Kraft getreten, ohne jemals angewendet worden zu sein.

¹² *BGBI.* 2020 I 587.

¹³ *Boehme-Neßler* *DÖV* 2021, 243 (246).

¹⁴ Dazu auch noch III 1.

¹⁵ Vgl. für die ganz hM nur *Gärditz/Kamil Abdulsalam* *GSZ* 2020, 108 (114); *Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkmann/Wißmann* *JZ* 2020, 861 (867 ff.); *Hollo* in *Kießling*, *IfSG*, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 22 ff.; *Mayen* *NVwZ* 2020, 828 (831 ff.); *Michl* *JuS* 2020, 507 (509); *Poscher* in *Huster/Kingreen*, *HIFSR*, Kap. 4 Rn. 28 ff. Zumindest sehr krit. auch *Dreier* *DÖV* 2021,

229 (236 f., 241); *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Pandemie, 2. Aufl. 2021, 244 und *Rixen* NJW 2020, 1097 (1103 f.). Vgl. ferner bereits Wissenschaftliche Dienste des Bundestages vom 2.4.2020 (WD 3-3000-080/20). Wohl anders *Hase* JZ 2020, 697 (700).

16 *Ossenbühl* in HdBStR V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 2.

17 *BVerfGE* 150, 1 (100) = NVwZ 2018, 1703.

18 *Kingreen* in *Huster/Kingreen*, HIFSR, Kap. 1 Rn. 112.

19 Vgl. BT-Drs. 19/26545, 16 f.

20 Dazu gleich III 1.

21 Eine Erklärung, wozu es dieses Beschlusses bedarf, findet sich in den Gesetzesmaterialien nicht, vgl. BT-Drs. 19/18111, 18 f.

22 Zum Problem näher *Kießling* in *dies.*, § 28 a Rn. 15; *Sangs* NVwZ 2020, 1780 (1784).

23 *Dreier* DÖV 2021, 229 (241); ferner etwa *Heinig* FAZ v. 16.8.2021, S. 6; *Kingreen* Ito v. 21.10.2020; *Rusche* JöR 69 (2021), 449 (454 ff.); *Schmitt* JöR 69 (2021), 465 (474 f.); *Volkman* NJW 2020, 3153 (3159).

24 Treffend problematisiert von *Lepsius* Ito v. 5.2.2021 und *Rixen* VerBlog 2021/1/20.

25 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw43-parlamentsbeteiligung-corona-800010>; dazu *Kingreen* Ito v. 21.10.2020.

26 *VGH München* COVuR 2020, 884 Rn. 11; ferner etwa *VG Hamburg* COVuR 2020, 888 Rn. 8. Anders aber noch *OVG Lüneburg* Beschl. v. 6.11.2020 – 13 MN 433/20, BeckRS 2020, 29459 Rn. 16 f.

27 *Kießling* VerBlog 2020/4/11; *Kingreen* Jura 2020, 1019 (1024 f.); *Papier* DRiZ 2020, 180 (183); *Trute* jM 2020, 291 (295).

28 BT-Drs. 19/23944, 21.

29 Dazu *Kießling* in *dies.*, § 28 a Rn. 2. – Dass der Gesundheitsausschuss der in der Pandemie federführende Ausschuss (vgl. § 63 GOBT) ist, ist zwar fachlich naheliegend. Aber für verfassungsrechtliche Grundsatzfragen ist er nach meiner Erfahrung wenig geeignet.

30 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, WD 9-3000-068/21 v. 23.7.2021.

31 Ebenso *Kießling* in *dies.*, § 28 a Rn. 2, 4 f.

32 So aber etwa *Brocker* NVwZ 1485, 1487; *Greve* NVwZ 2020, 1786 (1788).

33 *Volkman* VerBlog 2020/11/20.

34 Dazu unten V sowie ebenfalls sehr krit. *Sangs/Eibenstein* JZ 2021, 710 (715 f.).

35 S. etwa *VGH München* COVuR 2021, 46 Rn. 22 ff. und *OVG Münster* Beschl. v. 15.1.2021 – 13 B 1899/20.NE, BeckRS 2021, 384 Rn. 55 ff.

36 Kurioserweise ist der Föderalismus in Deutschland als abstraktes Prinzip hoch im Kurs, solange er sich nicht in uneinheitlichen Regeln niederschlägt. Dabei boten sich diese unter den Bedingungen der Unsicherheit und wegen des regional unterschiedlichen Infektionsgeschehens durchaus an.

37 <https://de.wikipedia.org/wiki/Bund-L%C3%A4nder-Konferenz>.

38 *Rudolf* in HdBStR VI, 3. Aufl. 2008, § 141.

39 *Isensee* in HdBStR VI, § 126 Rn. 102.

40 *Lepsius* JöR 69 (2021), 705 (719 f.) und *Waldhoff* NJW 2021, 2772 (in diesem Heft).

41 S. etwa *BVerfGE* 73, 280 (296) = NJW 1987, 887; *BVerfGE* 82, 209 (227) = NJW 1990, 2306; *BVerfGE* 124, 43 (70) = NJW 2009, 2431; *BVerfGE* 143, 1 = NVwZ 2016, 1701 Rn. 57.

42 *Kersten* in *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 76 Rn. 2.

43 *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung – besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980–1983), 1988, 404 ff.

44 *Gärditz* JöR 69 (2021), 505 (519).

⁴⁵ *Münkler* JöR 69 (2021), 535 (539 ff.).

⁴⁶ *Berndt/Munzinger* SZ v. 12.6.2021.

⁴⁷ Vgl. dazu, dass die Landesparlamente insgesamt wenig zur Behebung des Legitimationsdefizits beitragen können *Amhaouach/Huster/Kießling/Schaefer* NVwZ 2021, 825 (826 f.) und *Waldhoff* NJW 2021, 2772 Rn. 16 ff.

⁴⁸ Vgl. die Hinweise auf dessen Sitzung vom 13.1.2021 bei *Gebhard* in *Kießling*, § 20 Rn. 15 o–p.

⁴⁹ Ohne Gehör blieb die frühe Ausarbeitung der wissenschaftlichen Dienste des Bundestages (WD 3-3000-271/20 v. 4.12.2020), die bereits auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage hingewiesen hatte.

⁵⁰ S. etwa *Huster/Kohlenbach/Stephan* SGB 2021, 197; *Leisner-Egensperger* NJW 2021, 202.

⁵¹ Zitate aus *BVerfGE* 33, 303 (345 f.) = NJW 1972, 1561.

⁵² *Kingreen* in *Kingreen/Laux*, Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs, 2008, 147 ff.

⁵³ *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, 2006, 115; *Kingreen* VVDStRL 70 (2011), 152/173, 175 ff.

⁵⁴ *Rixen* in *Huster/Kingreen*, HIFSR, Kap. 5 Rn. 13 ff.

⁵⁵ S. IV 2.

⁵⁶ BT-Drs. 19/28444, 1.

⁵⁷ Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von Covid-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung) v. 8.5.2021.

⁵⁸ *BVerfGE* 110, 33 (53) = NJW 2004, 2213.

⁵⁹ Auch eine negative Feststellungsklage kam nicht in Betracht, s. *BVerfG* NJW 2021, 1808 Rn. 26.

⁶⁰ *F. Reimer*, Preprint zum Entwurf eines Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes, <https://www.uni-giessen.de/fbz/fb01/professuren-forschung/professuren/reimer/mediathek/dateien/Preprint/view>.

⁶¹ <https://www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/coronavirus/Helgoland-Corona-frei-Ausgangssperre-gilt-trotzdem,helgoland1162.html>.

⁶² Vgl. nur *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 437.

⁶³ Für die ganz hM hier nur *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 119.

⁶⁴ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2019, Rn. 583 ff.

⁶⁵ Vgl. für diese allgemeine Ansicht nur *BVerfGE* 105, 239 (247) = NJW 2002, 3161.