

Sachverständige Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Landesregierung für ein „Gesetz zur konsequenten und solidarischen Bewältigung der COVID-19-Pandemie in Nordrhein-Westfalen und zur Anpassung des Landesrechts im Hinblick auf die Auswirkungen einer Pandemie“, Drs. 17/8920

I. Übersicht

Die Bekämpfung der Pandemie fordert die Bürgerinnen und Bürger sowie alle staatlichen Ebenen auf das Äußerste heraus. Die Landesregierung und das Parlament tragen – ebenso wie die zuständigen Stellen im Bund und auf kommunaler Ebene – eine extreme Verantwortung, den Gesundheitsschutz in möglichst optimaler Weise zu gewährleisten. Sie sind zugleich auch in der Pflicht, die Systemvoraussetzungen für eine solidarische, freiheitliche und leistungsfähige Gesellschaftsordnung zu erhalten, ohne die es auch keinen Gesundheitsschutz geben kann. Leichtfertigkeit muss ebenso vermieden werden wie eine „Angststarre“ der Gesellschaft.

Eine rechtssachverständige Beurteilung des vorliegenden Gesetzesentwurfs steht ebenfalls unter dem Eindruck des krisenhaften Geschehens. Ihr Ziel muss in der momentanen Situation in ganz besonderer Weise eine lösungsorientierte Beratung sein. Rechtsdogmatisch kann sie unter den gegebenen Umständen nur mit Einschränkungen abgegeben werden und konzentriert sich auf eine vorläufige Einschätzung zu Grundfragen. Es ergibt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht folgendes Bild:

- Insgesamt kann der Landtag ausgehend vom Regierungsentwurf einen Gesetzesbeschluss fassen, der die Arbeit der staatlichen Verwaltung sachgerecht absichert und unterstützt. Hierfür sind allerdings Änderungen der Vorlage in größerem Umfang notwendig.

Insbesondere gilt:

- Wegen der Umstände in der Erarbeitung der Gesetzesvorlagen, der Befassung im Landtag und der materiellen Reichweite der Bestimmungen ist für das gesamte Gesetzespaket eine Befristung vorzusehen. Gerade wenn bestimmte Maßnahmen auch für spätere Fälle oder auf Dauer für notwendig gehalten werden, bedarf es angesichts ihrer Eingriffstiefe zwingend einer abgewogenen Beratung außerhalb des akuten Krisenmodus (dazu II. 1., S. 3-5)).

- Für die Regelungen zu zusätzlichen Handlungsmöglichkeiten durch ein Infektionsschutz- und Befugnisgesetz NRW (Art. 1 des Gesetzentwurfs) ergeben sich wegen der umfassenden Regelung auf Bundesebene durch Gesetz vom 27.3.2020 Zweifel in Bezug auf die Gesetzgebungskompetenz des Landes für die Regelungen zu einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 IfSBG-NRW); diese greifen in Bezug auf § 14 IfSBG-NRW durch (dazu II. 2., S. 5-10).

- Sowohl die infektionsschutzrechtlichen Bestimmungen wie die Regelungen zur Flexibilisierung der Staatsgeschäfte (Art. 3-21 des Gesetzentwurfs) müssen den verfassungsrechtlichen Geboten von Bestimmtheit, Verhältnismäßigkeit und Sachgerechtigkeit entsprechen. Das ist für einen Teil der Regelungen zweifelhaft, insbesondere für § 15 des IfSBG-NRW in der jetzigen Form einer zwangsweisen Verpflichtung von medizinischem Personal, aber etwa beispielhaft auch für die Änderung des Hochschulgesetzes. Für beide Regelungsziele lassen sich bessere, verfassungsmäßige Bestimmungen formulieren (dazu II. 3., S. 10-19).

II. Vorläufige verfassungsrechtliche Beurteilung

1. Anforderungen an die Beratungstiefe – Konsequenz: Befristung

Ein relevanter Teil des vorliegenden Gesetzespakets sieht Regelungen vor, die keiner Befristung unterliegen. Das dafür ins Feld zu führende Argument lautet, dass eine entsprechende Lage mit anderen Umständen erneut eintreten kann. Als Leitbild gilt insoweit, dass Einzelfallgesetze zu vermeiden sind (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG); und allgemein ist in der Tat richtig, dass es immer konkrete Sachverhalte sind, die auch für allgemeine, dauernde Regelungen den Ausgangspunkt bilden.

Dennoch verkennt eine solche Betrachtung die verfassungsrechtlichen Bedingungen der vorliegenden Regelungssituation. Denn vorliegend sollen wegen einer besonders schwerwiegenden, akuten Bedrohung der Gesundheit bestimmter Bevölkerungsgruppen besonders weitgehende Befugnisse staatlicher Stellen (und damit besonders weitreichende Einschränkungen grundrechtlicher Freiheiten) in einem besonders eiligen Verfahren verabschiedet werden. Die Erarbeitung von zum Teil völlig neuartigen Eingriffsbefugnisse, die an vielen Stellen ersichtlich unter großem Zeitdruck erstellt wurden, zu denen eine Beratung überhaupt nur in einem rasenden Tempo und damit mit vielfältigen Unsicherheiten stattfindet, sind aber vor dem Maßstab eines verfassungsrechtlich ordnungsgemäßen Gesetzesverfahrens von vornherein nur als akuter Notbehelf gerechtfertigt. Dies würde sogar schon für weniger weitgehende Regelungen gelten, ist aber angesichts der massiven Wirkungsansprüche der Bestimmungen geradezu zwingend. Um das zu verdeutlichen: Die Länge der Gesetzesbegründung für die besonders einschneidenden Bestimmungen zu dem neuen Infektionsschutzgesetz NRW (Art. 1 des Gesetzentwurfs) beträgt nicht ganz drei Druckseiten und enthält eine einzige, sehr allgemeine Rückversicherung zu früherer Rechtsprechung zu einer Nebenfrage, nämlich dem strukturellen Aufbau von Entschädigungsregeln.

Damit soll nicht im Grundsatz bestritten werden, dass ein Teil der vorgelegten Bestimmungen auch auf Dauer eine Berechtigung haben kann. Wegen der Eingriffe in bürgerliche Freiheiten und auch wegen der vorgesehenen Verschiebungen innerhalb der Gewaltenteilung ist der Landtag aber von Rechtswegen verpflichtet, sich die

entsprechenden Abwägungen mit der nötigen Ruhe und unter umfassender Berücksichtigung aller relevanten Aspekte zu erarbeiten. In der Krise ist auch das Parlament besonders in seiner Flexibilität gefragt – damit ist aber nicht zugleich sein Auftrag zu sorgfältiger Gesetzgebung in Bezug auf diese Maßnahme schon auf Dauer erfüllt.

Als Maßstab für diese Anforderungen an Gesetzgebung „in der Zeit“ kann die Rechtsprechung sowohl des Bundesverfassungsgerichts als auch des VerFGH herangezogen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner neueren Rechtsprechung die Anforderungen an die Begründbarkeit (1. Senat) wie an die tatsächliche Begründung (2. Senat) gesetzlicher Bestimmungen erhöht und so die demokratische Verantwortung des Parlaments betont (vgl. etwa BVerfGE (I) 132, 134 (162) – Asylbewerberleistungsgesetz (2012); BVerfGE (II) 130, 263 (301) – W2-Besoldung (2012); BVerfGE (II) 139, 64 (126 f.) – Richterbesoldung (2015); vgl. auch BVerfGE (I) 143, 246 (345 f.) – E.ON/RWE/Vattenfall (2016). Direkt relevant ist vorliegend insbesondere die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, der ausdrücklich durchaus weitreichende Begründungslasten für den Gesetzgeber formuliert hat; zu erinnern ist hier insbesondere an das Urteil zur Aufhebung der kommunalen Sperrklausel vom 21.11.2017 (Az. 21/16) sowie zuletzt die Entscheidung zur kommunalen Stichwahl vom 20.12.2019 (Az. 35/19). Durch die verfassungskräftige Einführung der Landes-Verfassungsbeschwerde im Jahr 2019 (Art. 75 Nr. 5a LV) können Landesgesetze nunmehr auch unmittelbar durch jede Bürgerin und jeden Bürger vor diesem Maßstab zur Überprüfung gestellt werden.

Sowohl verfassungsrechtliches und -politisches Selbstverständnis des Parlaments wie auch eine verfassungsprozessuale Risikoabschätzung sprechen daher dafür, sämtliche Beschlüsse des hier angestrebten, besonderen Gesetzgebungsverfahrens unter ein Ablaufdatum zu stellen und den Gesetzgebungsprozess auf besserer Grundlage neu aufzulegen. Das kann dann als Argument gelten, weshalb prozedurale Pflichten für den Moment nicht in vollem Umfang zur Geltung kommen.

Es sei ergänzend darauf hingewiesen, dass auf Bundesebene die weitreichenden Befugnisse des Bundesgesundheitsministers nach §§ 5 II, 5a II IfSG-B gemäß Art. 2 des

Bundesgesetzes vom 27.3.2020 zum 1.4.2021 außer Kraft treten; gleiches gilt auch für die auf dieser Grundlage erlassenen Verordnungen und Anordnungen, § 5 IV IfSG-B.

Ein praktischer Vorschlag wäre, die im Landesrecht zu beschließenden Maßnahmen ebenfalls zum 1.4.2021 außer Kraft treten zu lassen. Ein bloßer Evaluations- und Berichtsvorbehalt reicht nach hiesiger Beurteilung nicht aus, da das Parlament seiner Pflicht zur hinreichenden Beratung im Moment nicht nachkommen kann. Der Landtag kann allerdings ergänzend und zur Vorbereitung einer neuen Beratung eine Berichtspflicht der Regierung zur Anwendung der Bestimmungen etwa zum 31.12.2020 aufnehmen, um auf dieser Grundlage ordnungsgemäße Beratungen zu beginnen.

2. Gesetzgebungskompetenz des Landes

a) Das Land hat bekanntlich die grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz (Art. 30 GG): freilich dreht sich dieser Grundsatz zu einer Gegenregel um, wenn der Bund die ausschließliche oder konkurrierende Gesetzgebungskompetenz übertragen bekommt und nutzt. Dabei ist insbesondere in Bezug auf die konkurrierende Gesetzgebung zu kontrollieren, ob der Bund von seiner Kompetenz abschließend (und damit mit Sperrwirkung) Gebrauch gemacht hat. Insoweit tritt dann für die Landesebene zugleich auch eine Entlastung von entsprechender Regelungsverantwortung ein. Dies ist in Bezug auf das vorliegende Gesetzespaket insbesondere in Hinblick auf das hier als Art. 1 des Gesetzentwurfs vorgelegte Infektionsschutz- und Befugnisgesetz (IfSBG-NRW) zu überprüfen, da der Bund hier mit seinem Infektionsschutzgesetz (IfSG-Bund) vom 20. Juli 2000 insbesondere durch die Regelungen vom 27. März 2020 seinerseits gerade in Bezug auf das vorliegende Krisengeschehen umfassend Gebrauch gemacht hat.

b) Insofern ist zu unterscheiden:

aa) Gemäß § 54 IfSG-Bund erfolgt die Regelungen der Zuständigkeiten durch Rechtsverordnung der Landesregierung, was bisher durch die ZVO-IfSG geschieht. Diese Zuständigkeitsregelung kann das Land dennoch im Ergebnis durch eine gesetzliche Regelung ablösen. Da der Bundesgesetzgeber ausdrücklich die Zuständigkeit (und

damit auch Verantwortung) der Landesregierung vorsieht, ist eine abweichende Regelung durch Gesetz nicht selbstverständlich. Allerdings kann sich der Landesgesetzgeber darauf berufen, dass der Bundesgesetzgeber auch die Möglichkeit durch landesrechtliche Regelung vorsieht, die dann auch in einem Gesetz bestehen kann. Dazu ist aber ein bewusster Beschluss zur Veränderung des grundsätzlich bundesrechtlich vorgesehenen Normtypus notwendig. Ein solches Gesetz kann die bisherige Zuständigkeitsverteilung verändern, wie es hier teilweise vorgesehen ist. Im Ergebnis sind die §§ 1-10, auch 13 sowie §§ 17 f. des IfSBG-NRW, eine entsprechende Abweichungswillensbildung des Parlaments vom Bundesrecht vorausgesetzt, im Ergebnis kompetentiell zulässig.

bb) Wo materielles Bundesrecht vorliegt, kann das Landesrecht keine abweichenden Vorschriften treffen. Insoweit greift unstrittig der Vorrang des Bundesrechts mit der Folge der Nichtigkeit des entsprechenden Landesrechts (Rechtsfolge sowohl aus Art. 72 wie aus Art. 31 GG, zu hier nicht vorliegenden Ausnahmen Art. 72 Abs. 3 GG). Dies gilt nach herrschender Auffassung jedenfalls verfassungsprozessual zunächst unabhängig von der hier durchaus naheliegenden Frage, ob das Bundesrecht seinerseits verfassungsmäßig ist (BVerfGE 98, 265 (318 ff.); Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 11; a. A. Wittreck, in: Dreier-GG, 3. Aufl. 2015, Art. 72 Rn. 31); eine andere Auffassung würde eine vollständige Inzidentprüfung des Bundesrechts nach sich ziehen, was im jetzigen Verfahrensstand ausgeschlossen ist; auch hat die Landesregierung keine Verfassungswidrigkeit des Bundesrechts behauptet, sondern dem Gesetz am 27.3.2020 im Bundesrat zugestimmt, so dass hier für die Willensbildung des Gesetzgebers die Verfassungsmäßigkeit der Bundesregelungen unterstellt werden muss.

Für einen Teil der Regelungen des Gesetzentwurfs ist nach diesem Maßstab festzustellen, dass sie abweichende Vorschriften enthalten, weil sie eine Entscheidung auf Länderebene für Fragen vorsehen, die der Bund durch die Neufassung des § 5 IfSG vom 27.3.2020 an sich gezogen hat. Das ergibt sich aus folgendem: § 5 des IfSG-Bund regelt umfassende (Verordnungs- und Anordnungs-) Zuständigkeiten des

Bundesministeriums für Gesundheit zu Fragen, die auch Regelungsgegenstand des vorliegenden Gesetzentwurfs sind. Die Ermächtigung § 5 Abs. 2 S. 1 stellt insoweit voran, dass sie „unbeschadet der Befugnisse der Länder“ erfolgt. Nach verbreiteter Auffassung wäre ein Hinweis, dass Zuständigkeiten der Länder „unberührt“ blieben, ein Indiz für weiterbestehende Regelungsmöglichkeiten (BVerfGE 78, 132 (145); *Wittreck*, in: Dreier-GG, 3. Aufl. 2015, Art. 72 Rn. 27; Jarass/*Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Rn. 10). Genau diese Formulierung wurde hier allerdings nicht gewählt, sondern die – in der Regel das Gegenteil anzeigende – Formel, dass die neuen Befugnisse des Bundes unbeschadet (=unbeeinträchtigt) von (bis dahin noch gegebenen) Länderbefugnissen eingerichtet werden.

Die BT-Drs. 19/18111 vom 24.3.2020 führt entsprechend aus (S. 20):

„Der Bundesregierung stehen die in diesem Gesetz vorgesehenen Befugnisse zum Ergreifen der aufgeführten Maßnahmen zu. Das Bundesministerium für Gesundheit wird ermächtigt, Anordnungen und Rechtsverordnungen ohne Zustimmung des Bundesrates nach den Nummern 1 bis 8 zu erlassen. Diese Anordnungsbefugnisse treten neben die Rechtsetzungs- und Verwaltungsbefugnisse der Länder, gleichgültig ob sie nach diesem Gesetz oder auf Grundlage anderer Vorschriften bestehen. Regelungen der Länder dürfen den Regelungen des Bundes in diesem Rahmen nicht widersprechen. Die Vollzugskompetenz der Länder bei der Durchführung der auf Grund dieses Absatzes erlassenen Anordnungen und Rechtsverordnungen bleiben unberührt.“

Vorliegend unterliegt nach diesen Maßstäben zunächst die Regelung § 14 IfSBG-NRW wegen einer Kollision mit dem Bundesrecht mit hoher verfassungsrechtlicher Wahrscheinlichkeit einer Regelungssperre, soweit es sich um Fälle des § 11 Abs. 1 Nr. 1 IfSBG-NRW handelt, nämlich um eine epidemische Lage als Unterfall einer bundesweiten Pandemie gemäß Feststellung des Bundestags nach dem IfSG-Bund. Denn für diesen Fall sieht bereits das Bundesrecht durch die Verordnungsermächtigung für den Bundesgesundheitsminister gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 4 c-g IfSG-Bund entsprechende und teilweise abweichende Sachregelungskompetenzen auf Bundesebene vor: Die Entscheidungen zu notstandsmäßiger Beschaffung und Sicherung von medizinischem Material liegen bei einer bundesweiten Pandemie nach dem Willen des

Bundesgesetzgebers auf der Bundesebene. Damit ist die in Aussicht genommene Regelung in § 14 nicht mehr vereinbar: Durch materiell eigene Entscheidungen der Landesebene in einem solchen Szenario sind sowohl theoretisch wie auch praktisch widerstreitende Entscheidungen zu befürchten, die gerade in einer angespannten bundesweiten Situation nur zu zusätzlichen Unsicherheiten und untunlichen Wettbewerbsszenarien führen.

Es kommt insoweit dann nicht darauf an, ob der Bundesgesundheitsminister die gesetzliche Regelung durch Erlass einer Rechtsverordnung auch nutzt, sondern lediglich darauf, dass er nach dem Beschluss des Bundestags und des Bundesrats die alleinige Regelungsverantwortung übertragen bekommen hat und damit andere Regelungsakteure ausgeschlossen sind; die zuständigen Stellen in Nordrhein-Westfalen können sich damit nicht auf eine eigene landesrechtliche Regelung stützen, sondern müssen auf entsprechende Regelungen des Bundes warten. Dafür dürfte insbesondere sprechen, dass eine Konkurrenzsituation zwischen Bundesländern in diesem Fall vermieden werden muss und mit gleichen Rechtsgrundlagen vorzugehen ist, womit vor allem auch eine Ungleichzeitigkeit im Stand der Pandemiebekämpfung zwischen Bundesländern vermieden wird, die weitere Folgeprobleme verursachen würde.

cc) Wenn das Bundesrecht einen Sachzusammenhang nicht selbst regelt, kommt eine Sperrwirkung gegenüber tatsächlich ergänzenden Regelungen des Landesrechts nur dann in Betracht, wenn die Regelung auf Bundesebene für den gesamten Sachzusammenhang bereits abschließend ist. Länder bleibt insoweit „Raum für eine eigene Regelung nur, wenn und soweit die bundesrechtliche Regelung nicht erschöpfend ist. Wann eine bundesrechtliche Regelung als erschöpfend anzusehen ist, folgt aus einer Gesamtwürdigung des betreffenden Normenkomplexes“, BVerfGE (II) 102, 99 (114) – Landesabfallgesetz NRW (2000). Maßstab ist insoweit, „ob ein bestimmter Sachbereich tatsächlich umfassend und lückenlos geregelt ist bzw. nach dem (...) objektivierten Willen des Gesetzgebers abschließend geregelt werden sollte“, BVerfGE 102, 99 (115).

- Das ist für den Fall einer nationalen Epidemie, § 1 Abs. 1 Nr. 1 IfSBG-NRW, angesichts der sehr umfassenden und offenen Ermächtigungen des Bundesministeriums für Gesundheit für weitere Bestimmungen des IfSBG-NRW nicht auszuschließen. Insoweit kann der Landesgesetzgeber allerdings bei unsicherer Lage auch ins Risiko gehen und jedenfalls in kompetentieller Hinsicht noch eigenständige Regelungen vorsehen.

Dabei muss er allerdings bedenken: Für die Befugnisse im Krankenhausbereich nach § 12 IfSBG-NRW sind in sehr allgemeiner Weise Befugnisse des Bundes durch § 5 Abs. 2 Nr. 7 IfSG-Bund („Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung in (...) Krankenhäusern“) vorgesehen, so dass insoweit in Betracht kommt, dass der Bund hier nach seiner eigenen Konzeption abschließend regelungsbefugt ist; die Materialien des Gesetzgebungsverfahrens geben dafür allerdings keinen hinreichenden Aufschluss. Auch wurde auf Bundesebene die Folgenregelung der „notwendigen Mitwirkung“ von Medizinstudenten (§ 5 Abs. 2 Nr. 7b) schon in die – nicht abschließenden – Aufzählung von Regelungsermächtigungen aufgenommen, die der Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung dienen. Damit ist die Regelung des § 15 IfSBG-NRW mit der Verpflichtung von medizinischem und pflegerischem Personal bereits aus kompetentiellen Gründen durchaus unsicher. Nach einer solchen strengen Lesart hat der Bund – mit Zustimmung des Landes NRW im Bundesrat – seine im Konkurrenzfall vorgehende Gesetzgebungskompetenz für den Gesamtkomplex des Infektionsschutzes bei nationalen Pandemien übernommen und damit am 27.3.2020 eine insoweit umfassende Sperrwirkung für den Regelungsbereich des § 11 Abs. 1 Nr. 1 IfSBG-NRW kreiert.

- Dagegen liegt keine Sperrwirkung für den zweiten Fall des § 11 IfSBG-NRW vor, wonach der Landtag aufgrund der dynamischen Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit im Land eine epidemische Lage von landesweiter Tragweite feststellt, § 11 Abs. 1 Nr. 2 IfSBG-NRW. Insofern lässt sich darlegen, dass für NRW epidemische Lagen von landesweiter Tragweite vorstellbar sind, ohne dass es zu einer parallelen Feststellung auf Bundesebene kommt. Dies ließe sich insbesondere in Fällen einer bedrohlichen Lage in Grenzregionen denken, bei denen Erkrankungen zunächst nur aus

Belgien oder den Niederlanden eingeschleppt werden und also eine landespezifische Lage vor oder ganz unabhängig von einer gesamtstaatlichen Lage eintritt. In einem solchen Fall ist § 5 des IfSG-Bund nicht anwendbar, es besteht keine Zuständigkeit des Bundestags und des Bundesgesundheitsministers für entsprechende Entscheidungen. Für diesen zweiten Fall lässt sich eine Gesetzgebungskompetenz des Landes für die Bestimmungen der §§ 12-16 unzweifelhaft annehmen. Auch insoweit greift freilich die oben ausgeführte Befristungsnotwendigkeit.

Zusammenfassend ist in Hinblick auf dies Gesetzgebungskompetenz des Landes nach der im Moment möglichen vorläufigen verfassungsrechtlichen Einschätzung festzuhalten, dass

- das Land seine Zuständigkeiten und internen Organisationsbefugnisse durch das vorliegende Gesetz regeln kann;
- für den Fall einer bundesweiten Pandemie die Zuständigkeit des Landes für Sachregelungen zum Teil gesperrt (§ 14 IfSBG-NRW) und zum Teil unsicher ist (§§ 12 f., 15 IfSBG-NRW); ein Handeln im Bereich der letztgenannten Bestimmungen liegt – nur in Bezug auf die Zuständigkeit – in vertretbarer Weise im Einschätzungsbereich des Landesgesetzgebers (zur differenzierten materiellrechtlichen Lage s. sogleich II. 3.);
- für den Fall einer landesweiten Pandemie eine umfassende Zuständigkeit des Landesgesetzgebers besteht, die allerdings ebenfalls dem Befristungsgebot unterliegt.

3. Anforderungen an Bestimmtheit, Verhältnismäßigkeit und Sachgerechtigkeit

Die materiellrechtliche Prüfung der umfassenden Regelungen kann im gegebenen Rahmen ebenfalls nur kursorisch und unter Vorbehalt erfolgen.

a) In Bezug auf das IfSBG-NRW tritt nach hier vertretener Auffassung eine Sperrwirkung für den Fall einer bundesweiten Epidemie jedenfalls in Bezug auf § 14 ein (s.o.). Für die übrigen materiell-rechtlichen Bestimmungen ist für den Fall einer Regelung unter Risiko der Unzuständigkeit folgendes festzuhalten:

aa) Die Bestimmungen der §§ 12 und 13 IfSBG-NRW begegnen keinen durchgreifenden materiellen verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Land hat für die Organisation des Krankenhaussektors und des öffentlichen Gesundheitsdienstes nach den bereits bestehenden bundes- wie landesrechtlichen Regelungen eine Gewährleistungsverantwortung, wie sie auch den Regelungen des Krankenhausgestaltungsgesetzes NRW von 2007 (KHGG) zugrundeliegt. Das bedeutet, dass zwar im Regelfall private, freigemeinnützige oder kommunale Akteure für die Erfüllung gesetzlicher Leistungspflichten eintreten, § 1 Abs. 3 in Verbindung mit § 2 KHGG; die dahinter weiterbestehende Verantwortung des Staates nach § 1 Abs. 2 S. KHGG lebt aber auf, wenn diese Stellen diese Aufgaben nicht erfüllen können (zum Konzept allgemein etwa *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 158 ff.). In einem Krisenfall kann es geboten sein, diese Verantwortung durch unmittelbare Anordnungen wahrzunehmen. Insbesondere durch die gesetzlich näher bestimmten Voraussetzungen in § 12 Abs. 4 IfSBG-NRW ist eine hinreichende Begrenzung der entsprechenden Sonderbefugnisse und ihre Verpflichtung auf das weiterbestehende gesetzliche Leitbild sichergestellt. Gleiches gilt im Ergebnis für die Effektuierung des öffentlichen Gesundheitsdienstes durch § 13 IfSBG-NRW auf der Grundlage der Bestimmungen des Gesetzes über den öffentlichen Gesundheitsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen (ÖGDG), der von vornherein primär kommunale und staatliche Behörden als Adressat hat (§ 5 ÖGDG mit der entsprechenden Auffangverantwortung bei Aufgabenübertragung nach § 5 Abs. 3 S. 3).

Für beide Bestimmungen ist als Rechtfertigungsmaßstab zu beachten, dass sie mit Eingriffen in die kommunale Selbstverwaltung nach Maßgabe von Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 78 Abs. 1 f. LV verbunden sind und das kostenbezogene Konnexitätsgebot nach Art. 78 Abs. 3 LV beachten müssen.

bb) Durchgreifenden materiellrechtlichen Bedenken begegnet der § 15 IfSBG-NRW.

- Die Vorschrift verstößt schon gegen Art. 12 Abs. 2 GG, da sie einen Arbeitszwang vorschreibt, der nicht durch eine herkömmliche Dienstleistungspflicht gerechtfertigt ist.

Anders als der Gesetzentwurf meint, sind durch § 15 nicht nur die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit und der Freiheit der Person „möglicherweise beeinträchtigt“ (!) – so S. 74 der Gesetzesbegründung. Vielmehr ist auch der Schutz vor Arbeitszwang einschlägig. Nach dieser Vorschrift darf niemand „zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht“. Dass es um eine entsprechende Tätigkeit als Arbeit geht, wird schon durch die Entgeltregelungen des Gesetzentwurfs deutlich.

Zum Teil wird unter verkürzter Zitierung von BVerfGE (II) 74, 102 (115 ff., insb. S. 120) – Erziehungsmaßregeln (1987) davon ausgegangen, dass nur Arbeitszwang ausgeschlossen sei, der gegen die Menschenwürde verstoße. Das ist aber schon bei Lektüre der einschlägigen Entscheidung wie auch bei systematischer Auslegung von Art. 12 Abs. 2 GG nicht zutreffend: Die Bürger sind danach vielmehr vor einer zwangsweisen Anordnung einer bestimmten Tätigkeit grundsätzlich umfassend geschützt, BVerfGE (II) 74, 102 (119) – Erziehungsmaßregeln (1987); Ausnahmen ergeben sich bei untergeordneten Nebenpflichten einer selbst gewählten Berufstätigkeit, z. B. bei bestimmten Formen der Zusammenarbeit mit staatlichen Stellen, etwa beim Lohnsteuereinzug (zu entsprechenden Fällen weiter Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 116) oder dann, wenn das Verhalten der Bürger selbst den Anlass für entsprechende staatliche Maßnahmen bildet, so etwa bei der Anordnung von Sozialdienststunden im Jugendstrafrecht; auch dann sind freilich Formen des Arbeitszwangs ausgeschlossen, die die Menschenwürde verletzen (so BVerfGE (II) 74, 102 (119 f.) – Erziehungsmaßregeln (1987)).

Eine generelle Ausnahme der Freiheit von Arbeitszwang bilden nur herkömmliche und allgemeine Dienstpflichten, wie sie vor allem im Bereich der Feuerwehr noch angetroffen werden können. Möglich erscheint, dass man unter Begrenzung auf den Kreis der Leistungsfähigen die Allgemeinheit der hier vorliegenden vorgesehenen Pflicht annehmen kann (zum Kriterium Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 119). Allerdings fehlt es jedenfalls nach den zur Verfügung stehenden Informationen an der notwendigen Herkömmlichkeit, da eine umfassende Heranziehung medizinisch geeigneten Personals nicht in traditionsbildender Weise bekannt ist, zum Kriterium

BVerfGE (I) 92, 91 (111 f.) – Feuerwehrabgabe (1995). Insgesamt kann ein Verstoß schon gegen Art. 12 Abs. 2 GG mangels hinreichender Erfüllung der Vorgaben für den einschlägigen Gesetzesvorbehalt nicht gerechtfertigt werden.

- Selbst bei anderer Einschätzung hinsichtlich des Art. 12 Abs. 2 GG verstößt die Vorschrift des § 15 IfSBG-NRW auch bei Zugrundelegung eines weitreichenden gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums in der jetzigen Form als Zwangsbestimmung auch gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Verhältnismäßigkeit. Sie hält den Anforderungen nur in Bezug auf einen legitimen verfassungsrechtlichen Zweck stand, nämlich der Sicherung der medizinischen Versorgung bei extremen Notlagen.

Vor allem die Geeignetheit der Regelung ist dagegen höchst zweifelhaft. Denn mit den – auch in der Begründung näher ausgeführten – Voraussetzungen und Einschränkungen ist kaum vorstellbar, dass eine relevante Zahl von zusätzlichem Fachpersonal zu generieren wäre. Zunächst ist schon gar nicht klar, um wieviel Betroffene es sich auch nur theoretisch handelt: Soll der Kreis sich auf aktuelles Fachpersonal beschränken, dass in enger Fühlungnahme zur Praxis zur Zeit in anderen Berufsfeldern arbeitet, oder sind auch diejenigen gemeint, die eventuell vor Jahrzehnten eine Berufsausbildung im angesprochenen Feld absolviert haben, sich dann aber anderen Tätigkeitsfeldern zuwandten, oder z. B. auch ehemalige Bundeswehrsanitäter und Zivildienstleistende, die vor Dekaden eine damals z. T. als Ausbildung zählende Einführung in die medizinische Versorgung erhalten haben? Welche Alterskohorten sind hier angesprochen? Ärzte im Ruhestand dürften jedenfalls in der jetzigen Pandemie zur klassischen Risikogruppe zählen und daher dann nur im Einzelfall in Betracht kommen. § 15 Abs. 1 S. 1 ist insoweit zwar bestimmt genug, aber in dieser Bestimmtheit nicht sachgerecht eingegrenzt.

Die in der Gesetzesbegründung zu Recht aufgeführten bzw. angedeuteten Faktoren für einen Ausschluss aus der Verpflichtung können individueller Art (Gründe für die Arbeit außerhalb der Versorgung aufgrund mannigfaltig relevanter Faktoren in Hinblick auf die Einsatzfähigkeit) oder institutioneller Art (Erforderlichkeit ihres Einsatzes in den jetzigen

Berufsfeldern zur Aufrechterhaltung der Voraussetzung der Versorgung) sein. Für den letzteren Punkt spricht auch bereits § 15 Abs. 6 IfSBG, nach dem sich eine Abfrage von möglichen Adressaten der Inpflichtnahme an „Gemeinden als Träger der Feuerwehren, die anerkannten Hilfsorganisationen, die Verbände der freien Wohlfahrtspflege und vergleichbare Institutionen richtet“ – bei diesen Institutionen dürfte es naheliegen, dass sie ihr Personal selbst benötigen, um die Gesamtlage zu bewältigen. Hier wäre eine Einzelfallprüfung unabdingbar, die sich gegen den Willen der Betroffenen schon durch das Gebot einstweiligen Rechtsschutzes kaum in der gebotenen Eile durchführen und zu einem Ergebnis bringen lassen würde.

Damit ist die Frage der Gebotenheit einer Zwangsregelung angesprochen: Die gelingende Tätigkeit in der medizinischen Versorgung setzt eine intrinsische Motivation voraus. Diese dürfte bei einem hohen Anteil der relevanten Kohorte vorliegen. Es ist in keiner Weise dargetan, dass eine Regelung, die zu entsprechenden Tätigkeiten auf freiwilliger Basis aufruft, nicht zu einem mindestens gleichen, wahrscheinlich besseren Ergebnis führen würde. Auch dann bliebe es herausforderungsvoll genug, die tatsächliche Eignung in einer Risikoabschätzung festzustellen; allerdings könnte eine Aufgabe für das Land darin liegen, nach dem Vorbild des § 15 Abs. 4 und 5 IfSBG-NRW für die freiwillige Mitwirkung in der medizinischen Versorgung eine Entgeltregelung vorzusehen.

Schließlich ist auch die verfassungsrechtliche Angemessenheit der vorgelegten Regelung nicht gegeben. Auch insoweit sind die Aspekte anzuführen, die in Hinblick auf den Arbeitszwang und die Erforderlichkeit und Gebotenheit genannt wurden: In einem hochdifferenzierten Gesundheitssystem, das gerade auch in der Krise auf ein reibungsloses Zusammenspiel seiner Faktoren angewiesen ist, führt der Einsatz von Zwangskräften nicht zu mehr, sondern zu weniger Leistungskraft. Die zusätzliche Gefährdung von Betroffenen, aber dadurch ausgelöst auch Dritter, steht in keinem angemessenen Verhältnis zum erhofften Ertrag.

Dem Gesetzgeber ist anzuraten, den § 15 zumindest grundlegend umzugestalten und zu einer Basis für die freiwillige Mitwirkung geeigneter Kräfte zu machen. Hierfür könnten Regelungen zur Freistellungspflicht der Arbeitgeber, zur Absicherung des Personals und

zur Regelung des Entgelts samt Entschädigung der Arbeitgeber gehören, wie sie in § 15 Abs. 3-5 IfSBG-NRW angelegt sind.

b) In Bezug auf die Artikel 3-21 des vorliegenden Gesetzentwurfs kann von folgender Grundüberlegung ausgegangen werden:

- Es ist ein legitimes und wichtiges Ziel, auch in der gegenwärtigen Bewährungsprobe der öffentlichen Ordnung möglichst viele Lebensbereiche „gangbar“ zu halten. Durch flexible Regelungen kann vor allem vermieden werden, dass es zu einer flächendeckenden Auszeit kommt, die unabsehbare Schäden für die Bürgerinnen und Bürger, aber auch für das gesamte Gemeinwesen nach sich ziehen. Dazu müssen die Verwaltungen auf allen Ebenen, aber auch Handlungsfelder wie vor allem der Bildungsbereich arbeitsfähig gehalten werden. Die dazu vorgesehenen Mittel sind insbesondere unter der Bedingung einer generellen Befristung (s. oben I 1.) im Zweifel aus verfassungsrechtlicher Perspektive großzügig zu beurteilen.

aa) Für den Bereich der kommunalen und staatlichen Verwaltung (Art. 4-8) ist allerdings auch in der jetzt gebotenen Eile anzuraten, nach Möglichkeit den Sachverstand der betroffenen Akteure zu nutzen und deren Hinweise im Gesetzgebungsverfahren ernsthaft zu prüfen. Vor allem scheint es naheliegend, in den unterschiedlichen Ebenen und Sektoren zu möglichst gleichförmigen und tatsächlich praktikablen Lösungen zu kommen.

Ein wesentliches und in der Krise sinnvolles Element der Regelungen ist die vorgesehene Erleichterung für die Arbeitsweise der gesetzlich vorgesehenen Gremien. Danach ist zunächst zu sagen, dass für die Abstimmung in Gremien unterschiedliche Anforderungen vorgesehen sind. Für die Art. 4-8 ist in Bezug auf die Gremien in der kommunalen Familie die Textform vorgesehen, weshalb Abstimmungen per Mail ohne Authentifizierung ausgeschlossen sind und das Umlaufverfahren als Lösung vorgestellt wird. Art. 15 den Personalvertretungen erlaubt zusätzlich elektronische Abstimmungen; Art. 17 spricht für die Landwirtschaftskammern vom schriftlichen Verfahren, Art. 20 für

die Justiz vom Umlaufverfahren einschließlich einfacher Mail (S. 83 der Begründung). Art. 13 regelt für den Bereich des bürgerbezogenen E-Government eine grundsätzliche Flexibilisierung der Kommunikation einschließlich einfacher E-Mails (vgl. S. 80 der Begründung).

Es dürfte geboten sein, zu einer möglichst einheitlichen Form zu kommen, die tatsächlich eine praktische Erleichterung schafft. Für die genannten ebenso wie für viele andere Bereiche, etwa auch Schule und Hochschule, legt sich für den eng begrenzten Ausnahmefall nahe, dass Abstimmungen und rechtliche Erklärungen auch elektronisch in einer Weise abgegeben werden können, die die Authentizität der Erklärung und gegebenenfalls auch die Öffentlichkeit der Sitzung hinreichend sicherstellt (bei Gremiensitzungen und offenen Abstimmungen etwa auch durch Videokonferenzen mit geeigneten Programmen); ggfs. ist die Geheimhaltung der Erklärung sicherzustellen, etwa durch ein nachlaufendes, ergänzendes Umlaufverfahren. Klärungsbedürftig ist das Verhältnis dieser geänderten Verfahrensmodi zu den sonstigen Eilrechtskompetenzen.

bb) Im Verhältnis zu anderen Bestimmungen ist die Regelung des Art. 11 – Änderung des Hochschulgesetzes (sowie entsprechend Art. 12 zu den Kunsthochschulen) gesondert zu würdigen. Auch für diesen Bereich ist zunächst anzuerkennen, dass alles getan werden muss, um Stillstand und Ausfall staatlich verantwortlicher Strukturen zu verhindern; gerade die Hochschulen werden in der Lage sein, durch den Einsatz elektronischer Kommunikation und großer Anstrengungsbereitschaft aller Beteiligten ein „verlorenes Semester“ zu verhindern, indem virtuelle und reale Präsenz flexibel miteinander verbunden werden.

Der Regelungsentwurf bedarf aus verfassungsrechtlicher Sicht allerdings einer beherrschbaren, aber prinzipiellen Veränderung, um durchgreifenden Bedenken zu entgehen, die sich vor allem durch den bekanntgewordenen Entwurf der entsprechenden Ausführungsverordnung verstärken. An die Stelle von Ministerium (bzw. Rektoraten) sind die verantwortlichen Gremien nach dem HG in die Pflicht zu nehmen und mit den im Entwurf vorgesehenen flexiblen Reaktionsmöglichkeiten auszustatten.

Das ergibt sich aus folgendem:

- Die derzeit vorgeschlagene Regelung des § 82a HG sieht – anders als der deutlich detailliertere und überdies befristete Entwurf zum Schulgesetz in Art. 10 – zur Zeit eine globale Ermächtigung des MKW vor, „durch Rechtsverordnung Regelungen betreffend die Prüfungen, die Anerkennung von Prüfungsleistungen und sonstigen Leistungen, die Regelstudienzeit, die Amtszeit der Gremien der Hochschulen und der Studierendenschaft zu erlassen und dabei von (den einschlägigen Bestimmungen des HG) abzuweichen.“ Im Entwurf der entsprechenden Rechtsverordnung wird die gesetzlich dem Ministerium zugewiesene Zuständigkeit dann vollständig auf die Rektorate der Hochschulen übertragen.

Das Ziel der Regelung, die vor allem eine Durchführung des Universitätsbetriebs und vor allem von Prüfungen sichern will, ist zu unterstützen. Die konkrete Regelungskonzeption verstößt zur Zeit aber sowohl gegen das Bestimmtheitsgebot als auch gegen die verfassungsrechtlichen Sicherungen der institutionellen Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG sowie aus Art. 16 Abs. 1 LV. Diese Verfassungsrechtssätze, die die Wissenschaftsfreiheit sowie die akademische Selbstverwaltung schützen, zielen nicht auf einen luxuriösen akademischen Eigensinn, der in Zeiten einer Krise verzichtbar ist; sie bilden vielmehr eine Einsicht in die Struktur wissenschaftsbezogener Arbeitsweisen ab, die sachnotwendig „bottom-up“ und nicht „top-down“ erfolgt. Lehre und Prüfung im Wissenschaftsbereich können von ihrer Sache her nicht per Anweisung durch eine weisungsabhängige Linienverwaltung ausgeführt werden, weil die Vielzahl von Fächern, Inhalten, Strukturen, Formaten und Parametern sich einer einheitlichen Steuerung entzieht. Großveranstaltungen mit vielen hundert Teilnehmern stehen neben aufwendigen technikbezogenen Lehrformaten und neben höchst persönlichen, individuell betreuten forschungsbezogenen Abschlussarbeiten. Die Vorstellung, hier könne durch zentrale Weisungen einheitlich vorgegangen werden, zerstört in Wahrheit die Möglichkeit auf ein valides Sommersemester.

- Konkret ist es aus verfassungsrechtlicher Sicht dem Ministerium, aber auch den Rektoraten verwehrt, sich umstandslos an die Stelle der gesetzlich bestimmten Gremien für die jeweiligen Sachentscheidungen zu setzen. Dem MWK ist das aufgrund der

Grundentscheidungen des Hochschulfreiheitsgesetzes und der damit verbundenen organisatorischen Folgen im Haus schon personell gar nicht möglich, weil es für die einzelnen Prüfungsgeschehen in Hunderten von Fakultäten und Tausenden von Studiengängen schlicht keine zureichenden eigenen Ressourcen aufweist.

Aber auch der Ansatz, dann eben die Rektorate mit den Hochschulen gleichzusetzen und ersteren die Gesamtbefugnisse der Hochschulgremien zu übertragen, ist verfassungswidrig. Zunächst wird mit einer solchen Globaldelegation der behauptete Regelungsansatz des § 82a HG nicht ausgeführt, weil tatsächlich gerade nicht das Ministerium, sondern die Rektorate die inhaltliche Bestimmungsmacht erhielten. Inhaltlich würde verkannt, dass das Selbstverwaltungsrecht der Hochschulen sich gerade nicht auf deren Führung durch die Rektorate konzentrieren lässt, sondern den jeweiligen Einheiten und auch Statusgruppen aus den dargelegten Sachgründen aus eigenem Recht zusteht. Zu einer übermäßigen Ermächtigung von universitären Führungsgremien hat nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht zum Schutz der Wissenschaftsfreiheit hinreichend oft Grenzen gesetzt, genannt seien BVerfGE (I) 127, 87 - Hamburgisches Hochschulgesetz (2010); BVerfGE (I) 136, 338 - Niedersächsisches Hochschulgesetz (2014). Art. 16 Abs. 1 LV NRW bildet diesen Grundsatz des Bundesverfassungsgerichts zutreffend ab und stärkt ihn nochmals in organisatorisch-institutioneller Hinsicht, indem dort „der besondere Charakter“ der Hochschulen als Grund für den Schutz ihrer Selbstverwaltung genannt wird. Schutzziel ist die „eigenverantwortliche Betroffenenverwaltung“ (Günther, in: Heusch/Schönenbroicher, Landesverfassung NRW, 2. Aufl 2020, Art. 16 Rn. 14.). Art. 16 LV steht unter Gesetzesvorbehalt; die geplanten Regelungen würden jedoch den Kernbereich der institutionellen Eigenverantwortung entleeren. Art. 5 Abs. 3 GG ist von vornherein vorbehaltlos geschützt.

- Es besteht vor allem auch keine dargetane Notwendigkeit für eine unkonditionierte Übertragung der Notkompetenzen auf Ministerium oder Rektorat. Wie im Bereich der kommunalen Familie muss es in der vorliegenden Situation darauf ankommen, die gesetzlich bestimmten Gremien in die Pflicht zu nehmen und mit hinreichend flexiblen Instrumenten auszustatten. Dazu wäre eine Fassung des §82a HG anzuraten, die die

„gesetzlich zuständigen Gremien“ (statt des Ministeriums) mit den in der Vorschrift genannten Instrumenten ausstattet und zusätzlich eine Regelung zu erleichterten Formen der Entscheidungsfindung, etwa durch elektronische Abstimmungen wie in den anderen Bereichen der Landesverwaltung vorzusehen. Denkbar wäre auch die Festschreibung einer Ergebnisverantwortung (Gewährleistung von Prüfungen im Sommersemester 2020); damit würde auch die ebenfalls gesetzlich bereits geregelte Eilkompetenz von Dekanen, Prüfungsausschutzw Vorsitzenden, Senatsvorsitzenden etc. als Notinstrument gestärkt.

III. Gesamtwürdigung

Landtag, Landesregierung, die Stellen der Verwaltung und die Bürgergesellschaft müssen zusammenstehen, um die Herausforderung der Pandemie im Jahr 2020 zu bewältigen. In der ersten Phase steht die Konzentration auf die unmittelbare Bekämpfung der Pandemie im Mittelpunkt, hierzu bedarf es der Ertüchtigung des Gesundheitssystems durch mutige und flexible Lösungen. Gut beraten ist das Land, hier vorrangig auf die Mitwirkung und nicht auf den Zwang zu setzen.

In einer zweiten, überlappenden Phase muss an die Seite dieser Maßnahmen die Bewältigung der weiteren Krisenphänomene treten, die eine ungeheure Wucht entfalten. Die Maßnahmen der Pandemiebekämpfung werden auf längere Dauer nur dann wirksam sein können, wenn sie nicht zu einer Verkümmerng der Gesellschaft führen, die ihre Kraft zur Freiheit verloren hat; um dies zu ermöglichen, ist mutiges und aktivierendes, aber auch sachgerechtes Handeln der staatlichen Stellen erforderlich. Der vorliegende Gesetzentwurf kann sich mit den hier vorgeschlagenen Änderungen im Rahmen der Verfassung bewegen und so zu diesem Ziel beitragen.

Münster, den 4. April 2020

gez. Prof. Dr. H. Wißmann