

Eva Julia Lohse, Viktor Derka, Jan Grinc (Hrsg.)

Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragestellungen der COVID- Pandemie in Europa

Deutsch-tschechische Aspekte



Berliner
Wissenschafts-Verlag

Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragestellungen
der COVID-Pandemie in Europa

Eva Julia Lohse, Viktor Derka, Jan Grinc (Hrsg.)

Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragestellungen der COVID- Pandemie in Europa

Deutsch-tschechische Aspekte



Berliner
Wissenschafts-Verlag

Das Seminar wie auch der Druck dieses Tagungsbandes wurde aus den Mitteln der Bayerisch-Tschechischen Hochschulagentur gefördert.

Bayerisch-Tschechische
Hochschulagentur
Česko-bavorská



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtes ist unzulässig und strafbar.

© 2022 BWV | BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Behaimstr. 25, 10585 Berlin,
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: www.bwv-verlag.de

Druck: docupoint, Magdeburg
Gedruckt auf holzfreiem, chlor- und säurefreiem, alterungsbeständigem Papier.
Printed in Germany.

ISBN Print 978-3-8305-5178-2
ISBN E-Book 978-3-8305-4398-5

Inhaltsverzeichnis

Eva Julia Lohse/Jan Grinc/Viktor Derka

Einleitung – Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragestellungen der COVID-Pandemie in Europa – rechtsvergleichende Aspekte 1

Carsten Bäcker

Die lange „Stunde der Gubernative“ Covid-19 und der Parlamentsvorbehalt in Deutschland 5

Levin Schaible

Die Stunde der Exekutive? – Zulässigkeit und Grenzen der Pandemiebekämpfung durch Rechtsverordnung und Allgemeinverfügung..... 23

Jan Grinc/Viktor Derka

Der rechtliche Rahmen der COVID-Bekämpfung in der Tschechischen Republik und deren Anwendung 43

Sára Svobodová

Strafrechtliche Repression des Diebstahlsdelikts während eines Notstandes 57

Paul Schafmeister

Handlungsformenwahl in der Pandemiebekämpfung: verloren zwischen Rechtsverordnung, Allgemeinverfügung und Einzelverfügung? 69

Linda Jahberg

Effektiver Rechtsschutz? Gerichtliche Kontrollmöglichkeiten von Coronamaßnahmen 85

Maria Kögel

Pandemiebekämpfung in der verwaltungsgerichtlichen Praxis..... 103

Rudi Lang

Staatliche Mobilitätsbeschränkungen als verfassungsmäßige Maßnahmen des Infektionsschutzes? 119

Viktor Derka

**Kommentar zu den staatlichen Mobilitätsbeschränkungen
in der tschechischen Praxis** 129

Tomáš Ochodek

**Protection of privacy and personal data in Covid-19
Mobile Applications in Pandemic-era Czech Republic
(Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Daten in
mobilen Covid-19-Anwendungen in der Tschechischen
Republik der Pandemie-Ära)**..... 133

Miroslav Uříčář

**COVID-19 vs. der Schutz der Privatsphäre (COVID-19 vs.
Privacy Protection)** 151

Franziska Mebus

**Verfassungskonforme Menschenmengen? – Bedingungen
für Versammlungen in Pandemiezeiten** 169

Viktor Derka

**Kommentar zum tschechischen Versammlungsrecht
während der Pandemie** 189

Matěj Malý

Wahlen in Coronazeiten 193

Eva Julia Lohse

**Kommentar zu Wahlen und Abstimmungen in
kommunalen Gremien unter Pandemiebedingungen –
Deutsche Sicht** 217

Johanna Roháčková

**Impfpflicht in der Tschechischen Republik – Aktuelle
Rechtsslage und öffentliche Wahrnehmung im Kontext der
Corona-Pandemie** 235

David Kuhlmann

**Die deutsche Perspektive auf eine Impfpflicht –
Kommentar** 253

Bearbeiterverzeichnis

- Bäcker, Prof. Dr. Carsten* – Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie an der Universität Bayreuth
- Derka, Mgr. Viktor* – Doktorand im Öffentlichen Recht unter Doppelbetreuung von Prof. Dr. Eva Julia Lohse, LL.M. (Kent) an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth und Prof. JUDr. PhDr. Jan Wintr, Ph.D. an der Juristischen Fakultät der Karls-Universität in Prag
- Grinc, Ph.D., JUDr. Jan* – wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Verfassungsrecht an der Juristischen Fakultät der Karls-Universität in Prag
- Jahberg, Linda* – Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Bayreuth
- Kögel, Maria* – ehemalige wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff an der Universität Bayreuth und ab August 2019 am Bayerischen Verwaltungsgericht Bayreuth als Richterin tätig; seit November 2021 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Bundesverwaltungsgericht
- Kuhlmann, David* – Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Eva Julia Lohse) an der Universität Bayreuth
- Lang, Rudi* – Diplom-Verwaltungswirt (FH); wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht (Prof. Dr. Markus Möstl) an der Universität Bayreuth
- Lohse, LL.M. (Kent), Prof. Dr. Eva Julia* – Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung an der Universität Bayreuth
- Malý, Matěj* – Student der Rechtswissenschaft an der Karls-Universität in Prag
- Mebus, Franziska* – Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Bayreuth
- Ochodek, Mgr. Tomáš* – Doktorand am Department für Europarecht der Karls-Universität in Prag
- Roháčková, Johanna* – Studentin der Rechtswissenschaft an der Karls-Universität in Prag
- Schafmeister, Paul* – Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Eva Julia Lohse) an der Universität Bayreuth
- Schaible, Levin* – Student der Rechtswissenschaft an der Universität Bayreuth

Bearbeiterverzeichnis

Svobodová, Sára – Studentin der Rechtswissenschaft an der Karls-Universität in Prag

Uříčar, JUDr. Miroslav – Rechtsanwalt bei LEGALITÉ advokátní kancelář s.r.o. (LEGALITÉ Lawyers), Schiedsrichter am Schiedsgericht der Handelskammer der Tschechischen Republik und der Landwirtschaftskammer der Tschechischen Republik, Mitglied der Kommission für Verwaltungsrecht der Gesetzgebungskommission der tschechischen Regierung, Mitglied der Beschwerdestelle der Energieregulierungsbehörde, externer Doktorand am Institut für Verfassungsrecht der Karl-Universität in Prag

Einleitung – Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Frage- stellungen der COVID-Pandemie in Europa – rechtsvergleichende Aspekte

Eva Julia Lohse/Jan Grinc/Viktor Derka

Dieser Band stellt die – durch Kommentare und Kurzbeiträge einiger Kollegen erweiterten, im Kern jedoch studentischen – Erkenntnisse unseres rechtsvergleichend ausgelegten deutsch-tschechischen Seminars im September 2021 einem weiteren Publikum vor. Wir möchten damit einen kleinen Beitrag leisten zur „rechtswissenschaftlichen Pandemiebekämpfung“, selbst wenn zum jetzigen Zeitpunkt im März 2022 die Hoffnung auf ein Abflauen des Pandemiegeschehens und auf den Eintritt in eine neue Phase, in der Infektionsschutz nicht mehr mit tiefgreifenden Grundrechtsbeeinträchtigungen und Erschütterungen unserer Rechtssysteme einhergeht, so groß ist wie nie zuvor in den letzten zwei Jahren. Dennoch möchten wir – in guter rechtsvergleichender Tradition – hier einen Instrumentenkasten anbieten, getroffene Maßnahmen rechtlich beurteilen und aus dem Vergleich „best“ oder auch „worst practises“ herausstellen. Wir verstehen den Rechtsvergleich als eine Möglichkeit, die zuletzt durch Reisebeschränkungen und Grenzkontrollen eingeschränkten Kontaktmöglichkeiten zwischen den beiden Nachbarländern im Gespräch zu überwinden.

Vor dem Hintergrund der gemeinsamen Verfassungstraditionen der beiden EU-Mitglieder und EMRK-Konventionsstaaten liegt aus rechtsvergleichender Sicht der Fokus auf den unterschiedlichen Reaktionen und Reaktionsmöglichkeiten auf die naturwissenschaftlich zunächst gleiche Ausgangssituation der Pandemie. Die Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Infektionsschutzmaßnahmen, der Bewer-

tung von Grundrechtseingriffen und der staatsorganisatorischen und verfassungskulturellen Grundbedingungen werden in diesem Band durch Kommentare aus den jeweils anderen Rechtsordnungen gespiegelt.

Die Bekämpfung der Covid-19-Pandemie und die Wahl von Infektionsschutzmaßnahmen hat die Verwaltungs- wie Verfassungsrechtsordnungen beider Staaten auf den Prüfstand gestellt und teils ähnliche, teils sehr unterschiedliche rechtliche Instrumente hervorgebracht. Gleichzeitig sind beide Staaten als Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie Konventionsstaaten der EMRK durch weitere rechtliche Vorgaben gebunden. Das macht einen Rechtsvergleich sehr spannend – auf die gleiche faktische Situation müssen Lösungen gefunden werden, die teils einem identischen Rechtsrahmen entsprechen müssen, teils aber wegen unterschiedlicher Verfassungsordnungen und -traditionen voneinander abweichen.

Die Themen sind weit gestreut und versuchen, sowohl die Breite der existierenden Infektionsschutzmaßnahmen als auch der rechtlichen Fragestellungen abzudecken, auch wenn trotz Kommentaren keine vollständige Deckungsgleichheit zwischen den in Tschechien und Deutschland relevanten Themengebieten erreicht werden kann. Das liegt schon darin begründet, dass sich manche Fragestellungen – wie die verfassungsrechtliche Einordnung einer strafrechtlichen Diebstahlsqualifikation im Falle eines Notstandes¹ – nicht in beiden Rechtsordnungen stellen, da das deutsche Grundgesetz den Begriff eines Notstandes mit daran angeknüpften Sonderbefugnissen von Staatsorganen oder Sonderbedingungen für die Rechtsordnung aus historischen Gründen nur in sehr eingeschränktem Umfang kennt.²

Mit diesen sehr grundlegenden verfassungsrechtlichen Fragen, ob mit der Pandemie die „Stunde der Exekutive“ geschlagen habe, welche Rolle das Parlament in einer solchen Situation spielen kann und spielen sollte, und ob die Maßnahmen mit einem Gesundheitsnot- oder gar Ausnahmezustand im rechtlichen Sinn erklärt oder gerechtfertigt werden können, beschäftigen sich die Beiträge von *Carsten Bäcker* und *Levin Schaible* aus Sicht der deutschen Rechtsordnung (mit einem vergleichenden Seitenblick auf das französische Recht, das als Präsidialdemokratie andere Handlungsmöglichkeiten der Exekutive eröffnet als das parlamentarische System des Grundgesetzes vorsieht). *Jan Grinc* und *Viktor Derka* beleuchten die verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Voraussetzungen aus tschechischer Sicht, während *Sára Svobodová* auf die bereits erwähnten – an sich ungewollten, aber rechtlich nicht einfach auszuräumenden – Folgen der Ausrufung des Notstandes aufzeigt. Sie machen deutlich, dass in einer demokratischen Rechtsordnung auch in einem tatsächlichen Ausnahmezustand grundlegende Si-

1 Vgl. den Beitrag von *Svobodová*, in diesem Band, S. 67 ff.

2 S. z.B. *Epping*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 115a Rn. 22.

cherungsmechanismen des Parlamentarismus und der demokratischen Legitimation der Ausübung von Staatsgewalt nicht über den Haufen geworfen können und dürfen. Selbst die Ausrufung eines Notstandes führt in beiden Ländern nicht zu einer unbeschränkten Macht der Exekutive und einer Außerkraftsetzung rechtsstaatlicher Mechanismen, was sowohl das Ringen um den „Wesentlichkeitsvorbehalt“ im deutschen Recht als auch die entschlossene gerichtliche Reaktion auf den Versuch, Ergänzungswahlen in Tschechien mittels einer Krisenmaßnahme zu vertagen, zeigt. Gleichzeitig erfordert eine Pandemie schnelles Handeln, Prognosen unter wissenschaftlicher Ungewissheit und eine Reaktion von sachkundigen Stellen, so dass ein Parlamentsgesetz zumindest am Anfang oft zu schwerfällig ist.

Dieser Zwiespalt wird auch im zweiten Teil des Bandes deutlich: sowohl bei einer verwaltungsrechtlichen Betrachtung der verschiedenen Maßnahmen durch *Paul Schafmeister* als auch bei einem Blick auf die Möglichkeiten und Bedingungen effektiven Rechtsschutzes – einmal aus rechtsdogmatischer Sicht durch *Linda Jahberg*, die vor der Schablone der Gewährleistungen des Art. 19 Abs. 4 GG betrachtet, welche Auswirkungen die Wahl von anfangs Allgemeinverfügungen und Landesrechtsverordnungen, später dann die zunehmende Positivierung konkreter Maßnahmen in den §§ 28 ff. IfSG für den (vorläufigen) Rechtsschutz des Einzelnen hatte. Zum anderen zeigt der Praxisbericht von *Maria Kögl*, mit welchen Herausforderungen und unterschiedlichen Rechtsfragen die Gerichte – sicherlich nicht nur in Deutschland – in der Pandemie konfrontiert werden und welchen entscheidenden Beitrag zur Rechtsfortentwicklung (und zur Wahrung des Rechtsstaats) diese leisten können und müssen.

Die für den Einzelnen wohl einschneidendsten Grundrechtsbeeinträchtigungen, die verschiedensten Formen der Bewegungsbeschränkungen durch Ausgangs- und Kontaktsperren, Bewegungsradius, Ein- und Ausreiseverbote und Quarantänen werden im dritten Teil von *Rudi Lang* aus deutscher Sicht im Hinblick auf ihre Verfassungskonformität betrachtet und *Viktor Derka* aus tschechischer Sicht kommentiert.

Doch auch Maßnahmen, die auf den ersten Blick wieder mehr Freiheit durch den Besuch von Freizeiteinrichtungen und Gastronomie ermöglichten, wie Kontaktdatenerfassung und Warn-Apps, werfen grundsätzliche Fragestellungen des Datenschutzes und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf. Vor dem Hintergrund des stark vereinheitlichten Unionsrechts beschäftigen sich gleich zwei tschechische Beiträge, der von *Tomáš Ochodek* und von *Miroslav Uříčář*, mit der Wahrung rechtlicher Garantien und der gleichzeitigen (auch technischen) Ermöglichung infektionsschützender Maßnahmen.

Infektiologisch sinnvolle und im Allgemeinen durch Gesundheitsschutz auch zu rechtfertigenden Kontaktbeschränkungen erlangen noch einmal eine andere verfassungsrechtliche Dimension, wenn es um Beschränkungen der Teilhabe an der

politischen und demokratischen Willensbildung geht. Das gilt sowohl für das erwünschte und gewollte Zusammentreffen einer Vielzahl von Menschen zur kollektiven Meinungskundgabe bei Versammlungen als auch bei der Ausübung des grundlegendsten demokratischen Rechts, des Wahlrechts. Wie sich diese Teilhabe einerseits coronakonform gestalten lässt und wie der Staat andererseits darauf reagieren kann und muss, wenn die zulässige Kritik an staatlichen Maßnahmen gerade durch Missachtung dieser Maßnahmen ausgedrückt werden soll, behandeln *Franziska Mebus* und *Matěj Malý* im vierten Teil, kommentiert von *Viktor Derka* und *Eva Lohse*.

Der letzte Teil beschäftigt sich mit einer politisch wie verfassungsrechtlich stark umstrittenen Frage, der Einführung einer verfassungskonformen Impfpflicht. Hier herrschen in den beiden Staaten weniger unterschiedliche grundrechtliche, als gesellschaftliche Vorverständnisse, die v.a. in Deutschland die Einführung einer allgemeinen Impfpflicht vor große Schwierigkeiten stellen. Diese Kontraste und eine verfassungsrechtliche Einordnung in den jeweiligen Rechtsordnungen bieten *Johanna Roháčková* und *David Kuhlmann*.

Wir bedanken uns bei allen, die dieses Vorhaben möglich gemacht haben, insbesondere bei der Bayerisch-Tschechischen Hochschulagentur (BTHA), die uns mit Fördermitteln sowohl bei der Durchführung des Seminars als auch bei den Druckkosten unterstützt und damit zu einem vertieften wissenschaftlichen und kulturellen Austausch zu diesem weltumspannenden Thema wesentlich beigetragen haben.

Die lange „Stunde der Gubernative“ Covid-19 und der Parlaments- vorbehalt in Deutschland

Carsten Bäcker*

A. Einführung

Die rechtswissenschaftliche Debatte in Deutschland befasst sich seit dem Frühjahr 2020 mit den Pflichten und Grenzen, die das Recht dem Staat in seinen Maßnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie auferlegt. Zu Beginn der Pandemie wurde diese Frage von einer verfassungstheoretischen Diskussion um den Ausnahmezustand geprägt. Der Ausnahmezustand ist ein Zustand, in dem das Recht, auch das Verfassungsrecht, das staatliche Handeln nicht mehr führen und begrenzen kann, da die fragliche Situation rechtlich unregelt ist – oder sich der rechtlichen Bewältigung *per se* entzieht.¹ Doch im fortschreitenden, gerade auch medial deutlich entdramatisierten Verlauf der Pandemie setzte sich bald die Auffassung von der Bewahrung des rechtlichen Normalzustands in einer epidemischen Ausnahmezustand durch.² Die Debatte konzentriert sich seitdem überwiegend auf die Vorgaben, die das gegebene Recht bereithält – in Deutschland auf Bundesebene

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 23.3.2021 gehalten hat, im Rahmen eines vom Obersten Gerichtshof in Mexiko organisierten Webinars über die Grundrechtsbeeinträchtigungen in der Covid-19 Pandemie. Es handelt sich bei dem vorliegenden Beitrag um eine überarbeitete und aktualisierte Version des Beitrags, der in der Forschungsreihe des mexikanischen obersten Gerichtshofs (Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación) publiziert wird.

1 Es hängt wesentlich vom Begriff des Rechts ab, was es umfasst und regelt – dazu zählt, ob das Recht das staatliche Handeln auch unter außerordentlichen Umständen bestimmt: Geht es um geschriebenes, mitgeschriebenes oder auch ungeschriebenes (Verfassungs) Recht? Um positives oder überpositives? Einsichtig ist: Je weiter der Begriff des Rechts gezogen wird, umso mehr unterfällt seinen Regelungen; je enger, desto näher liegt der Ausnahmezustand.

2 Ein eingehendes Plädoyer gegen einen Ausnahmezustand und für die effektive Begegnung der Pandemie innerhalb der Grenzen des gegebenen Rechts halten *Kersten/Rixen*, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2. Aufl. 2021, insb. S. 39 ff.

v.a. das Infektionsschutzgesetz.³ Die Diskussion wurde damit verwaltungsrechtlicher.

Für beide Betrachtungen, die verfassungstheoretische wie die verwaltungsrechtliche, sind die Grenzen von Bedeutung, die das Verfassungsrecht, insb. die Grundrechte, dem Verwaltungsrecht und den aus der Eilbedürftigkeit heraus ergriffenen, außergewöhnlichen Maßnahmen der Pandemiebekämpfung zieht. Zu fragen war vor allem in der Frühphase, ob generelle Schulschließungen, Einkaufsstraßenstillegungen, Kulturstättenschließungen,⁴ Beherbergungs- wie Bewirtungsverbote, Mobilitätseinschränkungen bis hin zu Ausgangssperren,⁵ später die Impffolgenfolge oder auch (indirekte) Impfpflichten,⁶ im Herbst Winter 2021/22 geringere Restriktionslockerungen⁷ bzw. Maßnahmenverschärfungen für Ungeimpfte, kurzum: weitreichende Grundrechtseinschränkungen, wie sie in der Bundesrepublik Deutschland in der Summe⁸ zuvor undenkbar waren, angesichts der gesundheitlichen Bedrohungslage, vor der zu schützen dem Staat grundrechtlich auferlegt ist,⁹ verfassungsgemäß sind. Hierbei sind die Grundrechte zugleich als Grund und als Grenze der Pandemiebekämpfung zu begreifen.¹⁰ Bestimmt wird der materielle Grenzverlauf der verfassungsrechtlichen Rechtmäßigkeit, zwischen staatlichen Schutzpflichten einerseits¹¹ und bürgerlichen Freiheits- sowie Gleichheitsrechten andererseits, letztlich anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips,¹² nach dessen

3 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionsschutzkrankheiten beim Menschen vom 20. Juli 2000, BGBl. I, S. 1045, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I, S. 5162).

4 Zu den gerade auch demokratiefeindlichen Implikationen der Restriktionen kultureller Einrichtungen eindringlich *Häberle/Kotzur*, JZ 2021, S. 161.

5 Kritisch zu den Ausgangssperren mit dem Blick auf Gefährdungen der Demokratie *Boehme-Neßler*, NVwZ 2021, S. 670.

6 Zum Problem der indirekten Impfpflicht näher *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 164 ff.; *Gierhake*, ZRP 2021, S. 115.

7 Die Aufhebung der Restriktionen für Geimpfte ist nicht etwa ein Privileg, sondern grundrechtlich grundsätzlich gefordert, vgl. nur *Fechner*, RuP 57 (2021), S. 164; sie wirft aber neue grundrechtliche Fragen zu dem Umgang mit willentlich oder unwillentlich Ungeimpften auf.

8 Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Phänomens besonders vieler Grundrechtsträger, die zugleich in besonders vielen Grundrechten betroffen sind, vgl. *Ruschmeier*, RW 2020, S. 450.

9 Dazu etwa *Richter*, DVBl 2021, S. 16.

10 Zu den besonderen Herausforderungen, die grundrechtsdogmatisch mit der Pandemie verbunden sind, übersichtlich *Goldhammer/Neuhöfer*, JuS 2021, S. 212.

11 Kritisch zur Legitimität der Zwecke bei den Pandemiebekämpfungsmaßnahmen *Leisner-Egensperger*, JZ 2021, S. 913.

12 Zu den besonderen Herausforderungen der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf die Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung vgl. etwa *Woschek*, Ad Legendum 2021, S. 94. Drastischer schon zu Beginn der Pandemie und ihrer Bekämpfung *Lepsius*, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie,

Grundsätzen die kollidierenden Güter in einen Ausgleich zu bringen sind. Sicher ist dabei, dass die Dynamik der Pandemie eine im Kern gleichlaufende Dynamik der Maßnahmen verlangt, verschärfend wie abmildernd.

Neben den Grundrechten als materiell-rechtlichen Grenzen, die angesichts ihrer Abwägungsfähigkeit und Abwägungsbedürftigkeit eher unscharf bleiben, zieht das Verfassungsrecht dem Verwaltungsrecht im Allgemeinen wie auch dem Pandemiebekämpfungsrecht im Besonderen formalrechtliche, insb. kompetenzrechtliche Grenzen. Zu diesen vergleichsweise schärferen Grenzen zählen unter dem Grundgesetz vor allem der Parlamentsvorbehalt, der anhand der sog. Wesentlichkeitstheorie und des Bestimmtheitsgrundsatzes vom Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung profiliert worden ist. Mittelbar schützt der Parlamentsvorbehalt freilich wiederum die verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte, weswegen er bei genauerem Hinsehen notgedrungen an Schärfe einbüßen muß, unmittelbar aber geht es um die Wahrung der verfassungsrechtlich verankerten Staatsstrukturgrundsätze – vor allen die Gewaltenteilung und die Demokratie.¹³

Im vorliegenden Beitrag werden nicht die Grundrechte, sondern der Parlamentsvorbehalt als kompetenzrechtliche, den Parlamentarismus verteidigende Grenze der Pandemiebekämpfung in den Blick genommen.¹⁴ Es wird aufgezeigt, dass diese Grenze in bedenklicher Intensität ignoriert wurde. Dazu ist sich zunächst der rechtsdogmatischen Grundlagen des Parlamentsvorbehalts zu versichern (A.), bevor der die Pandemiebekämpfung zumindest bis zu den Bundestagswahlen im Herbst 2021 prägende Zustand dieser formalrechtlichen Bastion des Parlamentarismus in Deutschland nachgezeichnet werden soll (B.). Der Beitrag wird, zum Abschluss, die These vertreten, dass die Pandemie eine konstruktive Schwäche des parlamentarischen Rechtsstaats aufgezeigt hat (C.). Es gilt, auch in dieser Hinsicht aus der Krise zu lernen.

Verfassungsblog.de, 6.4.2020, verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/ (zuletzt abgerufen am 28.3.2022).

13 Vgl. BVerfGE 149, 407 (416): „den aus Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Wesentlichkeitsgrundsatz“.

14 Gleicher Fokus wie hier jüngst bei *Wolff/Zimmermann*, JURA 2022, S. 1488 (1488).

B. Dogmatische Grundlagen des Parlamentsvorbehalts

Der Parlamentsvorbehalt zählt zu den wesentlichen Elementen republikanischer und demokratischer Rechtsstaatlichkeit.¹⁵ Er normiert die Bindung der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt an das parlamentarische Gesetz. Im Grundgesetz hat diese Norm ihren ausdrücklichen Niederschlag in Art. 20 Abs. 3 GG gefunden. Dort heißt es: „[...] die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden“. Die hier verankerte Gesetzesbindung wirkt sich für die vollziehende Gewalt im Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus, der sich in den Vorrang des Gesetzes und den Vorbehalt des Gesetzes ausdifferenziert. Der Vorrang des Gesetzes besagt, dass die vollziehende Gewalt im Sinne des Gesetzes handeln muss – wenn und soweit ein Gesetz existiert, welches den zu regulierenden lebensweltlichen Sachverhalt betrifft. Dies bedeutet zugleich, dass die vollziehende Gewalt von der Gesetzesbindung frei bleibt, wenn und soweit der zu regelnde Sachverhalt nicht durch ein Gesetz geregelt ist. Der Vorbehalt des Gesetzes schränkt diese Freiheit der vollziehenden Gewalt ein: Für einige lebensweltliche Bereiche darf die vollziehende Gewalt überhaupt nur handeln, soweit sie sich auf ein parlamentarisches Gesetz beziehen kann.¹⁶

Hinter dem Parlamentsvorbehalt und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung stehen eine Reihe von formellen Staatsstrukturprinzipien und materiellen Staatszielen. Zur logischen Voraussetzung zählt zunächst die Gewaltenteilung – in gesetzgebende (Legislative), gesetzesvollziehende (Exekutive) und den Gesetzesvollzug kontrollierende Gewalt (Judikative). Eine am Angelpunkt des Gesetzes orientierte Gewaltenteilung wäre ohne jede Bindung der staatlichen Gewalt an die Gesetze halt- und gegenstandslos. Mit der Gesetzesbindung und der auf ihr beruhenden Gewaltenteilung ist logisch eine Gewaltenstufung verbunden: Der Gesetzgeber steht an der Spitze der Gesetzesbindung. Erst seine Akte schaffen Gesetze. Der Gesetzesvollzug folgt auf zweiter Stufe. Auf dritter Stufe steht die Gesetzesvollzugskontrolle durch die Gerichte.

Diese logische Stufung wird, bei näherem Hinsehen, vielfach durchbrochen. So hebt die Kontrollbefugnis der Judikative sie auf eine Stufe mit der Exekutive. Allerdings kann die Judikative exekutive Akte im Regelfall nicht einfach durch eigene Akte ersetzen, sondern nur rechtswidrige Exekutivakte im Sinne des Gebots effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) aufheben; in Gestaltungsverfahren

15 Übersichtlich zu den Grundlagen des grundgesetzlichen Parlamentarismus jüngst *Schenke*, JuS 2021, S. 713.

16 Eingehend zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung etwa *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 6.

bestehen hierzu allerdings Ausnahmen. Würde die Kontrollbefugnis der Judikative über die Rechtmäßigkeit hinaus noch auf die Zweckmäßigkeit der Exekutive erweitert, verringerte sich der Spielraum der Exekutive signifikant. Soweit der Judikative überdies Kontrollbefugnisse hins. der Rechtmäßigkeit oder gar der Zweckmäßigkeit von Gesetzen übertragen werden, wobei ersteres in Deutschland den Verfassungsgerichten vorbehalten (Art. 100 Abs. 1 GG) und letzteres nicht anerkannt ist, so wäre sie auf einer Stufe mit dem Gesetzgeber zu verorten. Soweit die Rechtsordnung überdies noch entsprechende Kontrollkompetenzen der Exekutive anerkennt,¹⁷ ist die Nivellierung der logischen Gewaltstufung unter Einschränkung der Gesetzesbindung und anteiliger Aufhebung der Gewaltenteilung vollkommen.

Wie die Festsetzung aller rechtlichen Grundsätze sind die Ausgestaltungen der Gewaltenteilung und der Gewaltstufung rechtfertigungs- bzw. legitimationsbedürftig. Ihre Legitimation beruht in der bundesrepublikanischen Rechtsordnung auf dem Republikprinzip – verstanden als Absage an ein monarchisches System und als Entscheidung für ein Parlament als Kopf des Staatshandelns¹⁸ – und auf dem Demokratieprinzip – verstanden als Entscheidung für eine Identität (idealiter) von Gesetzgeber und Gesetzesadressat, vermittelt durch die Repräsentation des Wahlvolkes im Parlament. Das wesentliche materielle Staatsziel der Gesetzesbindung ist, neben der Gewährleistung (formaler) Gerechtigkeit iSv Gleichheit durch die Bindung an abstrakt-generelle Gesetze, die Rechtssicherheit bzw. der Schutz des Vertrauens der Gesetzesadressaten darauf, dass die Staatsgewalt ihnen nur so begegnen wird, wie es das Gesetz vorschreibt. In diesem Sinne beschreibt das Bundesverfassungsgericht das Parlament als *die* normsetzende Repräsentanz des Volkes und als Garant freiheitlicher Demokratie. Deswegen gilt verfassungsfest: „Das Parlament darf sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entziehen, dass es einen Teil seiner Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne dabei genau die Grenzen dieser übertragenen Kompetenzen bedacht und bestimmt zu haben“¹⁹.

Natürlich muß das Parlament nicht alle Fragen selbst regeln. Manche Fragen kann die Exekutive, manche auch die Judikative entscheiden, manche sind schon funktionell diesen Gewalten und ihren spezifischen Handlungsformen (etwa Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag einerseits, Feststellungs- und Verpflichtungsurteil andererseits) vorbehalten. Die Reichweite des Parlamentsvorbehalts unter dem

17 Für einen Überblick zur gesetzesbezogenen Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltungsbehörden vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 64 ff.

18 Für ein weiteres Republikverständnis jenseits der bloßen Negation der Monarchie plädiert eindringlich *Gröschner*, Republik, in: *Leitgedanken des Rechts*, FS für Paul Kirchhof, Bd. 1, 2013, S. 263.

19 BVerfGE 34, 52 (60).

Grundgesetz bemißt sich jedoch nicht in erster Linie an den Funktionen, sondern an dem Grundsatz der Grundrechtsbindung aller staatlicher Gewalt in Art. 1 Abs. 3 GG, positiv wie negativ. Ausgehend von diesem in Deutschland erstmals 1949 verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz einer allgemeinen Grundrechtsbindung des Staates ist der Wesentlichkeitsgrundsatz entwickelt worden. Nach diesem Grundsatz, der das Kernelement der grundgesetzlichen freiheitlich-demokratischen Grundordnung umschreibt, bemißt sich das Erfordernis einer parlamentsgesetzlichen Regelung als Grund und Grenze eines bestimmten staatlichen Handelns.

Kernaussage des Wesentlichkeitsgrundsatzes ist, dass der Gesetzgeber die für die Verwirklichung des Grundrechtsschutzes wesentlichen Fragen selbst regeln muss. Die Rede von der „Grundrechtsverwirklichung“²⁰ weist über die klassische abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte weit hinaus; sie bezieht sämtliche Dimensionen der Grundrechte mit ein. Die bundesrepublikanische Verfassungsrealität ist damit über den tradierten Gedanken des Eingriffsvorbehalts hinausgegangen, nach dem nur (wesentliche) Eingriffe in verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte einer (parlamentarischen) gesetzlichen Grundlage bedurften. Hierin spiegelt sich die enorme Ausdehnung der Bedeutung der Grundrechte gegenüber ihren liberalistischen Wurzeln in der Bonner Republik.²¹

Der Parlamentsvorbehalt wird vom Bestimmtheitsgrundsatz flankiert. Nach diesem Grundsatz ist nicht jedes formell ordnungsgemäß vom Parlament beschlossene Gesetz als Gesetz im Sinne des Parlamentsvorbehalts anzusehen, sondern nur eines, das den Handlungsraum der staatlichen Gewalt genau genug bezeichnet. Ein zu unbestimmtes Gesetz ist deswegen verfassungswidrig. Nur so kann die Bindung der vollziehenden Gewalt und mittelbar auch der Judikative an das Gesetz iSv Art. 20 Abs. 3 GG effektiert werden. Eine gesetzliche Norm (besser: ein gesetzlicher Normsatz)²² muss deswegen so formuliert sein, dass das Verhalten der Exekutive nach Inhalt, Zweck und Ausmaß begrenzt wird und die Gerichte an diesem Maßstab das behördliche Vorgehen kontrollieren können. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Maßstab im Wege einer Je-desto Formel näher ausbuchstabiert: Der Gesetzgeber muss „die gesetzliche Regelung desto detaillierter [ausgestalten], je intensiver die Auswirkungen auf die Grundrechtsausübung der

20 Vgl. BVerfGE 147, 253 (310): „Dieser verpflichtet den parlamentarischen Gesetzgeber, wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen Normgebern oder der Exekutive zu überlassen“; st. Rspr.

21 Zur Entwicklung des Grundrechtswesens in Deutschland näher *Bäcker*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, § 65, erscheint vss. 2022.

22 Zum semantischen Normbegriff, nach dem zwischen Norm (als Bedeutungsinhalt) und Normsatz (als sprachlichem Zeichen) zu unterscheiden ist, vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 42 ff.

Betroffenen sind“²³. Daraus erhellt: Das erforderliche Maß der Bestimmtheit bemisst sich anhand einer Abwägung. Nimmt man hinzu, dass auch die Wesentlichkeit des betroffenen Grundrechtsschutzes eine Maßfrage ist, wird die dogmatische Unsicherheit deutlich, die mit der Anwendung dieser Grundsätze verbunden ist. Dies wirkt sich in der Beurteilung der Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung in Deutschland aus, über deren Verfassungsmäßigkeit im Einzelnen wie im Ganzen nach wie vor keine Einigkeit besteht.

C. Die Pandemiebekämpfung in Deutschland: Weitgehend am Parlament vorbei

In der Bundesrepublik Deutschland kam es, wie in den meisten Ländern dieser Welt, im Frühjahr des Jahres 2020 zur sog. ersten Welle der Pandemie.²⁴ In dieser ersten Welle, in der weder das Ausmaß der Pandemie noch deren Dauer abzusehen war, sind drei grundsätzliche Positionen in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Pandemiebekämpfung vorzufinden: Nach einer ersten Position lassen sich die gegebenen parlamentsgesetzlichen Regelungen – insb. im Infektionsschutzgesetz des Bundes, auf welches sich die hiesigen Ausführungen beschränken – extensiv auslegen und als situativ adäquat bestimmt genug ansehen, um die Grundrechtsbeschränkungen²⁵ durch vornehmlich föderales Exekutivrecht verfassungsrechtlich hinreichend zu stützen. Diese Position der „Extension der Generalklauseln“ begegnet vor dem Hintergrund des Parlamentsvorbehalts ernsthaften Bedenken, da derartig weitreichende, so in der Bundesrepublik Deutschland nie dagewesene Grundrechtsbestimmungen kaum, wie aber geschehen, auf generalklauselartige²⁶ Ermächtigungen gestützt werden können, wenigstens nicht

23 BVerfGE 145, 20 (91). – Das BVerfG fährt fort wie folgt: „Die erforderlichen Vorgaben müssen sich dabei nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben; vielmehr genügt es, dass sie sich mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Vorgeschichte der Regelung“.

24 Zu den bisherigen Phasen der Pandemiebekämpfung ebenso übersichtlich wie kritisch *Kingreen*, NJW 2021, S. 2766 (2767-2771).

25 Verordnet wurden u.a. allg. Beherbergungs- und Bewirtschaftungsverbote bzw. -einschränkungen (Art. 12 I, 2 I GG); allg. Schul- und KiTa-Schließungen (Art. 6 I, 7 I, 12 I GG); Einreisebeschränkungen; Reisewarnung weltweit (Art. 2 I GG); allg. Gottesdienstverbote (Art. 4 I, II GG); allg. Fokus auf Intensivmedizin (Art. 2 II GG); allg. Einzelhandelsrestriktionen (Art. 12 I, 14 I GG); allg. Kontaktbeschränkungen (Art. 2 I iVm 1 I GG).

26 Die entscheidende Bestimmung in § 28 IfSG lautet: „(1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass

auf Dauer.²⁷ Dies würde den Wesentlichkeitsgrundsatz und den Bestimmtheitsgrundsatz evident verletzen.²⁸ Dagegen wurde pragmatisch argumentiert, es sei besser, in der Ausnahmesituation über ein Gesetz hinaus zu agieren, als später in der Regelsituation ein zu weitgehendes Gesetz zu haben.²⁹ Gerade dieses Argument lässt sich jedoch umkehren: Wird die vertikale Kompetenzordnung in der Ausnahmesituation übergangen, so kann sich dies in die Normalsituation hinein verfestigen.³⁰

Nach einer zweiten Position ist die Pandemie als ein Ausnahmephänomen zu betrachten, für welches das gegebene parlamentsgesetzliche Recht naturgemäß keine adäquate Lösung bereithalten kann, weil es sie nicht vorhersehen konnte. In der Stunde der parlamentarischen Not musste die Exekutive zur Abwehr einer drängenden Gefahrenlage im Zweifel auch jenseits gesetzlicher Bestimmungen handeln, weil das Parlament – so die Unterstellung – nicht rasch genug handeln konnte. Materiell bestärkt wird diese Position der „Stunde der Exekutive“³¹ verfassungsrechtlich darin, dass höchste verfassungsrechtliche Gebote wie der Schutz der Bürger, des Staates und seiner Einrichtungen, hier insb. des Gesundheitswesens, eine unverzügliche Tätigkeit des Staates durch dessen handlungsfähige Organe verlangen. Diese Position des Gebots effektiver Gefahrenabwehr kann aus sich heraus aber nur solange überzeugen, wie das Parlament tatsächlich noch nicht genug Zeit hatte, um die erforderlichen Regelungen selbst zu treffen. Hierfür sollten im Idealfall wenige Tage, jedenfalls aber einige Wochen ausreichen. Der Erklärungswert dieser Position sinkt daher mit der Fortdauer der Pandemie. Anders ausgedrückt: Das Gewicht des Parlamentsvorbehaltes steigt auch in Ausnahmesituationen mit zunehmender Dauer und Verstetigung der Ausnahme an.

Nach einer dritten Position sind einige oder alle Maßnahmen als verfassungswidrig anzusehen – sei es aus materiell-rechtlichen Gründen, insb. der Unverhältnis-

ein Verstorbenen krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen [...], soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist [...]“; Hervorhebung durch den Verfasser.

27 Deutlich etwa *Volkmann*, NJW 2020, S. 3153; *Dreier*, DÖV 2021, S. 229; *Kluckert*, DVBl 2021, S. 96.

28 Vgl. etwa *Bäcker*, Corona in Karlsruhe, Verfassungsblog.de, 25.3.2020, verfassungsblog.de/corona-in-karlsruhe/ (zuletzt abgerufen am 28.03.2022); *Pautsch/Haug*, NJ 2020, 281 (282 f.); *Barzak*, RuP 2020, S. 458 (462 f.).

29 Vgl. etwa *Bethge*, Ausgangssperre, Verfassungsblog.de, 24.3.2020, verfassungsblog.de/ausgangssperre/ (zuletzt abgerufen am 28.3.2022): „in unvorhergesehenen Situationen [können] vorübergehend auch drastische Maßnahmen auf Generalklauseln gestützt werden“.

30 Vgl. *Brüning*, NVwZ 2021, S. 272.

31 Erhellend zu diesem Begriff *Barzak*, RuP 2020, S. 458 (462 f.).

mäßigkeit der Maßnahmen, sei es aus formalrechtlichen Gründen, insb. einer mangelnden Kompetenz der Exekutive.³² Diese Maßnahmen seien gleichwohl aus Staatsräson zu befolgen, bis die Gerichte sie aufheben. Vertreter dieser Auffassung der „Duldung trotz Verfassungswidrigkeit“ erwarteten eine rasche Korrektur der Maßnahmen durch die Gerichte – die aber bis heute hins. des Kompetenzrechts kaum erfolgte.³³ Vielmehr haben die Gerichte die Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie im Großen und Ganzen gehalten, wenn auch bislang überwiegend nur im Eilrechtsschutz.³⁴ Dazu trug anfangs ohne Frage bei, dass die Pandemie weiter anhielt und sich entgegen den verbreiteten Erwartungen und Hoffnungen nicht etwa abschwächte, sondern eher noch zuspitzte. Es blieb bei dem, was schon zu Beginn der Pandemie prognostiziert wurde: Kein (Verfassungs-)Gericht der Welt würde die Maßnahmen für rechtswidrig erklären, solange die Bedrohung durch die Epidemie ungebremst anhielt.³⁵

Ungeachtet der regen Diskussion um die Anerkennung in der Rechtswissenschaft wurden gerade die frühen Maßnahmen von einem überwältigenden Anteil in der Bevölkerung, gestützt auf dramatische Berichte in der medialen Öffentlichkeit, weitgehend als notwendig erachtet. Die Bevölkerung fügte sich überraschend widerstandslos in den ersten sog. „Lockdown“, die neuen Regeln wurden nahezu einhellig befolgt und auch verbreitet für materiell richtig gehalten. Rechtstheoretisch gesprochen wurden hier etwaige Bedenken einiger Juristen hins. der ordnungsgemäßen Gesetztheit durch ein klar hinreichendes Maß an sozialer Wirksamkeit überlagert. Im weiteren Verlauf wurde gleichwohl auf die in der Rechtswissenschaft und der gerichtlichen Spruchpraxis geäußerten Bedenken hins. der formellen Verfassungsmäßigkeit der exekutivrechtlichen Maßnahmen reagiert.³⁶

32 Vgl. nur *Kingreen*, *Whatever it Takes?*, Verfassungsblog.de, 20.3.2020, verfassungsblog.de/whatever-it-takes-ii/ (zuletzt abgerufen am 28.3.2022).

33 Ähnlich *Volkman*, NJW 2020, S. 3153 (3154), noch Ende 2020: „Nach wie vor großräumig umfahren“. Spätere rühmliche Ausnahmen (in erster Instanz) bilden Entscheidungen des AG Weimar, Urteil v. 11.1.2021 – 6 OWi 523 Js 202518/20 sowie des AG Ludwigsburg, Urteil v. 29.1.2020 – 7 Owi 170 Js 112950/20. Zu den besorgniserregend meinkritischen Reaktionen darauf vgl. *Blankenagel*, JZ 2021, S. 702 (710, dort Fn. 92).

34 Dazu noch unten, C. I.

35 Vgl. *Volkman*, *Der Ausnahmezustand*, Verfassungsblog.de, 20.3.2020, verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand/ (zuletzt abgerufen am 28.3.2022): „Kein Verwaltungs- oder auch Verfassungsgericht würde es in der derzeitigen Situation riskieren, auch nur eine davon zu beanstanden und der Regierung im Kampf gegen die als existenziell empfundene Bedrohung in den Arm zu fallen.“

36 *Dreier*, DÖV 2021, S. 229 (234), wird zuzugeben sein, dass die Gerichte hier einen im Vergleich zur Staatsrechtslehre weitaus stärkeren Einfluss auf die Regierungsparteien gehabt haben dürften; s. dazu noch unten, Fn. 47.

So wurde das Infektionsschutzgesetz um eine ausdrückliche Erforderlichkeit der Mitwirkung des Bundestages ergänzt.³⁷ Am 27.3.2020 hat der Bundestag ein Gesetz³⁸ zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes beschlossen, wonach der Bundestag das Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite feststellen kann bzw. muss.³⁹ Aufgrund dieser Feststellung kann die föderalisierte Exekutive bestimmte, im Gesetz näher bezeichnete Maßnahmen zur Epidemiebekämpfung ergreifen.⁴⁰ Der Beschluss des Vorliegens einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite erfolgte im Bundestag dabei schon unmittelbar zuvor, am 25.3.2020. Die Gesetzesänderung erweist sich insoweit als Legalisierung *ex post*. Zudem blieb die Auswahl der probaten Mittel der Pandemiebekämpfung weiterhin der Exekutive überlassen. Aus diesem Grund wurde kritisiert, dass der Bestimmtheitsgrundsatz wie der Wesentlichkeitsgrundsatz weiterhin nicht eingehalten worden seien.⁴¹ Der Bundestag behielt sich allerdings die Möglichkeit vor, sämtliche Exekutivmaßnahmen durch das Beenden der epidemischen Lage von nationaler Tragweite per Beschluss aufzuheben. Doch darin liegt letztlich wenig mehr als die bemühte Deklaration des verfassungsrechtlichen Normalzustands: die Betonung des Primats des Parlaments – welches es selbst aufgegeben hatte.

Es folgten, im Zuge der dritten Welle der Pandemie im Herbst 2020, weitere Änderungen des Infektionsschutzgesetzes.⁴² Im geänderten Gesetz wurden nun erstmals die Voraussetzungen der vom Bundestag festzustellenden Lage gesetzlich benannt. Überdies wurde das Gesetz um eine (nicht abschließende) gesetzliche

37 Zu den von vornherein eingeschränkten Möglichkeiten der Landesparlamente, die allerdings ebenfalls nicht ausgereizt werden, vgl. *Amhaouach/Huster/Kießling/Schaefer*, NVwZ 2021, S. 825.

38 Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 27.3.2020, BGBl. I, S. 587.

39 Zur Besonderheit dieser parlamentarischen Handlungsform des Beschlusses, an die weitreichende Kompetenzverlagerungen geknüpft sein sollen, vgl. *Gärditz*, MedR 2020, S. 741; zum Problemfeld näher *Babiak*, Die rechtsetzende Funktion des schlichten Parlamentsbeschlusses, 2021.

40 *Mayen*, NVwZ 2020, S. 828, hält eine derartige Ermächtigung der Gubernative „auch unter den Bedingungen des epidemischen Ausnahmezustands [für] mit dem Grundgesetz nicht vereinbar“.

41 Vgl. nur *Klafki*, Neue Rechtsgrundlagen im Kampf gegen Covid-19, Verfassungsblog.de, 25.3.2020, verfassungsblog.de/neue-rechtsgrundlagen-im-kampf-gegen-covid-19/ (zuletzt abgerufen am 28.3.2022).

42 Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 18.11.2020, BGBl. I, S. 2397. Einordnend *Sangs*, NVwZ 2020, S. 1780; vgl. weiterführend auch *Sangs/Eibenstein*, JZ 2021, S. 710, allerdings mit dem wenig aussagekräftigen Fazit, es „dürfte klar geworden sein, dass Diskussionen über künftige Regelungen im Rahmen der post-pandemischen Aufarbeitung [...] unbedingt in der notwendigen Breite und Tiefe geführt werden müssen“ (S. 719). – Zur sog. Bundesnotbremse als Meilenstein der nächsten Phase der Pandemiebekämpfung vgl. *Greve/Lassahn*, NVwZ 2021, S. 665.

Aufzählung ausdrücklich möglicher exekutivrechtlicher Maßnahmen der Pandemiebekämpfung ergänzt, um sohin ein höheres Maß gesetzlicher Bestimmtheit zu erreichen.⁴³ Im Kern wurden hier die bereits angeordneten, schon lang andauernden, insgesamt enorm grundrechtsinvasiven Maßnahmen des Exekutivrechts in den Ländern als gesetzlich vorgesehene Möglichkeiten schlicht legalisiert.⁴⁴ Auch hier also: Legalisierung *ex post*. Eine grundrechtssensible, unabhängig delibrierte Gesetzgebung des Parlaments, wie sie vom Parlamentsvorbehalt seiner Idee nach vorausgesetzt wird, ist darin nicht zu erkennen.⁴⁵

Im Winter 2020 hatte der Bundestag eine auch in der öffentlichen Wahrnehmung herausgehobene Gelegenheit, gesetzlich die Pandemiebekämpfung in einer zentralen, originär politischen und seit langem absehbar zur Beantwortung anstehenden Frage entscheidend zu gestalten.⁴⁶ Zu regeln war, angesichts zunächst knapper Impfstoffe, die Frage, ob, und wenn ja, wie die Bevölkerung priorisiert zu impfen sei. In dieser Frage war sich nicht darauf zurückziehen, dass diese Angelegenheit überraschend und unter Zeitdruck zur Regelung anstand; die baldige Zulassung erster effektiver Impfstoffe zeichnete sich seit dem Sommer 2020 ab. Auch handelt es sich bei der Impfreiheitsfolge offensichtlich nicht um primär administrative Einzelfragen, die sinnvollerweise der Regelung durch die Exekutive überlassen bleiben. Es ging um die bundesweit einheitlich zu regelnde Frage des priorisierten Zugangs zum Impfstoff, worin von vielen seit dem Ausbruch der Pandemie der einzige Ausweg aus ihr gesehen wurde. Es stand also eine evident grundrechtswesentliche Frage an, die per Gesetz zu beantworten war. Die Frage der Impfreiheitsfolge wurde dann auch im Parlament debattiert; geregelt aber wurde sie durch eine Verordnung des Bundesministers für Gesundheit, entgegen nahezu einhelliger

43 Manche hielten die Regelungen damit für „sowohl präzisiert als auch legitimatorisch abgesichert“, so *Greve*, NVwZ 2020, S. 1786; andere zeigten sich weniger überzeugt, vgl. nur *Kießling*, Was verlangen Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot?, verfassungsblog.de, 4.11.2020, verfassungsblog.de/was-verlangen-parlamentsvorbehalt-und-bestimmtheitsgebot/ (zuletzt abgerufen am 28.3.2022).

44 Vgl. *Kingreen*, NJW 2021, S. 2766 (2768): „einfach nur retrospektiv Maßnahmen aufgezählt [...], die in der Vergangenheit ergriffen wurden“.

45 Ebenso, nach eingehender Analyse, *Boehme-Neßler*, DÖV 2021, S. 243 (251): „Blankovollmacht [...], durch Rechtsverordnungen hart und tief in Grundrechte einzugreifen“; s.a. *Kirchhof*, DVBl 2021, S. 689 (692): Der Gesetzgeber ist „seiner Aufgabe, für jede Maßnahme selbst eine Rechtsgüterabwägung anzustellen und in gesetzliche Tatbestandsvoraussetzungen oder Leitlinien auszuformen, nicht gerecht geworden“.

46 Eine ähnliche Situation lag und liegt in der bis heute unterbliebenen gesetzlichen Regelung der Triage. Darin sehen manche eine Schutzpflichtverletzung; vgl. *Brade/Müller*, NVwZ 2020, S. 1792. Eingehende verfassungsrechtliche Würdigung der Triage etwa bei *Lehner*, DÖV 2021, S. 252; s.a. *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 143 ff.

Auffassung in der dazu angehörten Rechtswissenschaft.⁴⁷ Die in dieser Verordnung⁴⁸ festgelegte Impfreiheitsfolge⁴⁹ bestimmte, bei einigen späteren Änderungen der Verordnung, das Impfgeschehen in Deutschland bis heute. Vor dem Hintergrund des Wesentlichkeitsgrundsatzes und der Abwesenheit von Eilbedürftigkeit wie einer fachlichen Prärogative der Exekutive ist es nicht zu rechtfertigen, dass das Parlament nicht einmal diese Frage selbst per Gesetz geregelt hat.⁵⁰

Die weitere Pandemiebekämpfung ist seit dem Einsetzen der Impfungen im Kern durch Maßnahmen zur Erhöhung der Impfquote gekennzeichnet. Dazu wurden, angesichts des Einsetzens einer vierten Welle im Herbst 2021, strengere Zulassungsregeln nur für Geimpfte und Genesene (2G) oder für Geimpfte, Genesene und (negativ) Getestete (3G) diskutiert – zu öffentlichen Verkehrsmitteln, kulturellen Einrichtungen und sonstigen Einrichtungen der Daseinsvorsorge, zu Geschäften auch des täglichen Bedarfs, Friseurbetrieben und Gaststätten. Die Wahl eines 2G- oder 3G-Regimes ist wiederum evident eine grundrechtswesentliche Frage – und wiederum ist sie nicht von den Parlamenten, sondern durch exekutiv-rechtliche Verordnungen auf Länderebene bestimmt bzw. den (privaten) Betreibern der jeweiligen Einrichtungen selbst freigestellt (sog. 2G-Optionsmodell).⁵¹

D. Die Krise des Parlamentarismus

Die auch nach den Anpassungen des Infektionsschutzgesetzes Ende November 2021⁵² noch immer vornehmlich seitens der Gubernative gesteuerte Bekämpfung der Corona-Pandemie hat ernste staatsstrukturelle Defizite erkennbar werden las-

47 Vgl. nur die Kurzmeldung des Bundestages v. 13.1.2021 (hib 61/2021); rückblickend einordnend *Kießling/Kingreen/Leisner-Egensperger*, Keine Priorität für die Rechtswissenschaft, *Verfassungsblog.de*, 2.2.2021, verfassungsblog.de/keine-prioritaet-fuer-die-rechtswissenschaft/ (zuletzt abgerufen am 28.3.2022).

48 Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (CoronaImpfV), *BAnz AT* 21.12.2020 V3, 1.

49 Nach den §§ 2-4 CoronaImpfV.

50 Vgl. aber *Leisner-Egensperger*, *NJW* 2021, S. 202 (208), die zwar nicht eine „Priorisierung durch Gesetz“ für geboten hält, wohl aber eine „Priorisierung aufgrund Gesetzes“. Noch zurückhaltender *Stüer*, *DVB1* 2021, S. 373 (374): „Zugegeben: Man kann sich eine konkretere gesetzliche Ermächtigung vorstellen“.

51 Vgl. etwa § 3 Abs. 2 Nr. 5, § 15 Abs. 2 S. 4 BW-CoronaVO v. 15. September 2021 in der ab 15. Oktober geltenden Fassung.

52 Durch Gesetz vom 22.11.2021, *BGB1*. 2021 I 4906. – Zu den Änderungen kritisch etwa *Kießling*, *NVwZ* 2021, S. 1801; vgl. auch *Kießling*, *NVwZ* 2022, S. 15, zu den noch im Dezember erfolgenden Anpassungen des Gesetzes.

sen. Sie wurzeln, kurz gesagt, in einer Minderleistung der parlamentarischen Legislative, die zunehmend Züge einer Arbeitsverweigerung trägt. Diese Minderleistung wurde in Deutschland seit Ausbruch der Pandemie durch eine Überleistung der Exekutive kompensiert, sicher auch induziert.⁵³ Doch die exekutivrechtlichen Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung haben in einem Ausmaß evident wesentlich in Grundrechte eingegriffen, welches nach dem Wesentlichkeitsgrundsatz zumindest ein bestimmteres Handeln des Parlaments erfordert hätte. Gleichwohl ist die Judikative der Exekutive lange kaum in den Arm gefallen.

Insgesamt bezeugt dies ein tiefes staatsstrukturelles Problem: Wenn das eigentlich zuständige Organ einem eigentlich nicht zuständigen Organ das Feld überlässt, ändern sich die tatsächlichen staatsstrukturellen Begebenheiten. Die Praxis des Verfassungslebens prägt das normative Verfassungsrecht. Mit dem Wesentlichkeitsgrundsatz und dem Bestimmtheitsgebot sind bis dato allgemein konsenterte, streng behütete staatsorganisationsrechtliche Leitplanken in der Corona-Krise überrollt worden.⁵⁴

I. Das staatsstrukturelle Problem

Nehmen wir das staatsstrukturelle Problem etwas näher in den Blick: Die Legislative hat, nach dem herkömmlichen verfassungsrechtlichen Grundkonsens, die originäre Abwägungskompetenz in Grundrechtsfragen. Sie soll, per Gesetz, das grundrechtswesentliche Handeln des Staates präformieren, in typischerweise abstrakt-generellen Regelungen. Derartige abstrakt-generelle Regelungen verlangen nach Konkretisierungen, die je nach Unterschiedlichkeit der konkret-individuellen Anwendungsbereiche durchaus unterschiedlich ausfallen können. In der Corona-Pandemie sind bis heute nur wenige parlamentsgesetzliche Regelungen erlassen worden. Wesentliches Argument, nach einer ersten Phase der Erstarrung des Parlaments, war die Dynamik der Pandemie, die kurzfristige Reaktionen und Veränderungen der Rechtslage erforderlich mache.

Tatsächlich gilt, etwa in Bayern, inzwischen die fünfzehnte Infektionsschutzmaßnahmenverordnung.⁵⁵ Diese Verordnung ist bis Ende Februar 2022 bereits durch diverse Änderungsverordnungen geändert worden; wie sich auch generell über den gesamten Zeitraum der Pandemie hinweg betrachtet die Verordnungslage sehr dynamisch gezeigt hat. Hinzu kommt, dass die zentralen Verordnungen auf Län-

53 *Wolff/Zimmermann*, JURA 2022, S. 148 (155), weisen darauf hin, dass das Problem der „Exekutivlastigkeit der Rechtsetzung“ zwar schon vor der Pandemie bestand, aber erst in ihr zu einem Übermaß answoll.

54 *Lepsius*, JÖR 2021, S. 705 (730 ff.), sieht, mit guten Gründen, auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als materielle Leitplanke des Verfassungsrechts erschüttert.

55 Verordnung v. 23.11.2021, BayMBl. 2021, Nr. 816.