



**Stellungnahme als Sachverständige im schriftlichen Anhörungsverfahren
zum Antrag der CDU-Fraktion (LT-Drs. 7/802)
„Bürger schützen, Grundrechte und parlamentarische Kontrolle stärken“**

Die Stellungnahme beschränkt sich entsprechend der Anfrage des Thüringer Landtags auf Nr. II 2. des Antrags der CDU-Fraktion (LT-Drs. 7/802), wonach die Landesregierung aufgefordert werden soll, „dem Landtag einen Gesetzesentwurf vorzulegen, der die **Ausübung des Ordnungsrechts gemäß Art. 80 Abs. 4 Grundgesetz** auf eine landesgesetzliche Grundlage stellt“. In der Begründung dazu heißt es, dass das Parlament durch den rein regierungsseitigen Verordnungserlass im Zuge der Corona-Pandemie in die „Zuschauerrolle“ gedrängt worden sei und über Art. 80 Abs. 4 GG wieder beteiligt werden könne. Ich werde zunächst **allgemein zu dem Antrag Stellung beziehen** (I.), bevor ich anschließend ausführlich auf die zusätzlich übermittelten **Fragen** eingehe (II.).

I. Allgemeine Bemerkungen

1. Defizitanalyse: Ausfall des parlamentarischen Diskurses

Tatsächlich ist der Befund richtig, dass sich die Pandemiebekämpfung durch **grundrechtsbeschränkende Corona-Schutzmaßnahmen** zurzeit im Zusammenwirken von Landesregierungen, Behörden und Gerichten vollzieht. Die **Parlamente** bleiben bei diesen höchst

politischen Entscheidungen **außen vor**. Obwohl auf Bundesebene zahlreiche Gesetze erlassen wurden, um die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie abzufedern,¹ ist die Legislative überraschend enthaltsam, wenn es um die nähere Ausgestaltung der grundrechtssensiblen Bekämpfungsmaßnahmen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) geht. Die zahlreichen verfassungsrechtlichen Zwischenrufe, dass die **Befugnisnormen des IfSG nicht ausreichend** sind, um die einschneidendsten kollektiv geltenden grundrechtsbeschränkenden Maßnahmen seit Ende des Zweiten Weltkrieges zu erlassen,² haben bislang – abgesehen von einer halbherzigen Ergänzung des § 28 Abs. 1 IfSG aus „Gründen der Normenklarheit“³ – nicht zu einer parlamentarischen Auseinandersetzung mit der Frage geführt, welche Freiheitsbeschränkungen zum Zwecke des Infektionsschutzes unter welchen Umständen und bis zu welchen Grenzen angemessen sind.

Auf Grundlage von § 32 i.V.m. §§ 28-31 IfSG werden daher seit Monaten temporäre, allgemein geltende Ge- und Verbote zur Bekämpfung der Pandemie verfügt, die hin und wieder von verwaltungsrechtlichen Urteilen begrenzt werden. Der dadurch eintretende Ausschluss der Parlamente **marginalisiert oppositionelle Meinungen im öffentlichen Diskursprozess**. An die Stelle des Gesetzes als politischem Kompromiss verschiedener im Parlament vertretener gesellschaftlicher Interessen, treten exekutive Verordnungen, die Schlagkraft in der Krise versprechen. Ihre Legitimation speist sich nicht aus einem alle Interessen einbeziehenden Entscheidungsprozess, sondern aus ihrer infektionsepidemiologischen Notwendigkeit zum Schutz

¹ Siehe etwa Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld v. 13.03.2020, BGBl. I, S. 493; Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds v. 27.03.2020, BGBl. I, S. 543; Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht v. 27.03.2020, BGBl. I, S. 569; Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 v. 27.03.2020, BGBl. I, S. 575; Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht und im Recht der Europäischen Gesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE) v. 15.05.2020, BGBl. I, S. 948; Gesetz zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie v. 20.05.2020, BGBl. I, S. 1055; Gesetz für Maßnahmen im Elterngeld aus Anlass der COVID-19-Pandemie v. 20.05.2020, BGBl. I, S. 1061; Gesetz zur Unterstützung von Wissenschaft und Studierenden aufgrund der COVID-19-Pandemie v. 28.05.2020, BGBl. I, S. 1073; Zweites Gesetz zur Umsetzung steuerlicher Hilfsmaßnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise v. 30.06.2020, S. 1512; Gesetz zur Gewährleistungsübernahme im Rahmen eines Europäischen Instruments zur vorübergehenden Unterstützung bei der Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken infolge des COVID-19-Ausbruchs und zur Änderung des Stabilisierungsfondsgesetzes und des Wirtschaftsstabilisierungsbeschleunigungsgesetzes sowie erforderliche Folgeänderungen v. 16.07.2020, BGBl. I, S. 1633; Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Pauschalreisevertragsrecht und zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Kammern im Bereich der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Bundesnotarordnung, der Wirtschaftsprüferordnung und des Steuerberatungsgesetzes v. 16.07.2020, S. 1643; Gesetz zur Umsetzung steuerlicher Hilfsmaßnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise v. 26.09.2020, BGBl. I, 1387; Gesetz zur Änderung des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes v. 30.09.2020, BGBl. I, S. 2016.

² Siehe etwa die Blogbeiträge *Edenharter*, Freiheitsrechte ade? Die Rechtswidrigkeit der Ausgangssperre in der oberpfälzischen Stadt Mitterteich, [VerfBlog 2020/3/19](#); *Kießling*, Offene Fragen der (Massen)Quarantäne, [VerfBlog 2020/7/02](#); *Möllers*, Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus, [VerfBlog 2020/3/26](#). Siehe aus der rechtswissenschaftlichen Literatur etwa *Katzenmeier*, MedR 2020, 461, 462; *Pautsch/Hang*, NJ 2020, 281, 282 ff.; *Rixen*, RuP 2020, 109, 111; *ders.*, NJW 2020, 1097, 1099.

³ So die lapidare Gesetzesbegründung zur Erweiterung des § 28 Abs. 1 IfSG, [BT-Drs. 19/18111](#), S. 24.

von Leben und körperlicher Unversehrtheit der Bevölkerung. Das exekutive **Ressortprinzip** befördert jedoch eine **fachlich eingeschränkte Perspektive** auf die Schutzpflicht des Staates. Die **Freiheitsdimension der Grundrechte** kann dadurch leicht aus dem Blick geraten. Es besteht daher im Rahmen exekutiv-sachverständiger Beschlussfassung – im Vergleich zu parlamentarischen Entscheidungsprozessen – ein höheres Potenzial für **Abwägungsdefizite**.⁴

Der derzeitige parlamentarische Diskursausfall geht mit der bedenklichen Entwicklung einher, dass sich immer mehr Menschen teils kuriosen, teils verfassungsfeindlichen **außerparlamentarischen Protestbewegungen** anschließen, die als *outsider* des politischen Systems zum offenen Rechtsbruch aufrufen. Das Bestreben, das Parlament in die tagespolitischen Entscheidungen einzubeziehen und damit auch die für ein demokratisches Staatswesen wichtige Rolle der Opposition zu stärken, ist daher aus meiner Sicht im Grundsatz zu begrüßen.

2. Übermäßiger exekutiver Gestaltungsraum durch mangelnde Bestimmtheit des § 32 IfSG

Die Landtagsbeteiligung nach Art. 80 Abs. 4 GG soll dazu dienen, die durch die zu unbestimmte bundesgesetzliche Verordnungsermächtigung des § 32 i.V.m. §§ 28-31 IfSG eingetretene bedenkliche Schiefelage, in der nicht das Parlament, sondern die Exekutive das Wesentliche regelt, wieder auf den Boden der Verfassung zurückzuholen. Schon jetzt melden zahlreiche Gerichte Zweifel an, ob die teils schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigungen in den Corona-Schutzverordnungen weiterhin auf eine solch unbestimmte Ermächtigungsgrundlage gestützt werden können.⁵ Die Landtage gem. Art. 80 Abs. 4 GG an der Ordnungsgebung zu beteiligen, behandelt jedoch nur das Symptom des übergroßen Entscheidungsspielraums der Exekutive, nicht die Ursache der **mangelnden Bestimmtheit der infektionsschutzrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen**. Aus meiner Sicht ist es daher wichtig, auf Bundesebene – etwa durch eine **Bundesratsinitiative** – eine Präzisierung der infektionsschutzrechtlichen Rechtsgrundlagen herbeizuführen (näher dazu unter II.4., S. [11 f.](#)).

3. Parlamentsbeteiligungsmöglichkeiten nach Art. 80 Abs. 4 GG

Über Art. 80 Abs. 4 GG können die Landtage in unterschiedlicher Intensität am Prozess der Ordnungsgebung beteiligt werden. So können die Landtage anstelle der Landesregierung selbst

⁴ Krit. zu dieser Entwicklung statt vieler *Lepsius*, RuP 2020, 258, 269 ff.; *Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkmann/Wißmann*, JZ 2020, 861, 865 ff.

⁵ VGH BW v. 09.04.2020, Az.: [1 S 925/20](#), Rn. 37 ff.; VGH BW v. 27.05.2020, Az.: [1 S 1528/20](#), Rn. 26; VGH BW v. 05.06.2020, Az.: [1 S 1623/20](#), Rn. 35 ff.; VGH BY v. 22.4.2020, Az.: [20 NE 20.837](#), Rn. 17; VGH BY v. 28.05.2020, Az.: [20 NE 20.1073](#), Rn. 28; VGH BY v. 14.07.2020, Az.: [20 NE 20.1489](#), Rn. 17; VGH BY v. 20.07.2020, Az.: [20 NE 20.1606](#), Rn. 21; LVerfG ST v. 19.08.2020, Az.: [LVG 21/20 \(K 3\)](#), Rn. 51.

verordnungsvertretende Gesetze auf Grundlage des § 32 i.V.m. §§ 28-31 IfSG erlassen (1.). Als Minusmaßnahme kommt zudem die Beteiligung des Landtages an der regierungsseitigen Verordnungsgebung durch Mitentscheidungsrechte in Form von **Zustimmungs-, Veto- oder Ablehnungsvorbehalten** (2.) sowie durch verfahrensrechtliche Beteiligungen in Form von **Informations-, Anhörungs- und Begründungserfordernissen** (3.) in Betracht.

Allgemein ist zu berücksichtigen, dass Art. 80 Abs. 4 GG bislang in der Verfassungsrealität kaum eine Rolle gespielt hat, so dass die daran anknüpfenden Rechtsfragen höchstrichterlich noch nicht entschieden sind. Die Einzelheiten sind in der rechtswissenschaftlichen Literatur umstritten. Die Gesetzgebungskompetenz des Art. 80 Abs. 4 GG auf die Verordnungsermächtigungen des IfSG anzuwenden, ist daher mit **Rechtsunsicherheiten** verbunden.

a) *Verordnungsvertretende Landesgesetze*

Ausdrücklich ermächtigt Art. 80 Abs. 4 GG die Länder dazu, statt einer Rechtsverordnung, zu der die Landesregierung durch Bundesgesetz ermächtigt wurde, ein Landesgesetz zu erlassen. Man spricht insoweit von **verordnungsvertretenden Gesetzen**. Es bedarf dazu eines den landesverfassungsrechtlichen Vorgaben (Art. 81 ff. ThürLVerf) entsprechenden Gesetzgebungsverfahrens⁶ (näher zu den formalen Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 4 GG unter II. 1., S. [7 f.](#)).

Gegen den Erlass von Corona-Verordnungen im Wege von Landesgesetzen spricht jedoch, dass solche ordnungsvertretenden Gesetze die **Rechtsschutzposition** der Bürgerinnen und Bürger gem. Art. 19 Abs. 4 GG deutlich verschlechtert.⁷ Während Rechtsverordnungen gem. § 47 VwGO vor den Oberverwaltungsgerichten angegriffen werden können, steht für Rechtsschutzanträge gegen Gesetze nur der schwierige Weg zu den Verfassungsgerichten über die Urteils-, Rechtssatzverfassungsbeschwerde und die konkrete Normenkontrolle nach Vorlage eines Gerichts zur Verfügung.⁸ Die Oberverwaltungsgerichte sind für ein hohes Fallaufkommen – auch im einstweiligen Rechtsschutz – gut gerüstet. Das gilt jedoch nicht für die Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, die grundsätzlich erst nach Ausschöpfen des Rechtsweges angerufen werden kann. Bei ordnungsvertretendem, bußgeld- bzw. strafbewehrten gesetzlichen

⁶ Siehe dazu den – im Ergebnis erfolglosen – Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion in Baden-Württemberg [LT-Drs. 16/8250](#), wonach sämtliche Verordnungen auf Grundlage des § 32 IfSG grds. nur noch im Wege eines Landesgesetzes verabschiedet werden können sollten.

⁷ *Schütz*, NVwZ 1996, 37.

⁸ Wie hier *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 126 f.; *Mann*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 57; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, 90. EL 2020, Art. 80 Rn. 207; *Wallrabenstein*, in: *Münch/Kunig*, GG, 5. Aufl. 2020 (i.E.), Art. 80 Rn. 70. A.A. *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar zum GG, 87. Lfg. 1998, Art. 80 Rn. 913 ff., der meint, man könne § 47 VwGO auch auf ordnungsvertretende Gesetze nach Art. 80 Abs. 4 GG anwenden. Dem folgend *Bauer*, in: Dreier, GG 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 69.

Normen, die keines weiteren Vollzugsaktes bedürfen, wäre ein großes Fallaufkommen bei der Verfassungsgerichtsbarkeit zu erwarten, ohne dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit die ihr sonst zugeordnete Filterfunktion erfüllen könnte. Eine solche strukturelle Überforderung des verfassungsrechtlichen Eilrechtsschutzes gilt es mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG zu vermeiden. Andernfalls gibt man den Bürgerinnen und Bürgern, deren Grundrechte durch das Vorhaben besser geschützt werden sollen, „Steine statt Brot“.

Ferner ist zu beachten, dass sich die **Pandemie dynamisch entwickelt**, so dass die Regelungen, die derzeit auf Grundlage von § 32 IfSG i.V.m. §§ 28-31 IfSG in Form der Rechtsverordnung erlassen werden, stetig überprüft und angepasst werden müssen. Der parlamentarische Gesetzgebungsprozess ist – obgleich er sicherlich punktuell sehr schnell vollzogen werden kann – im Grundsatz nicht dazu geeignet, zwei-wöchentlich anpassungsbedürftige Normen zu schaffen⁹ (näher dazu unter II. 3., S. 10). Sinnvoll wäre daher allenfalls, längerfristig geltende Maßgaben per Gesetz zu regeln und die situative Anpassung weiterhin der Regierung zuzuweisen.¹⁰ Allerdings würde durch ein solches Vorgehen die **Transparenz**, der für Bürgerinnen und Bürger ohnehin schon wenig zugänglichen Corona-Bestimmungen, weiter herabgesetzt: Man müsste dann nicht nur das IfSG sowie die stetig wechselnden Verordnungen und Allgemeinverfügungen auf Landes- und Kreisebene im Blick behalten, sondern zusätzlich noch rahmengebende Landesgesetze beachten, um die geltende Rechtslage zu verstehen.¹¹

Rechtsunsicherheiten ergeben sich für ordnungsvertretende Gesetze schließlich aus der Unbestimmtheit des § 32 IfSG. Sofern die Gerichte hier mit Blick auf Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG in Zukunft strenger verfahren¹² und der Bundesgesetzgeber das IfSG anpasst, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen das für auf Grundlage des § 32 IfSG i.V.m. Art. 80 Abs. 4 GG erlassene Landesgesetze mit sich bringt.

⁹ Ausf. dazu *Klafki*, Risiko und Recht. Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien, 2017, S. 123 ff.

¹⁰ So etwa § 2 Abs. 1-4 Gesetz über den Erlass infektionsschützender Maßnahmen (BW) v. 23.07.2020, [GBL BW v. 30.07.2020, Nr. 27, S. 649](#) und § 3 des Gesetzesentwurfes der FDP-Fraktion in Niedersachsen ([LT-Drs. 18/6381](#)), wobei die dortigen Maßgaben kaum über die ohnehin nach IfSG und GG geltenden Anforderungen hinausgehen und daher *de facto* wenig zum Grundrechtsschutz beizutragen vermögen.

¹¹ A.A. *Birkner*, ZRP 2020, 157, 159 der meint, die zunehmende Komplexität sei „in der Praxis vermutlich auch unproblematischer als die theoretische Diskussion nahelegen mag.“

¹² Schon jetzt lassen zahlreiche Gerichte starke Zweifel an der Verfassungskonformität der Ermächtigungsgrundlage für die Corona-Schutzverordnungen erkennen. Siehe dazu die Nachweise in Fn. 5.

b) *Landesgesetzlicher Zustimmungsvorbehalt, Veto- oder Aufhebungsvorbehalt für Corona-Schutzverordnungen*

Obwohl Art. 80 Abs. 4 GG explizit nur verordnungsvertretende Landesgesetze erlaubt, spricht sowohl der Zweck der Verfassungsnorm, die Landesparlamente zu stärken, als auch der Vergleich mit der Bundesebene dafür, dass auf Grundlage von Art. 80 Abs. 4 GG auch **Parlamentsbeteiligungen** an Rechtsverordnungen der Landesregierungen eingeführt werden können (näher dazu unter II. 2., S. [8 f.](#)). Der Verordnungscharakter der Corona-Schutzmaßnahmen bliebe dadurch erhalten, so dass weiterhin der Rechtsweg zu den Oberverwaltungsgerichten über § 47 VwGO eröffnet wäre.

In Niedersachsen¹³ und Bayern¹⁴ wurden auf Grundlage des Art. 80 Abs. 4 GG Gesetzesvorlagen diskutiert, die einen **Zustimmungsvorbehalt für grundrechtsbeschränkende Regierungsverordnungen** nach § 32 IfSG vorsehen. Problematisch an einem solchen Zustimmungsvorbehalt ist freilich, dass er notwendige Bekämpfungsmaßnahmen **verzögern** und die Effektivität der Pandemiebekämpfung daher mindern könnte. Daher ist es ratsam eine **Zustimmungsfiktion** vorzusehen, wenn der Landtag nicht binnen einer angemessenen Frist, die sieben Tage nicht überschreiten sollte, entscheidet. Zusätzlich kann eine Ausnahme vom Zustimmungsvorbehalt bei Gefahr in Verzug vorgesehen werden.¹⁵

Eine regelungstechnische Alternative zum Zustimmungsvorbehalt mit Zustimmungsfiktion nach einer Woche besteht darin, die Landesregierung zu verpflichten, den Landtag rechtzeitig über Verordnungsentwürfe zu informieren, und dem Parlament ein **Vetorecht** einzuräumen. Schließlich ist auch denkbar, dem Landtag landesrechtlich einen nachträglichen **Aufhebungsvorbehalt** von Rechtsverordnungen auf Grundlage des § 32 IfSG einzuräumen. Sofern ein Landesgesetz einen Zustimmungsvorbehalt, Veto- oder Aufhebungsvorbehalt für Rechtsverordnungen nach § 32 IfSG einführt, ist für die Zustimmung, das Veto oder die Aufhebung nur noch ein **einfacher Parlamentsbeschluss** und kein vollständiges Gesetzgebungsverfahren mehr erforderlich. Rechtspolitisch ist indes zu bedenken, dass sich destruktive Mehrheiten leichter organisieren lassen als konstruktive, so dass mit Zustimmungsvorbehalt, Veto- und Ablehnungsvorbehalt das Risiko effektivitätsmindernder oppositioneller Blockadestrategien einhergeht.

¹³ § 4 Abs. 2 des Gesetzesentwurfes der FDP-Fraktion in Niedersachsen ([LT-Drs. 18/6381](#)).

¹⁴ Art. 7 des abgelehnten Gesetzesentwurfes der SPD-Fraktion im Bayerischen Landtag ([LT-Drs. 18/8348](#)).

¹⁵ Siehe etwa § 2 Abs. 3 S. 2 Gesetzesentwurf der FDP/DVP in Baden-Württemberg ([LT-Drs. 16/8152](#)).

c) *Landesgesetzliche Informations- und Begründungspflichten für Corona-Schutzverordnungen*

In Betracht kommt schließlich, statt echter Mitentscheidungsrechte eine **verfahrensrechtliche Beteiligung** des Landtags durch **Vorabinformationspflichten** über Verordnungen nach § 32 IfSG, **Anhörungsrechte** und/oder **besondere Begründungspflichten** gesetzlich zu regeln.¹⁶ In Baden-Württemberg ist ein *Gesetz über den Erlass infektionsschützender Maßnahmen* erlassen worden, wonach das Kabinett auf Grundlage des § 32 IfSG beschlossene Verordnungen vor Verkündung dem Landtag zuleiten muss, so dass eine parlamentarische Befassung damit möglich ist.¹⁷ Lediglich Verordnungen, die über zwei Monate gültig sind, bedürfen für ihre Fortgeltung der Zustimmung des Landtags.¹⁸ Ein ähnlicher Gesetzesvorschlag ist auch von der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen im niedersächsischen Landtag eingebracht worden.¹⁹ Um solche parlamentarischen Verfahrensbeteiligungen einzuführen, ist ein entsprechendes Landesgesetz erforderlich. Bloße Verfahrensbeteiligungen haben den Vorteil, dass keine Effektivitätsverluste bei der Pandemiebekämpfung zu befürchten sind. Allerdings ist der Legitimitätsgewinn geringer als bei echten parlamentarischen Mitentscheidungsrechten.

II. Beantwortung der zusätzlich übermittelten Fragen

1. Formale Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 4 GG (Frage 1)

Ein Gesetz, das gem. Art. 80 Abs. 4 GG an Stelle einer Rechtsverordnung ergeht (verordnungsvertretendes Gesetz) oder Beteiligungsrechte des Parlaments an der Verordnungsgebung der Landesregierung einführt, hat zunächst alle landesverfassungsrechtlichen Vorgaben für das **Gesetzgebungsverfahren** zu wahren.²⁰ Außerdem hat der Landesgesetzgeber bei dem Erlass verordnungsvertretender Gesetze **inhaltlich** die durch die **Verordnungsermächtigung** gezogenen Grenzen zu beachten.²¹ Diese sind bei § 32 i.V.m. §§ 28-31 IfSG freilich außerordentlich weit (siehe dazu schon oben S. 3). Ob es gem. Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG der Angabe der Verordnungsermächtigung (**Zitiergebot**) bedarf, ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur umstritten.²² Dafür spricht in Bereichen der konkurrierenden

¹⁶ Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit *Brenner*, in: v. Mangold/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 108.

¹⁷ § 3 Gesetz über den Erlass infektionsschützender Maßnahmen v. 23.07.2020, [GBL BW v. 30.07.2020, Nr. 27, S. 649](#). Dem Gesetz waren drei Gesetzesvorlagen der FDP/DVP-Fraktion ([LT-Drs. 16/8152](#)); der SPD-Fraktion ([LT-Drs. 16/8250](#)) und der Fraktionen GRÜNE und CDU ([LT-Drs. 16/8297](#)) vorangegangen.

¹⁸ § 2 Abs. 5 Gesetz über den Erlass infektionsschützender Maßnahmen (BW).

¹⁹ §§ 2, 3 [LT-Drs. 18/6297](#).

²⁰ Siehe statt vieler *Brenner*, in: v. Mangold/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 116.

²¹ *Bauer*, in: Dreier, GG 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 67; *Brenner*, in: v. Mangold/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 122; *Kment*, in: Jarass/Kment, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 80 Rn. 9; *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar zum GG, 87. Lfg. 1998, Art. 80 Rn. 836.

²² Dafür *Schütz*, NVwZ 1996, 37, 38; *Brenner*, in: v. Mangold/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 123; *Kment*, in: Jarass/Kment, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 80 Rn. 22; *Mann*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 58; *Nierhaus*, in:

Gesetzgebungskompetenz, dass hierdurch Klarheit darüber geschaffen wird, dass der Gesetzgeber nicht aus originärer Gesetzgebungskompetenz tätig wird, sondern von einer – durch Art. 80 Abs. 4 GG i.V.m. § 32 IfSG geschaffenen – abgeleiteten Gesetzgebungskompetenz Gebrauch macht.²³ Sofern durch Landesgesetz **Mitentscheidungsbefugnisse** (Zustimmungs-, Veto-, Ablehnungsvorbehalt) des Landtags an Rechtsverordnungen der Regierung beschlossen werden, bedarf es für die Ausübung der vorbehaltenen Mitwirkung nur noch eines **einfachen Parlamentsbeschlusses**.

2. Reichweite des Art. 80 Abs. 4 GG (Fragen 2-4)

Ausdrücklich regelt Art. 80 Abs. 4 GG zunächst nur die Befugnis der Landesgesetzgeber, **verordnungsvertretende Landesgesetze** zu erlassen. Inhaltlich sind dabei die durch die Rechtsverordnungsermächtigung gezogenen Grenzen zu beachten. Angesichts der Unbestimmtheit der infektionsschutzrechtlichen Bekämpfungsgeneralklausel des § 28 Abs. 1 IfSG, auf den die Verordnungsermächtigung des § 32 S. 1 IfSG verweist, besteht einige Rechtsunsicherheit zu der Frage, inwieweit eingriffsintensive Grundrechtsbeschränkungen hierauf gestützt werden können. Einige Obergerichte lassen die Frage nach der hinreichenden Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG daher in Eilrechtsschutzverfahren mittlerweile offen.²⁴ Je länger die Pandemie andauert, desto größer wird der Druck auf den Bundesgesetzgeber, im IfSG klarere Rechtsgrundlagen zu schaffen. Veränderungen des IfSG auf Bundesebene würden zugleich den Spielraum der ordnungsvertretenden Landesgesetze verengen. Für ggf. bereits erlassene ordnungsvertretende Gesetze würden sich dann schwierige Rechtsfragen zur Fortgeltung ergeben. Im Zweifel gilt nach Art. 31 GG: Bundesrecht bricht Landesrecht. Zu weiteren Bedenken gegen die Einführung ordnungsvertretender Gesetze siehe oben (S. 4).

Offen ist, ob auch **andere Formen der Parlamentsbeteiligung** an der Verordnungsgebung auf Grundlage des Art. 80 Abs. 4 GG zulässig sind. Dafür spricht zunächst Sinn und Zweck des Art. 80 Abs. 4 GG. Ausweislich der Gesetzesmaterialien dient die 1994 eingeführte Bestimmung dazu, die Handlungsmöglichkeiten der Länderparlamente zu stärken.²⁵ Dieser Zweck wird nicht nur durch ordnungsvertretende Gesetze, sondern auch durch mildere Formen der

Bonner Kommentar zum GG, 87. Lfg. 1998, Art. 80 Rn. 842; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, 90. EL 2020, Art. 80 Rn. 204. Dagegen *Wallrabenstein*, in Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2020 (i.E.), Art. 80 Rn. 70.

²³ *Bauer*, in: Dreier, GG 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 68; *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 123; *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar zum GG, 87. Lfg. 1998, Art. 80 Rn. 842.

²⁴ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 5.

²⁵ Siehe dazu [BT-Drs. 12/6000](#), S. 38; [BT-Drs. 12/6633](#), S. 11. Der Vorschlag beruht auf dem Bericht der Enquête-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages aus dem Jahr 1976, [BT-Drs. 7/5924](#), S. 9, 266.

Parlamentsbeteiligung am Verordnungserlass erreicht. Auch der Vergleich mit der Rechtslage auf Bundesebene streitet dafür, andere parlamentarische Beteiligungsformen an der Verordnungsgebung als verordnungsvertretende Gesetze auf Grundlage des Art. 80 Abs. 4 GG zuzulassen. Das Bundesverfassungsgericht hat schon 1958 in einer Grundsatzentscheidung festgestellt, dass sich der Bundestag wegen seiner inhaltlichen Verantwortung für die delegierte Rechtssetzung, auch die **vorherige Zustimmung** vorbehalten darf, wenn er wegen der Bedeutung der delegierten Rechtssetzung ein **legitimes Interesse** daran hat.²⁶ Angesichts der Grundrechtsrelevanz der auf Grundlage des § 32 IfSG erlassenen Verordnungen besteht für die Landtage ein entsprechendes legitimes Interesse. Zwar ist der Landesgesetzgeber in den Konstellationen des Art. 80 Abs. 4 GG – anders als der Bundestag – nicht unmittelbar für die delegierte Rechtssetzung im Wege der Rechtsverordnung verantwortlich, da Art. 80 Abs. 4 GG bundesgesetzliche Rechtsverordnungsermächtigungen betrifft. Allerdings gewährt Art. 80 Abs. 4 GG den Landtagen das Recht, die inhaltliche Ausgestaltung und damit die Verantwortung für die delegierte Rechtssetzung an sich zu ziehen. Insoweit ist das Verantwortungsgefüge also trotz der bei Art. 80 Abs. 4 GG zu berücksichtigenden Ebenenverschiebung vergleichbar, so dass viel dafür spricht, die verfassungsrechtlichen Wertungen, die für die Beteiligungen des Bundestages an der Verordnungsgebung entwickelt wurden, auf Art. 80 Abs. 4 GG zu übertragen.

Statt eines Zustimmungsvorbehalts sind auf Bundesebene zudem **Veto-** und **Aufhebungsvorbehalte** anerkannt.²⁷ Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen lediglich bei **Änderungsvorbehalten**, die dem Gesetzgeber Mitwirkungsbefugnisse an Normen geben, ohne dass dafür ein förmliches Gesetzgebungsverfahren erforderlich wäre.²⁸ Hiervon wird daher abgeraten. Schließlich können gesetzlich rein **verfahrensrechtliche Beteiligungen** des

²⁶ BVerfGE 8, 274, 321 – Preisgesetz („[Zustimmungsverordnungen] sind jedenfalls für solche Sachbereiche mit dem Grundgesetz vereinbar, für die ein legitimes Interesse der Legislative anerkannt werden muß, zwar einerseits die Rechtsetzung auf die Exekutive zu delegieren, sich aber andererseits - wegen der Bedeutung der zu treffenden Regelungen - entscheidenden Einfluß auf Erlaß und Inhalt der Verordnungen vorzubehalten.“). Das BVerwG hat sich dieser Ansicht angeschlossen, BVerwGE 1, 104, 111 (Preisgesetz); E 59, 48, 49 f. (Beamtenrechtliche Rechtsverordnung). So auch die h.M. im Schrifttum, siehe etwa *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 106; *Mann*, in: Sachs, GG 8. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 42; *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar zum GG, 86. Lfg. 1998, Rn. 217 ff.; *Uhle*, in: BeckOK GG, 44. Ed. 2020, Art. 80 Rn. 55. Einschränkend *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, 90. EL 2020 Art. 80 Rn. 110.

²⁷ *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 106; *Mann*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 42. Zu den Grenzen *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, 90. EL 2020 Art. 80 Rn. 106.

²⁸ Siehe statt vieler *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, 90. EL 2020 Art. 80 Rn. 108; *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar zum GG, 86. Lfg. 1998, Rn. 203 ff.; *Mann*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 43. Weniger kritisch hingegen *Uhle*, in: BeckOK GG, 44. Ed. 2020, Art. 80 Rn. 57.

Parlaments wie etwa **Informations-, Anhörungs- oder Begründungspflichten** bestimmt werden.²⁹

3. Anforderungen und Eignung verordnungsvertretender Landesgesetze zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (Fragen 5-8)

Wie oben schon ausgeführt (I. 3. lit. a, S. 4), halte ich verordnungsvertretende Gesetze anstelle der Corona-Schutzverordnungen wegen der **dynamischen Entwicklung der Pandemie** für unzweckmäßig. Gesetze und das aufwändige Gesetzgebungsverfahren dienen dazu, langfristig geltende Normen zu schaffen. Sie sind jedoch nicht geeignet, Regelungsbereiche angemessen zu verarbeiten, die wegen neuen tatsächlichen Entwicklungen oder Forschungserkenntnissen innerhalb weniger Tage und Wochen immer wieder angepasst werden müssen.³⁰ Corona-Schutzmaßnahmen teils per verordnungsvertretendem Gesetz, teils per Verordnung zu regeln, halte ich für unzweckmäßig, da dies die **Transparenz und Verständlichkeit** der Maßnahmen herabsetzt. Schließlich führt der Erlass von Gesetzen statt Rechtsverordnungen zu **Rechtsschutzverkürzungen**, die den Grundrechtsschutz der Bürgerinnen und Bürger eher verschlechtern als verbessern (siehe dazu schon oben unter I. 3. lit. a, S. 4 f.).

Ein aus meiner Sicht gangbarer Weg besteht darin, dem Landtag für grundrechtssensible Rechtsverordnungen auf Grundlage von § 32 i.V.m. §§ 28-31 IfSG Mitwirkungsbefugnisse in Form der **Ergebnis- oder Verfahrensbeteiligung** zuzubilligen (siehe dazu ausführl. oben unter III.2., S. 8). Wie weit die Beteiligungsrechte gehen sollen, ist eine politische, keine verfassungsrechtliche Frage. Beispiele für unterschiedlich weitgehende **Regelungsvorschläge** kursieren bereits in anderen Landtagen.³¹

Eine **erste gesetzliche Regelung** auf Grundlage des Art. 80 Abs. 4 GG ist in **Baden-Württemberg** erlassen worden. Danach muss die Landesregierungen den Landtag über Beschlüsse von Verordnungen, die auf Grundlage des § 32 i.V.m. §§ 28-31 IfSG erlassen werden, umgehend unterrichten, damit sich das Parlament vor Verkündung der Verordnung damit befassen kann. Nur

²⁹ Ausf. dazu *Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, 1999, S. 297 ff., 423 ff., 477 ff. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit auch *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar zum GG, 86. Lfg. 1998, Rn. 215 ff.; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, 90. EL 2020, Art. 80 Rn. 104.

³⁰ Ausf. dazu *Klafki*, Risiko und Recht. Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien, 2017, S. 123 ff.

³¹ Bayern: Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion, [LT-Drs. 18/8348](#) (Zustimmungsvorbehalt); Baden-Württemberg: Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion, [LT-Drs. 16/8250](#) (Erfordernis verordnungsvertretender Landesgesetze); Gesetzesentwurf der Fraktion FDP/DVP, [LT-Drs. 16/8152](#) (Zustimmungsvorbehalt); Gesetzesentwurf der Fraktion GRÜNE und der CDU, [LT-Drs. 16/8297](#) (Verfahrensbeteiligung und Zustimmungsvorbehalt bei längerfristiger Gültigkeit der Verordnung); Niedersachsen: Gesetzesentwurf der FDP-Fraktion, [LT-Drs. 18/6381](#) (Zustimmungsvorbehalt); Gesetzesentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen in Niedersachsen, [LT-Drs. 18/6297](#) (Anhörungs- und Unterrichtungspflichten).

bei einer Gültigkeitsdauer, die zwei Monate überschreitet, bedürfen Rechtsverordnungen nach § 32 i.V.m. §§ 28-31 IfSG nach dem baden-württembergischen Gesetz der Zustimmung des Landtages, um fortzugelten.³²

4. Grundrechtseinschränkungen in der Pandemie zwischen Exekutive und Legislative (Fragen 9, 10)

Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und **Demokratiegebot** (Art. 20 Abs. 2 GG) verpflichten den **Gesetzgeber**, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen. Die Entscheidung wie weit, zu welchen Zwecken und innerhalb welcher Grenzen in Grundrechte eingegriffen werden darf, darf nicht allein der Exekutive überlassen bleiben. Speziell für den Verordnungserlass enthält **Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG** daher ein besonderes Bestimmtheitsgebot. Je schwerer eine Maßnahme in die Grundrechte von Bürgerinnen und Bürgern eingreift, desto höhere Anforderungen sind an die gesetzlichen Grundlagen zu stellen.³³

Zu beachten ist indes, dass die Corona-Pandemie in ihren konkreten Dimensionen und gesellschaftlichen Auswirkungen für den Gesetzgeber **nicht vorhersehbar** war.³⁴ Es ist daher in der polizeirechtlichen Literatur durchaus anerkannt, dass Regelungslücken in gefahrenabwehrrechtlichen Normen für einen **Übergangszeitraum** durch eine großzügige Anwendung von Generalklauseln geschlossen werden können.³⁵ Daher haben die Verwaltungsgerichte viele erhebliche Grundrechtseingriffe auf Grundlage der hierfür eigentlich zu unbestimmten **infektionsschutzrechtlichen Generalklausel § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG** zu Beginn der Pandemie gebilligt.³⁶ Allerdings dürfte diese Übergangszeit – sofern man sie für schwere Grundrechtseingriffe überhaupt für anererkennungswürdig hält³⁷ – mittlerweile abgelaufen sein.³⁸ Spätestens seit August ist angesichts der steigenden Infektionszahlen in Deutschland und den europäischen Nachbarländern absehbar, dass eine zweite Pandemiewelle wieder intensivere

³² Gesetz über den Erlass infektionsschützender Maßnahmen (BW) v. 23.07.2020, [GBl. BW v. 30.07.2020, Nr. 27, S. 649](#).

³³ St. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 80, 1, 20; BVerfGE 139, 19 m.w.N.

³⁴ Schon vor der Corona-Pandemie sind im Zuge von Krisen die Anforderungen an den Vorbehalt des Gesetzes mit der Erwägung flexibilisiert worden, dass der Gesetzgeber nicht in der Lage sei, schnell genug auf Unvorhersehbares zu reagieren. Vgl. etwa im Zusammenhang mit Wohnungseinweisungen während der sog. Flüchtlingskrise OVG Lüneburg v. 01.12.2015, Az.: [11 ME 230/15](#), Rn. 21.

³⁵ Für die Anwendbarkeit der Generalklausel auf atypische Situationen *Butzer*, VerwArch 2002, 506, 524 ff., 536; *Schoch*, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, 2. Kap. Rn. 99. Zur Regelungspflicht, wenn aus einer atypischen Maßnahme eine typische wird *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Auf. 2020, § 5 Rn. 20.

³⁶ So etwa VG SH v. 25.03.2020, Az.: [1 B 30/20](#) Rn. 9 f.; OVG NW v. 06.04.2020, Az.: [13 B 398/20.NE](#), Rn. 59; OVG HB v. 09.04.2020, Az.: [1 B 97/20](#), Rn. 34; OVG NW v. 16.04.2020, Az.: [13 B 471/20.NE](#), Rn. 57 ff.; auch noch OVG NW v. 28.07.2020, Az.: [13 B 675/20.NE](#) Rn. 31.

³⁷ Dagegen etwa *Rachor*, in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Abschnitt E Rn. 719 ff.; krit. auch *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 50.

³⁸ So auch *Katzenmeier*, MedR 2020, 461 ff.; *Rixen*, RuP 2020, 109, 111. Krit. auch die neuere Rspr.; siehe Nachweise in Fn. 5.

Grundrechtsbeschränkungen erforderlich machen wird. Der Gesetzgeber steht daher in der Pflicht, angemessen bestimmte Rechtsgrundlagen zu schaffen.³⁹

Für das **Infektionsschutzrecht** hat der Bund gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eine **konkurrierende Gesetzgebungskompetenz**. Von dieser Kompetenz hat er mit Blick auf die Bekämpfung von Infektionskrankheiten mit §§ 28-32 IfSG abschließend Gebrauch gemacht. Die Landtage sind daher kompetenzrechtlich daran gehindert, eigene speziellere Bekämpfungsmaßnahmen gesetzlich zu regeln. Daran ändert auch die durch Art. 80 Abs. 4 GG eingeräumte Möglichkeit, ordnungsvertretende Gesetze auf Grundlage des § 32 IfSG zu erlassen oder parlamentarische Mitwirkungsrechte an der Verordnungsgebung zu regeln, nichts. Zwar mag die Legitimität solcher mit Parlamentsbeteiligung entstandener Verordnungen höher sein. Die mangelnde Bestimmtheit des § 32 i.V.m. §§ 28-31 IfSG wird dadurch jedoch nicht überwunden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht bedarf es daher dringend einer **Ergänzung des IfSG auf Bundesebene**.⁴⁰ Geregelt werden müssen zusätzliche infektionsschutzrechtliche Spezialbefugnisse, wie etwa branchenweite Geschäftsschließungen, Kontaktverbote, über § 30 IfSG hinausgehende Quarantäneanordnungen, Besuchsverbote in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen, Versammlungsbeschränkungen sowie sonstige eingriffsintensive Maßnahmen, die für die Pandemiebekämpfung erforderlich werden können.⁴¹ Dabei sind verfahrens- und materiellrechtliche Grenzen gesetzlich festzulegen, um einen angemessenen Ausgleich zwischen den infektionsschutzrechtlichen Schutzinteressen und den grundrechtlichen Freiheiten zu gewährleisten.

Jena, den 26. Oktober 2020



Prof. Dr. Anika Klafki

³⁹ Grundlegend dazu *Lepsius*, RuP 2020, 258 ff.

⁴⁰ Mittlerweile fast einhellige Meinung. Siehe statt vieler *Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkmann/Wißmann*, JZ 2020, 861, 867 ff.; *Rixen*, RuP 2020, 109, 111.

⁴¹ Ausf. dazu *Kießling*, in: dies., IfSG, § 28 Rn. 55 ff. Siehe mit Blick auf Betriebsschließungen auch *Antweiler* NVwZ 2020, 584, 586 f.; zu Versammlungsverboten *Völzmann* DÖV 2020, 893, 898.