

Ad-hoc-Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD für ein „**Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite**“

(Stand: Formulierungshilfe der Bundesregierung vom 10.4.2021)

A. Übersicht und Gesamtergebnis (2)

B. Im Einzelnen (2)

I. Verfassungsrechtliche Ausgangslage (2)

II. Gesetzgebungsverfahren im Bundestag (4)

III. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 28b IfSG (6)

1. Direkte gesetzliche Regelungen, § 28b Abs. 1 und 3 IfSG (6)

a) Tatbestand: 100/200-Inzidenz (6)

b) Rechtsfolge in Abs. 1: Katalog von Verboten (8)

c) Schulen, Abs. 3 (9)

2. Verordnungsermächtigung (9)

IV. Zustimmungspflicht (10)

C. Zusammenfassung und Ratschlag: Ausnahmeregelung für Ausnahmelage (11)

A. Übersicht und Gesamtergebnis

Der vorliegende Gesetzentwurf markiert den späten Übergang in die zentralstaatliche Regulierung der Corona-Pandemie. Eine solche Entscheidung führt verfassungspolitisch zu einer Konzentration von Verantwortung auf der Bundesebene, darin liegen Chancen wie Risiken für alle Beteiligten.

Der Entwurf sieht gegenüber der bisherigen Rechtslage zusätzliche, durchgreifende, statisch angeordnete Eingriffe in die Bürgerrechte vor. Die insoweit als Grundlage vorgesehene eindimensionale Festlegung auf eine gegriffene Inzidenzzahl ohne jede Rückkopplung etwa an die Rechte von Geimpften und Gesunden, Testzahlen, tatsächlich drohende Krankheitsverläufe und Belastungen des jeweiligen Gesundheitssystems unterschreitet das verfassungsrechtlich gebotene Maß rationaler Gesetzgebung.

Die vorgesehenen Regelungen tragen die Züge einer verfassungsrechtlichen Ausnahmesituation. Angesichts dessen sind zum Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung als rechtsstaatliche Gegengewichte eine strikte zeitliche Limitierung der Sonderbestimmungen sowie eine (ebenfalls zeitlich befristete) verbesserte gerichtliche Kontrolle (Erweiterung der untergesetzlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO auf Bundesrechtsverordnungen mit erstinstanzlicher Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts) vorzusehen. Dies ist im Übrigen auch aus Gründen der Regelungseffizienz zu empfehlen.

B. Im Einzelnen

I. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

- Die Bürgerinnen und Bürger und ihr Staatswesen – Bund, Länder und Kommunen – werfen sich seit über einem Jahr unter höchstem Einsatz den Gefahren der Pandemie entgegen, gemeinsam mit vielen anderen Nationen. Der Bundestag hat dabei bislang drei eigenständige Gesetze zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite beschlossen (G v. 27.3.2020, BGBl. I, 587; G v. 19.5.2020, BGBl. I, 1018; G. v. 18.11.2020, BGBl. I S. 2397; zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 29.3.2021, BGBl. I S. 370). Bisher ließen diese Veränderungen des Infektionsschutzgesetzes die Statik des Bundesstaats

unverändert, der auf die gemeinsame Problemlösungskompetenz von Bund und Ländern gerade in dynamischen und unübersichtlichen Lagen vertraut. Insbesondere waren die tatbestandlichen Bestimmungen der Bundesregelung (unter Einschluss des neuen § 28a) so gefasst, dass sie erst durch Konkretisierung im Wege von Landesrechtsverordnungen zu anwendbarem Recht wurden.

Von diesem Prinzip der bundesstaatlichen Zusammenarbeit geht der Gesetzentwurf nunmehr ab, indem (1) durch einen neuen § 28b IfSG für bestimmte tatbestandliche Fälle direkte bundesrechtlich gesetzte Verbotsregeln gelten sollen sowie (2) darüber hinaus der Bund zu weiteren Regelungen durch Rechtsverordnungen ermächtigt wird, die dann jeweils mit Zustimmung des Bundesrats (also ggfs. auch gegen den Willen einzelner Bundesländer) ergehen können. Daher erzeugt der vorgelegte Entwurf eine neue staatsrechtliche Qualität in der Pandemiebekämpfung und nicht nur einen „Lückenschluss“ hinsichtlich nachgeordneter verwaltungsrechtlicher Einzelheiten.

- Die zugrundeliegende tatsächliche Lage im April 2021 ist in vielfacher Weise unübersichtlich: Zum einen wird seit Jahresbeginn geimpft, so dass auch nach Auffassung der Bundesregierung ein stetig wachsender Teil von COVID-Risikopatienten vor einer schweren Erkrankung geschützt ist und die Weitergabe der Infektion reduziert werden kann. Zugleich sind die Infektionszahlen deutschlandweit trotz anhaltender flächendeckender Pandemiemaßnahmen seit mehreren Wochen stetig gestiegen; auch die Zahl von Intensivpatienten (darunter vermehrt jüngere Jahrgänge mit längerer Behandlungsdauer) steigt. Und noch immer liegen über die Verbreitungswege von Infektionen, die tatsächliche Geeignetheit bestimmter Maßnahmen, den realen Verbreitungsstand von Infektionen oder den Immunstatus der Gesamtbevölkerung offenkundig keine belastbaren repräsentativen Daten vor, auf die eine gesamtstaatliche Strategie gestützt werden könnte.

In dieser Lage hat sich die Bundesregierung entschlossen, nunmehr nach über einem Jahr Pandemiebekämpfung für bestimmte Konstellationen eine bundeseinheitliche „Notbremse“ setzen zu wollen; sie greift insoweit teilweise auf bisherige inhaltliche Abstimmungen mit der Ministerpräsidentenkonferenz zurück, überführt deren vorläufige Absprachen (die stets in den Ländern noch politisch und rechtlich umgesetzt werden mussten und jeweils zeitlich

befristet gültig waren) nun allerdings in eine feste Regelung. Damit wird insbesondere der Parameter „Inzidenz“, der bisher (und vor allem: zunehmend) als Teilgröße für eine Gesamtbeurteilung angesehen wurde, zu einer statischen Bestimmungsgröße, an die unmittelbar weitreichende Beschränkungen fast sämtlicher bürgerlicher Freiheiten geknüpft werden. Die Bundesebene geht so für einen bestimmten Korridor der Pandemiebekämpfung in die politische Vollverantwortung.

II. Gesetzgebungsverfahren im Bundestag

Das angestrebte Gesetzgebungsverfahren im Bundestag nutzt die staatsorganisationsrechtliche Flexibilität bis zum Anschlag aus:

- Die (vielfach übliche) Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Gesetzentwurf „aus der Mitte des Bundestags“ (Art. 76 Abs. 1, 2. Alt. GG) wird nicht einmal mehr kaschiert. Gesetzentwürfe der Bundesregierung (wie hier materiell vorliegend) sind bekanntlich in einem gestreckten Verfahren nach Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG zunächst dem Bundesrat zuzuleiten, das soll aus Gründen der Beschleunigung umgangen werden. Es handelt sich bei dieser im Ergebnis zulässigen Praxis allerdings nicht nur um eine Frage des politischen Selbststands der Regierungsfractionen, die sich hier als Vollzugsorgan der Bundesregierung in Anspruch nehmen lassen. Vor allem hat eigentlich der Bundesrat (bzw. haben die Länder) ein staatspolitisches Interesse, eine eigene Beurteilung in das Gesetzgebungsverfahren einzubringen: Das Verfahren nach Art. 76 Abs. 2 GG hat seinen guten verfassungsrechtlichen Sinn, weil es dabei um die Berücksichtigung unterschiedlicher Erfahrungen der Regierungsebenen von Bund und Ländern geht – was ja die vorliegende Lage gerade trifft. Dieses Interesse sollte nochmals steigen, wenn mit dem Gesetzgebungsverfahren die Handlungsmöglichkeiten der Länder entscheidend eingeschränkt werden. Der Bundesrat könnte auch zu einem offiziellen Entwurf der Bundesregierung in kürzester Frist, aber immerhin erkennbar Stellung nehmen. Im Übrigen steht ihm frei, nach der Verabschiedung eines Gesetzes den Vermittlungsausschuss anzurufen, um zu einer gemeinsamen Haltung von Bundestag und Bundesrat zu gelangen (Art. 77 Abs. 2 S. 1 GG). Wenn der Bundesrat auch im weiteren Verlauf des Verfahrens auf jede Stellungnahme verzichtet, schwächt er im Übrigen

nicht nur seine eigene Position: Das parlamentarische System im Ganzen verliert an Rückhalt, wenn es die föderale Debatte scheut.

- Die Formulierungshilfe der Bundesregierung verwendet Verkürzungen, die einer Überprüfung von vornherein nicht standhalten. So suggeriert der Einleitungssatz der Vorlage, dass die momentane pandemische Lage *„bundeseinheitliche Regelungen und Maßnahmen zwingend notwendig macht, um der staatlichen Schutzpflicht für Leben und Gesundheit zu entsprechen und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems als überragend wichtigem Gemeingut und damit die bestmögliche Krankenversorgung weiterhin sicherzustellen.“* Eine solche Ableitung von grundrechtlicher Schutzpflicht zu „zwingender“ bundeseinheitlicher Regelung und zu einer „bestmöglichen Krankenversorgung“ ist bisher noch nirgends behauptet worden. Damit wird eine schiefe Bahn betreten, auf der ein Halt schon theoretisch nicht mehr denkbar ist: Der Bund *müsste* zukünftig in jedes Krankbett hineinregieren, weil der Schutz der Gesundheit die bestmögliche (und damit auch einheitliche) Versorgung verlangt – das würde aber natürlich auch für jede andere Art von Gefahr und Krankheit gelten, wenn sich dieser Auftrag tatsächlich vom Schutzgut Leben und Gesundheit ableitet. Eine solche panik-affine Vorrede sollte ganz ausdrücklich aus den Vorlagen gestrichen werden. Es geht nicht um einen Pflichtvollzug von Verfassungsvorgaben, sondern um eine verfassungspolitische Abwägung: **Die an die Gesetzgebungsorgane gerichtete Frage ist vorliegend, ob hinreichende Gründe dafür sprechen, dass der Bund – für bestimmte Fälle und bestimmte Konstellationen auf bestimmte Zeit – eine Sachregelung trifft, die ihm in Abwägung aller Umstände zur Zeit geboten erscheint. Es gibt keinen verfassungsrechtlichen Sachzwang zur vorgeschlagenen Regelung.**

- Es sollte insoweit weiter festgehalten werden, dass es sich auch zeitlich im vorliegenden Fall nicht um Notgesetzgebung handelt, die angesichts einer plötzlichen Katastrophe unausweichlich in schnellster Frist zustandekommen muss. Nach den Bekundungen der Bundeskanzlerin und der von ihr gehörten virologischen Wissenschaft ist die nun zu bewältigende Lage seit Wochen oder Monaten absehbar. Es wäre angesichts der Ressourcen der Bundesregierung sehr wohl möglich gewesen, sorgfältige gesetzgeberische Vorsorge zu treffen, statt nun eine angebliche Alternativlosigkeit der vorgelegten Regelungen zu behaupten, die offensichtlich weder verfassungsrechtlich noch politisch zutrifft, und daraus die Berechtigung eines verkürzten Verfahrens abzuleiten. Die Lage kann nicht anders

beschrieben werden: **Die weitreichendsten Beschränkungen von Bürgerrechten durch die Bundesregierung in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland – mögliche Ausgangssperren für die gesamte Bevölkerung, Beschränkung der häuslichen Gemeinschaft – sollen nach 14 Monaten Pandemiebekämpfung in einem Schnellverfahren eingeführt werden**, ohne echte parlamentarische Debatte, ohne Anhörung von Sachverständigen, ohne echte Befassung des Bundesrates, auf der Grundlage von Telefongesprächen einer Handvoll Akteure. Das ist angesichts des Verlaufs der letzten Monate schon in Hinblick auf den Schutz von Verfassungsstrukturen verheerend. Langfristige Schäden für die Berechenbarkeit und Rationalität demokratischer Gesetzgebung werden als nachrangig betrachtet – man muss hoffen, dass sich diese Geringschätzung nicht an anderer Stelle und in anderen Konstellationen rächt.

III. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 28b IfSG

Die vorgelegten Bestimmungen können in der Kürze der Zeit nicht umfänglich und rechtssicher begutachtet werden – und diese Einschränkung geht voll zu Lasten des Gesetzgebers, der diese Lage mehr oder weniger bewusst schafft (s. II.). Eine erste Sichtung muss auf folgende Punkte hinweisen:

1. Direkte gesetzliche Regelungen, § 28b Abs. 1 und 3 IfSG

a) Tatbestand: 100/200-Inzidenz

§ 28b Abs. 1 IfSG übernimmt Regelungsansätze aus § 28a und den Rechtsverordnungen der Länder, übersetzt diese allerdings in eine Vollregelung, die in Abweichung von der bisherigen komplexen Betrachtung allein vom Tatbestand einer „100-Inzidenz“ abhängt. Für das Schulwesen wird in Abs. 3 eine Regelung an die 200-Inzidenz gekoppelt. Diese starre Festlegung ist fachlich ungeeignet:

- Eine prinzipielle Veränderung der infektionsschutzrechtlichen Lage ab einer Inzidenz von 100 festgestellten Infektionen auf 100.000 Fälle über einen Verlauf von 7 Tagen (etwa im Sinn einer dann zwangsläufig eintretenden Notsituation) ist schon nach den eigenen Ausführungen

der Bundesregierung nicht erkennbar. Das IfSG kennt seit November 2020 die 50er und 35er Inzidenz als Orientierungswerte einer prozeduralen (Verordnungs-)Rechtsetzung. Bei einer Inzidenz von 50 soll seit einem Jahr die vollständige Rückverfolgbarkeit durch die Gesundheitsämter enden, wobei inzwischen viele Gesundheitsämter deutlich höhere Umlaufzahlen bewältigen; gefordert wurde aus dem Umfeld der Bundeskanzlerin auch ein Lockdown-Wert von 35 bzw. von „unter 10“ im Sinn der No-Covid-Strategie. Dabei ist beständig – auch im vorliegenden Gesetzentwurf – unklar, ob eine möglichst vollständige Vermeidung von Infektionen, Erkrankungen und Todesfällen das Ziel ist oder ob ein von der Intensivmedizin gesetzter Belastungswert diese Größe vorgibt. Eine Korrelation zwischen Inzidenz und Belegung der Intensivstationen ist vorliegend nicht dargestellt; sie müsste erkennbar weitere Parameter einbeziehen. Letztlich zieht sich der Bundesgesetzgeber hier einfach auf seinen „weiten Einschätzungsspielraum“ angesichts einer dynamischen und ungewissen Lage zurück. In der Staatsrechtslehre wie auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung ist diese Formel angesichts der darauf gestützten flächendeckenden und weitreichenden Grundrechtseingriffe zunehmend in der Kritik: Wenn die Lage nicht aufgeklärt wird (zum Beispiel durch das Unterlassen von repräsentativen Reihenuntersuchungen), kann sich der Gesetzgeber im Zeitablauf auf diese Ungewissheit auch nicht mehr berufen.

- Die knappe Zeitregelung für den Eintritt und Entfall der bundesrechtlichen Verbotsregelungen (jeweils drei Tage entsprechender Inzidenzwert) verunmöglicht „gleitende“ Strategien mit längeren Übergangsregelungen aufgrund konkreter Infektionsgeschehen. Die drohende dauernde On/Off-Lage ist nicht geeignet, nachhaltig und wirksam auf Infektionslagen zu reagieren.

- **Wie Inzidenzen in Landkreisen oder kreisfreien Städten tatsächlich zustandekommen, ist dem Gesetzentwurf letztlich unbekannt. Unterschiedliche demographische Situationen, unterschiedliche Impfstatus der jeweiligen Bevölkerung oder die Situation der jeweiligen Gesundheitsversorgung, vor allem aber auch die Möglichkeit unterschiedlicher Teststrategien vor Ort bleiben völlig unberücksichtigt.** Damit ist regional sowohl eine Steuerung von Positiv-Befunden nach „oben“ (z. B. durch häufigere Tests etwa in Schulen), wie „nach unten“ (etwa durch Abschaffung aller positiven Anreize für Tests) gegeben. Es ist ein typisches Zeichen gesamtstaatlicher Begrenztheit, solche offensichtlichen Unschärfen auf

der Anwendungsebene für unmaßgeblich zu erklären und sich über mangelnden tatsächlichen Erfolg gutgemeinter Gesetzgebung zu wundern.

b) Rechtsfolge in Abs. 1: Katalog von Verboten

Die Regelung des § 28b Abs. 1 Nr. 1-10 IfSG enthält eine Zusammenstellung größtenteils bereits bekannter Maßnahmen. Durch die unterschiedslose Vollregelung wird aber die von § 28a vorausgesetzte Regelungssystematik ebenso wie die sehr unterschiedliche Eingriffswirkung übergangen. Diese fehlende Differenzierung führt im Einzelnen zur Unverhältnismäßigkeit von Regelungen.

- Zunächst ist schon die Geeignetheit einzelner Regelungen zweifelhaft. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass bestimmte Maßnahmen z. T. bereits langfristig in manchen Bundesländern angewendet wurden, in anderen dagegen nicht – ohne dass sich ein regierungsseitig darzulegender Effekt auf die Inzidenzzahlen hätte ablesen lassen. Das gilt etwa für die strikte Beschränkung von Zusammenkünften im privaten Raum (qualifizierter Schutzbereich des Art. 13 GG) wie auch für die nächtlichen Ausgangssperren: Beide Maßnahmen wurden z. T. über Monate in Bayern bzw. Baden-Württemberg angewendet, in Nordrhein-Westfalen hingegen zu keinem Zeitpunkt. Es ist nicht erkennbar, dass aus den Maßnahmen tatsächlich wirksame Effekte bei der Infektionsbekämpfung resultierten, da die Bundesländer keineswegs besser dastanden oder dastehen als NRW. Anders als im Frühjahr 2020 kann dann aber nicht einfach behauptet werden, solche Maßnahmen wirkten: Denn der praktische Gegenbeweis ist seit Monaten angetreten – wobei festgehalten werden sollte, dass die Beweispflicht nicht auf Seiten der Freiheit liegt, sondern auf Seiten des Verbots. Nur in einem ganz schlichten Sinn kann noch behauptet werden, ein positiver Effekt sei jedenfalls nicht ausgeschlossen – ein solches Vorbringen genügt den gewohnten Kausalitätsanforderungen an Grundrechtseingriffe im Rechtsstaat nicht.

- Die unterschiedslose Anordnung von Verboten nach § 28b lässt sich mit der Stufung der möglichen Maßnahmen in § 28a Abs. 2 systematisch nicht sauber verbinden. Einerseits wird die Ausgangsbeschränkung gleichbehandelt mit den anderen Einzelverboten, obwohl es um ein elementares Freiheitsrecht geht; der Entwurf spricht ernsthaft davon, der Bürger habe hier ohnehin „Ruhe- und Schlafenszeiten“ – was für ein Abgrund von staatlich zugemessener

Lebensführung. Andererseits sind Versammlungs- und Gottesdienstverboten nach § 28b Abs. 4 S. 2 ganz von den bundesweiten Verboten ausgenommen. Hier wirkt sichtbar, dass das Bundesverfassungsgericht in drei Kammerentscheidungen die entsprechenden Grundrechte geschützt hat. Das gibt dem ganzen Regelungsentwurf die **pragmatische, aber ungute Konnotation, dass Grundrechte (nur) dort bessergestellt sind, wo sie durch das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich geschützt werden**. Der eigenständige Auftrag zum Schutz der Grundrechte gilt auch für Regierung und Parlament.

c) Schulen, Abs. 3

Die Regelung zu den Schulen nach § 28b Abs. 3 IfSG ist vollständig misslungen. Der Schwellenwert von 200 erschließt sich als Unterschiedswert offensichtlich nicht virologisch, sondern ist wiederum rein politisch gegriffen. Es ist dann schon unklar, wer für die Pflichttestung nach S. 1 zuständig ist: Elternhäuser oder Schulen? – Das ist in den Ländern, die längst entsprechende Testkonzepte fahren, durchaus unterschiedlich geregelt. Wenn der Bundesgesetzgeber hier noch klarstellende Vorgaben zum Verfahren machen wollte, löst er die Zustimmungspflicht des Gesetzes nach Art. 84 Abs. 1 S. 1 f. GG aus.

Es handelt sich um Fragen der Gestaltung von Schulpflicht und Schulzugang, für die der Bund keine Gesetzgebungskompetenz hat. Die Untersagung des Schulbetriebs in Präsenz überschreitet daher in prinzipieller Weise den Sachbereich des Infektionsschutzrechts, weil damit den Ländern eine eigene Gesetzgebungs- wie Verwaltungskompetenz aus den Händen genommen wird: Der Bund könnte auch wohl kaum anordnen, dass etwa die Polizei der Länder oder die kommunale Verwaltung ab einem bestimmten Inzidenzwert ihren Betrieb auf digitale Versorgung umzustellen haben.

2. Verordnungsermächtigung

Nach § 28b Abs. 5 ist geplant, dass die Bundesregierung ab einem Schwellenwert von 100 zusätzlich Rechtsverordnungen erlassen können soll. Dabei wird nach S. 2 ein Doppelziel in den Blick genommen. Zum einen gilt: „Solche Rechtsverordnungen können insbesondere weitergehende Vorschriften und Maßnahmen des Infektionsschutzes oder Erleichterungen

und Ausnahmen vorsehen“ – also weitere Verschärfungen, wobei angesichts des Katalogs nach Abs. 1 Nr. 1-10 nicht ohne weiteres klar ist, in was diese Beschränkungen bestehen sollen, wenn nicht in vollständigen Betriebsschließungen auch für die Industrie oder den Bürobereich. Diese dürften angesichts des Wesentlichkeitsvorbehalts freilich wiederum einer eigenen gesetzlichen Regelung bedürfen.

Zum anderen sollen „besondere Regelungen für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können“, getroffen werden können. Damit sind mögliche Erleichterungen angesprochen. Allerdings wird der unzutreffende Eindruck erweckt, Verbote seien auch hier von Gesetzeswegen der Normalfall, Erleichterungen ggfs. nach Zweckmäßigkeitserwägungen vom Ordnungsgeber vorzusehen. Es ist eine rechtsstaatswidrige Asymmetrie, dass Verbote gesetzlich festgelegt werden, während die Wiederherstellung grundrechtlicher Freiheiten selbst im Fall nachgewiesener Nichtgefährdung nachgeordnet in die Entscheidung des Ordnungsgebers gelegt wird.

IV. Zustimmungspflicht

Umstritten ist die Zustimmungspflichtigkeit des Gesetzentwurfs. Der Entwurf sieht eine spätere Zustimmung des Bundesrats (nur) vor für die möglichen Rechtsverordnungen der Bundesregierung gemäß § 28b Abs. 5 S. 1 IfSG. Daraus könnte im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass zumindest deshalb eine Zustimmung zur Gesetzesregelung ansonsten nicht erforderlich ist. Diese Einschätzung ist aber zumindest unsicher und setzt das Gesetz zusätzlichen verfassungsrechtlichen Risiken aus.

Der infektionsschutzrechtliche Grundtatbestand des § 28b IfSG ist nicht zustimmungspflichtig. Allerdings haben Bundesregierung, Bundestag, Bundesrat und Bundespräsident bisher übereinstimmend die Auffassung vertreten, dass die Beschlüsse der Vorläuferregelungen in den Gesetzen zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite zustimmungspflichtig waren. Hier ist – etwa in Bezug auf Verfahrensvorgaben, Rechtsverordnungsvorgaben und Entschädigungspflichten (Art. 84 Abs. 1, Art. 80 Abs. 2, Art. 74 Abs. 1 Nr. 25, Abs. 2 GG, Artt. 104a, 104b GG) ein so dichtes normatives Gewirr an wechselseitigen Abhängigkeiten entstanden, dass nach den allgemeinen Regeln zur

Zustimmungspflicht von Folgeregelungen eine Pflicht zur Zustimmung in Bezug auf die Querverwirkungen jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann. Umgekehrt wäre im Übrigen auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu fragen, ob und warum die neuen Schließungsentscheidungen anders als z. T. bisher keine neuen (zustimmungspflichtigen) Ausgleichsansprüche der Bürger nach sich ziehen. Dem Bundesgesetzgeber ist daher zu raten, das Gesetz als Zustimmungsgesetz zu behandeln. Jedenfalls bedürfte ein Ausschluss der Zustimmungsbedürftigkeit einer sorgfältigen Prüfung in einem ordentlichen Beratungsverfahren.

C. Zusammenfassung und Ratschlag: Ausnahmeregelung für Ausnahmelage

- Der vorgelegte Gesetzentwurf verlangt in seiner Grundanlage zunächst eine verfassungspolitische Grundentscheidung: Ob es also angezeigt ist, in der letzten Phase der strikten Pandemiebekämpfung (also während einer bereits laufenden umfangreichen Impfkampagne) für einen bestimmten Ausschnitt von Maßnahmen die Alleinzuständigkeit des Bundesgesetzgebers zu etablieren, nachdem bisher (auch in der 1. und 2. Pandemiewelle) einhellig der Vorzug der föderal differenzierten Regelung behauptet worden ist. Alle adressierten Maßnahmen können auch von den Ländern getroffen werden und sind dort dem Grunde nach auch in der Umsetzung. Die strikte bundesgesetzliche Regelung trägt angesichts dessen die Züge einer Sanktion gegenüber Bundesländern und Kommunen, die (neben den Bürgern) seit einem Jahr die praktische Last der Pandemiebekämpfung tragen. Die tatsächliche Effektivierung der Pandemiebekämpfung muss jedenfalls einberechnen, welche Effekte von Abwehr und Disengagement ausgelöst werden, wenn der regionalen Verantwortung hier eine Absage erteilt wird. Die naive Vorstellung, einheitliche Regeln führten von selbst zu einheitlichem Vollzug, ist seit 1949 – Art. 83 GG – rechtlich wie praktisch unterkomplex.

- Wenn eine Grundentscheidung für eine bundeseinheitliche Regelung gefällt wird, sollte der Ausnahmecharakter der Regelung deutlicher hervortreten. Eine strukturelle Gefahr aller Pandemiemaßnahmen sind die Gewöhnungseffekte, die durch scheinbare „Normal-Regeln“ befördert werden. Dem Gesetzgeber wie den Verwaltungen wie den Bürgern sollte vor Augen stehen, dass es sich vorliegend angesichts der sonst üblichen Verteilung von

Begründungslasten zwischen Freiheit und Verbot, also den gewohnten rechtsstaatlichen Anforderungen an staatliches Handeln, vorliegend um materielles Ausnahmerecht handelt. Damit sich ein freiheitlicher Staat in einer solchen Lage von einem totalitären Staat unterscheidet, reichen keine Bekundungen über die Schmerzlichkeit von Grundrechtsbeschränkungen. Vielmehr sind wirksame Sicherungsmaßnahmen erforderlich.

Der Bundesgesetzgeber kann und muss in diesem Sinn, wenn er seine Einschätzungsprärogative in Anspruch nimmt, gegen die gewichtige Kritik an Einzelregelungen vor allem prozedurale Sicherungen setzen, an denen es bisher fehlt.

Es ist daher dringend anzuraten, den Gesetzentwurf in folgender Hinsicht zu ergänzen:

- Als neuer Art. 2 wird eingefügt:

„§ 50 Abs. 1 VwGO wird wie folgt ergänzt: 7. über bundesrechtliche Rechtsverordnungen, die auf Grund des § 28b Abs. 5 IfSG ergehen. § 47 Abs. 2-6 gelten entsprechend.“

Mit einer prinzipialen Normenkontrolle der bundesrechtlichen Rechtsverordnungen nach Abs. 5, angesiedelt beim Bundesverwaltungsgericht, würde eine mögliche Rechtsschutzlücke behoben. Ohne eine solche Regelung würde der Rechtsschutz der Bürger im Vergleich zu den entsprechenden Möglichkeiten bei Landesrechtsverordnungen deutlich eingeschränkt; das dürfte für die rechtsstaatliche Akzeptanz schädlich sein. Ein solcher zentraler Kontrollansatz läge im Übrigen auch im Interesse des Ordnungsgebers selber, der sonst mit einer Flut an erst- und zweitinstanzlichen Verfahren im Eilrechtsschutz mit Inzidenzkontrollen seiner Regelungen rechnen müsste.

- Art. 2 wird als Art. 3 wie folgt gefasst:

„Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft. Es tritt zum 30.9.2021 außer Kraft, ebenso Rechtsverordnungen, die auf Grundlage dieses Gesetzes erlassen wurden.“

Die vorgelegte Regelung schafft ohne hinreichenden Vorlauf weitreichende Verschiebungen im föderalen Gefüge. Die Bundesregierung selbst geht davon aus, dass die Last der Pandemiebekämpfung durch ein flächendeckendes Impfangebot im Herbst weitgehend überstanden ist. Um den Ausnahmecharakter der Regelungen verfassungsstaatlich einzufangen, sollte das Instrument der tatsächlichen zeitlichen Begrenzung genutzt werden.

Münster, den 12. April 2021

gez. Prof. Dr. H. Wißmann