

**Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite
durch den Deutschen Bundestag**

Rechtsgutachten für die
Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

erstattet von

Universitätsprofessor Dr. Thorsten Kingreen
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht
Universität Regensburg

11. Juni 2020

Inhaltsübersicht

A. Fragestellung.....	4
B. Rechtsgutachten.....	8
I. Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 5 Abs. 1 S. 1 IfSG).....	8
1. Formelle Voraussetzung: Feststellungsbeschluss.....	8
2. Materielle Feststellungsvoraussetzungen.....	8
a) „Epidemische Lage von nationaler Tragweite“.....	8
aa) Wortlaut.....	9
bb) Genese und Historie.....	10
cc) Systematik und Telos.....	12
b) Materielle Rechtmäßigkeit des Beschlusses des Deutschen Bundestages vom 25.03.2020.....	13
II. Die Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 5 Abs. 1 S. 2 IfSG).....	14
1. Einfach-rechtliche Voraussetzungen für die Aufhebungsentscheidung.....	14
a) Tatbestand.....	14
b) Rechtsfolge.....	16
2. Verfassungsrechtlicher Kontext: Rechtsverordnungsermächtigungen (§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 4, 7-10 und § 5a IfSG).....	18
a) Verfassungsrechtliche Anforderungen an Rechtsverordnungs- ermächtigungen.....	19
aa) Kein Ausnahmezustand.....	19
bb) Art. 80 Abs. 1 GG.....	19
(1) Ermächtigung durch Gesetz, Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG.....	20
(2) Bestimmtheitsgrundsatz, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.....	21
b) Verfassungsrechtliche Begründungs- und Rückholpflicht des Deutschen Bundestages.....	23
3. Folgerungen.....	28
III. Auswirkungen eines Verstoßes gegen § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG.....	30
1. Organstreitverfahren, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Abs. 1 Nr. 5, 63ff. BVerfGG.....	30
a) Parteifähigkeit.....	31

b) Antragsgegenstand.....	31
c) Antragsbefugnis.....	32
aa) Abgeordnete.....	33
bb) Fraktionen.....	34
d) Antragsfrist.....	35
2. Auswirkungen auf bereits erlassene Rechtsakte.....	35
a) Anordnungen, § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 und 6 IfSG.....	36
b) Rechtsverordnungen, § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 3-4, 7-10 IfSG.....	38
C. Ergebnisse.....	39

A. Fragestellung

Der Deutsche Bundestag hat am 25.03.2020 das „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ beschlossen. Die Zustimmung des Bundesrates erfolgte am 27.03.2020.¹ Das Gesetz wurde noch am gleichen Tag im Bundesgesetzblatt verkündet;² seine hier relevanten Bestimmungen sind gemäß Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes am 28.03.2020 in Kraft getreten.

1. Das „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ enthält in seinem Art. 1 wesentlichen Änderungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG). Insbesondere ändert er § 5 IfSG grundlegend und schafft eine neuen § 5a IfSG. Beide ermächtigen das Bundesministerium für Gesundheit „im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“, Anordnungen und Rechtsverordnungen zu erlassen. § 5 IfSG wurde durch das am 23.05.2020 in Kraft getretene „Zweite Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“³ nochmals modifiziert. In der Fassung dieses Gesetzes ist § 5 IfSG Gegenstand des nachfolgenden Rechtsgutachtens. § 5 Abs. 1-5 und § 5a IfSG treten mit Wirkung ab 01.04.2021 wieder außer Kraft.⁴

§ 5 Abs. 2 S. 1 IfSG unterscheidet zwischen Anordnungen (Nr. 1 und 2) und Rechtsverordnungen (Nr. 3-10). Die Regelungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen das Bundesministerium für Gesundheit u. a., „Ausnahmen“ von den parlamentsgesetzlichen Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes (Nr. 3) und des Arzneimittelgesetzes, des Betäubungsmittelgesetzes, des Apothekengesetzes, des Sozialgesetzbuchs V, des Transfusionsgesetzes sowie nicht näher benannter medizínproduktrechtlicher und arbeitsschutzrechtlicher Regelungen (Nr. 4), ferner von diversen untergesetzlichen Regelungen und Vereinbarungen der Gemeinsamen Selbstverwaltung im Bereich der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung (Nr. 7 und 8) und schließlich von nicht näher definierten Vorschriften der „Berufsgesetze der Gesundheitsfachberufe“ (Nr. 10) zu regeln. §5a Abs. 1 IfSG erweitert den Kreis derjenigen Personen, die heilkundliche Leistungen erbringen dürfen; gemäß § 5a Abs. 2 IfSG kann das Bundesministerium für Gesundheit diesen Personenkreis durch Rechtsverordnung erweitern. Gemäß

¹ Bundesrat, 988. Sitzung v. 27.03.2020.

² BGBl. I 2020, S. 587.

³ BGBl. I 2020, S. 1018.

⁴ Art. 3 des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020.

§ 5 Abs. 4 S. 1 IfSG tritt eine auf Grund von § 5 Abs. 2 oder § 5a Abs. 2 erlassene Rechtsverordnung mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite außer Kraft, ansonsten spätestens mit Ablauf des 31.03.2021.

2. Auf der Grundlage von § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG hat das Bundesministerium für Gesundheit bislang die folgenden Rechtsverordnungen erlassen:⁵

- Verordnung zur Abweichung von der Approbationsordnung für Ärzte bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 30.03.2020, BAnz AT 31.03.2020 V1.
Rechtsgrundlage: § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 IfSG.
- Verordnung zur Aufrechterhaltung und Sicherung intensivmedizinischer Krankenhauskapazitäten (DIVI Intensiv-Register-Verordnung) v. 08.04.2020, BAnz AT 09.04.2020 V1; geändert durch die Erste Verordnung zur Änderung der DIVI Intensiv-Register-Verordnung v. 29.05.2020, BAnz AT 02.06.2020.
Rechtsgrundlage: § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 IfSG.
- Verordnung zur Beschaffung von Medizinprodukten und persönlicher Schutzausrüstung bei der durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Epidemie, v. 08.04.2020, BAnz AT 09.04.2020 V3.
Rechtsgrundlage: § 5 Abs. 2 Nr. 4a und Abs. 3 S. 2 IfSG.
- Verordnung über Abweichungen von den Vorschriften des Fünften Buches Sozialgesetzbuch, des Apothekengesetzes, der Apothekenbetriebsordnung, der Arzneimittelpreisverordnung, des Betäubungsmittelgesetzes und der Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung infolge der SARS-CoV-2-Epidemie (SARS-CoV-2-Arzneimittelversorgungsverordnung) v. 20.04.2020; BAnz AT 21.04.2020 V1.
Rechtsgrundlage: § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a), b), c), e), f) und Nr. 7 IfSG.
- Verordnung zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Zahnärztinnen und Zahnärzte, der Heilmittelerbringer und der Einrichtungen des Müttergenesungswerks oder gleichartigen Einrichtungen sowie zur Pflegehilfsmittelversorgung

⁵ Vgl. die Zusammenstellung auf der Homepage des Bundesministeriums für Gesundheit: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen.html>.

(COVID-19-Versorgungsstrukturen-Schutzverordnung – COVID-19-VSt-SchutzV) v. 30.04.2020, BAnz AT 04.05.2020 V1.

Rechtsgrundlage: § 5 Abs. 2 Nr. 4 und 7 IfSG.

- Verordnung zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Produkten des medizinischen Bedarfs bei der durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Epidemie (Medizinischer Bedarf Versorgungssicherstellungsverordnung – MedBVSV) v. 25.05.2020 BAnz AT 26.05.2020 V1.

Rechtsgrundlage: § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a, b), c) und Abs. 3 S. 2 IfSG.

Zudem liegt ein Referentenentwurf für eine auf § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 10 IfSG zu stützende „Verordnung zur Sicherung der Ausbildungen in den Gesundheitsfachberufen während einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vor.

3. Die Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen nach § 5 Abs. 2 und § 5a Abs. 2 IfSG dürfen nur „im Rahmen der/einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ (§§ 5 Abs. 2 S. 1, 5a Abs. 1 S. 1 IfSG) genutzt werden. Gemäß § 5 Abs. 1 IfSG ist sowohl für die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite als auch für die Aufhebung dieser Feststellung der Deutsche Bundestag zuständig.

§ 5 Abs. 1 IfSG lautet wie folgt:

(1) Der Deutsche Bundestag stellt eine epidemische Lage von nationaler Tragweite fest. Der Deutsche Bundestag hebt die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen für ihre Feststellung nicht mehr vorliegen. Die Aufhebung ist im Bundesgesetzblatt bekannt zu machen.

Der Deutsche Bundestag hat aufgrund der durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten COVID-19-Pandemie am 25.03.2020 gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ festgestellt. Eine Aufhebung dieser Feststellung oder auch nur eine Diskussion über deren Aufhebung ist bislang nicht erfolgt.

4. Vor dem Hintergrund erheblich zurückgegangener Infektionszahlen hat die Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag den Unterzeichner um die Beantwortung der folgenden Fragen gebeten:

1. Welche materiellen Voraussetzungen (außer einer Feststellung des Deutschen Bundestages) müssen vorliegen, damit eine epidemische Lage von nationaler Tragweite vorliegt? Ist es hierfür erforderlich, dass eine „Destabilisierung des Gesundheitssystems“ droht? Inwiefern ist es hierfür erforderlich, dass das Infektionsgeschehen innerhalb der Bundesrepublik mehrere Länder betrifft?
2. Unter welchen Voraussetzungen ist die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht mehr gegeben?
3. Ist der Deutsche Bundestag verpflichtet, die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen?
4. Welche Folgen hat es, wenn der Deutsche Bundestag es unterlässt, die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder aufzuheben, obwohl ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen?
5. Welche rechtlichen Optionen hat eine Fraktion oder ein Abgeordneter des Deutschen Bundestages, wenn der Deutsche Bundestag nicht beschließt, die epidemische Lage von nationaler Tragweite wieder aufzuheben?
6. Welche Auswirkungen hat es auf die Rechtsverordnungen und Anordnungen nach §§ 5, 5a IfSG, wenn die Voraussetzungen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht mehr vorliegen, aber der Deutsche Bundestag es unterlässt, dies festzustellen? Kann ein Bürger gegen Verordnungen oder Maßnahmen auf ihrer Grundlage mit der Begründung gerichtlich vorgehen, dass die materiellen Voraussetzungen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht mehr vorliegen?"

B. Rechtsgutachten

Die aufgeworfenen Rechtsfragen werden in drei Schritten abgearbeitet: Zunächst werden die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG unter besonderer Berücksichtigung des Beschlusses des Deutschen Bundestages vom 25.03.2020 behandelt (I.). Sodann wird geprüft, unter welchen Voraussetzungen die Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG aufzuheben ist (II.). Schließlich ist zu klären, welche Auswirkungen es hat, wenn der Deutsche Bundestag die Aufhebung der Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG unterlässt, obwohl er dazu verpflichtet ist (III.)

I. Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 5 Abs. 1 S. 1 IfSG)

1. Formelle Voraussetzung: Feststellungsbeschluss

Der Deutsche Bundestag hat in der Sitzung am 25.03.2020 das „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ beschlossen und zugleich den Feststellungsbeschluss nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG getroffen:

„Der Deutsche Bundestag stellt mit Inkrafttreten des § 5 Absatz 1 Satz 1 Infektionsschutzgesetz aufgrund der derzeitigen Ausbreitung des neuen Coronavirus (SARS-CoV-2) in Deutschland eine epidemische Lage von nationaler Tragweite fest.“⁶

Für diesen Beschluss stimmten die Abgeordneten von CDU/CSU, SPD, FDP und Bündnis 90/Die Grünen. Die Abgeordneten der AfD und der Linken enthielten sich. Mit Inkrafttreten von § 5 Abs. 1 IfSG am 28.03.2020⁷ ist der Beschluss wirksam geworden.

2. Materielle Feststellungsvoraussetzungen

a) „Epidemische Lage von nationaler Tragweite“

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG stellt der Deutsche Bundestag die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ fest. Auch wenn das in der Bestimmung nicht ganz klar zum Ausdruck kommt, bedarf es nicht nur des Feststellungsbeschlusses selbst, sondern es müssen auch die tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen, die Gegenstand des Beschlusses sind. Das folgt jedenfalls aus § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG, wonach die Feststellung aufzuheben ist, wenn „die Voraussetzungen für ihre Feststellung“ nicht mehr vorliegen. Die Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG setzt also

⁶ Deutscher Bundestag. Stenografischer Bericht 154. Sitzung am 25.03.2020, S. 19169 C.

⁷ S. oben A. I.

in materieller Hinsicht eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ voraus. Diese Wendung ist anhand der klassischen rechtswissenschaftlichen Auslegungsmethoden zu konkretisieren:

aa) Wortlaut

Das Wort „epidemisch“ hat die deutsche Rechtsordnung zuvor nicht verwendet. Unter einer Epidemie wird herkömmlicherweise eine Infektionskrankheit⁸ verstanden, die räumlich und zeitlich begrenzt in großer Häufung auftritt.⁹ In der räumlichen Begrenztheit der Krankheit unterscheidet sich die Epidemie von der Pandemie, die Länder und Kontinente übergreifend auftritt, in der zeitlichen Dimension von der Endemie, die Krankheiten erfasst, die fortwährend gehäuft in bestimmten Gegenden auftreten, dort aber auch nicht weiter zunehmen wie etwa die hauptsächlich in tropischen Regionen auftretende Malaria.

Diese epidemiologische Verortung des Begriffs „Epidemie“ wirft die Frage auf, was mit der „Lage von nationaler Tragweite“ gemeint sein könnte. Denn eine „Epidemie“ wird regelmäßig das ganze oder jedenfalls weite Teile des Bundesgebiets erfassen und hat insoweit schon per definitionem eine nationale Tragweite. Eine eigenständige Bedeutung erhält die Wendung, wenn man sie nicht auf die Eigenschaften der Krankheit bezieht, sondern auf deren Auswirkungen. Dafür spricht insbesondere der völkerrechtliche Begriffskontext, dem die Wendung offensichtlich entlehnt ist. Art. 1 der von der Weltgesundheitsorganisation beschlossenen Internationalen Gesundheitsvorschriften¹⁰ definiert eine „gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite“ als ein außergewöhnliches Ereignis, das „durch die grenzüberschreitende Ausbreitung von Krankheiten eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit in anderen Staaten darstellt, und möglicherweise eine abgestimmte internationale Reaktion erfordert.“ Bezugspunkt sind also nicht die Gefahren, die dem Einzelnen von einer (Infektions-)Krankheit drohen, sondern die auf den Schutz der Bevölkerung bezogene „öffentliche Gesundheit“.¹¹ „Öffentli-

⁸ Der Begriff „Epidemie“ wird zwar nicht nur im Hinblick auf Infektionskrankheiten verwendet, im Kontext des Infektionsschutzgesetzes ist er aber jedenfalls auf diese beschränkt.

⁹ S. etwa *Michael Kloepfer*, Einleitung, in: *ders.* (Hrsg.), *Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung*, 2011, S. 10; daran anschließend etwa *Anika Klafki*, *Risiko und Recht*, 2017, S. 163.

¹⁰ Amtliche Übersetzung: BGBl. II. 2007, 935

¹¹ Ebenso jetzt auch Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, *Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Sinne des § 5 Absatz 1 Infektionsschutzgesetz. Begriffsverständnis und Feststellung durch den Deutschen Bundestag*, WD 9-3000-045/20, S. 10.

che Gesundheit“ ist ein kollektives Rechtsgut, das von der individuellen Gesundheit zu unterscheiden ist. Es geht nicht um den Einzelnen, sondern um die Infrastrukturen, die seine Gesundheit schützen. Die „Lage von nationaler Tragweite“ adressiert also systemische Verwerfungen in den Infrastrukturen des Gesundheitswesens. Die durch eine Epidemie drohende Überforderung des öffentlichen Gesundheitswesens kann sich unterschiedlich äußern. Es kann an ausreichendem pflegerischem oder medizinischem Personal oder an technischer Infrastruktur (wie etwa Intensivbetten in Krankenhäusern) fehlen, knapp können aber auch Arzneimittel (insbesondere Impfstoffe) oder einfache Ge- und Verbrauchsgüter wie ein Mund-Nasen-Schutz oder Desinfektionsmittel sein.

Die Worte „nationale Tragweite“ indizieren schließlich, dass die Epidemie nicht nur einzelne Regionen betreffen darf, sondern sich räumlich so weit ausgebreitet haben muss, dass es einer stärkeren zentralen Steuerung der für den Vollzug des Infektionsschutzrechts und etwa auch der Krankenhausplanung zuständigen Länder bedarf.

bb) Genese und Historie

Die Interpretation des Wortlauts wird durch die Genese und Historie der Vorschrift bestätigt.

Zwar ist die Begründung zu § 5 IfSG nicht sonderlich ergiebig, denn sie paraphrasiert im Wesentlichen nur den Gesetzeswortlaut.¹² Allerdings zeigt die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, dass an die völkerrechtlichen Begrifflichkeiten angeknüpft werden sollte. Eine erste Formulierungshilfe hatte sogar noch vorgesehen, dass die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ schon gegeben sein sollten, wenn „die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland droht“ und die Bundesregierung dann eine entsprechende Feststellung trifft.¹³

Aussagekräftiger als die Begründung von § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG ist die allgemeine Problembeschreibung zu Beginn der Gesetzesbegründung, die sich explizit auf die Stabilität des öffentlichen Gesundheitssystems bezieht:

¹² BT-Drucks. 19/18111, 18.

¹³ Formulierungshilfe für die Koalitionsfraktionen für einen aus der Mitte des Deutschen Bundestages einzubringenden Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, https://wmp-ag.de/wp-content/uploads/2020/03/Eilmaßnahmen_Epidemie.pdf.

„Das aktuelle Ausbruchsgeschehen der durch das neuartige Coronavirus SARSCoV-2 verursachten Krankheit COVID-19 zeigt, dass im seuchenrechtlichen Notfall das Funktionieren des Gemeinwesens erheblich gefährdet sein kann. In einer sich dynamisch entwickelnden Ausbruchssituation kann für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik durch eine sich grenzüberschreitend ausbreitende übertragbare Krankheit eine erhebliche Gefährdung eintreten, der nur begrenzt auf Landesebene begegnet werden kann. Der Deutsche Bundestag stellt daher eine epidemische Lage von nationaler Tragweite fest. Um einer Destabilisierung des gesamten Gesundheitssystems vorzubeugen, wird die Bundesregierung in die Lage versetzt, schnell mit schützenden Maßnahmen einzugreifen.“¹⁴

Das „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ steht also historisch im Kontext der sich im Verlauf des Monats März 2020 verstärkenden Befürchtung, dass insbesondere die Krankenhausinfrastruktur durch die dynamische Verbreitung des Coronavirus überfordert sein könnte. Diese Annahme wurde durch die dramatische Situation in einigen Krankenhäusern in Norditalien gestützt, wo das medizinische Personal wegen nicht ausreichend vorhandener Beatmungsgeräte in die Situation von Triage-Entscheidungen geraten war. Zudem gab es realistische Befürchtungen, dass auch in Deutschland nicht genügend medizinisch geschultes Personal zur Verfügung stehen könne, um die Epidemie zu bewältigen, ohne andere notwendige Gesundheitsleistungen zu vernachlässigen.

Die Begründung („der nur begrenzt auf Landesebene begegnet werden kann“) zeigt zugleich, dass § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG die Achsen der föderalen Kompetenzverteilung verschieben soll. Im Hinblick auf die „nationale Tragweite“ der Epidemie wird die Möglichkeit eröffnet, zentrale Vorgaben für die Stabilisierung der vorwiegend dezentral verantworteten Infrastrukturen des öffentlichen Gesundheitswesens zu machen.

Entstehungsgeschichtlich steht § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG damit im rechtlichen Kontext der völkerrechtlichen Bestimmungen der Weltgesundheitsorganisation. Der rechtstatsächliche Kontext war die rasante Ausbreitung des Coronavirus und die durch die Erfahrungen aus anderen Ländern genährte Befürchtung, dass die Epidemie systemische Verwerfungen im öffentlichen Gesundheitswesen verursachen könnte, denen nicht auf der Ebene der für die Infrastrukturplanung im Gesundheitswesen und den Infektionsschutz zuständigen Länder begegnet werden kann.

¹⁴ BT-Drucks. 19/18111, 1.

cc) Systematik und Telos

Die gesetzliche Systematik und die in ihr zum Ausdruck kommenden Zielsetzungen des Gesetzes bestätigen den durch die grammatische, die genetische und historische Auslegung gewonnenen Befund.

Die Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG steht im Kontext der Befugnisse des Bundesministers für Gesundheit nach § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG, die erst durch eben diese Feststellung ausgelöst werden. Die dort normierten Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen betreffen praktisch durchweg den Bereich der öffentlichen Gesundheit. Die Gesetze, von denen abgewichen werden kann, zählen fast ausnahmslos zum Gesundheitsrecht und die möglichen Regelungsgegenstände beziehen sich ganz überwiegend auf die personelle und sächliche Stabilisierung des Gesundheitswesens. So kann von den Bestimmungen des IfSG abgewichen werden, um „die Abläufe im Gesundheitswesen und die Versorgung der Bevölkerung aufrecht zu erhalten“ (Nr. 3), können „Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln einschließlich Impfstoffen und Betäubungsmitteln, mit Medizinprodukten, Labordiagnostik, Hilfsmitteln, Gegenständen der persönlichen Schutzausrüstung und Produkten zur Desinfektion sowie zur Sicherstellung der Versorgung mit Wirk-, Ausgangs- und Hilfsstoffen, Materialien, Behältnissen und Verpackungsmaterialien, die zur Herstellung und zum Transport der zuvor genannten Produkte erforderlich sind“ (Nr. 4) sowie „zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung in ambulanten Praxen, Apotheken, Krankenhäusern, Laboren, Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen und in sonstigen Gesundheitseinrichtungen“ (Nr. 7) getroffen werden. Gegenstand ministerieller Rechtsverordnungen können ferner „Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung in ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen“ (Nr. 8), Regelungen über die Ausbildungen in den Gesundheitsfachberufen (Nr. 10) und schließlich über den Kreis der zur Heilkunde berechtigten Personen sein (§ 5a IfSG), jeweils mit dem Ziel, Knappheiten beim medizinischen und pflegerischen Personal zu vermeiden. Die bislang erlassenen Rechtsverordnungen¹⁵ legen dementsprechend den Schwerpunkt auf Regelungen zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsinfrastruktur.

Die Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ dient also gerade dazu, Maßnahmen zu ermöglichen, die die öffentliche Gesundheitsinfrastruktur stabilisieren und

¹⁵ Vgl. die Nachweise oben A.

damit die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung auch unter den Bedingungen einer Epidemie aufrechtzuerhalten. Insbesondere die systematische Auslegung belegt daher, dass die drohende Destabilisierung der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung durch das öffentliche Gesundheitssystem konstitutive Bedeutung für die Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG hat. Die „öffentliche Gesundheit“ sind Regelungsgegenstand und -ziel zugleich.

b) Materielle Rechtmäßigkeit des Beschlusses des Deutschen Bundestages vom 25.03.2020

Die Auslegung von § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG anhand der klassischen juristischen Auslegungsmethoden ergibt damit, dass für die Feststellung einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ drei materiell-rechtliche Voraussetzungen vorliegen müssen: Erstens muss eine Epidemie vorliegen. Diese muss sich zweitens auf das ganze oder jedenfalls auf große Teile des Bundesgebiets ausgeweitet haben. Drittens muss die Gefahr bestehen, dass die Epidemie systemische Auswirkungen auf das öffentliche Gesundheitswesen hat.¹⁶

Zum Zeitpunkt des Feststellungsbeschlusses nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG hatte sich das Coronavirus auf das gesamte Bundesgebiet ausgeweitet, alle Bundesländer und fast alle Städte und Landkreise waren betroffen. Auch bestand die begründete Gefahr, dass die Ausbreitung des Coronavirus zu systemischen Defiziten im öffentlichen Gesundheitswesen führen würde. Es gab objektiv zu wenig Schutzausrüstung für das medizinische Personal, eine Ausstattung der gesamten Bevölkerung mit einem auch nur einfachen Mund-Nasen-Schutz war zum damaligen Zeitpunkt schlechterdings ausgeschlossen. Auch die Annahme, dass die Krankenhausinfrastruktur dem Bedarf nicht gewachsen sein würde, war vor dem Hintergrund der zugespitzten Lage insbesondere in der Lombardei durchaus plausibel, wenn es auch schon seinerzeit ernst zu nehmende Stimmen gab, die eine Überforderung für eher unwahrscheinlich hielten.¹⁷

Der Beschluss des Deutschen Bundestages vom 25.03.2020, der auch von den Stimmen der Fraktion der Freien Demokraten getragen wurde,¹⁸ war also von § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG gedeckt und damit rechtmäßig.

¹⁶ So war die sog. Schweinegrippe (Pandemie H1N1 2009/10) zwar eine Epidemie. Es bestand aber zu keinem die Gefahr, dass sie die Infrastrukturen des Gesundheitswesens überfordern könnte.

¹⁷ Vgl. etwa *Ferdinand Gerlach*, Vorsitzender des Sachverständigenrats für die Entwicklung im Gesundheitswesen, Interview vom 24.03.2020, <https://www.gerechte-gesundheit.de/debatte/interviews/uebersicht/detail/interview/76.html>.

¹⁸ Vgl. oben 1.

II. Die Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 5 Abs. 1 S. 2 IfSG)

1. Einfach-rechtliche Voraussetzungen für die Aufhebungsentscheidung

Gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG hebt der Deutsche Bundestag die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen für ihre Feststellung nicht mehr vorliegen. Daraus folgt zweierlei:

a) Tatbestand

Auf der Tatbestandsseite sind zwar die gleichen Voraussetzungen zu prüfen wie für die Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG, d. h. es muss erstens eine Epidemie vorliegen, die zweitens das ganze oder jedenfalls weite Teile des Bundesgebiets erfasst hat und die drittens die Stabilität des öffentlichen Gesundheitssystems und damit der Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen gefährdet.

Aus dem Wortlaut von § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG („die Voraussetzungen für ihre Feststellung“) ergibt sich zwar nicht ganz eindeutig, ob schon bei Fehlen einer der drei Voraussetzungen die Aufhebung zu erfolgen hat. Allerdings ist „Voraussetzungen“ nicht im Sinne von „rechtsförmigen Tatbestandsvoraussetzungen“ zu verstehen, sondern in einem tatsächlichen Sinne: Die Aufhebung erfolgt, wenn sich die tatsächlichen Umstände, die zu dem Beschluss geführt haben, nicht mehr vorliegen. Das ist insbesondere der Fall, wenn die am 25.03.2020 virulente Gefährdung der „öffentlichen Gesundheit“ nicht mehr gegeben wäre. Für diese Auslegung spricht auch hier der systematische Kontext mit § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG: Wenn das Coronavirus die Versorgung mit den in den Rechtsverordnungsermächtigungen des § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG adressierten Gesundheitsleistungen¹⁹ nicht mehr gefährdet, bedarf es keiner von den Gesetzen abweichender Rechtsverordnungen mehr.

Ohne dass diese hier im Einzelnen ausgeführt werden müsste, lässt sich diese Gefahr derzeit – Stand 10.06.2020 – nicht mehr ernsthaft behaupten.²⁰ Zwar schätzt das Robert-Koch-Institut in seiner Risikobewertung die vom Coronavirus ausgehende Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland weiterhin als hoch und für Risikogruppen als sehr hoch ein.

¹⁹ Zu diesen oben 1. a) cc).

²⁰ Vgl. zum Folgenden vor allem der – täglich aktualisierte – Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (Covid 2019) v. 10.06.2020, s. www.rki.de.

Es stellt aber zugleich fest, dass die Ressourcenbelastung „aktuell in weiten Teilen Deutschlands gering“ ist und nur örtlich hoch sein kann.²¹ Damit ist aber eine der wesentlichen Prämissen für die Ausrufung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ entfallen. Den nur noch geringen Gefahren für die „öffentliche Gesundheit“ (wohlgemerkt nicht für die individuelle Gesundheit!) ist es zu verdanken, dass viele der Mitte März verfügbaren erheblichen Beschränkungen des öffentlichen Lebens seit dem 20.04.2020 nach und nach wieder aufgehoben wurden. Grundlage dieser Öffnung war und ist ein stagnierendes Infektionsgeschehen im gesamten Bundesgebiet. Während zum Zeitpunkt des Beschlusses des Bundestages täglich mehr als 6.000 neu infizierte Personen registriert wurden, sind es derzeit zumeist nur noch ca. 300-400 pro Tag.²² Die Zahl der Genesenen liegt an fast allen Tagen darüber, weshalb die Anzahl der festgestellten Infizierten seit Wochen sinkt. Zwar wird die Zahl der Genesenen nicht exakt erfasst; das Robert-Koch-Institut geht aber davon aus, dass es derzeit im gesamten Bundesgebiet nur noch etwa 5.500 festgestellte Erkrankte gibt.²³ 30% der 412 Landkreise und kreisfreien Städte haben in den sieben Tagen vor dem 08.06.2020 keine einzige Neuinfektion an das Robert-Koch-Institut gemeldet.²⁴

Dass die wenigen festgestellten Erkrankten die medizinische Infrastruktur überfordern könnten, ist vor dem Hintergrund eines unter 20% liegenden Hospitalisierungsgrades²⁵ nicht ersichtlich. Auch sind Mund-Nase-Schutzmasken und Desinfektionsmittel anders als zu Beginn der Epidemie nicht mehr knapp. Es erscheint außerdem zunehmend widersprüchlich, dass auf der einen Seite viele der Beschränkungen des öffentlichen Lebens ohne negative Auswirkungen auf das Infektionsgeschehen aufgehoben werden, dass aber auf der anderen Seite nach wie vor eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ bestehen soll, die ja im Kern eine systemische Gefährdung der Gesundheitsinfrastruktur impliziert. Das verstärkt den Eindruck eines kollektiven Notstands ohne kollektive Not. Würde hingegen eine systemische Gefahr für

²¹ Robert-Koch-Institut, Risikobewertung vom 10.06.2020, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html.

²² Statistisches Bundesamt, Entwicklung der täglich neu gemeldeten Fallzahl des Coronavirus (COVID-19) in Deutschland seit Januar 2020, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1100739/umfrage/entwicklung-der-taeglichen-fallzahl-des-coronavirus-in-deutschland/>.

²³ Robert-Koch-Institut, Dashboard (letzter Abruf 10.06.2020 12.00), <https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4>

²⁴ Robert-Koch-Institut, Dashboard (letzter Abruf 10.06.2020 12.00), <https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4>

²⁵ Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (Covid 2019) v. 10.06.2020, S. 6.

das Gesundheitssystem tatsächlich noch bestehen, hätten die Beschränkungen in diesem Umfang kaum aufgehoben werden dürfen.

Selbstverständlich kann sich diese Risikoeinschätzung jederzeit ändern. Aber eine mögliche zukünftige Veränderung des Infektionsgeschehens ist für die Frage, ob gegenwärtig eine Aufhebung zu erfolgen hat, ohne Relevanz, weil der Deutsche Bundestag jederzeit in der Lage wäre, nach Aufhebung des derzeit geltenden Beschlusses wieder einen Beschluss nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG zu fällen.²⁶

Man kann damit festhalten, dass derzeit von einer systemischen Gefährdung der als kollektives Rechtsgut verstandenen „öffentlichen Gesundheit“ nicht mehr die Rede sein kann. Daraus folgt, dass eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ i.S.v. § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG nicht mehr gegeben ist. Aus diesem Grunde wird etwa der Landtag von Nordrhein-Westfalen die Feststellung der „epidemischen Lage von landesweiter Tragweite“²⁷ über den 14.06.2020 hinaus voraussichtlich nicht verlängern.²⁸ Die dortige Regelung weist einen wichtigen Unterschied zur hier zu beurteilenden Bundesregelung auf. Der Feststellungsbeschluss tritt nämlich nach dem einschlägigen § 11 Abs. 1 S. 2 IfSBG-NRW nach zwei Monaten außer Kraft, wenn er nicht vom Landtag verlängert wird. Der Landtag muss sich hier also in regelmäßigen Zeitabständen mit der Frage befassen, ob die „epidemische Lage“ noch gegeben ist. Der Feststellungsbeschluss nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG gilt hingegen grundsätzlich so lange wie seine gesetzlichen Grundlagen. Das führt – wie gesehen – dazu, dass nicht mehr zeitlich engmaschig geprüft wird, ob sich die tatsächlichen Voraussetzungen geändert haben.

b) Rechtsfolge

§ 5 Abs. 1 S. 2 IfSG ist indikativisch formuliert. Es heißt dort nicht, dass der Bundestag die Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG aufheben kann, sondern dass er sie aufhebt, wenn die Voraussetzungen der Feststellung entfallen sind. Es handelt sich also um eine gebundene Entscheidung, die nicht im politischen Ermessen des Bundestages steht.

²⁶ S. unten II. 3.

²⁷ Vgl. § 11 Abs. 1 des Gesetzes zur konsequenten und solidarischen Bewältigung der COVID-19-Pandemie in Nordrhein-Westfalen und zur Anpassung des Landesrechts im Hinblick auf die Auswirkungen einer Pandemie, GV.NRW 2020 Nr. 12b vom 14.04.2020, S. 217b.

²⁸ Vgl. <https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/gesundheits-duesseldorf-epidemische-lage-in-nrw-wird-wohl-nicht-verlaengert-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200608-99-352086>.

Bereits die Interpretation des einfachen Rechts spricht also für eine Verpflichtung des Deutschen Bundestages, die Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ wieder aufzuheben. Mit ihm hat sich der Deutsche Bundestag auch eine gewisse Selbstverpflichtung auferlegt. Dagegen kann nicht eingewendet werden, die Entscheidung nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG sei politischer Natur. Zwar ist dem Deutschen Bundestag bei der generellen Bewertung des Infektionsverlaufs und der von ihm ausgehenden Gefahren ein erheblicher Gestaltungsspielraum einzuräumen. Politische Entscheidungen zur Bewältigung der Coronakrise fallen unter den Bedingungen doppelter Unsicherheit. Dies rechtfertigt es, den politischen Akteuren erhebliche Einschätzungsprärogativen einzuräumen. Nach wie vor wissen wir auf der einen Seite über das Virus ebenso wenig wie auf der anderen Seite über die langfristigen gesellschaftlichen Folgen eines wochenlangen Lockdowns und möglicherweise noch vieler Monate andauernder Kontaktbeschränkungen.²⁹ Auch könnte man argumentieren, dass eine voreilige Aufhebung des Beschlusses eine falsches, nämlich das Virus verharmlosendes Signal setzen könnte.

Aber im Unterschied zu anderen politischen Entscheidungen zur Krisenbewältigung haben die Beschlüsse nach § 5 Abs. 1 S. 1 und 2 IfSG grundlegende Auswirkungen auf die Tektonik der verfassungsrechtlichen Staatsorganisation. Der Beschluss nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG ist daher nicht nur politischer Natur, sondern verfassungsrechtlich erheblich. Er löst, worauf nachfolgend noch näher einzugehen ist, exekutive Rechtsetzungsbefugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit aus, die die Achsen der vertikalen und horizontalen Gewaltenteilung verschieben. Die Inanspruchnahme dieser Kompetenz bewirkt nämlich erstens eine Zentralisierung der Verwaltungskompetenzen, deren Vereinbarkeit mit Art. 83 und 84 GG (und der darin festgeschriebenen grundsätzlichen Verwaltungskompetenz der Länder) jedenfalls zweifelhaft ist.³⁰ Neben diese vertikale Kompetenzverschiebung tritt eine horizontale Verlagerung von Zuständigkeiten von der Legislative weg hin zur Exekutive, die die Frage aufwirft, ob sich der Deutsche Bundestag derart weitgehend seiner Zuständigkeiten als gesetzgebende Körperschaft entledigen darf. Dieser zweite Aspekt ist vorliegend besonders relevant, weil es bei § 5

²⁹ *Thorsten Kingreen*, Unser R-Faktor: das Grundgesetz in der Coronakrise, Legal Tribune Online v. 23.05.2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/tag-der-verfassung-grundrechte-grundgesetz-2020-corona-krise-freiheits-einschraenkungen/>.

³⁰ In diesem Sinne auch Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Zum Anwendungsbereich vom Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG und zu ungeschriebenen Verwaltungskompetenzen in Bezug auf § 5 Abs. 2 Infektionsschutzgesetz, WD 3-3000-111/20.

Abs. 1 S. 2 IfSG um eine Pflicht des Bundestages geht. Er steht daher im Mittelpunkt der nachfolgenden verfassungsrechtlichen Einhegung von § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG.

2. Verfassungsrechtlicher Kontext: Rechtsverordnungsermächtigungen (§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 4, 7-10 und § 5a IfSG)

Der auf § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG gestützte Feststellungsbeschluss des Deutschen Bundestages vom 25.03.2020 stellt die notwendige Voraussetzung dafür dar, dass der Bundesminister für Gesundheit von den in den §§ 5 Abs. 2 S. 1 und 5a IfSG enthaltenen Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen Gebrauch machen kann. Dieser Zusammenhang zwischen parlamentarischem Feststellungsbeschluss und exekutiven Rechtsetzungsbefugnissen kommt zwar im Wortlaut der §§ 5 Abs. 2 und 5a Abs. 1 IfSG („*im Rahmen* der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“) nicht ganz klar zum Ausdruck und auch in der Gesetzesbegründung wird ohne Hinweis auf den zwingend zuvor zu treffenden Feststellungsbeschluss davon ausgegangen, dass dem Bundesminister für Gesundheit diese Befugnisse zustehen.³¹ Das liegt aber daran, dass die Gesetzes(!)-Begründung zu § 5 Abs. 1 IfSG den umsetzenden Beschluss des Bundestages (erstaunlicherweise!) schon als selbstverständlich voraussetzt.³² Zudem belegen der enge systematische Zusammenhang zwischen den §§ 5 Abs. 2, 5a IfSG und Abs. 1 IfSG und das Wiederaufgreifen der Wendung „epidemische[n] Lage von nationaler Tragweite“ durch die §§ 5 Abs. 2 und 5a Abs. 1 IfSG, dass erst der Feststellungsbeschluss nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG die Rechtsverordnungsermächtigungen in den §§ 5 Abs. 2 und 5a Abs. 2 IfSG freigibt. Damit rückt die Ausgangsfrage nach den Voraussetzungen für den Aufhebungsbeschluss nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG in einen verfassungsrechtlichen Kontext. Denn mit dem Feststellungsbeschluss nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG hat es der Deutsche Bundestag dem Bundesminister für Gesundheit ermöglicht, „Ausnahmen“ (§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 a) IfSG) bzw. „Abweichung[en]/abweichende Regelungen“ (§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 7, 8 und 10) von den von ihm, dem Bundestag, selbst erlassenen Gesetzen zuzulassen. § 5a Abs. 2 IfSG lässt sogar gar nicht erkennen, ob und ggfs. von welchen Gesetzen abgewichen werden kann.³³ Der Feststellungsbeschluss führt also, so lässt es sich noch ohne verfassungsrechtliche Wertung sagen, zu einer Gewaltenverschiebung, denn der Bundesminister für Gesundheit kann bei einer „epidemische[n] Lage von nationaler

³¹ BT-Drucks. 19/18111, 19.

³² BT-Drucks. 19/18111, 18: „Der Deutsche Bundestag stellt fest, dass wegen der durch das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Epidemie eine epidemische Lage von nationaler Tragweite eingetreten ist.“

³³ Die Norm bleibt daher bei der nachfolgenden Untersuchung außer Betracht.

Tragweite“ Rechtsverordnungen erlassen, die andere Regelungen enthalten können als die in § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG aufgeführten Parlamentsgesetze.

a) Verfassungsrechtliche Anforderungen an Rechtsverordnungsermächtigungen

Die Ausnahme- und Abweichungskompetenzen bedürfen einer verfassungsrechtlichen Prüfung, deren Ergebnis die Frage beeinflusst, welchen Einschätzungsspielraum der Deutsche Bundestag im Hinblick auf die Frage hat, ob der Feststellungsbeschluss nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG aufzuheben ist.

aa) Kein Ausnahmezustand

Vorab ist dabei Selbstverständliches klarzustellen: Das Grundgesetz enthält zwar besondere Regelungen für den Verteidigungsfall (Art. 115a ff. GG). Es gibt aber keinen Verfassungssatz, wonach die Regeln des Grundgesetzes nur für einen wie auch immer zu definierenden Normalzustand gelten. Einen durch das Recht angeblich nicht fassbaren Ausnahmezustand³⁴ kennt es dementsprechend nicht.³⁵ Die im Rechtsstaatsprinzip gründende Bindung an „Recht und Gesetz“ (Art. 20 Abs. 3 GG) gilt unbeding; sie ist die Grundlage für das Vertrauen in die Maßstäblichkeit von Recht und damit die Steuerungsfähigkeit von Gesetzen. Daher ist dem Grundgesetz die Vorstellung, ein Verfassungsorgan könne ohne rechtliche Bindungen handeln, um die Verfassungsordnung insgesamt zu retten, fremd.³⁶ Das Grundgesetz gilt ohne Abstriche, auch in Zeiten einer Epidemie.

bb) Art. 80 Abs. 1 GG

Primärer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab für die Rechtsverordnungsermächtigungen in § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG ist Art. 80 Abs. 1 GG. Dieser knüpft die Delegation der Rechtsetzung auf die Exekutive an zwei Voraussetzungen: Es muss eine parlamentsgesetzliche Verordnungsermächtigung vorliegen (dazu (1)) und diese muss hinreichend bestimmt sein ((2)).

³⁴ So noch *Carl Schmitt*, Politische Theologie, 2. Aufl. 1934, S. 19: „Im Ausnahmezustand suspendiert der Staat das Recht, kraft seines Selbsterhaltungsrechtes.“

³⁵ *Fabian Michl*, Der demokratische Rechtsstaat in Krisenzeiten, JuS 2020, 507 (507).

³⁶ *Jens Kersten*, Ausnahmezustand?, JuS 2016, 193 (194ff.); ferner *ders.*, „Covid-19 – Kein Ausnahmezustand!“, ZRP 2020, 65.

(1) Ermächtigung durch Gesetz, Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG

Gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG bedarf die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen stets eines Parlamentsgesetzes. Für die Verordnungsgebung gilt daher ein gesetzlicher Totalvorbehalt, der auch nicht grundrechtsrelevante Regelungen erfasst.³⁷

Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG verbietet gesetzvertretende Rechtsverordnungen, die mit formeller Gesetzeskraft ebenbürtig an die Stelle von Parlamentsgesetzen treten.³⁸ Die vom Bundesministerium für Gesundheit auf der Grundlage von § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 3-4, 7-10 IfSG zu erlassenden Rechtsverordnungen müssen daher normhierarchisch unterhalb der parlamentsgesetzlichen Bestimmungen angesiedelt bleiben.

Mit dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage i.S.v. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG ist es aber nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vereinbar, wenn das Gesetz die Exekutive zu Abweichungen und Änderungen von parlamentsgesetzlichen Regelungen ermächtigt:

„Der Gesetzgeber bestimmt den Anwendungsbereich jeder gesetzlichen Vorschrift ebenso wie er ihren Inhalt bestimmt. Es steht ihm auch frei, die Anwendbarkeit einer Vorschrift dadurch zu beschränken, daß er ihr eine Subsidiarität gegenüber bestimmten staatlichen Willensäußerungen niedrigeren Ranges beilegt. Durch den Vorrang des Gesetzes wird diese Befugnis nicht berührt. Der Gesetzgeber kann den Vorrang des Gesetzes als Prinzip nicht beseitigen. Aber er kann einer einzelnen Vorschrift oder auch einer Gruppe von Vorschriften einen subsidiären Charakter geben.“³⁹

Auch im Schrifttum wird die Zulässigkeit solcher gesetzvertretender Verordnungen überwiegend bejaht, weil auch sie gesetzliche Bestimmungen nicht ändern, sondern ausführen.⁴⁰ Es ist daher nicht grundsätzlich verfassungsrechtlich problematisch, dass § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG „Ausnahmen“ und „Abweichungen“ von parlamentsgesetzlichen Regelungen erlaubt.

³⁷ S. etwa *Thomas Mann*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 80 Rn. 6.

³⁸ Vgl. etwa *Hartmut Bauer*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, Art. 80 Rn. 20; *Thomas Mann*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 80 Rn. 10; *Astrid Wallrabenstein*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, Art. 80 Rn. 9.

³⁹ BVerfGE 8, 155 (170f.); später dann noch BVerfG, NJW 1998, 669 (670).

⁴⁰ *Hartmut Bauer*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, Art. 80 Rn. 20; *Thomas Mann*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 80 Rn. 11; *Michael Nierhaus*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 80 [1998] Rn. 233f.; *Barbara Remmert*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 80 [2013] Rn. 91, 99; *Astrid Wallrabenstein*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, Art. 80 Rn. 10. – Kritisch allerdings *Arnd Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, 1999, S. 420ff.

(2) Bestimmtheitsgrundsatz, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Gesetzesvertretende Verordnungen sind allerdings nicht unbeschränkt zulässig. Auch für sie gilt das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, wonach „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden“ müssen.

Das Bundesverfassungsgericht hat das Bestimmtheitsgebot in mehreren Dimensionen entfaltet: Der parlamentarische Gesetzgeber müsse

„durch die Ermächtigung selbst entscheiden, welche Fragen durch Rechtsverordnung geregelt werden können oder sollen. Dazu muss er die Grenzen einer solchen Regelung festlegen und angeben, welchem Ziel sie dienen soll (so genannte Selbstentscheidungsvorbehalt). Der Gesetzgeber muss der ermächtigten Stelle darüber hinaus ein „Programm“ an die Hand geben, das mit der Ermächtigung verwirklicht werden soll (so genannte Programmfestsetzungspflicht). Schließlich soll bereits aufgrund der Ermächtigung vorhersehbar sein, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können, so dass sich die Normunterworfenen mit ihrem Verhalten darauf einstellen können (so genannte Vorhersehbarkeitsgebot [...]).“⁴¹

Allein das Gesetz bestimmt also die Reichweite der Rechtsverordnungsermächtigung, und dies muss in einer Weise geschehen, dass sich die Rechtsetzung der Exekutive nicht verselbständigen kann. Das Bundesverfassungsgericht legt dem parlamentarischen Gesetzgeber daher das Verbot auf, „sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft zu entäußern.“⁴² Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers sei nicht mehr gewahrt, wenn die erteilte Ermächtigung es dem Adressaten überlasse, nach Belieben von ihr Gebrauch zu machen:

„Eine Verordnungsermächtigung muß sich [...] im Rahmen des vom Gesetzgeber selbst *in Anspruch genommenen* Regelungsbereichs halten. Die Inanspruchnahme des Art. 80 Abs. 1 GG setzt also voraus, daß überhaupt eine - wenn auch vielleicht im einzelnen unvollständige - Regelungsentscheidung des Gesetzgebers vorliegt, die es näher auszufüllen oder auszuführen gilt. Es gehört im Geltungsbereich des Gesetzesvorbehalts zum rechtsstaatlich-demokratischen Gehalt dieser Vorschrift, daß in einer Verordnung, die auf ihrer Grundlage ergeht und ihrem Grundgedanken entspricht, niemals *originärer* politischer Gestaltungswille der Exekutive zum Ausdruck kommen darf.“⁴³

⁴¹ BVerfGE 150, 1 (101); ferner etwa *Michael Brenner*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 40; *Bodo Pieroth*, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 13.

⁴² BVerfGE 150, 1 (99).

⁴³ BVerfGE 78, 249 (273); Hervorhebungen im Original.

Das Bestimmtheitsgebot in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG begründet also nicht nur ein politisches Gestaltungsrecht, sondern im Verhältnis zur Exekutive auch eine Gestaltungspflicht des parlamentarischen Gesetzgebers. Für die Ermächtigung zu gesetzesvertretenden Verordnungen gilt dies in ganz besonderem Maße, denn diese sollen an die Stelle von Regelungen treten, die Ausdruck seines legislativen Willens sind. Das meint das Bundesverfassungsgericht, wenn es die Grenzen der Zulässigkeit gesetzesvertretender Verordnungen überschritten sieht,

„wo der Gesetzgeber Vorschriften von solcher Bedeutung und in solchem Umfang für subsidiär erklärt, daß sich dadurch innerhalb des Staatsgefüges eine Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung ergibt.“⁴⁴

Eine solche Gewaltenverschiebung entsteht, wenn der parlamentarische Gesetzgeber politische Entscheidungen in einem nicht mehr i.S.v. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG bestimmbar ausmaßig delegiert. Die Rechtsprechung hat gesetzliche Ermächtigungen zu gesetzesvertretenden Verordnungen dementsprechend bislang nur für verfassungsgemäß erklärt, soweit sie Abweichungen von konkret bezeichneten gesetzlichen Vorschriften zuließen; dabei hat es auch auf „das Gebot gesetzgeberischer Klarheit“ rekurriert.⁴⁵ Die Beschränkung auf konkret bezeichnete Einzelbestimmungen in der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ist notwendig, um den politischen Gestaltungsprimat des parlamentarischen Gesetzgebers zu wahren. Dieser delegiert politische Entscheidungen nicht pauschal auf die Exekutive, sondern gibt zu erkennen, in welchen Fällen von welchen normativen Aussagen in welchem Gesetz abgewichen werden darf. Eine derartige Delegation von Einzelfragen bewirkt keine Verschiebung der Gewaltenbalance im Sinne der vorstehend zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

Hier geht es aber um etwas kategorial Anderes. Die Ermächtigungsgrundlagen in § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG erlauben ohne jede Differenzierung Abweichungen von allen Normen der dort bezeichneten Gesundheitsgesetze. Da dazu auch das Infektionsschutzgesetz selbst gehört, könnte selbst § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG suspendiert werden. Bezogen auf die gesetzlichen Normen, die durch die Verordnung modifiziert werden können, handelt es sich also um eine Blankovollmacht, die weitaus mehr als 1.000 Vorschriften umfasst. Hinzu kommt, dass die Ermächtigungsgrundlagen entweder gar keine Voraussetzungen für die „Ausnahmen“ und „Abweichungen“ von den Gesetzen beinhalten (Nr. 4 a), 7, 8 und 10) oder so weit gefasst sind (Nr. 3: „um die Abläufe

⁴⁴ BVerfGE 8, 155 (171).

⁴⁵ BVerfGE 8, 155 (171): „Nur die in § 345 gegebenen Bestimmungen sollen gegenüber den allgemeinen Verwaltungsvorschriften des Präsidenten des Bundesausgleichsamts - und nur gegenüber diesen - subsidiär sein.“

im Gesundheitswesen und die Versorgung der Bevölkerung aufrecht zu erhalten“), dass sich nicht erkennen lässt, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen sie aktiviert werden sollen. Der parlamentarische Gesetzgeber entledigt sich also im Bereich des öffentlichen Gesundheitsschutzes weitgehend und ohne nähere Konkretisierung seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft; er lässt politischen Gestaltung der Exekutive ohne hinreichend bestimmte parlamentsgesetzliche Programmierung zu.

Das Bundesministerium für Gesundheit rückt mithin bei einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ partiell in die Funktionen ein, die außerhalb dieser Lage dem parlamentarischen Gesetzgeber obliegen. Eine solche Systemverschiebung soll Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG gerade ausschließen:

„Dass ein Ministerium Gesetze nicht nur konkretisieren, sondern aufheben kann, ist [...] keine Frage der Genauigkeit der Verordnungsermächtigung mehr. Diese muss sich darauf beziehen, dass die Bundesregierung unter genau definierten Bedingungen Verordnungen erlassen kann, die als Verordnungen unter dem Rang des Gesetzes dessen Regelungen nicht außer Kraft setzen können. Hier geht es auch nicht um die Außerkraftsetzung einzelner Regelungen im Rahmen von Experimentierklauseln, für die solche gesetzesvertretenden Verordnungen diskutiert werden, sondern um die Derogierung großer, nicht abgegrenzter Teile des Gesetzes.“⁴⁶

In der Verfassungsrechtswissenschaft wird daher verbreitet bezweifelt, dass § 5 Abs. 2 IfSG den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG genügt.⁴⁷ Auch die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages äußern „gewichtige Bedenken“.⁴⁸

b) Verfassungsrechtliche Begründungs- und Rückholpflicht des Deutschen Bundestages

Für die Ausgangsfrage, ob der Deutsche Bundestag verpflichtet ist, die Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG wieder aufzuheben, ist die

⁴⁶ Christoph Möllers, Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus, VerfBlog, 2020/3/26, <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>.

⁴⁷ Vgl. dazu neben den Nachweisen in: Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, WD3-3000-080/20, S. 7 in unterschiedlicher Deutlichkeit *Miriam Meßling*, Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020, NZS 2020, 321 (323): „Inhaltlich reizen die formulierten Ermächtigungsgrundlagen [...] die Möglichkeiten des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG aus“; *Fabian Michl*, Der demokratische Rechtsstaat in Krisenzeiten, JuS 2020, 507 (509): „nicht mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vereinbar“; *Stephan Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, 1097 (1103f.): „dürften die Grenzen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG [...] überschritten sein.“

⁴⁸ Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, WD 3-3000-080/20, S. 9.

Frage der Vereinbarkeit von § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG aber noch nicht einmal entscheidend; sie kann letztverbindlich nur durch das Bundesverfassungsgericht geklärt werden.

Für den hiesigen Kontext ist die Erkenntnis entscheidend, dass die vom Deutschen Bundestag getroffene Feststellung einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ und die dadurch ermöglichten ministeriellen Rechtsverordnungen zu einer erheblichen Verschiebung der verfassungsrechtlichen Gewaltentektonik führen. Es stellt sich damit die Frage, was aus dieser verfassungsrechtlich problematischen Entäußerung parlamentarischer Funktionen für den Entscheidungsspielraum folgt, den der Deutsche Bundestag bei der Aufhebungsentscheidung nach § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG hat.

Zur Beantwortung dieser Frage muss der weitere verfassungsrechtliche Kontext berücksichtigt werden. Das Bundesverfassungsgericht betont nämlich, dass das an den parlamentarischen Gesetzgeber gerichtete Verbot, sich politischer Verantwortung zu entäußern, nicht nur aus Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG folgt, sondern zugleich von staatsfundamentaler Bedeutung im Sinne von Art. 20 Abs. 2 S. 2 und 3 GG ist:

„Das Parlament darf sich nicht durch eine Blankoermächtigung an die Exekutive seiner Verantwortung für die Gesetzgebung entledigen und damit selbst entmachten. Es muss – entsprechend dem Grundsatz der Gewaltenteilung – stets Herr der Gesetzgebung bleiben (vgl. Brenner in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 13, 29). Indem Art. 80 GG die Rückbindung exekutiver Rechtsetzung an die Legislative sichert, stellt er sich als bereichsspezifische Konkretisierung des Rechtsstaats-, Gewaltenteilungs-[...] und Demokratieprinzips dar.“⁴⁹

Das Gewaltenteilungsprinzip wurzelt im Schnittpunkt zwischen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip:

Zunächst zum *Demokratieprinzip*: Die funktionelle Unterscheidung der Gewalten in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG steht im Kontext der Ausübung von Herrschaftsgewalt durch das Volk. Diese funktionelle, also aufgabenbezogene Gewaltenteilung setzt sich in einer organisatorischen Gewaltenteilung fort, die diese Aufgaben bestimmten Organen zuordnet.⁵⁰ Diese Zuordnung bedingt die herausgehobene Stellung des vom Volk durch Wahlen bestimmten Parlaments,

⁴⁹ BVerfGE 150, 1 (100).

⁵⁰ Hans D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 33.

dem daher die Regelung der insbesondere für die Grundrechte wesentlichen Fragen vorbehalten ist. Im Verhältnis zur Exekutive stellt der Parlamentsvorbehalt sicher,

„dass die Grenzen zwischen zulässigem und unzulässigem Grundrechtsgebrauch, zwischen zulässiger und unzulässiger Grundrechtseinschränkung nicht fallweise nach eigener Einschätzung von beliebigen Behörden oder Gerichten, sondern primär – in der Form eines allgemeinen Gesetzes – durch den Gesetzgeber gezogen werden.“⁵¹

Das *Rechtsstaatsprinzip* sichert den Parlamentsvorbehalt und damit auch das Gewaltenteilungsprinzip dadurch ab, dass es die Exekutive an „Recht und Gesetz“ (Art. 20 Abs. 3 GG) bindet (Vorrang des Gesetzes) und es ihr damit auch verwehrt, Recht zu setzen, das nicht auf ein hinreichend bestimmtes Parlamentsgesetz zurückzuführen ist. Zugleich fordert das Rechtsstaatsprinzip Rechtssicherheit und damit auch Normenbestimmtheit und der Normenklarheit,⁵² die die Betroffenen in die Lage versetzt, „die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können.“⁵³ Dieses Verstehen von Recht wird in Frage gestellt, wenn das „Zusammenspiel und Ineinandergreifen verschiedener Regelungen“⁵⁴ für die Normadressaten nicht mehr zu durchschauen ist. Einen ersten Vorgesmack vermitteln insoweit insbesondere die „SARS-CoV-2-Arzneimittelversorgungsverordnung“ und die „Medizinischer Bedarf Versorgungssicherstellungsverordnung – MedBVS“⁵⁵, die unzählige Abweichungen von unzähligen Gesundheitsgesetzen vorsehen. Hier tritt eine „Nebengesetzgebung“ neben die „Hauptgesetzgebung“: Normadressaten können also aus den Parlamentsgesetzen allein nicht mehr ersehen, was gilt, sondern sie müssen jetzt stets eine zweite Rechtsetzungsschicht beachten und deren Verhältnis zum Parlamentsgesetz ausloten. Was gilt und was nicht, wird damit selbst für Expertinnen und Experten zunehmend undurchschaubar. Das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) ist in seinen Fundamenten betroffen, wenn Normunterworfenen sich nicht mehr darauf verlassen können, dass das im Parlamentsgesetz Geregelte gilt.

Diese durch Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG gerahmte Gewaltenordnung ist in ihrer Grundanlage nicht verfügbar. Es ist daher

⁵¹ BVerfGE 133, 112 (132).

⁵² Hans D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 89.

⁵³ BVerfGE 114, 1 (53).

⁵⁴ Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 1475.

⁵⁵ Vgl. für Nachweise oben A.

„ausgeschlossen, daß eine der Gewalten die ihr von der Verfassung zugeschriebenen typischen Aufgaben preisgibt. Für das Verhältnis von Legislative und Exekutive bedeutet dies: Im freiheitlich-demokratischen System des Grundgesetzes fällt dem Parlament als Legislative die verfassungsrechtliche Aufgabe der Normsetzung zu. Nur das Parlament besitzt die demokratische Legitimation zur politischen Leitentscheidung. Zwar billigt das Grundgesetz - wie Art. 80 GG verdeutlicht - auch eine ‚abgeleitete‘ Normsetzung der Exekutive. Die Rechtsetzung der Exekutive kann sich aber nur in einem beschränkten vom Gesetzgeber vorgezeichneten Rahmen vollziehen [...]. 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* [...]. Genügt die Legislative dem nicht, so wird die vom Grundgesetz vorausgesetzte Gewaltenbalancierung im Bereich der Normsetzung einseitig verschoben.“⁵⁶

Das Gewaltenteilungsprinzip hat damit nicht nur eine Abwehrkomponente, die jede der drei Gewalten vor Zugriffen durch die anderen Gewalten schützt, sondern auch eine hier einschlägige Verantwortungskomponente, die es dem Deutschen Bundestag untersagt, sich seiner Funktionen im demokratischen Rechtsstaat zu entledigen.

Diese Verantwortungskomponente hat das Bundesverfassungsgericht bislang primär im Kontext der Übertragung von Hoheitsrechten auf die europäische Union profiliert. Es sieht Entscheidungen über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand als grundlegend für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat an, weshalb der Deutsche Bundestag „dem Volk gegenüber verantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entscheiden“ müsse. Das Bundesverfassungsgericht möchte damit auch die „demokratischen Einflussmöglichkeiten“⁵⁷ des Einzelnen sichern und sieht daher das individuelle Wahlrecht (Art. 38 Abs. 1. S. 1 GG) verletzt,

„wenn sich der Deutsche Bundestag seiner parlamentarischen Haushaltsverantwortung dadurch entäußert, dass er oder zukünftige Bundestage das Budgetrecht nicht mehr in eigener Verantwortung ausüben können.“⁵⁸

Daher dürfe

„der Deutsche Bundestag seine Budgetverantwortung nicht durch unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure übertragen. Insbeson-

⁵⁶ BVerfGE 34, 52 (59f.); Hervorhebung nur hier.

⁵⁷ BVerfGE 142, 123 (193).

⁵⁸ Dieses und das vorstehende Zitat aus BVerfGE 129, 124 (177); daran anschließend BVerfGE 132, 195 (240ff.); 135, 317 (400ff.); 142, 123 (193ff.).

dere darf er sich, auch durch Gesetz, keinen finanzwirksamen Mechanismen ausliefern, die -- sei es aufgrund ihrer Gesamtkonzeption, sei es aufgrund einer Gesamtwürdigung der Einzelmaßnahmen -- zu nicht überschaubaren haushaltsbedeutsamen Belastungen ohne vorherige konstitutive Zustimmung führen können, seien es Ausgaben oder Einnahmeausfälle. Dieses Verbot der Entäußerung der Budgetverantwortung beschränkt nicht etwa unzulässig die Haushaltskompetenz des Gesetzgebers, sondern zielt gerade auf deren Bewahrung.“⁵⁹

Später hat das Bundesverfassungsgericht die Budgetverantwortung zu einer generellen Integrationsverantwortung des Deutschen Bundestags (und anderer oberster Staatsorgane) weiterentwickelt. Diese hat vor allem eine begrenzende Funktion im Hinblick auf die Befugnis des Deutschen Bundestages, Hoheitsrechte auf die Europäische Union zu übertragen.⁶⁰

Zwar ist diese Rechtsprechung in den Einzelheiten durchaus angreifbar. Aber die Konstruktion einer aus dem Demokratieprinzip ableitbaren Pflicht des Deutschen Bundestages zur Wahrnehmung seiner Funktionen und eines daraus abgeleiteten Entäußerungsverbots lässt sich auf die oben referierte gefestigte Rechtsprechung zu den Grenzen der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Exekutive zurückführen. Aus dem demokratisch wie rechtsstaatlich fundierten Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG) folgt, dass der Deutsche Bundestag die ihm im gewaltenteilten Verfassungsstaat zugewiesenen Kompetenzen nicht nur wahrnehmen kann, sondern wegen seiner Schlüsselstellung in der parlamentarischen Demokratie auch wahrnehmen muss. Die Grenzen der zulässigen Entäußerung von Entscheidungskompetenzen sind naturgemäß nicht exakt zu bestimmen. Die Ermächtigung zu exekutiver Rechtsetzung ist ja nicht per se rechtfertigungsbedürftig. Sie wird es aber, wenn sie eine derart weitreichende und kaum legislativ programmierte Gewaltenverschiebung bewirkt. Die „Grenzen dieser übertragenen Kompetenzen“⁶¹ sind dann nicht mehr markierbar.

Wenn man diese Verschiebung nicht mit guten Gründen ohnehin für verfassungsrechtlich hält, wird man aber zumindest eine Begründungs- und Überprüfungspflicht zu bejahen haben, an die umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je schwächer die parlamentsgesetzliche Programmierung ist und je weitreichender die eigenständigen Entscheidungsbefugnisse der Exekutive ausgestaltet sind. Die Begründungs- und Überprüfungspflicht verdichtet sich in einer

⁵⁹ BVerfGE 129, 124 (179).

⁶⁰ BVerfGE 146, 216 (250f.).

⁶¹ BVerfGE 34, 52 (59f.).

unmittelbar aus dem Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG) folgenden Rückholpflicht, wenn es keine auch verfassungsrechtlich gewichtigen Gründe mehr für die Verschiebung der horizontalen Gewaltenbalance gibt.

3. Folgerungen

Der Deutsche Bundestag hat aufgrund des getroffenen Feststellungsbeschlusses nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG eine verfassungsrechtliche Garantenpflicht, die Aufrechterhaltung des Beschlusses einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ in engen Abständen zu überprüfen und die Notwendigkeit ihrer Aufrechterhaltung fortdauernd zu begründen. Erlaubt die tatsächliche Lage eine solche Einschätzung nicht mehr, muss er seiner verfassungsrechtlichen Rückholverantwortung gerecht werden.

Bislang hat eine solche Prüfung, soweit ersichtlich, noch nicht stattgefunden. Es wird offenbar davon ausgegangen, es sei zulässig, den Feststellungsbeschluss so lange aufrechtzuerhalten, bis § 5 Abs. 1 und 2 IfSG am 31.03.2021 wieder außer Kraft tritt. Eine solche Strategie läuft aber Gefahr, eine verfassungsrechtlich prekäre Verschiebung der Gewaltenbalance zu perpetuieren. Es ist ja nicht auszuschließen, dass sich das spätwinterliche Infektionsgeschehen im Februar und März 2021 genauso zuspitzt wie das im Februar und März 2020 der Fall war. Dann müsste – wenn man der bisherigen Logik folgt – nicht nur der zeitliche Anwendungsbereich von § 5 Abs. 1 und 2 IfSG bis vermutlich in die nächste Legislaturperiode hinein verlängert werden, sondern könnte auch der Feststellungsbeschluss nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG nicht mehr aufgehoben werden, wenn man nicht kontrafaktisch eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ verneinen wollte. In dieser Zeit könnten immer neue Rechtsverordnungen erlassen werden, die die Gewichte von der „Hauptgesetzgebung“ weiter zur „Nebengesetzgebung“ verlagern.

Vor dem Hintergrund dieser drohenden Verstetigungseffekte stellt sich auch die Frage, welches Regelungsregime nach dem 31.3.2021 gelten soll. Bislang ist vorgesehen, dass § 5 Abs. 1 und 2 IfSG entfallen, d. h. es würde für den Fall einer neuerlichen Epidemie überhaupt keine Rechtsgrundlage für Akutmaßnahmen mehr geben. Es ist daher davon auszugehen, dass die Mehrheit des Deutschen Bundestages im Laufe des Herbst und Winter 2020/21 Regelungen schaffen wird, die § 5 Abs. 1 und 2 IfSG jedenfalls nicht unähnlich sind. Um dieser Perspektive eines höchst fragwürdigen, dauerhaften Ausnahmezustands etwas entgegenzusetzen, ist der

Deutscher Bundestag zum jetzigen Zeitpunkt, da sich die Infektionszahlen seit Anfang April 2020 (also seit nunmehr 10 Wochen) kontinuierlich nach unten entwickeln, verpflichtet, den Fortbestand dieser Lage unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verwerfungen zunächst einmal zu diskutieren und zu überprüfen. Will er nach einer Prüfung trotz der positiven Entwicklung der Infektionszahlen an dem Beschluss nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG festhalten, obliegen ihm aus den genannten verfassungsrechtlichen Gründen erhebliche Begründungsanforderungen:

- (1) Insoweit geht es zunächst um die Konsistenz des gesamten Regelwerks der Coronakrise: Wenn der Deutsche Bundestag auf der einen Seite die in den Ländern beschlossenen, weitreichenden Aufhebungen der Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen grundsätzlich billigen sollte (wovon auszugehen ist), müsste er auf der anderen Seite erklären, wie sich diese rechtfertigen lassen, wenn nach wie vor eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ bestehen sollte. Tatsächlich erscheint der Beschluss vor dem Hintergrund der Entwicklung des Infektionsgeschehens⁶² derzeit geradezu anachronistisch.
- (2) Der Deutsche Bundestag müsste ferner begründen, zur Erreichung welcher Ziele der Beschluss aufrechterhalten werden muss. Dieser ist ja nur erforderlich, um das Bundesministerium für Gesundheit in die Lage zu versetzen, gesetzesvertretende Rechtsverordnungen zu erlassen. Rechtsverordnungen dienen dazu, die Legislative zu entlasten;⁶³ sie gelten als flexibler als die langwierige parlamentarische Gesetzgebung.⁶⁴ Ob das tatsächlich zutrifft, ist durchaus zweifelhaft.⁶⁵ Immerhin ist das (Erste) „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ innerhalb weniger Tage entworfen und beschlossen worden. Das wirft die Frage auf, warum der parlamentarische Gesetzgeber die Regelungen, zu denen er jetzt in § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 3-4, 7-10 IfSG ermächtigt, nicht auch selbst erlassen könnte. Es wäre ohne weiteres möglich, das derzeit in den Rechtsverordnungen geregelte „Corona-Ausnahmeregime“ in die konkreten Normen der Gesundheitsgesetze zu überführen. Das würde nicht nur die demokratische Legitimation dieser

⁶² Dazu bereits oben II. 1. a).

⁶³ *Fritz Ossenbühl*, Rechtsverordnung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 2.

⁶⁴ Dazu im Kontext der Bekämpfung von Pandemien *Anika Klafki*, *Risiko und Recht*, 2017, S. 75.

⁶⁵ *Christoph Möllers*, *Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus*, *VerfBlog*, 2020/3/26, <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>.

Regelungen stärken, sondern wäre auch ein Beitrag zur Wiederherstellung rechtsstaatlicher Normenklarheit.

Insgesamt zeigt sich damit, dass der Beschluss nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG den strengen verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen nicht mehr gerecht wird. Er muss daher nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG aufgehoben werden. Das hindert den Deutschen Bundestag nicht daran, hinreichend bestimmte Rechtsverordnungsermächtigungen zu erlassen, die dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG entsprechen. Ebenso selbstverständlich kann er erneut einen Beschluss nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG fällen, wenn sich das Infektionsgeschehen entsprechend negativ entwickeln sollte. Mit dem neuen § 126a GeschO-BT, der den Deutschen Bundestag abweichend von § 45 Abs. 1 GeschO-BT schon für beschlussfähig erklärt, wenn ein Viertel der Mitglieder anwesend ist,⁶⁶ hat er die Voraussetzungen für seine Arbeitsfähigkeit auch unter den Bedingungen einer epidemischen Lage geschaffen. Selbst dann wird er aber vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit der ministeriellen Nebengesetzgebung zu prüfen haben, ob er nicht selbst in der Lage ist, die notwendigen Regelungen zu erlassen.

III. Auswirkungen eines Verstoßes gegen § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG

Wenn der Deutsche Bundestag es unterlassen sollte, die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder aufzuheben, obwohl ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, verstößt er nicht nur gegen § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG, sondern auch gegen seine unmittelbar aus dem Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG) folgende Rückholpflicht. Es stellt sich abschließend die Frage, welche verfassungsprozessualen Rechte Abgeordnete bzw. Fraktionen des Deutschen Bundestages haben, eine solche Pflichtverletzung ggfs. verfassungsgerichtlich feststellen zu lassen (dazu 1.). Zweitens fragt es sich, welche Auswirkungen es auf den Bestand erlassener Rechtsverordnungen hätte, wenn der Beschluss nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG entgegen der diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Verpflichtung nicht aufgehoben werden würde (2.):

1. Organstreitverfahren, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Abs. 1 Nr. 5, 63ff. BVerfGG

Sollte der Deutsche Bundestag den Beschluss nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG in seiner folgenden Sitzung nicht fällen, können Fraktionen und einzelne Abgeordnete ein Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Abs. 1 Nr. 5, 63ff. BVerfGG)

⁶⁶ Dazu BT-Drucks. 19/18126, S. 5.

einleiten. Wenn der Antrag für zulässig und begründet erklärt werden sollte, stellt das Bundesverfassungsgericht fest, ob ein Verstoß gegen das Grundgesetz vorliegt (§ 67 S. 1 BVerfGG), d. h. eine Kassation der Maßnahme⁶⁷ oder der Ausspruch einer konkreten Verpflichtung des Antragsgegners⁶⁸ kommen nicht in Betracht.

a) Parteifähigkeit

Sowohl einzelne Bundestagsabgeordnete als auch eine Fraktion des Deutschen Bundestages sind im Organstreitverfahren parteifähig.

Abgeordneten des Deutschen Bundestages kommt gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ein eigener verfassungsrechtlicher Status zu, den sie im Organstreitverfahren als „andere Beteiligte“ im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG verteidigen können.⁶⁹ Fraktionen behandelt das Bundesverfassungsgericht hingegen als „mit eigenen Rechten ausgestatteter Teile“ (§ 63 BVerfGG) des obersten Bundesorgans Bundestag als parteifähig.⁷⁰ Diese Unterscheidung ist wichtig, weil sie es Fraktionen anders als einzelnen Abgeordneten ermöglicht, auch Rechte und Pflichten des Bundestages selbst geltend zu machen.⁷¹

Als Antragsgegner ist der Deutsche Bundestag nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG parteifähig.

b) Antragsgegenstand

Nach § 64 Abs. 1 BVerfGG kann Antragsgegenstand im Organstreitverfahren sowohl eine Maßnahme als auch ein Unterlassen sein.

„Als rechtserhebliche Maßnahme kommt jedes Verhalten des Antragsgegners in Betracht, das geeignet ist, die Rechtsstellung des Antragstellers zu beeinträchtigen. Maßnahme im Sinne des § 64 Abs. 1 BVerfGG kann nicht nur ein punktueller Einzelakt [...], sondern auch der Erlass eines Gesetzes [...] oder die Mitwirkung an einem Normsetzungsakt sein.“⁷² Auch konkrete rechtserhebliche Unterlassungen kommen als Antragsgegenstände in Betracht.⁷³ So hat das

⁶⁷ BVerfGE 20, 119 (139).

⁶⁸ BVerfGE 124, 161 (188).

⁶⁹ BVerfGE 147, 50 (117f.).

⁷⁰ BVerfGE 147, 50 (118).

⁷¹ Dazu näher unten c).

⁷² BVerfGE 118, 277 (317).

⁷³ BVerfGE 12, 135 (150f.); 142, 25 (47).

Bundesverfassungsgericht beispielsweise die Ablehnung von Oppositions- bzw. Minderheitsrechte betreffenden Gesetzentwürfen durch die jeweilige Parlamentsmehrheit als statthaften Antragsgegenstand angesehen, ohne abschließend darüber zu entscheiden, ob ein bloßes Untätigwerden des Gesetzgebers Gegenstand eines Organstreitverfahrens sein kann. Diese Frage konnte offen bleiben, weil das Bundesverfassungsgericht es schon nicht mehr als schlichtes Unterlassen des Gesetzgebers ansieht, wenn dieser sich inhaltlich mit dem Gesetzentwurf befasst und ihn daraufhin abgelehnt hat.⁷⁴ Rechtserheblich war etwa auch die Ablehnung einer auch verfassungsrechtlich begründbaren Unterrichtung des Bundestages in Angelegenheiten der Europäischen Union.⁷⁵

Antragsgegenstand wäre vorliegend eine Weigerung des Deutschen Bundestages, den Beschluss vom 25.03.2020 über die Feststellung einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ wieder aufzuheben. Dieser Gegenstand ergäbe sich mit hinreichender Konkretetheit bereits aus dem entsprechenden Entschließungsantrag der Fraktion der Freien Demokraten und einer sich daran anschließenden Debatte. Prozessual würde es sich bei einer Weigerung des Deutschen Bundestages daher nicht mehr nur um ein schlichtes Unterlassen handeln.

c) Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis setzt nach § 64 Abs. 1 BVerfGG die Möglichkeit einer konkreten Rechtsverletzung (§ 64 Abs. 1 BVerfGG) voraus.⁷⁶ Es muss sich um die mögliche Verletzung einer verfassungsrechtlichen Rechtsposition handeln. Eine Verletzung von § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG allein begründet also die Antragsbefugnis nicht; vielmehr muss in der Weigerung, die Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ aufzuheben, zugleich eine Verletzung verfassungsrechtlicher Organrechte liegen. Insoweit ist zu unterscheiden ist zwischen den einzelnen Abgeordneten (dazu aa)), die sich auf ihre aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ableitbaren Teilhaberechte an der Gesetzgebung berufen können, und den Fraktionen (bb)), die einen Verstoß des Deutschen Bundestags gegen die oben⁷⁷ begründete verfassungsrechtliche Rückholpflicht geltend machen können:

⁷⁴ BVerfGE 120, 82 (97); 142, 25 (47f.).

⁷⁵ BVerfGE 131, 152 (191).

⁷⁶ Klaus Schlaich/Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 11. Aufl. 2018, Rn. 94; Andreas Voßkuhle, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 108.

⁷⁷ II. 2. b) und 3.

aa) Abgeordnete

Abgeordnete des Deutschen Bundestages sind als „andere Beteiligte“ i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG beteiligtenfähig und können daher nur die eigenen Rechte und nicht auch diejenigen des gesamten Organs „Bundestag“ geltend machen.⁷⁸

Diese Beschränkung der Antragsbefugnis von Abgeordneten auf die Geltendmachung eigener Rechte wird im Schrifttum zwar kritisiert.⁷⁹ Allerdings liegen die Positionen möglicherweise gar nicht so weit auseinander. Denn wenn das Bundesverfassungsgericht die Antragsbefugnis der Abgeordneten aus dessen in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gewährleisteten parlamentarischen Rechten ableitet, argumentiert es, dass der „Status des einzelnen Abgeordneten notwendigerweise Anteil“ an den Gewährleistungen habe, die den Bundestag als Gesamtorgan schützen. Daher haben Abgeordnete etwa ein aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ableitbares Recht darauf, dass die Legislaturperiode des Bundestages (Art. 39 GG) eingehalten wird.⁸⁰ Ebenfalls auf ein eigenes Recht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG können sie sich gegen die Übertragung der Gesetzgebungsbefugnisse des Bundestages auf einen Ausschuss berufen.⁸¹ In beiden Fällen wird also die eigene Rechtsposition der Abgeordneten aus den verfassungsrechtlichen Funktionen des Bundestages und dem darauf bezogenen Teilhaberecht jedes einzelnen Abgeordneten abgeleitet.

Entsprechend ließe sich hier argumentieren. Eine über den Feststellungsbeschluss nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG bewirkte Verlagerung von Gesetzgebungsbefugnissen auf die Exekutive durch § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG nimmt den Abgeordneten das Recht auf Teilhabe an der parlamentarischen Gesetzgebung. Die Dimension des Eingriffs in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG wird besonders deutlich, wenn man sich vorstellt, dass die Mehrheit des Deutschen Bundestages beschließt, § 5 Abs. 1 und 2 IfSG und den Feststellungsbeschluss zur „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ über den 31. 3. 2020 hinaus zu verlängern – ein angesichts der Unsicherheiten über die Entwicklung des Infektionsgeschehens im kommenden Winter nicht vollkommen unrealistische

⁷⁸ BVerfGE 90, 286 /343f.); 117, 359 (367f.).

⁷⁹ Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 94; Andreas Voßkuhle, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 110.

⁸⁰ BVerfGE 62, 1 (32).

⁸¹ BVerfGE 2, 143 (166); bestätigt durch BVerfGE 90, 286 (343).

Perspektive. Vorstellbar wäre es auch, dass zu den bisherigen Rechtsverordnungsermächtigungen noch weitere hinzukommen, auch außerhalb des Gesundheitsrechts. Die die Bundesregierung tragende Mehrheit des Deutschen Bundestages hätte es dann in der Hand, die den Minderheitsfraktionen angehörenden Abgeordneten weitgehend und langfristig von der Teilhabe an der die Coronakrise bewältigenden Gesetzgebung auszuschließen und die „Nebengesetzgebung“ durch das von der Parlamentsmehrheit getragene Ministerium über die Mehrheitsfraktionen zu steuern. Für die Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages ist aber eine funktionsfähige Opposition, die ihre Rechts ggfs. auch verfassungsgerichtlich geltend machen kann, unerlässlich.⁸² Die aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ableitbaren parlamentarischen Teilhaberechte begründen daher hier die Antragsbefugnis.

bb) Fraktionen

Die Fraktionen leiten ihre Parteifähigkeit daraus ab, dass sie ein mit eigenen Rechten ausgestatteter Teil des obersten Bundesorgans „Bundestag“ sind (§ 63 BVerfGG).⁸³ Sie können daher neben eigenen Rechten (insbesondere aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG⁸⁴) grundsätzlich auch die Rechte des Bundestages in Prozessstandschaft für diesen geltend machen:

„Vor dem Hintergrund der weitgehenden Übereinstimmung von Regierung und der sie tragenden Parlamentsmehrheit im parlamentarischen Regierungssystem soll die Öffnung des Organstreits für andere Beteiligte als die obersten Bundesorgane nach der Vorstellung des Parlamentarischen Rates vor allem dazu dienen, Oppositionsfraktionen und damit der organisierten parlamentarischen Minderheit als dem Gegenspieler der Regierungsmehrheit den Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht zu eröffnen, um somit die tatsächliche Geltendmachung der dem Parlament im Verfassungsgefüge zukommenden Rechte zu ermöglichen.“⁸⁵

Die Antragsbefugnis der Fraktionen besteht nicht nur im Hinblick auf Rechte des Bundestages im Verhältnis zu anderen obersten Bundesorganen, sondern „auch gegenüber dem Parlament selbst“⁸⁶, wenn dieses nach Ansicht der Antrag stellenden Fraktion pflichtwidrig auf seine verfassungsrechtliche Funktion als Gesetzgeber verzichtet:

„Die in § 64 Abs. 1 BVerfGG vorgesehene Prozessstandschaft stellt den Organstreit in die Wirklichkeit des politischen Kräftespiels, in der sich Gewaltenteilung über die klassische Gegenüberstellung der geschlossenen Gewaltträger hinaus in erster

⁸² In diesem Sinne auch BVerfGE 142, 25 (50).

⁸³ S. oben a).

⁸⁴ Dazu bereits aa).

⁸⁵ BVerfGE 142, 25 (49).

⁸⁶ BVerfGE 134, 366 (397).

Linie in der Einrichtung von Minderheitenrechten verwirklicht. Daher liegen Sinn und Zweck der Prozessstandschaft darin, der Parlamentsminderheit die Befugnis zur Geltendmachung der Rechte des Bundestages nicht nur dann zu erhalten, wenn dieser seine Rechte, vor allem im Verhältnis zu der von ihm getragenen Bundesregierung, nicht wahrnehmen will [...], sondern auch dann, wenn die Parlamentsminderheit Rechte des Bundestages gegen die die Bundesregierung politisch stützende Parlamentsmehrheit geltend macht.“⁸⁷

Eine Fraktion des Deutschen Bundestages könnte daher die mögliche Weigerung der Mehrheit des Deutschen Bundestages, den Feststellungsbeschluss aufzuheben, als Verletzung der „Organrechte“⁸⁸ des Deutschen Bundestages im Verhältnis zur Bundesregierung rügen. Zur Begründung kann sie anführen, dass sich der Deutsche Bundestag mit der Aufrechterhaltung dieses Beschlusses seiner verfassungsrechtlichen Pflicht zur gesundheitsrechtlichen Gesetzgebung zur Bewältigung der Coronakrise entledigt und damit eine substantielle Verschiebung der Gewaltenbalance zwischen Parlament und Regierung bewirkt. Ebenso wie sie ihre Antragsbefugnis auf die Behauptung stützen kann, dass der Bundestag seiner europarechtlichen Integrationsverantwortung nicht gerecht wird,⁸⁹ kann sie hier geltend machen, dass der Deutsche Bundestag seine aus dem Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) folgende Funktion als parlamentarischer Gesetzgeber nicht wahrnimmt und damit gegen seine verfassungsrechtlich fundierte Rückholpflicht⁹⁰ verstößt.

d) Antragsfrist

Der Antrag im Organstreitverfahren muss gemäß § 64 Abs. 3 BVerfGG binnen sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung dem Antragsteller bekannt geworden ist, gestellt werden. Die Frist beginnt also von dem Zeitpunkt an zu laufen, in dem sich der Deutsche Bundestag endgültig weigert, die Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ aufzuheben.

2. Auswirkungen auf bereits erlassene Rechtsakte

Gemäß 5 Abs. 4 S. 1 IfSG tritt eine auf Grund von § 5 Abs. 2 IfSG erlassene Rechtsverordnung mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite außer Kraft,

⁸⁷ BVerfGE 142, 25 (50).

⁸⁸ BVerfGE 126, 55 (65).

⁸⁹ So explizit BVerfGE 134, 366 (398).

⁹⁰ Zu dieser oben II 2. b) und 3.

ansonsten spätestens mit Ablauf des 31.03.2020. Anordnungen gelten unter den gleichen Voraussetzungen als aufgehoben (§ 5 Abs. 4 S. 3 IfSG). Es stellt sich allerdings bereits zum aktuellen Zeitpunkt die Frage, ob die rechts-/verfassungswidrige Weigerung des deutschen Bundestages, die epidemische Lage von nationaler Tragweite wieder aufzuheben, Auswirkungen auf den Bestand bzw. die Rechtmäßigkeit bereits erlassener Anordnungen und Rechtsverordnungen hat. Diese Frage wird in § 5 Abs. 4 IfSG nicht geregelt und ist daher nach allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen zu beantworten.

a) Anordnungen, § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 und 6 IfSG

Bei den auf § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 und 6 IfSG zu stützenden Anordnungen handelt es sich um Verwaltungsakte in Gestalt von Allgemeinverfügungen (§ 35 S. 2 VwVfG). Ein Verwaltungsakt bleibt nach § 43 Abs. 2 VwVfG wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist. Auch eine nachträgliche Änderung der für den Erlass des Verwaltungsakts maßgeblichen Sach- oder Rechtslage lässt die Wirksamkeit des Verwaltungsakts grundsätzlich unberührt. Das folgt nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts aus § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG:

„Hat danach die Behörde auf Antrag des Betroffenen über die Aufhebung oder Änderung eines unanfechtbaren Verwaltungsakts zu entscheiden, wenn sich die dem Verwaltungsakt zu Grunde liegende Sach- oder Rechtslage nachträglich zu Gunsten des Betroffenen geändert hat, können geänderte Umstände nur dann unmittelbar zum Wirksamkeitsverlust des Verwaltungsakts führen, wenn sie ihn ausnahmsweise gegenstandslos machen.“⁹¹

Daraus folgt, dass Anordnungen grundsätzlich wirksam bleiben, auch wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage weggefallen sind. Etwas anderes würde nur für den Fall der Nichtigkeit gelten (§ 44 Abs. 1, 2 VwVfG), die hier aber nicht ersichtlich ist.

Die Anordnungen werden vor dem 31.03.2021 nur rechtsunwirksam, wenn sie nach § 49 Abs. 1 VwVfG widerrufen werden sollten. Der Widerruf eines belastenden Verwaltungsaktes steht danach zwar grundsätzlich im Ermessen der erlassenden Behörde, hier also des Bundesministeriums für Gesundheit. Allerdings wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum allgemein davon ausgegangen, dass sich das Ermessen auf Null reduziert und daher ein Anspruch auf Widerruf besteht, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse geändert haben und

⁹¹ BVerwG, NVwZ 2012, 1547 (1549).

der Verwaltungsakt daher nicht mehr erlassen werden dürfte.⁹² Das Problem stellt sich insbesondere bei Dauerverwaltungsakten, deren Rechtsgrundlage entfallen ist, aber auch, wenn die Rechtsgrundlage zwar noch existiert, aber ihre tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.

Es ist allerdings fraglich, ob es insoweit auf den Feststellungsbeschluss ankommt oder auf das Vorliegen einer „epidemische Lage von nationaler Tragweite“: Man könnte in einem formellen Sinne auf den Feststellungsbeschluss abstellen und argumentieren, dass dieser konstitutiv für die Auslösung der Anordnungsbefugnisse in § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 und 6 IfSG ist; dieser würde aber im Falle einer hier unterstellten Weigerung des Deutschen Bundestages, diesen aufzuheben, nach wie vor existieren, so dass sich die rechtlichen Voraussetzungen (= Feststellungsbeschluss) nicht geändert hätten. Wenn man hingegen als maßgeblichen Bezugspunkt das materiell-rechtliche Vorliegen einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ wählte, dann hat sich die tatsächliche Situation grundlegend geändert, weil diese Lage so derzeit nicht mehr existiert. Für Letzteres spräche, dass § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG nicht auf den Feststellungsbeschluss, sondern auf die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ abstellt, es sich also um konstitutiv zu prüfende Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage handelt. Im Rahmen einer auf Aufhebung von Anordnungen gerichteten Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) müsste also das angerufene Verwaltungsgericht prüfen, ob diese Lage noch vorliegt. Auch das würde allerdings nicht zwingend in eine Verpflichtung münden, die Anordnung nach § 49 Abs. 1 VwVfG zu widerrufen, wenn der Erlass der Anordnung auch unabhängig von dieser Lage rechtmäßig wäre.

b) Rechtsverordnungen, § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 3-4, 7-10 IfSG

Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass das nachträgliche Erlöschen oder die nachträgliche Änderung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage keinen Einfluss auf den Bestand der auf ihr beruhenden Rechtsverordnung haben.⁹³ Im Schrifttum wird dem teilweise entgegengehalten, dass Gesetz und Rechtsverordnung eine funktionale und normative Einheit

⁹² Vgl. etwa *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 11 Rn. 77; *Matthias Ruffert*, in: Dirk Ehlers/Hermann Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 25 Rn. 4; *Michael Sachs*, in: Paul Stelkens/Heinz-Joachim Bonk/Michael Sachs/Heribert Schmitz (Begr./Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018, § 49 Rn. 26.

⁹³ BVerfGE 9, 3 (12); vgl. auch BVerfGE 78, 179 (198).

bildeten und daher das gleiche rechtliche Schicksal teilten.⁹⁴ Allerdings sind auch die Kritiker der Rechtsprechung der Auffassung, dass eine Rechtsverordnung grundsätzlich in Kraft bleibt, wenn sich lediglich die tatsächlichen Voraussetzungen geändert haben, die gesetzliche Ermächtigung selbst aber in Kraft geblieben ist; es wird dann allerdings eine Aufhebungspflicht postuliert.⁹⁵

Hinsichtlich des Rechtsschutzes ist zu differenzieren:⁹⁶ Ergeht auf der Grundlage der Rechtsverordnung ein belastender Verwaltungsakt, kann gegen diesen Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) erhoben werden; in diesem Rahmen kann dann inzident geprüft werden, ob die Rechtsverordnung hätte aufgehoben werden müssen. Unmittelbar gegen die Rechtsverordnung kann nur im Wege der Feststellungsklage (§ 43 Abs.1 VwGO) vorgegangen werden; eine Normenkontrolle nach § 47 VwGO kommt nämlich bei Rechtsverordnungen des Bundes nicht in Betracht.

⁹⁴ *Michael Nierhaus*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 80 [1998] Rn. 398; *Fritz Ossenbühl*, Rechtsverordnung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 77. Kritisch auch *Bodo Pieroth*, in: Hans D. Jarass, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 21.

⁹⁵ *Michael Nierhaus*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 80 [1998] Rn. 399; *Fritz Ossenbühl*, Rechtsverordnung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 77.

⁹⁶ BVerfGE 115, 81 (92f.).

C. Ergebnisse

- 1.** Die Feststellung einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG setzt eine systemische Gefahr für die „öffentliche Gesundheit“, d. h. für die Gesundheitsinfrastrukturen und damit für die Versorgung der Bevölkerung voraus. Regelungsgegenstand von § 5 Abs. 1 IfSG ist hingegen nicht die individuelle Gesundheitsgefahr. Die Voraussetzung einer Gefährdung der „öffentlichen Gesundheit“ war zum Zeitpunkt des Feststellungsbeschlusses des Deutschen Bundestages am 25.03.2020 gegeben.
- 2.** Der Feststellungsbeschluss muss nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG wieder aufgehoben werden, wenn seine tatsächlichen Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.
 - a)** Das Coronavirus kann zwar für die individuelle Gesundheit nach wie vor sehr gefährlich sein, insbesondere für Risikogruppen. Ausweislich der Risikoeinschätzung des Robert-Koch-Instituts besteht aber derzeit keine systemische Gefährdung der „öffentlichen Gesundheit“, die Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Feststellungsbeschlusses ist. Da § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG die Aufhebung des Feststellungsbeschlusses bei Wegfallen seiner Voraussetzungen nicht in das Ermessen des Deutschen Bundestages stellt, folgt schon aus dem einfachen Recht eine Aufhebungspflicht.
 - b)** Aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Implikationen besteht für den Feststellungsbeschluss nicht der politische Einschätzungsspielraum, den schlichte Bundestagsbeschlüsse üblicherweise beanspruchen können. Die durch den Feststellungsbeschluss ausgelöste Ermächtigung des Bundesministeriums für Gesundheit, in Rechtsverordnungen „Ausnahmen“ und „Abweichungen“ von nicht näher eingegrenzten Parliamentsgesetzen vorzusehen, verschiebt nicht nur die vertikale Gewaltenbalance im Verhältnis zur Landesverwaltung, sondern auch die horizontale Gewaltenteilung zu Lasten der Legislative. Zwar lässt Art. 80 Abs. 1 GG sog. gesetzesvertretende Verordnungen zu, wenn das ermächtigende Gesetz die Normen benennt, von denen abgewichen werden darf. Eine Blankovollmacht für weite Teile der Gesundheitsgesetzgebung, wie sie § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG ausstellt, ist aber verfassungsrechtlich problematisch. Die bereits erlassenen Rechtsverordnungen belegen die Gefahr einer „Nebengesetzgebung“, die die „Hautgesetzgebung“ durch Parliamentsgesetze derogiert, ohne dass sich

das aus diesen selbst entnehmen lässt. Das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) ist in seinen Fundamenten betroffen, wenn abgeleitete Gesetzgebung nicht mehr auf ein hinreichend bestimmtes Parlamentsgesetz zurückgeführt werden kann und Normunterworfenen sich nicht mehr mit hinreichender Klarheit erkennen können, ob das im Parlamentsgesetz Geregelte auch tatsächlich gilt.

c) Das Gewaltenteilungsprinzip schützt die einzelnen Gewalten nicht nur vor dem Zugriff durch andere Gewalten, sondern verpflichtet sie auch, ihre verfassungsrechtlich zugewiesenen Funktionen wahrzunehmen. Der Deutsche Bundestag ist daher gehalten, seine Funktion als Legislativorgan auch tatsächlich wahrzunehmen. Im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der Gewaltenbalance verschiebenden Feststellungsbeschlusses (§ 5 Abs. 1 S. 1 IfSG) obliegt ihm daher eine zeitlich engmaschige Überprüfungs- und Begründungspflicht. Diese stellt sicher, dass nicht Gewöhnungs- und Versteigerungseffekte eintreten und sich die Gewichte zwischen der „Hauptgesetzgebung“ und der „Nebengesetzgebung“ durch immer neue Rechtsverordnungen mit immer neuen „Ausnahmen und „Abweichungen“ noch weiter verschieben. Die Überprüfungs- und Begründungspflicht kann sich in einer Rückholpflicht verdichten, wenn es keine gewichtigen Gründe mehr für die ausschweifende Entledigung der Legislativfunktion gibt.

d) Die zügige Verabschiedung des ersten Bevölkerungsschutzgesetzes zeigt die Flexibilität auch parlamentarischer Gesetzgebung. Es wäre ohne weiteres möglich, das derzeit in den Rechtsverordnungen geregelte „Corona-Ausnahmeregime“ in die konkreten Normen der Gesundheitsgesetze zu überführen. Das würde nicht nur die demokratische Legitimation dieser Regelungen stärken, sondern wäre auch ein Beitrag zur Wiederherstellung rechtsstaatlicher Normenklarheit.

Ohnehin wäre der Deutsche Bundestag für den Fall der Aufhebung des Feststellungsbeschlusses nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG in der Lage, unverzüglich einen erneuten Beschluss zu fassen, wenn sich das Infektionsgeschehen negativ entwickeln sollte.

3. Sollte die Mehrheit der Abgeordneten des Deutschen Bundestages nicht bereit sein, den Feststellungsbeschluss über die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ aufzuheben, können sowohl Abgeordnete als auch eine Fraktion des Deutschen Bundestages ein Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13

Abs. 1 Nr. 5, 63ff. BVerfGG) mit dem Ziel anstrengen, die Verfassungswidrigkeit der Weigerung, den Feststellungsbeschluss aufzuheben, feststellen zu lassen.

4. Anordnungen und Rechtsverordnungen nach § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG bleiben auch dann rechtswirksam, wenn der Deutsche Bundestag den Feststellungsbeschluss über die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ entgegen der verfassungsrechtlichen Verpflichtung nicht aufheben sollte. Allerdings können Normadressaten die Verfassungswidrigkeit dieser Weigerung inzident vor den Verwaltungsgerichten rügen.

A handwritten signature in black ink on a light blue background. The signature is cursive and appears to read 'Thorsten Kingreen'.

Prof. Dr. Thorsten Kingreen