

Jan-Louis Wiedmann*

Die Rolle des Bundestages in der Corona-Krise

Aus den sprichwörtlichen ‚80 Millionen Bundestrainern‘, in die sich die Deutschen alle vier Jahre während der Fußball-Weltmeisterschaft verwandeln, wurden in der Corona-Pandemie 80 Millionen ‚Chef-Virologen‘ und ‚Verfassungsrichterinnen‘. Schon wenige Wochen nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie wurde an den Küchen-tischen der Nation über Aerosole, Mutationen, aber auch über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Einschränkung von Grundrechten diskutiert. Erstaunlich ist jedoch, dass ein anderer Aspekt in der öffentlichen Diskussion für lange Zeit nicht die gebührende Aufmerksamkeit bekommen hat: Die Rolle des Parlaments in der Corona-Krise. Der folgende Beitrag beleuchtet ebendiesen Aspekt und stellt die Frage, ob der Deutsche Bundestag bei der Pandemiebewältigung den Vorgaben der Verfassung gerecht geworden ist.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung.....	87
B. Verfassungsrechtliche Anforderungen.....	88
I. Die Rolle des Bundestags im	
Verfassungsgefüge des Grundgesetzes	88
1. Übergeordnete Aufgabe: Repräsentation	
des Volkes	88
2. Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers	88
3. Kontrollfunktion des Parlaments	88
II. Flexible Handhabung in Krisenzeiten?	89
1. Neue Verfassungsmaßstäbe in der	
Corona-Krise?.....	89
2. Spielraum bei der Anwendung des	
geltenden Verfassungsrechts?.....	89
3. Zwischenergebnis	90
C. Der Bundestag in der Corona-Krise.....	90
I. Überblick und Eingrenzung	91
II. Ausgangslage: Das IfSG vor der Pandemie	91
1. Bedeutung des IfSG.....	91
2. Struktur des IfSG	91
III. Die Reaktion des Bundestags auf die Corona-	
Krise	91
1. Das erste Bevölkerungsschutzgesetz	91

2. Das zweite Bevölkerungsschutzgesetz.....	92
3. Das dritte Bevölkerungsschutzgesetz.....	92
D. Verfassungsrechtliche Beurteilung.....	94
I. Die Befugnis zu gesetzesvertretenden	
Verordnungen in § 5 IfSG.....	94
II. Die Änderung der §§ 28 ff. IfSG	95
1. Das erste Bevölkerungsschutzgesetz.....	95
2. Das zweite Bevölkerungsschutzgesetz.....	95
3. Das dritte Bevölkerungsschutzgesetz.....	96
4. Ergebnis.....	98
III. Gesamtergebnis.....	98
E. Fazit und Ausblick.....	99
I. Fazit.....	99
II. Ausblick	99
1. Das Problem: Durchsetzungsdefizite des	
Parlamentsvorbehalts.....	99
2. Mögliche Lösungsansätze	99

A. Einleitung

„Die Krise ist die Stunde der Exekutive!“¹ – Die Corona-Pandemie, die seit März 2020 auch die Bundesrepublik in Atem hält, scheint dieses Rechtspruchwort einmal mehr bestätigt zu haben. Mit zahlreichen einschneidenden Maßnahmen der Krisenbewältigung² haben insbesondere die Verwaltungen der Länder auf die Pandemie reagiert und hierdurch dazu beigetragen, dass der Verlauf der Krise in Deutschland lange vergleichsweise milde war. Die anfänglichen Zweifel, ob freiheitliche Demokratien wie die Bundesrepublik Deutschland einer Krise dieses Ausmaßes gewachsen sein würden,³ wurden so ausgeräumt.

Doch mit dem Zepter des Handelns in der Hand der Exekutive trat ein anderer verfassungsrechtlicher Akteur in den Hintergrund: Der Bundestag.⁴ Nachdem die Frage der Handlungsfähigkeit des Staates in Krisenzeiten beantwortet ist, rückt damit eine zweite Frage in den Fokus: Ist in der „Stunde der Exekutive“ die verfassungsrechtlich notwendige Beteiligung des einzigen unmittelbar gewählten Verfassungsorgans und damit gar die demokratische Legitimation der Maßnahmen auf der Strecke geblieben?

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsplattform Recht der Humboldt-Universität zu Berlin. Die Arbeit entstand im Wintersemester 2020/21 iRd Seminars zum „Corona-Recht“ bei Prof. Dr. Johanna Wolff und ist dem Tutorienprogramm der FU Berlin sowie den ehemaligen und aktuellen Kolleg:innen dort gewidmet. Entwicklungen ab Januar 2021 wurden in Grundzügen berücksichtigt.

¹ Diese Rechtsweisheit geht auf eine Äußerung des ehemaligen Bundesinnenministers Schröder (CDU) zurück, der am 28.9.1960 im Bundestag verlauten ließ: „Der Ausnahmezustand ist die Stunde der Exekutive, weil in diesem Moment gehandelt werden muss“, Plenarprotokoll 3/124, S. 7177. Heinig et al., JZ 2020, 861 und Hoppe/Risse, DVBl. 2020, 1381 greifen die Redeweise in ihren Aufsätzen auf; kritisch Mayen, NVwZ 2020, 828 (829).

² Schmitt, NJW 2020, 1626 (1629) spricht von den „umfangreichsten Grundrechtseinschränkungen seit Inkrafttreten des Grundgesetzes“; ähnlich Schwarz, JA 2020, 321.

³ Hierzu Kingreen, „Whatever it Takes?“, Verfassungsblog vom 20.3.2020, <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/>, zuletzt abgerufen am 23.8.2021.

⁴ Diesen Befund stützt der Hinweis des Bundestagspräsidenten vom 19.10.2020, der Bundestag müsse „seine Rolle [...] deutlich machen“, Pressemitteilung des Deutschen Bundestags vom 19.10.2020, <https://www.bundestag.de/presse/pressemitteilungen/pm-201019-fraktionen-pandemie-800006>, zuletzt abgerufen am 16.1.2021.

Im Folgenden soll die Rolle des Bundestags in der Corona-Krise beleuchtet und der Frage nachgegangen werden, ob das Parlament den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht geworden ist. Hierzu soll zunächst die Stellung des Parlaments im Verfassungsgefüge der Bundesrepublik vergewärtigt werden (B.). Sodann gilt es, die Aktivität des Bundestags in der Corona-Krise zu analysieren (C.) und am Maßstab der Verfassung zu bewerten (D.). Dabei beschränkt sich die Betrachtung auf die drei „Gesetz[e] zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“, die zwischen März und November 2020 beschlossen wurden. Zuletzt soll Resümee gezogen und ein Ausblick auf künftige Krisen gegeben werden (E.).

B. Verfassungsrechtliche Anforderungen

I. Die Rolle des Bundestags im Verfassungsgefüge des Grundgesetzes

Der Bundestag nimmt in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik als einziges unmittelbar vom Volk gewähltes Bundesorgan eine besondere Stellung ein.⁵ Für seine Tätigkeiten während der Corona-Krise muss er sich insbesondere an der Repräsentations-, Gestaltungs- und Kontrollfunktion messen lassen.⁶

1. Übergeordnete Aufgabe: Repräsentation des Volkes

Die übergeordnete Aufgabe des Bundestags liegt in der Repräsentation des Volkes.⁷ Im Parlament werden die pluralen Verhältnisse der Gesellschaft in grundsätzlich öffentlicher Debatte (Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG) abgebildet, was die Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) verwirklicht. Doch die bloße Abbildung der gesellschaftlichen Verhältnisse genügt dem Demokratieprinzip nicht. Vielmehr muss der durch das Parlament repräsentierte Wille des Volkes auch *effektiven* Einfluss auf die staatliche Willensbildung im Ganzen haben. Die Repräsentationsfunktion wird insoweit durch den Gestaltungsauftrag und eine Kontrollfunktion konkretisiert.

⁵ *Austermann/Waldhoff*, Parlamentsrecht, 2020, § 8 Rn. 481 sprechen vom „oberste[n] Verfassungsorgan“ (Anm. des Verf.); ähnlich BVerfGE 62, 1 (32) = NJW 1983, 735 (736).

⁶ Zu den verschiedenen Parlamentsfunktionen siehe *Magiera*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 21 ff.

⁷ *Morlok*, in: ders./Schliesky/Wiefelspütz, Handbuch Parlamentsrecht, 2016, § 3 Rn. 75.

⁸ *Butzer*, in: BeckOK, GG, Stand: 15.5.2021, Art. 38 Rn. 22.1; *Magiera* (Fn. 6), Art. 38 Rn. 24. Dass die Staatsleitung dem Parlament nicht allein, sondern „zur gesamten Hand“ mit der Regierung zusteht, hat freilich schon *Friesenhahn*, in: *Parlament und Regierung im modernen Staat. Die Organisationsgewalt*, 1958, S. 9, festgestellt.

⁹ *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 164.

¹⁰ *Volkmann*, NJW 2020, 3153 (3155) bezeichnet Gesetze als die „[dem Parlament] eigene [...] Beschlussform“ (Anm. d. Verf.); *Morlok* (Fn. 7), § 3 Rn. 78.

2. Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers

Das Parlament hat als Leitgewalt im Staat den Auftrag, die Verhältnisse in der Bundesrepublik zu gestalten (auch sog. Staatsleitungsfunktion).⁸ Neben der Budgethoheit⁹ wird der Gestaltungsauftrag des Parlaments in erster Linie durch den Erlass verbindlicher (Art. 20 Abs. 3 GG) Gesetze verwirklicht (Gesetzgebungsfunktion).¹⁰ Die parlamentarische Gesetzgebung steckt nicht nur die Handlungsbefugnisse der Exekutive ab und verwirklicht insoweit eine (vorweggenommene bzw. begleitende) Kontrolle der ausführenden Gewalt.¹¹ Sie verleiht der Exekutive überhaupt erst die notwendige demokratische Legitimation, die für deren Tätigwerden erforderlich ist.¹² Vor diesem Hintergrund ist die Gesetzgebung nicht nur Befugnis, sondern auch *Pflicht* des Bundestags.¹³

Die Reichweite dieser Pflicht wird durch die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG bestimmt, wonach alle wesentlichen Entscheidungen dem Bundestag vorbehalten sind (Parlamentsvorbehalt).¹⁴ Die Wesentlichkeitstheorie entscheidet nicht nur darüber, *ob* eine gesetzliche Grundlage notwendig ist (Vorbehalt des Gesetzes).¹⁵ Sie gibt auch vor, *wie detailliert* die Regelung sein muss: Alle wesentlichen Fragen müssen im Parlamentsgesetz selbst entschieden werden.¹⁶ In Kombination mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot¹⁷ steht die Wesentlichkeitstheorie einer (zu) weitreichenden Delegation von Entscheidungsbefugnissen an die Exekutive entgegen; dieser Gedanke kommt auch in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Ausdruck, der Verordnungen unter den Vorbehalt einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage stellt.¹⁸ Die Wesentlichkeitstheorie und das Erfordernis der Spezialermächtigung sollen also eine parlamentarische Selbstentmachtung verhindern und die Erfüllung der parlamentarischen *Pflicht* zur Gesetzgebung erzwingen.

3. Kontrollfunktion des Parlaments

Neben der Gesetzgebungsfunktion kommt dem Parlament klassischerweise auch eine Kontrollfunktion zu. Im parlamentarischen Regierungssystem stehen Parlament und

¹¹ *H.H. Klein*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 50 Rn. 33; kritisch gegenüber diesem weiten Kontrollbegriff *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 13 Rn. 126.

¹² *Schliesky*, in: *Morlok/ders./Wiefelspütz*, HbParlR, 2016, § 5 Rn. 22.

¹³ *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. 1, 2011, § 10 Rn. 122; *Morlok* (Fn. 7), § 3 Rn. 92, 96.

¹⁴ BVerfGE 134, 141 (184) = NVwZ 2013, 1468 (1474); *Morlok* (Fn. 7), § 3 Rn. 96 ff.

¹⁵ BVerfGE 101, 1 (34) = NJW 1998, 3253 (3254); *Jarass*, in: *ders./Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 78; *Magiera* (Fn. 6), Art. 20 Rn. 114 ff.

¹⁶ BVerfGE 101, 1 (34) = NJW 1998 3253 (3254); 150, 1 (100) Rn. 200 = NVwZ 2018, 1703 (1712) m. Anm. *Leischner/Weigelt* spricht von einer „hinreichenden Regelungsdichte“.

¹⁷ Zum Verhältnis der beiden siehe *Kloepfer* (Fn. 13), § 10 Rn. 122; *Jarass* (Fn. 15), Art. 20 Rn. 82.

¹⁸ BVerfGE 143, 38 (60) Rn. 54 = NJW 2016, 3648 (3651 f.) m. Anm. *Hecker*.

Regierung einander zwar nicht mehr diametral gegenüber; vielmehr wird die Regierung von der Parlamentsmehrheit getragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 GG). Dennoch geht das GG von einer Kontrollfunktion des Parlaments aus.¹⁹ *De facto* wird diese von den regierungstragenden Fraktionen in erster Linie durch interne Einflussnahme und von den Oppositionsfraktionen durch öffentliche Kritik und das Aufzeigen von Alternativen verwirklicht (sog. innerparlamentarischer Dualismus).²⁰ Die Kontrollfunktion kommt im GG vor allem durch einzelne Kontrollbefugnisse (Enquêterecht, Zitierrecht usw.) zum Ausdruck.²¹ Das GG sieht aber keine Mechanismen vor, durch die eine Wahrnehmung dieser Kontrollbefugnisse erzwungen werden kann. Die Erfüllung der parlamentarischen Kontrollaufgabe ist daher zwar verfassungsrechtlich gefordert. Sie kann aber – anders als die Gesetzgebungsaufgabe – nicht erzwungen werden.²²

II. Flexible Handhabung in Krisenzeiten?

Die dargelegten Parlamentsfunktionen gehören zum gefestigten Bestand des Demokratieverfassungsrechts. Fraglich ist aber, ob an ihnen auch in Ausnahmesituationen wie der Corona-Krise, festgehalten werden kann.

1. Neue Verfassungsmaßstäbe in der Corona-Krise?

Im Zuge der rechtswissenschaftlichen Aufarbeitung der staatlichen Corona-Bewältigung ist vorgeschlagen worden, verfassungsrechtliche Vorgaben im Interesse effektiver Pandemiebekämpfung lockerer zu handhaben.²³ Dies könnte sich auch auf die parlamentsbezogenen Vorgaben erstrecken.

Bereits die Forderung nach einer Modifizierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben überzeugt aber nicht.²⁴ Hiernach besteht schlicht kein Bedürfnis. Zahlreichen, insbesondere materiellen Vorgaben der Verfassung ist ohnehin eine gewisse Flexibilität immanent.²⁵ So gehörten etwa das Gebot der Abwägung und der gesetzgeberische Spielraum schon vor der Krise zum juristischen Handwerkszeug. Hier bedarf es also keiner Modifizierung verfassungsrechtlicher Maßstäbe, um der Pandemie Herr zu werden; vielmehr

passen sich die Vorgaben des GG der neuen Situation „von selbst“ an.²⁶ So sind etwa die weitreichenden Eingriffsbefugnisse des Staates in der Corona-Krise, die vor der Pandemie noch undenkbar erschienen, nicht einer neuen Verfassungsdogmatik, sondern der neuen Situation geschuldet. Die *Grenzen* dieser verfassungsrechtlichen Spielräume müssen aber auch in der Krise eingehalten werden. Dies verlangt die Autorität der Verfassung.²⁷ Dasselbe gilt für die „starren“ Vorgaben des GG über Zuständigkeit, Verfahren und Form staatlicher Entscheidungsfindung.

2. Spielraum bei der Anwendung des geltenden Verfassungsrechts?

Die Frage lautet damit weniger, ob die o.g. Parlamentsfunktionen einer pandemiebedingten Modifikation bedürfen. Entscheidend ist vielmehr die Frage, wieviel Spielraum die parlamentsbezogenen Vorgaben des GG zulassen und wie sich dies in der Pandemie auswirkt. Im Zentrum der Diskussion muss hierbei die o.g. Wesentlichkeitstheorie stehen. Sie bestimmt die Reichweite des Parlamentsvorbehalts und ist insoweit den anderen parlamentsbezogenen Vorgaben „vorgeschaltet“. Schon die allseits betonte Unbestimmtheit des Wesentlichkeitskriteriums²⁸ deutet auf einen beträchtlichen Spielraum hin. Auch nach der Rechtsprechung des BVerfG hängen die Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie stets von der geregelten Materie ab.²⁹ Ein Spielraum im Rahmen der Wesentlichkeitstheorie ist somit seit jeher anerkannt. Damit rückt die Frage in den Mittelpunkt, wie sich diese Variabilität des Maßstabs im Falle der Corona-Krise auswirkt. Führt sie zu strengeren oder milderer Anforderungen an die Parlamentsbeteiligung? Diese Frage muss mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung beantwortet werden, der die Grundlage für den Parlamentsvorbehalt darstellt.³⁰ Der Grundsatz zielt einerseits darauf ab, Machtkonzentration zu verhindern.³¹ Andererseits – und dies ist hier ausschlaggebend – hat er die Funktion, staatliche Entscheidungen dem Organ zuzuführen, das dafür nach „Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die

¹⁹ Austermann/Waldhoff (Fn. 5), § 10 Rn. 531.

²⁰ Zu diesem innerparlamentarischen Dualismus siehe Austermann/Waldhoff (Fn. 5), § 10 Rn. 531.

²¹ Magiera (Fn. 6), Art. 38 Rn. 35; Müller, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 28.

²² Die Inhaber der Befugnisse können diese zwar im Wege des Organstreitverfahrens durchsetzen, Magiera (Fn. 6), Art. 38 Rn. 44. Eine Durchsetzung gegen deren Willen ist aber nicht vorgesehen.

²³ So etwa Schwarz, JA 2020, 321 (326): Die „üblichen Maßstäbe des Verfassungsrechts [sind] vorsichtigen Modifizierungen zugänglich“ (Anm. d. Verf.); allgemein hierzu Klafki, Risiko und Recht, 2017, S. 138 ff.

²⁴ Klafki (Fn. 23), S. 143; Heinig et al., JZ 2020, 861 (867); Mayen, NVwZ 2020, 868 (869).

²⁵ Barczak, Der nervöse Staat, 2020, S. 615 unterscheidet insoweit „flexible“ und „rigide“ Verfassungsnormen; Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020, S. 227 f.; Heinig et al., JZ 2020, 861 (862): sprechen von einer „in hohem Maße dynamisch[en Verfassung]“ (Anm. d. Verf.).

²⁶ Eingehend hierzu Kaiser (Fn. 25), 226 ff., die aber auf S. 237 auf die Gefahr hinweist, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Krisenzeiten regelmäßig überwunden werden kann; s. auch Heinig et al., JZ 2020, 861 (862).

²⁷ So auch Heinig et al., JZ 2020, 861 (862, 867); Mayen, NVwZ 2020, 868 (869); Pautsch/Haug, NJ 2020, 281 (282); s. auch Barczak (Fn. 25), S. 617.

²⁸ Kloepfer (Fn. 13), § 10 Rn. 122; H.H. Klein (Fn. 11), § 50 Rn. 23; Kotzur, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 155, 158; Magiera (Fn. 6), Art. 20 Rn. 116.

²⁹ BVerfGE 150, 1 (102) Rn. 204 = NVwZ 2018, 1703 (1712) m. Anm. Leischnner/Weigelt.

³⁰ Zum Bezug von Parlamentsvorbehalt und Gewaltenteilung siehe Sommermann (Fn. 9), Art. 20 Rn. 187, 274.

³¹ BVerfGE 143, 101 (136) Rn. 118 = NVwZ 2017, 137 (142); Jarass (Fn. 15), Art. 20 Rn. 32; Sommermann (Fn. 9), Art. 20 Rn. 200.

besten Voraussetzungen“ verfügt.³² Wendet man diesen Gedanken auf die Pandemie an, so gelangt man zu einem ambivalenten Ergebnis.

Die Pandemiebewältigung geht mit erheblichen Grundrechtseingriffen, Verteilungskämpfen und politischen Kontroversen einher. Dies spricht – jedenfalls mit zunehmender Dauer der Maßnahmen – für *hohe* Anforderungen an die Parlamentsbeteiligung³³, da das Merkmal der „Wesentlichkeit“ in erster Linie mit Grundrechtsrelevanz gleichgesetzt wird.³⁴ Dass die grundrechtssensiblen Entscheidungen dem Bundestag zugeordnet werden, hat den Hintergrund, dass dieser über eine besondere demokratische Legitimation verfügt. Nur mit der parlamentarischen Rechtssetzung geht ein geordnetes, öffentliches Verfahren unter Einbeziehung verschiedener Meinungen einher.³⁵ Dieses kann die Grundrechtseingriffe eher legitimieren, als das formfreie Verfahren exekutiver Entscheidungsfindung, welches die pluralen Verhältnisse in der Gesellschaft nicht abzubilden vermag.³⁶ Hinzu kommt, dass erst der Erlass verbindlicher Gesetze eine effektive gerichtliche Kontrolle der Exekutive ermöglicht.³⁷ Gerade in der „Stunde der Exekutive“ besteht hiernach ein Bedürfnis.

Andererseits ermöglicht (nur) das Verfahren der exekutiven Entscheidungsfindung ein schnelles, effektives Handeln³⁸ und – im Fall von Landesbehörden – die Einbeziehung lokaler Gegebenheiten.³⁹ Gerade in einem dynamischen Pandemiegeschehen ist eine solche Krisenreaktion erforderlich. Das GG ist gegenüber diesem Erfordernis nicht blind: Zwar stellt das BVerfG grundsätzlich hohe Anforderungen an die Erfüllung des Parlamentsvorbehalts und den Grundsatz der Spezialermächtigung. Der Gesetzgeber muss das inhaltliche „Programm“, sowie Ziel und Grenzen der exekutiven Maßnahmen im Gesetz so scharf umreißen, dass der Inhalt der Exekutivakte vorhersehbar wird (Selbstentscheidungsvorbehalt, Programmfestsetzungspflicht, Vorhersehbarkeitsgebot).⁴⁰ Gleichmaßen wird aber hervorgehoben, dass die Anforderungen des Parlamentsvorbehalts nicht überspannt werden dürfen. Sie sind nicht im Sinne maximaler Bestimmtheit zu verstehen;

gerade bei vielgestaltigen und komplexen Sachverhalten, die eine Änderung der tatsächlichen Umstände absehbar machen, darf der Exekutive ein größerer Spielraum eingeräumt werden.⁴¹ In einem dynamischen Pandemiegeschehen dürften diese Voraussetzungen vorliegen, was für einen größeren Spielraum der Exekutive spricht.⁴²

3. Zwischenergebnis

Somit besteht in der Krise einerseits ein besonderes Bedürfnis nach Parlamentsbeteiligung. Andererseits ist auch ein exekutiver Spielraum geboten. Dies führt zu der schwierigen Frage, wie beide Erkenntnisse miteinander verbunden werden können. Dazu bietet sich eine Unterscheidung von Tatbestands- und Rechtsfolgenseite der zu treffenden Regelungen an. Entscheidend kommt es auf das Vorliegen einer Regelung an, welche die eingriffsintensiven Maßnahmen auf *Rechtsfolgenseite* ausdrücklich in den gesetzgeberischen Willen aufnimmt. Erst eine solche parlamentarische Entscheidung für die Grundrechtseingriffe verleiht der Exekutive das von der Wesentlichkeitstheorie geforderte verfassungspolitische Mandat für die Eingriffe. Freilich ist dies allein nicht ausreichend. Die Regelung muss auch *tatbestandlich* hinreichend umrissen sein, d.h. eine hohe Eingriffsschwelle vorsehen und differenzierte Anforderungen an verschiedene Maßnahmen knüpfen. Hierbei wird man dem Gesetzgeber aber zugestehen müssen, der Exekutive einen Spielraum einräumen zu können.

C. Der Bundestag in der Corona-Krise

Diese zunächst noch sehr vagen Vorgaben sollen nun auf die konkret getroffenen Maßnahmen angewendet werden. Der Bundestag war in der Corona-Krise nicht untätig.⁴³ Auch die Abgeordneten selbst werden nicht müde zu betonen, dass das Virus im Plenum zwischen März und November 2020 über 70 Mal diskutiert wurde.⁴⁴ Im Folgenden sollen die Änderungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) zum Anlass genommen werden, die Rolle des Bundestags in der Corona-Krise zu analysieren.

³² BVerfGE 98, 218 (252) = NJW 1998, 2515 (2520); *Jarass* (Fn. 15), Art. 20 Rn. 32; *Sachs*, (Fn. 6), Art. 20 Rn. 81.

³³ *Pautsch/Haug*, NJ 2020, 281 (282); *Volkman*, NJW 2020, 3153 (3159); ebenso am Beispiel landesweiter Ausgangsverbote *Schmitt*, NJW 2020, 1626 (1629); vgl. auch *Brocker*, NJW 2020 1485 (1486).

³⁴ Etwa BVerfGE 150, 1 (97) Rn. 194 = NVwZ 2018, 1703 (1711) m. Anm. *Leischnner/Weigelt*; *Kotzur* (Fn. 28), Art. 20 Rn. 157; *Maurer* (Fn. 11), § 8 Rn. 21.

³⁵ BVerfGE 150, 1 (96 f.) Rn. 192 = NVwZ 2018, 1703 (1710) m. Anm. *Leischnner/Weigelt*.

³⁶ *Brocker*, NVwZ 2020, 1485 (1486); *Heinig et al.*, JZ 2020, 861 (868, 870); generell zum Legitimationsdefizit der Verlagerung von Entscheidungskompetenzen auf die Exekutive *Klafki* (Fn. 23), S. 86 ff.

³⁷ *Volkman*, NJW 2020, 3153 (3157); *Jarass* (Fn. 15), Art. 20 Rn. 79; *Magiera* (Fn. 6), Art. 20 Rn. 127.

³⁸ Vgl. BVerfGE 49, 89 (139 f.) – *Kalkar I* = NJW 1979, 359 (363); BVerfGE 150, 1 (102) Rn. 204 = NVwZ 2018, 1703 (1712 f.) m. Anm. *Leischnner/Weigelt*; kritisch hierzu *Klafki* (Fn. 23), S. 105 ff.

³⁹ Zu letzterem *Kingreen*, NJW 2021, 2766 (2767).

⁴⁰ BVerfGE 150, 1 (100) Rn. 202 = NVwZ 2018, 1703 (1712) m. Anm. *Leischnner/Weigelt*; *Kment*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 80 Rn. 13.

⁴¹ BVerfGE 150 1 (101 f.) Rn. 204 = NVwZ 2018, 1703 (1712) m. Anm. *Leischnner/Weigelt*.

⁴² So auch *Brenner*, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(19), S. 6; *Wollenschläger*, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(20), S. 4; *Greve*, NVwZ 2020, 1786 (1787); zum maßgeblichen Kriterium der Dynamik des Geschehens s. auch *Klafki* (Fn. 23), S. 125 ff.

⁴³ Siehe die Übersicht unter <https://www.bundestag.de/dokumente/parlamentsdokumentation/dossier>, zuletzt abgerufen am 23.8.2020.

⁴⁴ So zB *Brinkhaus* (CDU/CSU), Plenarprotokoll 19/195, 24575; ebenso der Zwischenruf von *Grosse-Brömer* (CDU/CSU), Plenarprotokoll 19/190, 23956.

I. Überblick und Eingrenzung

Die Krisenreaktion des Bundestags soll hierfür in drei Phasen eingeteilt werden, die parallel zum „wellenförmigen“ Infektionsgeschehen in der Bundesrepublik verliefen. Zu Beginn der „Ersten Welle“ von Infektionen kam es zu einer unmittelbaren Krisenreaktion durch den Bundestag. Diese schlug sich insbesondere im „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 27.3.2020⁴⁵ (nachfolgend: Erstes Bevölkerungsschutzgesetz) nieder. In der Sommerphase, die zwischen den beiden „Wellen“ lag und von niedrigen Infektionszahlen geprägt war, kam es zu einem „Zweiten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 19.5.2020⁴⁶ (nachfolgend: Zweites Bevölkerungsschutzgesetz), welches das erste Bevölkerungsschutzgesetz ergänzte, weiterentwickelte und bisherige Erfahrungen der Pandemiebewältigung umsetzte.⁴⁷ Dass im Herbst 2020 die Fallzahlen wieder stiegen (sog. Zweite Welle) nahm der Bundestag schließlich zum Anlass für ein „Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 18.11.2020⁴⁸ (nachfolgend: Drittes Bevölkerungsschutzgesetz).

Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf die Änderungen des IfSG durch die drei Bevölkerungsschutzgesetze. Hierbei soll der Schwerpunkt einerseits auf den exekutiven Handlungsbefugnissen liegen, die das IfSG insbesondere in den §§ 28 ff. IfSG vorsieht. Andererseits wird der neue § 5 IfSG in den Blick genommen, der die amtliche Überschrift „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ trägt. Diese Regelungen stehen im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Kontroverse um die Rolle des Bundestags in der Corona-Krise. Das vierte Bevölkerungsschutzgesetz vom 22.4.2021⁴⁹, das insbesondere aus grundrechtlicher und föderaler Perspektive von Interesse ist, weil es als selbst-ausführende („self-executing“) Vorschrift eine Beteiligung der Landesverwaltungen regelmäßig obsolet machte,⁵⁰ findet dagegen keine Berücksichtigung.

II. Ausgangslage: Das IfSG vor der Pandemie

1. Bedeutung des IfSG

Bis zum Beginn der Corona-Krise fristete das IfSG in Rechtswissenschaft und -praxis ein Schattendasein. Es wies die typischen Merkmale eines Gesetzes des

besonderen Polizeirechts auf,⁵¹ trug der besonderen Gefahr übertragbarer Krankheiten Rechnung (vgl. § 1 Abs. 1 IfSG) und hatte geringe praktische Relevanz.⁵²

2. Struktur des IfSG

Das IfSG war aus dem früheren Bundesseuchengesetz hervorgegangen⁵³ und hatte seit seinem Inkrafttreten im Jahr 2001 seine wesentliche Struktur behalten. Diese hat sich auch während der Corona-Krise nicht grundlegend verändert. Behördliche Eingriffsgrundlagen finden sich insbesondere im dritten (§§ 6 ff. IfSG), vierten (§§ 16 ff. IfSG) und fünften (§§ 24 ff. IfSG) Abschnitt des Gesetzes.⁵⁴ In der Corona-Krise haben insbesondere die Vorschriften des fünften Abschnitts Relevanz erlangt. Sie regeln die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten. Von besonderem Interesse sind hierbei die §§ 28 ff. IfSG, die Maßnahmen zur Eindämmung übertragbarer Krankheiten ermöglichen. In § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG findet sich eine infektionsschutzrechtliche Generalklausel, gefolgt von mehreren Standardmaßnahmen (§§ 29–31 IfSG) und einer Verordnungsermächtigung (§ 32 IfSG), die inhaltlich an die §§ 28–31 IfSG anknüpft.

III. Die Reaktion des Bundestags auf die Corona-Krise

Der Bundestag sah sich während der Corona-Krise zu pandemiebedingten Änderungen des IfSG veranlasst.

1. Das erste Bevölkerungsschutzgesetz

Am 27.3.2020 wurde in unmittelbarer Reaktion auf das sich ausbreitende Virus das erste Bevölkerungsschutzgesetz beschlossen. Neben zahlreichen anderen Regelungen führte es insbesondere zu einer Erweiterung der infektionsschutzrechtlichen Generalklausel (§ 28 Abs. 1 IfSG). Zudem wurde ein neuer § 5 IfSG eingeführt, der weitreichende Rechtsfolgen an die parlamentarische Feststellung einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ knüpft.

a) Einführung des neuen § 5 IfSG

Die neue Regelung des § 5 IfSG ermöglichte in Abs. 1 die parlamentarische Feststellung einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“. In Abs. 2 Nr. 1–8 wurden die Rechtsfolgen einer solchen Feststellung geregelt. Die Nr. 1

⁴⁵ BGBl. I, S. 587.

⁴⁶ BGBl. I, S. 1018.

⁴⁷ BT-Drucks. 19/18967, S. 1.

⁴⁸ BGBl. I, S. 2397.

⁴⁹ BGBl. I, S. 802, hierzu *Greve/Lassahn*, NVwZ 2021, 665 ff.; kritisch *Boehme-Neßler*, NVwZ 2021, 670 ff.

⁵⁰ Hierzu und zu den Konsequenzen für den Rechtsschutz siehe *Greve/Lassahn*, NVwZ 2021, 665 (666, 669).

⁵¹ *Schwarz*, JA 2020, 321. Eine Besonderheit des IfSG stellt allerdings die vereinfachte Inanspruchnahme von sog. Nicht-Störern dar, *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1099).

⁵² *Schwarz*, JA 2020, 321; *Kingreen*, „Whatever it Takes?“, Verfassungsblog vom 20.3.2020, <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/>, zuletzt abgerufen am 23.8.2021, weist darauf hin, dass nicht einmal ein „vernünftiger Kommentar“ vorgelegen habe.

⁵³ Gesetz zur Neuordnung seuchenrechtlicher Vorschriften vom 20.7.2000, BGBl. I, S. 1045 ff.

⁵⁴ Kurzer Überblick bei *Schwarz*, JA 2020, 321 (322).

und 2 berechtigten das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) zu Maßnahmen gegenüber Einreisenden und Reiseunternehmen.⁵⁵ Für die Rolle des Bundestags in der Corona-Krise sind aber insbesondere die Nr. 3, 4, 7 und 8 von Bedeutung. Dort wurde das BMG dazu ermächtigt, durch Verordnung von zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen abzuweichen. Die Ermächtigung erstreckt sich praktisch auf das gesamte öffentliche Gesundheitsrecht.⁵⁶ Auf Grundlage des § 5 Abs. 2 IfSG kam es während der Pandemie zu einer umfangreichen „Nebengesetzgebung“,⁵⁷ die die parlamentarische Gesetzgebung teilweise ersetzt hat. Die Verordnungen sollten gem. Abs. 4 S. 1 mit der parlamentarischen Aufhebung der epidemischen Lage, spätestens aber am 31.3.2021, außer Kraft treten.⁵⁸

b) Erweiterung der infektionsschutzrechtlichen Generalklausel

Auch die Generalklausel des § 28 Abs. 1 IfSG wurde verändert. Sie befugt die zuständigen Behörden in Hs. 1 zum Ergreifen der „notwendigen Schutzmaßnahmen“, wenn übertragbare Krankheiten festgestellt werden. Hieran hat sich auch während der Corona-Krise nichts geändert. Die zuvor in S. 2 exemplarisch genannten ortbezogenen Maßnahmen (Aufenthaltsbeschränkungen) wurden in S. 1 Hs. 2 verlagert. Der Zusatz, dass diese Maßnahmen nur zulässig sind, „bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind“, wurde hierbei gestrichen. Nach der Gesetzesbegründung sollte es sich zwar nur um eine klarstellende Änderung handeln.⁵⁹ Tatsächlich hatte sie für die Praxis aber weitreichende Folgen.⁶⁰ Die ortsbezogenen Maßnahmen konnten fortan standardmäßig eingesetzt werden und nicht mehr nur als Überbrückungsmaßnahme. Die Ausweitung der Generalklausel wurde zudem als gesetzgeberische Billigung der flächendeckenden Maßnahmen gewertet, die in der Folgezeit auf § 28 (iVm § 32) IfSG gestützt wurden.⁶¹

⁵⁵ Kritisch hierzu aus Gründen der Verbandskompetenz etwa *Mayen*, NVwZ 2020, 828 (832 f.).

⁵⁶ *Mayen*, NVwZ 2020, 828 (830); *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102). Erfasst sind bspw. die Vorschriften des IfSG (Nr. 3), des BtMG und SGB V (jeweils Nr. 4 lit. a).

⁵⁷ *Heinig et al.*, JZ 2020, 861 (868).

⁵⁸ Diese Befristung wurde inzwischen aufgehoben, allerdings durch einen abweichenden Ablauf-Mechanismus ersetzt, vgl. § 5 Abs. 4 S. 1 IfSG n.F.

⁵⁹ BT-Drucks. 19/1811, S. 24: „aus Gründen der Normenklarheit“.

⁶⁰ *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1099).

⁶¹ So etwa OVG Lüneburg BeckRS 2020, 29454 Rn. 15.

⁶² Lediglich die Überschrift des § 30 IfSG wurde von „Quarantäne“ zu „Aussonderung“ geändert.

2. Das zweite Bevölkerungsschutzgesetz

Das zweite Bevölkerungsschutzgesetz vom 23.5.2020 nahm keine inhaltlichen Änderungen an den §§ 28 ff. IfSG vor.⁶² Auch die Konzeption des § 5 IfSG wurde nicht grundlegend verändert; es kam lediglich zu einer geringfügigen Erweiterung der Befugnisse des BMG.⁶³ Auch darüber hinaus lässt sich sagen, dass das zweite Bevölkerungsschutzgesetz keine neuen Akzente gesetzt, sondern lediglich die Entscheidungen des ersten Bevölkerungsschutzgesetzes weiterentwickelt und ergänzt hat.⁶⁴

Bemerkenswert ist aber der Modus, in dem das zweite Bevölkerungsschutzgesetz beschlossen wurde. Während das erste Bevölkerungsschutzgesetz noch ohne Gegenstimmen beschlossen worden war,⁶⁵ verlief das Abstimmungsverhalten beim zweiten Bevölkerungsschutzgesetzes wieder (weitgehend) entlang der Fraktionslinien.⁶⁶ Dies ist symptomatisch für die Entwicklung in den Sommermonaten, in der sich im Parlament eine Abkehr von der anfänglichen Einmütigkeit abzeichnete.⁶⁷ Dies äußerte sich etwa in dem Antrag der FDP-Fraktion, die Feststellung der „epidemischen Lage nationaler Tragweite“ aufzuheben.⁶⁸ In den Sommermonaten erfüllten also gerade die Oppositionsfraktionen durch das Aufzeigen von Alternativen ihre verfassungsrechtliche Kontrollaufgabe. Hierbei trat mehr und mehr der Kritikpunkt in den Mittelpunkt, das Parlament werde unzureichend an der Pandemiebewältigung beteiligt.⁶⁹ Dieser zunehmende Ruf nach größerer Parlamentsbeteiligung führte letztlich zur Verabschiedung eines dritten Bevölkerungsschutzgesetzes.

3. Das dritte Bevölkerungsschutzgesetz

Das dritte Bevölkerungsschutzgesetz wurde am 18.11.2020 vom Bundestag beschlossen. Vorangegangen war eine Debatte über die Rolle des Parlaments in der Pandemie, die nicht nur in Rechtswissenschaft und Gesellschaft, sondern auch im Bundestag selbst geführt worden war.⁷⁰ Da das dritte Bevölkerungsschutzgesetz Gegenstand intensiver Kontroversen um die parlamentarische Krisenbewältigung war, soll seine Entstehung hier näher beschrieben werden.

⁶³ So wurde u.a. eine Abweichung von der Approbationsordnung der Ärzte, Zahnärzte und Apotheker (Abs. 2 Nr. 7 lit. b–d) sowie von Berufsgesetzen der Pflegeberufe (Abs. 2 Nr. 10) ermöglicht.

⁶⁴ So auch die Begründung im Regierungsentwurf, BT-Drucks. 19/18967, S. 1.

⁶⁵ Plenarprotokoll 19/156, 19169 (B). Die Fraktionen DIE LINKE und AfD hatten sich enthalten.

⁶⁶ Plenarprotokoll 19/160, 19850.

⁶⁷ Exemplarisch *Lindner* (FDP) am 23.4.2020, Plenarprotokoll 19/156, 19304: „[Heute endet] die große Einmütigkeit in der Frage des Krisenmanagements“ (Anm. d. Verf.).

⁶⁸ BT-Drucks. 19/20046, S. 1 ff.

⁶⁹ Vgl. BT-Drucks. 19/23942 (Antrag Linke); 19/23949 (Antrag AfD); 23980 (Antrag Grüne).

⁷⁰ Zu Letzterem vgl. BT-Drucks. 19/23689, sowie Plenarprotokoll 19/186, S. 23379 ff.

a) Regierungsentwurf

Die Initiative für ein drittes Bevölkerungsschutzgesetz ging zunächst von der Bundesregierung aus.⁷¹ Der Entwurf sah u.a. eine Einschränkung der Rechtsfolgen des § 5 IfSG vor. Insbesondere die Befugnis des BMG, von den Vorschriften des IfSG abzuweichen (Abs. 2 Nr. 3), sollte ersatzlos entfallen.⁷² Eine Änderung der §§ 28 ff. IfSG sah der Regierungsentwurf dagegen nicht vor.

b) Entwurf der Regierungsfractionen

Auf Anregung des Bundesrates erarbeitete das Kabinett dann aber doch eine „Formulierungshilfe“ für eine Gesetzesinitiative aus der Mitte des Bundestags.⁷³ Der Entwurf der Koalitionsfraktionen ergänzte die Vorschläge des Regierungsentwurfs um einen neuen § 28a IfSG. Es sollte sich um eine Regelung handeln, die allein auf die Bekämpfung der COVID-19-Pandemie zugeschnitten ist und nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite gem. § 5 IfSG gilt (Abs. 1). § 28a IfSG sollte keine eigenständige Eingriffsgrundlage darstellen, sondern lediglich die Generalklausel des § 28 IfSG durch Regelbeispiele konkretisieren. In Abs. 1 S. 2 des Entwurfs fand sich zudem der Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der für alle Maßnahmen gelten sollte. Auf diese Weise sollten Reichweite und Grenzen der exekutiven Befugnisse festgelegt werden.⁷⁴ Neben den Regelbeispielen sah der Entwurf in Abs. 2 zudem Regeln darüber vor, wann die verschiedenen Maßnahmen heranzuziehen sind. Dabei wurde zwischen „schwerwiegenden“, „stark einschränkenden“ und „einfachen“ Maßnahmen unterschieden, die je nach lokalem Infektionsgeschehen ergriffen werden sollten.

c) Endgültige Fassung

Der Entwurf stieß auf Kritik aus der Rechtswissenschaft. Es wurde kritisiert, dass nur Regelbeispiele aufgezählt würden, ohne qualifizierte Anforderungen an besonders einschneidende Maßnahmen zu knüpfen.⁷⁵ Auch das Stufensystem des Abs. 2 sei unbrauchbar, da nicht definiert werde, welche Maßnahmen „einfach“, welche „stark einschränkend“ und welche „schwerwiegend“ sind.⁷⁶ Zuletzt wurde eine Definition der „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ gefordert.⁷⁷

Die Kritik klang auch in der Anhörung des 14. Ausschusses an.⁷⁸ Infolgedessen erfolgten bis zur endgültigen

Gesetzesfassung weitere Nachbesserungen. Zunächst wurde der Begriff der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ erstmals an materielle Voraussetzungen geknüpft (§ 5 Abs. 1 S. 4 IfSG). Dies hat mittelbare Auswirkungen auf § 28a IfSG, der ja an das Anhalten der COVID-19-Pandemie und an den Parlamentsbeschluss gem. § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG anknüpft. Doch auch § 28a IfSG selbst wurde erheblich nachgeschärft. Zwar sollte sich auch die letztlich beschlossene Fassung auf die Aufzählung von Regelbeispielen beschränken (Abs. 1 Nr. 1-17). Es wurden aber nähere Vorgaben an die Exekutive eingefügt. Zunächst werden im neugefassten Abs. 2 einige besonders einschneidende Maßnahmen herausgegriffen und an qualifizierte Voraussetzungen geknüpft. So sollen Beschränkungen von Versammlungen (Art. 8 GG) und religiösen Zusammenkünften (Art. 4 GG), sowie Besuchsbeschränkungen für Alten- oder Pflegeheime nur zulässig sein, wenn die wirksame Eindämmung der Pandemie sonst „erheblich gefährdet“ wäre. Zudem wird die vollständige Isolation von Personen oder Gruppen ausgeschlossen (Abs. 2 S. 2).

Auch die Vorgaben zur Anwendung der Schutzmaßnahmen wurden im neuen Abs. 3 gegenüber dem Entwurf verschärft. Von den unbestimmten Kategorien der „schwerwiegenden“, „stark eingreifenden“ und „einfachen“ Schutzmaßnahmen wurde Abstand genommen. Stattdessen wurden je nach lokaler 7-Tage-Inzidenz verschiedene Ziele und Umfänge der Maßnahmen vorgegeben.⁷⁹ Etwa soll bei einer Inzidenz von unter 35 Infektionen pro 100.000 Einwohnern die „Kontrolle des Infektionsgeschehens“ ermöglicht werden (S. 7). Bei Überschreitung des Schwellenwerts von 35 soll durch „breit angelegte Schutzmaßnahmen [die] schnelle Abschwächung des Infektionsgeschehens“ (Anm. d. Verf.) erreicht werden (S. 6). Ab der Marke von 50 Infizierten pro 100.000 Einwohnern sollen „umfassende Schutzmaßnahmen [die] effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens“ (Anm. d. Verf.) ermöglichen (S. 5). In den folgenden Absätzen wurden weitere Verfahrens- und Formvorgaben aufgestellt, die eine effektivere gerichtliche Kontrolle der Exekutive ermöglichen.⁸⁰ So findet sich in Abs. 6 eine umfassende Abwägungspflicht. Besonders für Verordnungen gem. § 32 IfSG wird zudem eine Begründungspflicht, sowie eine Befristung⁸¹ auf grundsätzlich vier Wochen aufgestellt (Abs. 5).

⁷¹ BT-Drucks. 19/24232, S. 1 ff.

⁷² BT-Drucks. 19/24232, S. 22.

⁷³ BT-Drucks. 19/24232, S. 38 (Stellungnahme d. BRats), S. 46 (Gegenäußerung der BReg).

⁷⁴ BT-Drucks. 19/23944, S. 2.

⁷⁵ Kießling, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(7), S. 2.

⁷⁶ So etwa Kießling, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(7), S. 4.

⁷⁷ Möllers, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(15), S. 4; ebenso Kießling, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(7), S. 9.

⁷⁸ Vgl. etwa die mündlichen Stellungnahmen von Klafki und Kießling, Prot.-Nr. 19/115, S. 20, 22.

⁷⁹ Kritisch zu diesem Merkmal Sangs, NVwZ 2020, 1780 (1785).

⁸⁰ Greve, NVwZ 2020, 1786 (1790 f.).

⁸¹ Hierfür schon früh Pautsch/Haug, NJ 2020, 281 (285).

D. Verfassungsrechtliche Beurteilung

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob der Bundestag durch dieses Vorgehen den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht geworden ist.

I. Die Befugnis zu gesetzvertretenden Verordnungen in § 5 IfSG

Hierbei soll zunächst auf § 5 IfSG eingegangen werden, der dem BMG die Möglichkeit einräumt, durch Verordnung von gesetzlichen Vorschriften in weiten Teilen des Gesundheitsrechts abzuweichen. Die Zulässigkeit solcher gesetzvertretender Verordnungen ist im Grundsatz anerkannt.⁸² Als Verordnungsermächtigung muss sich § 5 Abs. 2 IfSG aber an Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG (Selbstentscheidungs vorbehalt, Programmfestsetzungspflicht, Vorhersehbarkeitsgebot, s.o.) messen lassen. Die Anforderungen des Art. 80 GG sind besonders streng, wenn die Verordnungsermächtigung den Erlass von gesetzvertretenden Verordnungen ermöglicht.⁸³

Betrachtet man die Verordnungsermächtigung des § 5 Abs. 2 IfSG in ihrer Fassung vom 28.3.2020 (Erstes Bevölkerungsschutzgesetz), drängt sich die Verfassungswidrigkeit geradezu auf.⁸⁴ Die Verordnungsermächtigung wurde den o.g. Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 GG eindeutig nicht gerecht. § 5 Abs. 2 IfSG a.F. ermöglichte pauschal die Abweichung von den Vorschriften ganzer Gesetze, ohne Ziel oder Ausmaß der Abweichung konkret zu bestimmen.⁸⁵ Exemplarisch und gleichsam besonders problematisch war insoweit § 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG. Dieser erlaubte es dem BMG, von den Vorschriften des IfSG abzuweichen, solange die Abweichung der „[Aufrechterhaltung der] Abläufe im Gesundheitswesen und [der] Versorgung der Bevölkerung“ (Anm. d. Verf.) dient. Hier wurde also ein unbestimmter Tatbestand (Abläufe des Gesundheitswesens) mit einer denkbar weiten Rechtsfolge (Abweichungsbefugnis vom gesamten IfSG) kombiniert. Eine solch weitreichende Befugnis der Exekutive zum Erlass gesetzvertretender Verordnungen ist auch in einer dynamischen pandemischen Lage unzulässig. Zwar ist es durchaus legitim, der Exekutive einen Spielraum einzuräumen. Eine „Blankoermächtigung“⁸⁶ wie § 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG ist hiervon aber nicht gedeckt. Auch die teils vorgeschlagene⁸⁷ restriktive, verfassungskonforme Auslegung ist angesichts der Konturlosigkeit der Vorschrift nicht möglich.

Diese Bedenken werden auch nicht dadurch entkräftet, dass die Verordnungen außer Kraft treten, sobald das Ende der „epidemischen Lage nationaler Tragweite“ vom Bundestag festgestellt wird (§ 5 Abs. 4 S. 1 IfSG a.F.). Hierdurch bleibt zwar eine gewisse Kontrollmöglichkeit des Bundestags bestehen. Der Gesetzgebungsauftrag des Bundestags, der durch Art. 80 GG und die Wesentlichkeitstheorie konkretisiert wird, erschöpft sich aber gerade nicht in einer nachträglichen Kontrolle exekutiver Rechtssetzung. Er setzt vielmehr eine vorweggenommene Lenkung exekutiver Rechtssetzung durch das Parlament voraus. Die bloße Möglichkeit, die Verordnungen durch Parlamentsbeschluss nachträglich außer Kraft zu setzen, genügt dem Gestaltungsauftrag des Parlaments nicht.

Auch der Versuch, die Regelung durch Verweis auf die Zulässigkeit sog. Experimentierklauseln zu legitimieren,⁸⁸ muss angesichts der Reichweite der Abweichungsbefugnis scheitern.⁸⁹ Experimentierklauseln ermöglichen ein partielles Abweichen von gesetzlichen Vorgaben in klar umrissenen Situationen; dies kann mit der pauschalen Befugnis, „Ausnahmen von den Vorgaben dieses Gesetzes [...] zuzulassen“ (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG a.F.), nicht gleichgesetzt werden.⁹⁰ Die ursprüngliche Fassung des neuen § 5 IfSG wurde den verfassungsrechtlichen Anforderungen somit nicht gerecht – ein Zustand, der trotz vehementer Kritik aus der Rechtslehre bis zum dritten Bevölkerungsschutzgesetz beibehalten wurde.

Mit dem dritten Bevölkerungsschutzgesetz fiel § 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG dann ersatzlos weg. Hierdurch wurde die verfassungsrechtliche Problematik der weitreichenden Abweichungsbefugnisse des BMG entschärft.⁹¹ Gelöst ist sie aber nach wie vor nicht. Denn auch die verbleibenden Abweichungsbefugnisse sind zu weitreichend.⁹² Noch immer erlaubt etwa § 5 Abs. 2 Nr. 4 IfSG pauschal Abweichungen von den Vorschriften ganzer Gesetze (Arzneimittelgesetz, Betäubungsmittelgesetz usw.). Beschränkt ist diese Abweichungsbefugnis nur durch die offen formulierte Zielvorgabe, die Abweichung müsse der „Versorgung mit Arzneimitteln“ u.Ä. dienen. Diese Kombination aus offen formulierten Voraussetzungen und der weitreichenden Befugnis zu gesetzvertretenden Verordnungen ist mit den Vorgaben des Art. 80 GG nicht vereinbar. Insoweit wird auch die aktuelle Gesetzesfassung dem Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers nicht gerecht.⁹³ Umso problematischer ist es, dass die ursprünglich vorgesehene Befristung der

⁸² BVerfGE 8, 155 (170 ff.) = NJW 1959, 235 (236); *Heinig et al.*, JZ 2020, 861 (868); *Mann*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 80 Rn. 11.

⁸³ *Mayen*, NVwZ 2020, 828 (831 f.); *Magiera* (Fn. 6), Art. 20 Rn. 128.

⁸⁴ So auch *Heinig et al.*, JZ 2020, 861 (868); *Mayen*, NVwZ 2020, 828 (832); grds. auch *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102 f.); aA nur *Sangs* NVwZ 2020, 1780 (1781).

⁸⁵ *Heinig et al.*, JZ 2020, 861 (868).

⁸⁶ *Heinig et al.*, JZ 2020, 861 (868).

⁸⁷ *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102 f.).

⁸⁸ *Hase*, JZ 2020, 697 (700).

⁸⁹ Wie hier *Heinig et al.*, JZ 2020, 861 (868).

⁹⁰ *Heinig et al.*, JZ 2020, 861 (868).

⁹¹ *Wollenschläger*, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(20), S. 41.

⁹² *Heinig et al.*, JZ 2020, 861 (868).

⁹³ So auch *Kingreen*, NJW 2021, 2766 (2767).

Vorschrift mit Gesetz vom 29.3.2021⁹⁴ aufgehoben wurde.⁹⁵

II. Die Änderung der §§ 28 ff. IfSG

Ob die Regelung der §§ 28 ff. IfSG den verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht wurde, erscheint ebenfalls zweifelhaft. Diese Frage lässt sich aber nicht pauschal beantworten. Vielmehr ist zwischen den verschiedenen Zeitpunkten zu differenzieren, da die Anforderungen an die Parlamentsbeteiligung mit der Zeit steigen.

1. Das erste Bevölkerungsschutzgesetz

Das erste Bevölkerungsschutzgesetz stand unter dem Eindruck der beginnenden Pandemie. Der Bundestag gab der Exekutive Handlungsinstrumente an die Hand, die eine flexible und effektive Krisenreaktion ermöglichen sollten.⁹⁶ So ging das erste Bevölkerungsschutzgesetz mit einer Erweiterung der Generalklausel des § 28 Abs. 1 IfSG einher. Grundsätzlich ist gegen den Einsatz von Generalklauseln verfassungsrechtlich nichts einzuwenden.⁹⁷ Auch die infektionsschutzrechtliche Generalklausel stößt insoweit nicht auf grundsätzliche Bedenken. § 28 IfSG ist tatbestandlich hinreichend konturiert.⁹⁸ Er knüpft an die Feststellung von Kranken, Krankheitsverdächtigen usw. an; all diese Begriffe sind in § 2 IfSG legaldefiniert. Zwar besteht auf Rechtsfolgenebene ein erheblicher Spielraum („notwendige Schutzmaßnahmen“). Dieser wird aber durch den Gesetzeszweck (§ 1 Abs. 1 IfSG) und das Übermaßverbot beschränkt.⁹⁹

Angesichts der schwerwiegenden Grundrechtseingriffe, die in der Folgezeit auf § 28 Abs. 1 (iVm § 32) IfSG gestützt wurden, erscheint aber fraglich, ob es insoweit nicht einer spezielleren Grundlage bedürft hätte.¹⁰⁰ Wann eine spezialgesetzliche Regelung erforderlich ist, wird seit langem in der Verfassungs- und Verwaltungsrechtswissenschaft diskutiert.¹⁰¹ Überwiegend wird angenommen, dass Generalklauseln für Maßnahmen herangezogen werden können, die aufgrund ihrer Atypizität einer

parlamentarischen Spezialregelung (noch) nicht zugänglich sind.¹⁰² Dies gilt auch dann, wenn die Maßnahmen erhebliche Grundrechtseingriffe mit sich bringen; hierfür spricht insbesondere das Gebot der effektiven Gefahrenabwehr.¹⁰³

Auch die Wesentlichkeitstheorie steht dem nicht entgegen. Denn auch das Wesentliche kann vom Gesetzgeber erst geregelt werden, wenn er es kennt bzw. über eine belastbare Tatsachengrundlage für die Regelung verfügt.¹⁰⁴ Vor diesem Hintergrund kann das Festhalten bzw. partielle Erweitern der infektionsschutzrechtlichen Generalklausel im ersten Bevölkerungsschutzgesetz verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden.¹⁰⁵ Die Funktion einer Generalklausel liegt gerade darin, eine flexible, dem Einzelfall angepasste Reaktion der Exekutive zu ermöglichen.¹⁰⁶ Nichts Anderes gilt für § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG.¹⁰⁷ Gerade zu Beginn der Pandemie bestand ein Bedürfnis nach einer solchen flexiblen Eingriffsgrundlage. Einer umgehenden Regelung von Spezialmaßnahmen stand nicht nur die unklare Tatsachengrundlage, sondern auch die fehlende Erfahrung mit Pandemien entgegen.¹⁰⁸ Dass an der Generalklausel für eine Übergangsphase festgehalten wurde, lässt sich also durch die Neuartigkeit der Gefahrenlage rechtfertigen.

2. Das zweite Bevölkerungsschutzgesetz

Doch die „Übergangsphase“, in der der Gesetzgeber von einer spezialgesetzlichen Regelung der Eingriffsbefugnisse absah, zog sich immer weiter in die Länge. Das zweite Bevölkerungsschutzgesetz brachte keine inhaltliche Änderung der §§ 28 ff. IfSG. Verfassungsrechtlich interessant ist dementsprechend weniger das, was in diesem Gesetz geregelt wurde, als vielmehr das, was *nicht* geregelt wurde. Es stellt sich die Frage, ob mit dem zweiten Bevölkerungsschutzgesetz nicht eine genauere Regelung der exekutiven Eingriffsbefugnisse hätte einhergehen müssen.

Hierfür spricht nicht nur die Schwere der auf § 28 (iVm § 32) IfSG gestützten Grundrechtseingriffe, sondern vor allem deren nun seit mehreren Monaten

⁹⁴ Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29.3.2021, BGBl. I, S. 370. Nuncmehr gilt die Verordnungsermächtigung so lange fort, bis der Bundestag die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ aufhebt bzw. bis die Aufhebungsfiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 IfSG n.F. greift.

⁹⁵ Kingreen, NJW 2021, 2766 (2767).

⁹⁶ BT-Drucks. 19/18111, S. 1: „[Die Regierung wird] in die Lage versetzt, schnell [...] einzugreifen“ (Anm. d. Verf.).

⁹⁷ Gröpl, Staatsrecht I, 12. Aufl. 2020, § 7 Rn. 478; Kotzur (Fn. 28), Art. 20 Rn. 148; aA für Verordnungsermächtigungen wohl Pautsch/Haug, NJ 2020, 281 (283).

⁹⁸ Klafki (Fn. 23), S. 350 f.; Greve, NVwZ 2020, 1786 (1788); kritisch (allerdings einen späteren Zeitpunkt betreffend) Volkmann, NJW 2020, 3153 (3156).

⁹⁹ Zu letzterem Klafki (Fn. 23), S. 350; allgemein zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Grenze von Generalklauseln Gröpl (Fn. 97), § 7 Rn. 479.

¹⁰⁰ Für eine spezielle Grundlage von Anfang an etwa Schmitt, NJW 2020, 1626 (1629).

¹⁰¹ Volkmann, NJW 2020, 3153 (3157): Der aus dem Polizeirecht bekannte Prozess der Typisierung von Eingriffsbefugnissen vollziehe sich in der Corona-Krise „im Zeitraffer“.

¹⁰² Greve, NVwZ 2020, 1786 (1788): Auch schwere Eingriffe seien für eine „Übergangszeit“ hinzunehmen; siehe auch Degenhart, Staatsrecht I, 36. Aufl. 2020, § 4 Rn. 333; Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2020, § 5 Rn. 18.

¹⁰³ Greve, NVwZ 2020, 1786 (1788); Kingreen/Poscher, (Fn. 102), § 5 Rn. 20.

¹⁰⁴ Kingreen/Poscher, (Fn. 102), § 5 Rn. 18 f.

¹⁰⁵ Siegel, NVwZ 2020, 577 (581): „Übergangsweise Tragfähigkeit“; Rixen, NJW 2020, 1097 (1103).

¹⁰⁶ Siegel, NVwZ 2020, 577 (581); Gröpl, (Fn. 97), § 7 Rn. 478 f.

¹⁰⁷ BT-Drucks. 8/2468, S. 27; Sangs, NVwZ 2020, 1780 (1784) sieht hierin die Stärke des § 28 IfSG.

¹⁰⁸ Zum Aspekt der Erfahrung mit Maßnahmen Kingreen/Poscher, (Fn. 102), § 5 Rn. 20.

anhaltende Dauer. Anders als zu Beginn der Krise konnte einer speziellen Regelung im Mai 2020 nicht mehr die fehlende Erfahrung oder die unsichere Tatsachengrundlage entgegengehalten werden.¹⁰⁹ Auch das teils vorgebrachte Argument, das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren sei im Vergleich zur exekutiven Rechtssetzung zu langsam, konnte spätestens jetzt nicht mehr angeführt werden.¹¹⁰ Selbst wenn man die parlamentarische Untätigkeit als stillschweigende Billigung der anhaltenden Maßnahmen versteht,¹¹¹ kann dies nicht als Erfüllung des gesetzgeberischen Gestaltungsauftrags gewertet werden.

Zwar kann angesichts der Unbestimmtheit des Wesentlichkeitskriteriums nicht auf den Tag genau bestimmt werden, wann eine parlamentarische Spezialregelung (über-)fällig wurde.¹¹² In der Rechtswissenschaft besteht aber weitgehend Einigkeit darüber, dass ein Verzicht auf eine spezialgesetzliche Regelung bis in den November 2020 hinein mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar war.¹¹³ Das zweite Bevölkerungsschutzgesetz hätte sich als Regelungsanlass angeboten. Somit ist zu konstatieren, dass die gesetzgeberische Untätigkeit in den Sommermonaten hinter den verfassungsrechtlichen Vorgaben zurückblieb. Die von der Opposition geäußerte Kritik der unzureichenden Parlamentsbeteiligung war also berechtigt.

3. Das dritte Bevölkerungsschutzgesetz

Deshalb wurde es auch allseits als verfassungsrechtlicher Fortschritt gewertet, dass der Gesetzgeber den Pandemiebekämpfungsmaßnahmen mit § 28a IfSG im November endlich eine eigenständige Regelung widmete.¹¹⁴ Allein die Befassung des Bundestags mit den grundrechtsrelevanten Maßnahmen hat ein dringend erforderliches Legitimationselement geschaffen.¹¹⁵ Dennoch erscheint zweifelhaft, ob der Gesetzgeber seinem verfassungsrechtlichen Gestaltungsauftrag mit der Neuregelung tatsächlich gerecht geworden ist.

a) Rechtsfolgenebene: Die Regelbeispielmethode

Zunächst wird generell bezweifelt, ob die gewählte Regelbeispielmethode dem Parlamentsvorbehalt genügen kann. Hiergegen werden zwei Argumente angeführt: Einerseits könnten die rein *deklaratorischen* Regelbeispiele keine volle Legitimationswirkung entfalten.¹¹⁶ Andererseits genüge die Regelbeispielmethode den Bestimmtheitsanforderungen nicht, da sie keine Sperrwirkung gegenüber der Generalklausel entfalte („insbesondere“).¹¹⁷ Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass der Einsatz der Regelbeispielmethode – jedenfalls im vorliegenden Fall – keine Nachteile gegenüber einer eigenständigen „Vertatbestandlichung“ aufweist.

Zwar sind die Regelbeispiele nur deklaratorisch. Sie konkretisieren aber die – insoweit konstitutive – Eingriffsgrundlage des § 28 IfSG. Der Gesetzgeber hat die Maßnahmen somit ausdrücklich in seinen Willen aufgenommen und in die Form einer formell-gesetzlichen Grundlage „gegossen“.¹¹⁸ Mehr kann aus Perspektive des Parlamentsvorbehalts nicht gefordert werden.¹¹⁹

Übrig bleibt der Kritikpunkt der fehlenden Sperrwirkung von Regelbeispielen. Es ist indes zu beachten, dass die Sperrwirkung von Spezialermächtigungen atypische Maßnahmen ohnehin nicht erfasst. Da der Gesetzgeber in § 28a IfSG *alle* Maßnahmen aufgezählt hat, die bis dahin zur Pandemiebekämpfung eingesetzt worden waren, blieben außerhalb des § 28a IfSG nur noch atypische Maßnahmen, bei denen ein Rückgriff auf die Generalklausel ohnehin möglich gewesen wäre. Insoweit wies die Verwendung der Regelbeispielmethode im Ergebnis gar keinen Nachteil gegenüber der Schaffung einzelner Spezialermächtigungen auf. Man mag zwar kritisieren, *dass* der Gesetzgeber alle bis zu diesem Zeitpunkt ergriffenen Maßnahmen in § 28a IfSG auf Rechtsfolgenseite aufgegriffen hat und die staatlichen Eingriffsbefugnisse insoweit nicht reduziert hat.¹²⁰ Ein solches Vorgehen ist aber verfassungsrechtlich unbedenklich, solange die Maßnahmen nicht per se unverhältnismäßig¹²¹ und tatbestandlich hinreichend eingegragt sind.

¹⁰⁹ Volkmann, NJW 2020, 3153 (3157): „[E]ine Entscheidung des Gesetzgebers [ist] möglich“ (Anm. d. Verf.).

¹¹⁰ Generell kritisch Möllers, „Parlamentarische Selbstentmachtung im Zeichen der Krise“, Verfassungsblog vom 26.3.2020, <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>, zuletzt abgerufen am 23.8.2021.

¹¹¹ So etwa OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 29285 Rn. 20.

¹¹² Vgl. die vorsichtigen Formulierungen bei Volkmann, NJW 2020, 3153 (3154): „spätestens jetzt“.

¹¹³ Kießling, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(7), S. 3; Möllers, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(15), S. 2; Schmitt, NJW 2020, 1626 (1629); Volkmann NJW 3153 (3154).

¹¹⁴ Volkmann, „Das Maßnahmegesetz“, Verfassungsblog vom 20.11.2020, <https://verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/>, zuletzt abgerufen am 23.8.2021; Wollenschläger, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(20), 5.

¹¹⁵ Wißmann, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(12), S. 8; Volkmann, Das „Maßnahmegesetz“, Verfassungsblog vom 20.11.2020,

<https://verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/>, zuletzt abgerufen am 12.1.2021.

¹¹⁶ Wißmann, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(12), S. 2.

¹¹⁷ Insbesondere Klafki, Stellungnahme als Einzelsachverständige, Ausschussdrucksache 19(14)246(9), S. 2.

¹¹⁸ Volkmann, „Das Maßnahmegesetz“, Verfassungsblog vom 20.11.2020, <https://verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/>, zuletzt abgerufen am 23.8.2021.

¹¹⁹ Wollenschläger, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(20), S. 6; Brocker, NVwZ 2020, 1485 (1487) und Rixen, NJW 2020, 1097 (1099) halten die Regelbeispielmethode sogar ohne weitere Konturierung für ausreichend.

¹²⁰ Kießling, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(7), S. 2.

¹²¹ Zweifelnd etwa hinsichtlich flächendeckender Versammlungsverbote Volkmann, „Das Maßnahmegesetz“, Verfassungsblog vom 20.11.2020, <https://verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/>, zuletzt abgerufen am 12.1.2021. Auf die Verhältnismäßigkeit der einzelnen Maßnahmen kann hier aber nicht eingegangen werden.

Vor diesem Hintergrund bestehen keine grundlegenden Bedenken gegen den Einsatz der Regelbeispielmethode. Sie weist verfassungsrechtlich immerhin den Vorteil auf, dass der Gesetzgeber die schwerwiegenden Grundrechtseingriffe nach eingehender öffentlicher Debatte¹²² explizit in seinen Willen aufgenommen und hierdurch die verfassungspolitische Verantwortung dafür übernommen hat.¹²³ Zudem wurde durch die Regelbeispiele die Reichweite des § 28 Abs. 1 IfSG und damit das „Programm“ möglicher Exekutivmaßnahmen auf Rechtsfolgenebene verdeutlicht.¹²⁴ Mithilfe der Regelbeispielmethode hat der Gesetzgeber also klargestellt, dass zur Corona-Bewältigung intensive Grundrechtseingriffe zulässig sind. Dem kommt entscheidende Bedeutung zu. Dies allein genügt aber noch nicht; vielmehr bedarf es auch auf Tatbestandsebene einer hinreichenden Einhegung.

b) Hinreichende tatbestandliche Konturierung

aa) Eingriffsschwelle

Insoweit ist zunächst zu fordern, dass § 28a IfSG eine hohe Eingriffsschwelle vorsieht. Die in § 28a IfSG vorgesehenen Grundrechtseingriffe lassen sich nur rechtfertigen, wenn die Anforderungen auf Tatbestandsebene hoch sind. Dies erscheint auf den ersten Blick zweifelhaft, da § 28a IfSG lediglich deklaratorische Regelbeispiele für § 28 Abs. 1 IfSG festlegt und insoweit an den weiten Tatbestand der infektionsschutzrechtlichen Generalklausel anknüpft.

Auf den zweiten Blick fällt aber auf, dass die Eingriffsschwelle des § 28a IfSG durchaus hoch ist. Das wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass § 28a IfSG *keine* abstrakt-generelle Regelung trifft, sondern nur auf die Bewältigung der COVID-19-Pandemie zugeschnitten ist und eine (parlamentarisch festgestellte) „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ voraussetzt. Teilweise wird die Regelung deshalb als „Maßnahmegesetz“ bezeichnet.¹²⁵ Durch eine solche, anlassbezogene Gesetzgebung verschiebt sich die Aufgabenverteilung zwischen Exekutive und Legislative. Normalerweise überprüft die Exekutive selbst, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer Eingriffsgrundlage vorliegen. Im Fall des § 28a IfSG wird diese Prüfung aber vom Parlament vorweggenommen. Der Bundestag stellt *selbst* fest, ob eine epidemische Lage von nationaler Tragweite vorliegt. Diese parlamentarische

Feststellung ist Grundvoraussetzung für alle in § 28a IfSG genannten Maßnahmen.¹²⁶ Vor diesem Hintergrund gibt § 28a IfSG für die schwerwiegenden Grundrechtseingriffe eine durchaus hohe Eingriffsschwelle vor. Diese muss zwar nicht im Einzelfall geprüft werden, entscheidet aber – insoweit vorgeschaltet – über die Anwendbarkeit des § 28a IfSG.

Die Bedeutung dieser hohen Eingriffsschwelle wurde im ursprünglichen Entwurf des § 28a IfSG dadurch geschwächt, dass die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ nicht an materielle Voraussetzungen geknüpft war¹²⁷, sodass der Parlamentsbeschluss zu einer politischen Entscheidung wurde. Mangels Definition der „epidemischen Lage“ transportierte der Beschluss keine Rechtsgüter, die die Eingriffe hätten rechtfertigen können.¹²⁸ Diesem Kritikpunkt wurde durch die Definition der „epidemischen Lage“ in § 5 Abs. 1 S. 4 IfSG n.F. aber abgeholfen.

bb) Weitere Vorgaben (Ziel, Ausmaß, Grenzen)

Es liegt also eine grundsätzlich hohe Eingriffsschwelle für *alle* in § 28a IfSG genannten Maßnahmen vor. Zu dieser Grundvoraussetzung kommen die weiteren tatbestandlichen Vorgaben des § 28a IfSG hinzu.

Auch insoweit wurde gegenüber dem Gesetzesentwurf mit seinem unbestimmten „Stufensystem“ nachgebessert. Der Gesetzgeber hat die Mahnung aus dem Schrifttum, zwischen mehr und weniger eingreifenden Maßnahmen zu differenzieren,¹²⁹ aufgegriffen und in § 28a Abs. 2 IfSG qualifizierte Anforderungen an besonders einschneidende Maßnahmen gestellt. Zudem wurde mit der „vollständigen Isolation von [...] Personen oder Gruppen“ eine Maßnahme als generell unzumutbar herausgegriffen und für unzulässig erklärt. Dies stellt jedenfalls einen Fortschritt gegenüber dem allgemeinen Hinweis auf das Übermaßverbot dar, auf den sich der Entwurf des § 28a IfSG noch beschränkt hatte.¹³⁰ Zudem gibt Abs. 3 der Exekutive je nach Infektionsgeschehen verschiedene Ziele und Umfänge („breit angelegt“, „umfassend“ usw.) der Maßnahmen vor.

Zwar lässt sich kritisieren, dass diese Zielvorgaben vage bleiben. Insbesondere wird zu Recht bedauert, dass der Gesetzgeber nicht (ausdrücklich) entschieden hat, ob die Maßnahmen nur eine Überlastung des Gesundheitssystems oder nach Möglichkeit jede einzelne Infektion verhindern

¹²² Volkman, „Das Maßnahmegesetz“, Verfassungsblog vom 20.11.2020, <https://verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/>, zuletzt abgerufen am 23.8.2021.

¹²³ Wollenschläger, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(20), S. 6.

¹²⁴ Dies lässt Brenner, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(19), S. 3 genügen.

¹²⁵ Volkman, Das Maßnahmegesetz, Verfassungsblog vom 20.11.2020, <https://verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/>, zuletzt abgerufen am 23.8.2021.

¹²⁶ Auch Wollenschläger, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(20), S. 29 betont die „spezifische, doppelt begrenzte Situation“.

¹²⁷ Möllers, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(15), S. 4.

¹²⁸ Möllers, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(15), S. 4.

¹²⁹ Kießling, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(7), S. 9; Volkman, NJW 2020, 3153 (3160).

¹³⁰ Der Verweis auf das Übermaßverbot war ohnehin rein deklaratorisch, Kießling, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(7), S. 5.

sollen.¹³¹ Stattdessen stehen die Stabilität des Gesundheitssystems und der individuelle Gesundheitsschutz in Abs. 3 S. 1 als gleichberechtigte Ziele nebeneinander, obwohl es einen erheblichen Unterschied macht, an welchem der Ziele eine Maßnahme gemessen wird.

Es ist aber zu berücksichtigen, dass sich die beiden Aspekte nicht voneinander trennen lassen. Die Stabilität des Gesundheitssystems dient dem individuellen Gesundheitsschutz und dieser verhindert eine Überlastung des Systems. Zudem ergibt sich aus den Sätzen 5 bis 7 des Abs. 3, dass der systembezogene Ansatz im Vordergrund steht. Dort wird nicht etwa das Verhindern einzelner Infektionen, sondern die „Kontrolle“ und „Eindämmung“ des Infektionsgeschehens gefordert.¹³² Die Auslegung des Gesetzes ergibt also, dass die Maßnahmen die Stabilität des Gesundheitssystems sicherstellen sollen. Dass sich der Inhalt der gesetzgeberischen Zielvorgabe ermitteln lässt, genügt den Anforderungen des GG.¹³³

Es verbleibt zwar trotz aller weiteren Vorgaben ein beträchtlicher Spielraum der Exekutive bei der Frage, wann welche Maßnahmen heranzuziehen sind. In einem nach wie vor dynamischen Pandemiegeschehen besteht aber noch immer ein Bedürfnis nach einem solchen exekutiven Spielraum.¹³⁴ Zudem ist zu beachten, dass die Pandemie nicht durch Einzelmaßnahmen bewältigt werden kann; vielmehr ist ein ganzheitliches Konzept erforderlich, das verschiedene Maßnahmen miteinander kombiniert.¹³⁵ Auch deshalb sind die Bestimmtheitsanforderungen hier geringer als im Polizeirecht, das auf Einzelmaßnahmen gerichtet ist.¹³⁶

Indem der Gesetzgeber der Exekutive ein Arsenal an Maßnahmen an die Hand gibt (§ 28a Abs. 1 IfSG), soll gerade die Entwicklung eines solchen umfassenden Schutzkonzepts ermöglicht werden. Den Mindestanforderungen des Gestaltungsauftrags wurde der Bundestag gerecht, indem er zusätzlich zur ohnehin hohen Eingriffsschwelle des § 28a IfSG einige Maßnahmen hervorgehoben hat, die nur als ultima ratio zulässig sein sollen (Abs. 2) und im Übrigen je nach lokalem Infektionsgeschehen unterschiedliche Ziele und Umfänge des Schutzkonzepts vorgibt (Abs. 3).

c) *Prozedurale Absicherung*

Hinzu kommt, dass der große Spielraum der Exekutive durch prozedurale Vorgaben eingegrenzt wird. Die

Begründungspflicht für Verordnungen ermöglicht eine effektive gerichtliche Kontrolle¹³⁷ und die Befristung trägt der zeitlichen Komponente des Übermaßverbots Rechnung.¹³⁸

d) *Zwischenergebnis*

Obwohl der neue § 28a IfSG der Exekutive noch erhebliche Spielräume lässt, erfüllt er nach hier vertretener Auffassung die Anforderung des parlamentarischen Gestaltungsauftrags.¹³⁹ Bedeutsam ist zunächst, dass der Gesetzgeber eine ausdrückliche Entscheidung *für* die grundrechtssensiblen Pandemiebekämpfungsmaßnahmen getroffen hat. Durch das Erfordernis der parlamentarisch festgestellten „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ wurde zudem die Eingriffsschwelle hinreichend hoch angesetzt. Hinzu kommen Vorgaben über Ziel, Ausmaß und Reichweite der Maßnahmen. Die verbleibenden Spielräume der Exekutive bei der Anwendung der Maßnahmen lassen sich durch das anhaltende dynamische Pandemiegeschehen erklären und rechtfertigen.

4. Ergebnis

Nachdem der Gesetzgeber in der Anfangsphase der Krise zulässigerweise an der Generalklausel des § 28 IfSG festgehalten hatte, hat er es in den Sommermonaten versäumt, die grundrechtssensiblen Exekutivmaßnahmen auf eine ausreichende Rechtsgrundlage zu stellen. Erst die immense Kritik aus Opposition, Rechtswissenschaft und Judikative haben die Regierungsfractionen zu einer Regelung bewogen. Durch diese ist der Bundestag seinem Gestaltungsauftrag – nach erheblichen Nachbesserungen im Gesetzgebungsverfahren – aber letztlich gerecht geworden.

III. Gesamtergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der Bundestag seiner verfassungsrechtlichen Aufgabe zur Gestaltung der Verhältnisse in der Bundesrepublik während der Corona-Krise nicht immer nachgekommen ist. Problematisch war und *ist* nicht nur die zu weitreichende Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an das BMG durch § 5 Abs. 2 IfSG.

Auch in Bezug auf die exekutiven Eingriffsbefugnisse wurde erst mit großer Verzögerung eine hinreichende Grundlage geschaffen. Die im Herbst 2020 geschaffene Regelung des § 28a IfSG wird zwar den

¹³¹ Klafki, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(9), S. 6; Möllers, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(15), S. 7; Volkmann, „Das Maßnahmengesetz“, Verfassungsblog vom 20.11.2020, <https://verfassungsblog.de/das-masnahmen-gesetz/>, zuletzt abgerufen am 23.8.2021; Kingreen, NJW 2021, 2766 (2769).

¹³² Wollenschläger, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(20), S. 5 lässt als vorgegebenen Zweck die Pandemieeindämmung ausreichen.

¹³³ BVerfGE 150, 1 (101) Rn. 203 = NVwZ 2018, 1703 (1712) m. Anm. Leischner/Weigelt.

¹³⁴ OVG Münster BeckRS 2020, 21590 Rn. 11; Greve, NVwZ 2020, 1786 (1787).

¹³⁵ Wollenschläger, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(20), S. 29.

¹³⁶ Wollenschläger, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(20), S. 29; iE zust. Greve, NVwZ 2020, 1786 (1788).

¹³⁷ Greve, NVwZ 2020, 1786 (1790).

¹³⁸ Wollenschläger, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(20), S. 6.

¹³⁹ So nun auch Kalscheuer/Jacobsen, DÖV 2021, 633 (634).

Mindestanforderungen des parlamentarischen Gestaltungsauftrags gerade noch gerecht. Man kommt aber nicht umhin, festzustellen, dass sich der Bundestag mit diesem *Mindestmaß* an Verantwortung auch begnügt hat und keinen Schritt darüber hinausgegangen ist. Ambitioniertere Regelungsvorschläge aus Opposition¹⁴⁰ und Rechtswissenschaft¹⁴¹ wurden nicht aufgegriffen. Insoweit hat der Bundestag die Krise tatsächlich zur Stunde der Exekutive gemacht. Letztlich ist *Volkman* zuzustimmen, der feststellt: „Es wäre mehr möglich gewesen“.¹⁴²

Doch trotz dieser Defizite bei der Wahrnehmung der Gestaltungsfunktion, soll die Erfüllung des parlamentarischen Kontrollauftrags nicht unerwähnt bleiben: Die Opposition ist der ihr zugedachten Aufgabe nachgekommen. Sie hat Kritik geäußert und Alternativen aufgezeigt. Dies wurde bei der voranstehenden Analyse nur am Rande erwähnt, weil es die Defizite bei der Gesetzgebung nicht ausgleichen konnte. Dennoch hat die oppositionelle Kritik eine nicht zu unterschätzende Rolle gespielt: Dass der Bundestag seinem Gestaltungsauftrag letztlich doch noch weitgehend gerecht geworden ist, ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass die Opposition die Kritik aus der Rechtswissenschaft aufgegriffen hat.

E. Fazit und Ausblick

I. Fazit

Es sind im Ergebnis zwei Sichtweisen auf die Frage nach der „Rolle des Bundestags in der Corona-Krise“ möglich. Denkbar ist einerseits eine pessimistische Lesart. Sie handelt von einem Bundestag, der seinen verfassungsrechtlichen Gestaltungsauftrag nicht erfüllen wollte, sich lange damit zufriedengegeben hat, der Exekutive freies Spiel zu lassen und selbst auf Druck der Öffentlichkeit nur das absolut Nötige geregelt hat. Denkbar ist aber auch die optimistischere Sichtweise. Sie blickt auf ein lernfähiges System, in dem eine wachsame Opposition, eine interessierte Öffentlichkeit und eine kritische Rechtswissenschaft das Parlament dazu bewegt haben, wenigstens die verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen Schritt für Schritt zu erfüllen.¹⁴³ Letztlich haben beide Interpretationen einen wahren Kern.

¹⁴⁰ Vgl. etwa den Antrag der FDP BT-Drucks. 19/24375, S. 1 ff.

¹⁴¹ Vgl. den Vorschlag von *Kießling*, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)246(7), Anhang.

¹⁴² *Volkman*, „Das Maßnahmegesetz“, Verfassungsblog vom 20.11.2020, <https://verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/>, zuletzt abgerufen am 23.8.2021.

¹⁴³ Optimistisch insoweit auch *Volkman*, „Das Maßnahmegesetz“, Verfassungsblog vom 20.11.2020, <https://verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/>, zuletzt abgerufen am 23.8.2021.

¹⁴⁴ Dies gilt insbesondere im Bereich der unionsrechtlichen Integrationsverantwortung, *Deegenhart* (Fn. 102), § 2 Rn. 133; str. ist aber auch der Umgang mit der sog. Flüchtlingskrise, § 2 Rn. 39a.

II. Ausblick

Doch selbst wenn man sich für den optimistischen Blickwinkel entscheidet, kommt man nicht umhin, festzustellen, dass der Bundestag seiner verfassungsrechtlichen Aufgabe nur höchst zögerlich nachgekommen ist. Es ist auch nicht das erste Mal. Schon vor der Corona-Krise musste das Parlament vermehrt zur Übernahme von Verantwortung angehalten werden.¹⁴⁴ Und es wird wohl auch nicht das letzte Mal sein.¹⁴⁵

1. Das Problem: Durchsetzungsdefizite des Parlamentsvorbehalts

Dies weist auf ein systemisches Problem hin. Die *Parlamentsmehrheit* ist auf die Beschlussform des Gesetzes nicht notwendig angewiesen, um Einfluss auf die Regierung auszuüben; sie kann auch intern Einfluss nehmen. Leidtragend ist die Opposition, die ohne das förmliche Verfahren der Gesetzgebung vom Entscheidungsfindungsprozess ausgeschlossen ist.¹⁴⁶ Diese verfügt aber nicht über die notwendige Mehrheit, um die parlamentarische Gesetzgebung zu erzwingen. Erforderlich ist daher ein Mechanismus, über den der Parlamentsvorbehalt auch *gegen* den Willen der Parlamentsmehrheit durchgesetzt werden kann.

2. Mögliche Lösungsansätze

Das Problem liegt hierbei nicht im materiellen Recht begründet. *De constitutione lata* ist der Gesetzgeber gezwungen, die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen. Defizitär ist vielmehr die prozessuale Durchsetzung der Wesentlichkeitstheorie.

a) *Verwaltungsprozessuale Durchsetzung*

Zwar besteht mit der verwaltungsgerichtlichen Prüfung derzeit schon eine Möglichkeit, Exekutivmaßnahmen auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage hin zu überprüfen. Das Fehlen einer solchen Grundlage begründet regelmäßig die Rechtswidrigkeit von Exekutivakten,¹⁴⁷ sodass die Wahrung des Parlamentsvorbehalts hier inzident überprüft werden kann. Die Verwaltungsgerichtsordnung ermöglicht aber nur im Bereich der Eingriffsverwaltung eine Kontrolle des Parlamentsvorbehalts. Im Bereich der Leistungsverwaltung hält das Verwaltungsprozessrecht keine

¹⁴⁵ Mit der Regelung der Impfreihenfolge wurde gleich der nächste Regelungsgegenstand, der eigentlich einer gesetzlichen Regelung bedürft hätte, der Exekutive überlassen, hierzu *Kießling*, Stellungnahme, Ausschussdrucksache 19(14)263(5), S. 2. Inzwischen wurde aber auch hier durch Gesetz vom 29.3.2021, BGBl. I, S. 370, nachgebessert. Kritisch hierzu wegen mangelnder Transparenz *Kingreen*, NJW 2021, 2766 (2770).

¹⁴⁶ *Heinig et al.* JZ 2020, 861 (868).

¹⁴⁷ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 10, Rn. 26.

Rechtsbehelfe bereit, mit denen die Wahrung des Parlamentsvorbehalts eingeklagt werden kann. Leistungsklagen scheiden aus, da entsprechende Leistungsansprüche regelmäßig erst durch Gesetz begründet werden. Und eine Normerlassklage – gerichtet etwa auf die parlamentarische Regelung der Impfreihenfolge – scheidet schon an der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs.¹⁴⁸ Schon strukturell liefert das Verwaltungsprozessrecht daher nicht die Lösung für das Durchsetzungsdefizit des Parlamentsvorbehalts. Hinzu kommt, dass die Gerichte in der Corona-Krise selbst im Bereich der Eingriffsverwaltung oft davor zurückgeschreckt sind, Maßnahmen mangels gesetzlicher Grundlage zu kippen.¹⁴⁹

b) Verfassungsprozessuale Durchsetzung

Ohnehin liegt es näher, die Wahrung des Parlamentsvorbehalts dem Gericht zuzuordnen, dem die Rolle als „Hüter der Verfassung“¹⁵⁰ zukommt, dem BVerfG. Dieses entscheidet freilich nur im Rahmen der in Art. 93 GG aufgezählten Verfahren (Enumerativprinzip).¹⁵¹ Es stellt sich daher die Frage, ob die Durchsetzung des Parlamentsvorbehalts einem dieser Verfahren zugeordnet werden kann.

aa) Organstreitverfahren

Das Organstreitverfahren ist auf die Durchsetzung der Kompetenzen oberster Bundesorgane und anderer Beteiligter gerichtet.¹⁵² Da die Gesetzgebung nicht nur Pflicht, sondern auch Recht des Parlaments ist und wesentliche Entscheidungen dem Parlament vorbehalten sind, liegt zur Durchsetzung des Parlamentsvorbehalts das Organstreitverfahren nahe.¹⁵³ Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) sieht mit der Prozessstandschaft des § 64 Abs. 1 Alt. 2 auch ein Instrumentarium vor, mit dem

die Parlamentsminderheit die Parlamentsbefugnisse gegen den Willen der Mehrheit durchsetzen kann.¹⁵⁴

Der Geltendmachung des Parlamentsvorbehalts im Wege des Organstreitverfahrens steht aber ein Urteil des BVerfG aus dem Jahr 2019 entgegen. Dort wurde ein Antrag der AfD-Fraktion, mit dem die Verletzung des Parlamentsvorbehalts gerügt wurde, mit dem Argument als unzulässig verworfen, das Organstreitverfahren ermögliche keine abstrakte Rechtmäßigkeitskontrolle.¹⁵⁵ Überzeugend ist das nicht. Das Gericht verkennt, dass die Gesetzgebung sehr wohl eine Kompetenz des Bundestags ist.¹⁵⁶ Auch im Kontext des Wehrverfassungsrechts hat das BVerfG eine Geltendmachung des Parlamentsvorbehalts im Organstreitverfahren seit jeher zugelassen.¹⁵⁷ Dies sollte auch auf den allgemeinen Parlamentsvorbehalt übertragen werden, dessen Wahrung für das Demokratieverfassungsrecht des Grundgesetzes von immenser Bedeutung ist.

bb) Individualverfassungsbeschwerde

Denkbar erscheint aber auch der Weg über die Individualverfassungsbeschwerde, gestützt auf das „Recht auf Demokratie“ aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. Dieses „Recht auf Demokratie“ wurde bislang nur in europarechtlichem Kontext einem Verlust von Entscheidungsbefugnissen des Bundestags entgegengesetzt.¹⁵⁸ Ob es überzeugend wäre, diesen – höchst umstrittenen¹⁵⁹ – prozessualen Kunstgriff auf innerstaatliche Fälle zu übertragen¹⁶⁰ und ob hierdurch ein „Anspruch auf parlamentarische Entscheidung wesentlicher Fragen“ begründet werden kann, kann hier nicht weiter vertieft werden. Dass aber ein Bedürfnis nach der Durchsetzung des Parlamentsvorbehalts besteht, hat die Corona-Krise gezeigt.

¹⁴⁸ Hierzu *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 20 Rn. 8.

¹⁴⁹ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 29285 Rn. 20; BayVGH BeckRS 2020, 16146 Rn. 17; VGH Mannheim BeckRS 2020, 26103 Rn. 30; krit. *Kießling*, „Was verlangen Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot?“, Verfassungsblog vom 4.11.2020, <https://verfassungsblog.de/was-verlangen-parlamentsvorbehalt-und-bestimmtheitsgebot/>, zuletzt abgerufen am 23.8.2021. Der BayVGH, Beschl. v. 29.10.2020 – Az.: 20 NE 20.2360, Rn. 37, gab sich damit zufrieden, dass eine gesetzliche Grundlage bald geschaffen werde; krit. hierzu *Volkman*, „Das Maßnahmegesetz“, Verfassungsblog vom 20.11.2020, <https://verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/>, zuletzt abgerufen am 23.8.2021.

¹⁵⁰ *Morgenthaler*, in: BeckOK, GG, Stand: 15.5.2021, Art. 93 Rn. 3.

¹⁵¹ *Morgenthaler* (Fn. 150), Art. 93 Rn. 12.

¹⁵² Statt aller *Morgenthaler* (Fn. 150), Art. 93 Rn. 17.

¹⁵³ So für einen ähnlich gelagerten Antrag der AfD-Fraktion *Sachs*, JuS 2019, 731 (732).

¹⁵⁴ Vgl. BVerfGE 152, 8 (19) = NVwZ 2019, 1669 (1670); *Ingold*, JuS 2020, 118 (120).

¹⁵⁵ BVerfGE 150, 194 ff. = NVwZ 2019, 159 ff.

¹⁵⁶ So auch *Hillgruber*, JA 2019, 315 (316); *Sachs*, JuS 2019, 731 (732).

¹⁵⁷ BVerfGE 68, 1 (69); aus jüngerer Zeit BVerfGE 152, 8 (21) Rn. 28 f. = NVwZ 2019, 1669 (1670).

¹⁵⁸ BVerfG, NJW 2011, 2946 (2948); BVerfGE 134, 366 (396) Rn. 51 = NJW 2014, 907 (909 f.).

¹⁵⁹ Siehe etwa *Sauer*, Der Staat 58 (2019), 7 (27); ablehnend auch *Möllers*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 5 Rn. 23.

¹⁶⁰ Hierfür – wenngleich in sehr begrenztem Umfang – *Brade*, in: Huggins/Herrlein/Werpers et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht, 2021, 175 (191); siehe auch *Butzer* (Rn. 8) Art. 38 Rn. 40.