

**Autor:** Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas  
Mayen, Bonn/Köln

**Dokumenttyp:** Aufsatz

**Quelle:**



bereitgestellt von



Deutscher Anwaltverein

**Fundstelle:** AnwBl Online 2020, 398-403

## Der verordnete Ausnahmezustand

### Zur Verfassungsmäßigkeit der Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit nach § 5 IfSG <sup>\*</sup>

Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn/Köln

**Der Bundestag hat in der Coronakrise mit Zustimmung des Bundesrates ein umfassendes Notverordnungsrecht geschaffen. Das Bundesministerium für Gesundheit kann durch Rechtsverordnung handeln, sobald der Bundestag den Fall einer epidemischen Notlage von nationaler Tragweite festgestellt hat. Dass der neue § 5 Infektionsschutzgesetz (IfSG) mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist, arbeitet der Autor im Einzelnen heraus. Das ist bedenklich, als die Verordnungsermächtigung auch schwerwiegende Grundrechtseingriffe nicht ausschließt. Das widerspricht der Leitidee der Notstandsverfassung des Grundgesetzes.**

#### I. Einführung

„Der Ausnahmezustand enthüllt den Kern des Staates überhaupt und ist immer abhängig von der Art und Struktur des Staates.“<sup>1</sup> „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet, d.h. sowohl darüber, ob der extreme Notfall vorliegt, als auch darüber, was geschehen soll, um ihn zu beseitigen.“<sup>2</sup> Diese Sätze von Carl Schmitt sind tückisch. Denn sie dienen nur scheinbar der empirischen Bestandsaufnahme. Tatsächlich sind sie dazu gedacht, den Rechtsstaat ad absurdum zu führen: Weil der Staat im Ausnahmezustand legitimiert sei, die verfassungsmäßige Ordnung zu durchbrechen<sup>3</sup>, erweise sich in ihm die Überlegenheit der schieren staatlichen Ordnungsmacht gegenüber der verfassten Rechtsordnung. Weil aber die Ausnahme die Regel bestätige, seien auch die für den Krisenfall gedachten Notkompetenzen nicht vom „staatlichen Gesamt- und Normalzustand zu trennen“<sup>4</sup>. Was für die die außerordentliche Notlage konzipiert war, gerät Carl Schmitt so zum Normalfall. Ausgangspunkt für seine „Beweisführung“ war ihm das Notverordnungsrecht des Reichspräsidenten nach Art. 48 Abs. 2 WRV<sup>5</sup>, das – auch aufgrund zahlreicher ungeschriebener Zuständigkeiten – zu einer Entmachtung des Reichstags geführt hatte. Die fatalen Konsequenzen, die Carl Schmitt daraus zog, gingen weit über Weimar hinaus: Bei Störungen der öffentlichen Sicherheit seien Grundrechte und verfassungsmäßige Garantien als „Hindernis der staatlichen Selbstverteidigung“ und „Hemmnis politischen Handelns“ zu „suspendieren“.<sup>6</sup>

In das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland hat man erst im Jahr 1968 – nach langem Ringen – Regeln für die innere und äußere Notlage aufgenommen. Denn man wollte sich insbesondere vom Notverordnungsrecht der Weimarer Verfassung abgrenzen. Der schlussendlich geschaffenen Notstandsverfassung des Grundgesetzes liegt die bewusste Entscheidung für eine Konstitutionalisierung zugrunde. Die Verfassung gilt auch im Ausnahmezustand nicht unter Vorbehalt; auch im Krisenfall ist ihr Geltungsanspruch unbedingt. Denn eine Verfassung, „die Notzeiten nicht gehalten werden kann, verfehlt ihren Sinn“<sup>7</sup>. Auch die Notstandsverfassung ist deshalb als unmittelbar bindendes Recht angelegt.<sup>8</sup> Ungeschriebene Zuständigkeiten aus der Natur der Sache sollen bewusst vermieden werden.<sup>9</sup> Das ist die Antwort des Grundgesetzes auf die Frage

nach Art und Struktur des Staates im Ausnahmezustand.

Ob sich diese Antwort indessen bewährt, kann nur der Krisenfall weisen. Die verfassungsmäßigen Garantien des Grundgesetzes mögen rechtlich auch in der Notlage weiter gelten: Werden sie nicht beachtet, gerät auch der Verfassungsstaat faktisch unter den Vorbehalt des Ausnahmezustands. Insofern ist jeder Krisenfall eine Herausforderung, in der sich der Rechts- und Verfassungsstaat bewähren muss.

## **II. Die Corona-Pandemie als Herausforderung (auch) für den Verfassungsstaat**

Seit mit März 2020 ist es zu einer solchen Herausforderung gekommen. Seither leben wir in Deutschland aufgrund der exponentiellen Verbreitung des neuartigen hochansteckenden Corona-Virus in einem epidemischen Ausnahmezustand<sup>10</sup> – medizinisch, gesellschaftlich und wirtschaftlich, aber auch rechtlich. Ausgangs- und Kontaktsperrern, die Untersagung beruflicher Erwerbstätigkeit für große Teile der Wirtschaft, das Verbot von Versammlungen und Gottesdiensten, selbst Sterbende dürfen von ihren Angehörigen nicht besucht werden – solch rigorose Maßnahmen kannten wir bisher aus Berichten über autoritäre Staaten, aber nicht in unserem eigenen Alltag. Werden diese Maßnahmen also den Grundrechten und der Gewaltenteilung, dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes gerecht? Das ist der Maßstab, den sich der Verfassungsstaat Bundesrepublik Deutschland mit der Entscheidung für die Konstitutionalisierung der Notstandsverfassung selbst gesetzt hat.

Hier lässt eine Äußerung des Deutschen Ethikrates aufhorchen, veröffentlicht in einer Ad hoc-Empfehlung vom 27. März 2020. Darin warnt er, „nicht in ein Denken in Kategorien des Ausnahmezustands zu verfallen“. Krisen seien nicht „die Stunde der Exekutive“; die aktuellen Entscheidungen dürften „nicht an einzelne Personen oder Institutionen delegiert“, sondern müssten „von den Organen getroffen werden, die hierfür durch das Volk mandatiert sind und dementsprechend auch in politischer Verantwortung“ stünden.<sup>11</sup>

- 398 -

Mayen, AnwBl Online 2020, 398-403

- 399 -

## **III. § 5 IfSG in der Fassung des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27. März 2020**

Was Auslöser für diese ungewöhnlich deutlichen Warnungen ist, kann man nur vermuten. Auffallend ist jedenfalls das zeitliche Zusammentreffen mit dem Beschluss des Deutschen Bundestags über ein „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ (BGBl. I S. 587). Es enthält eine Reihe von Vorschriften mit verfassungsrechtlichem Bezug, so die praktisch bedeutsame, angeblich aber nur deklaratorische<sup>12</sup> Klarstellung zu § 28 Abs. 1 IfSG.<sup>13</sup> Namensgeber für das Artikel-Gesetz ist indessen der neu eingefügte § 5 IfSG. Die gewundene Formulierung von der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ kann nicht darüber hinwegtäuschen: Es handelt sich um ein Notstandsgesetz,<sup>14</sup> sein Ziel ist die Bekämpfung des „seuchenrechtlichen Notfall[s]“. <sup>15</sup>

§ 5 Abs. 2 IfSG erweitert die Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) im Krisenfall deutlich. Im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite kann das Ministerium nicht nur durch Anordnungen Bundesgesetze selbst ausführen (§ 5 Abs. 2 Nrn. 1, 2, 5 und 6 Halbs. 1 IfSG) und nachgeordnete Behörden damit beauftragen (§ 5 Abs. 2 Nr. 6 Halbs. 2 IfSG). Es ist auch ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates „Ausnahmen“ von den Vorschriften des IfSG und des AMG zuzulassen (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 und 4 IfSG) sowie Maßnahmen „in Abweichung von bestehenden gesetzlichen Vorgaben“ vorzusehen (§ 5 Abs. 2 Nrn. 7 und 8 IfSG). Zu den letztgenannten Maßnahmen zählt das Gesetz „insbesondere“ auch die Aussetzung oder Änderung bundesgesetzlicher Vorgaben (§ 5 Abs. 2 Nr. 8 lit. a IfSG) sowie die Anpassung, Ergänzung oder Aussetzung bestimmter untergesetzlicher Richtlinien und Regelungen einschließlich Vereinbarungen

und Beschlüssen der Selbstverwaltungspartner nach dem SGB V (§ 5 Abs. 2 Nr. 7 lit. a und Nr. 8 lit. a, b IfSG). Die Befugnisse differieren im Detail in Abhängigkeit von den in den Nrn. 1 bis 8 jeweils bezeichneten Anwendungsbereichen und Gesetzen. Im Ergebnis erstreckt sich die Notfallkompetenz des BMG für den Krisenfall auf nahezu alle Gesetze im Bereich des öffentlichen Gesundheitsrechts<sup>16</sup>.

Ausgelöst werden diese Befugnisse durch eine vorgeschaltete besondere Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, die der Deutsche Bundestag trifft (§ 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG). Diese Feststellung aktiviert nicht nur die Ermächtigungen nach Abs. 2, sondern soll auch den Rahmen vorgeben, in dem diese Ermächtigungen ausgeübt werden dürfen (arg. § 5 Abs. 2 Halbs. 1 IfSG).

Wäre es nach den Vorstellungen des BMG gegangen, so hätte das Ministerium auch gleich selbst die Feststellung nach § 5 Abs. 1 IfSG getroffen. Es hätte dann im Wege der Selbstermächtigung sowohl darüber entschieden, ob ein epidemischer Ausnahmezustand vorliegt, als auch darüber, was geschehen soll, um ihn zu beseitigen. Diesem Vorschlag ist der Deutsche Bundestag mit seinem Beschluss vom 25. März 2020 nicht gefolgt. Dennoch gerät auch nach der beschlossenen Fassung des § 5 IfSG der Ausnahmezustand zur Stunde der Exekutive, genauer zur Stunde des BMG. Sie stellt zwar nicht selbst den Krisenfall fest, gibt aber den rechtlichen Rahmen des Ausnahmezustands aus – und zwar durch Gesetzesvollzug im Zuständigkeitsbereich der Länder und durch Verordnungen, welche die bestehenden Gesetze verdrängen.

#### **IV. Verfassungsrechtliche Würdigung**

Ungeachtet der Änderungen zur Feststellung der epidemischen Lage hat das Gesetz ganz überwiegend – teilweise harsche – Kritik ausgelöst, die sich zunächst an den überzogenen Vorstellungen der ursprünglichen Formulierungshilfe des BMG entzündete.<sup>17</sup> Sind damit aber auch die verfassungsrechtlichen Grenzen des Staates überschritten?<sup>18</sup> Oder bewegt sich § 5 IfSG noch in dem Randbereich, der der Bekämpfung des seuchenrechtlichen Notfalls geschuldet ist?

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

Die verfassungsrechtliche Analyse legt schon bei § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG durchgreifende Schwachstellen offen. Die Vorschrift verwendet zwar eine Regelungsmechanik, die nicht nur vielen Notstandsgesetzen<sup>19</sup>, sondern auch Art. 115a GG zugrunde liegt: Durch die Feststellung einer außergewöhnlichen Gefahrenlage werden eine Reihe exekutiver Befugnisse aktiviert, die von den für die Normallage geltenden allgemeinen Regeln abweichen. Eine solche Feststellung wirkt konstitutiv<sup>20</sup>. Erst sie bewirkt etwa den Wechsel der funktionellen Zuständigkeiten der Feuerwehren im Katastrophenfall.<sup>21</sup> Im Fall des Art. 115a Abs. 1 GG begründet sie die Anwendbarkeit der für den Verteidigungsfall eröffneten besonderen Bestimmungen.<sup>22</sup> Dieser konstitutiven Bedeutung entspricht es, dass die Voraussetzungen des Verteidigungsfalles in Art. 115a Abs. 1 Satz 1 GG – ungewöhnlich genug für eine Verfassungsnorm – legaldefiniert sind.

§ 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG folgt zwar dieser Mechanik. Wie beim Verteidigungsfall wird die epidemische Lage allerdings vom Deutschen Bundestag festgestellt, was der Tatsache Rechnung trägt, dass mit der Feststellung dem BMG die Befugnis zur gesetzesändernden Verordnung zuwächst. Angesichts dieser Parallele zum Verteidigungsfall wird man nicht annehmen können, die Feststellung nach § 5 Abs. 1 Satz IfSG sei ein justizfreier Hoheitsakt<sup>23</sup>. Für die gerichtliche Zuständigkeit ist entscheidend, ob das verfassungsrechtlich geordnete Verhältnis zwischen dem Bundestag und der Bundesregierung im Streit stünde; hieran könnten Zweifel bestehen, wenn die Zustimmung des Bundestages verfassungsrechtlich nicht gefordert, sondern nur einfachgesetzlich begründet wäre.<sup>24</sup> Jedenfalls für Klagen von Privaten gegen eine Feststellung wäre § 40 VwGO eröffnet.<sup>25</sup>

Was aber sind die Voraussetzungen für die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite? Auch die

- 399 -

Mayen, AnwBl Online 2020, 398-403

- 400 -

mehrfache Lektüre des Gesetzestexts hilft nicht weiter. Das Gesetz unterstellt zwar in § 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG, dass es solche Voraussetzungen gibt, enttäuscht aber die von ihm selbst begründete Erwartung. Mit Fug und Recht wird daher gefragt, ob § 5 Abs. 1 IfSG dem Bestimmtheitsgebot genügt.<sup>26</sup> Für eine begriffliche Konkretisierung der Feststellungsvoraussetzungen kommen mehrere Ansätze in Betracht:

### **(1) die historische Lage im März 2020**

Dieser Ansatz beruft sich auf die Gesetzesbegründung. Gemeint sei daher „eine durch das neuartige Corona Virus Sars-CoV-2 verursachte bundesweite Epidemie“.<sup>27</sup> Dies überzeugt schon deshalb nicht, weil dann das Erfordernis einer eigenständigen Feststellung keinen Sinn machen würde. Was offenkundig ist, muss nicht eigens festgestellt werden.

### **(2) „Epidemische Lage von nationaler Tragweite“ als medizinischer Fachbegriff**

Dieser Ansatz gewinnt die erforderlichen Feststellungsvoraussetzungen aus dem Gegenstand der Feststellung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG. Er macht sich zunutze, dass der Begriff der epidemischen Lage von nationaler Tragweite ein medizinischer Fachbegriff ist, der aus medizinisch-fachlicher Sicht einzugrenzen wäre. Eine Epidemie ist das Auftreten einer ansteckenden Krankheit in einem bestimmten begrenzten Verbreitungsgebiet, wobei eine große Zahl von Menschen gleichzeitig befallen wird.<sup>28</sup> Eine epidemische Lage ist demzufolge ein Zustand, der durch das Auftreten einer solchen Krankheit gekennzeichnet ist. Die „nationale Tragweite“ dieser Lage macht deutlich, dass das Verbreitungsgebiet nicht nur überregional ist, sondern das gesamte Bundesgebiet.

Auch dieser Ansatz ist dem Einwand ausgesetzt, dass die Feststellung vom Deutschen Bundestag getroffen werden muss, nicht von einem Sachverständigenrat deutscher Epidemiologen. Dies spricht dafür, dass die Feststellung gerade nicht allein von medizinisch-fachlichen Voraussetzungen abhängen soll, sondern von politisch-wertenden Faktoren. Es muss sich um Faktoren von solchem Gewicht handeln, dass es gerechtfertigt erscheint, dem BMG die besonderen Befugnisse nach § 5 Abs. 2 IfSG einzuräumen. Es ist naheliegend, eine solche politisch-wertende Betrachtung keinem Expertenrat zuzuweisen, sondern dem Bundestag als dem Verfassungsorgan, in dem die vom Volk gewählten Abgeordneten vertreten sind, um dort im Wege des politischen Kompromisses Entscheidungen zu treffen.

Indessen bleibt auch hierbei offen, welche Belange in die politische Bewertung eingestellt werden dürfen und welche nicht.

### **(3) Politischer Ausgestaltungsspielraum**

Eine auf den ersten Blick naheliegende Antwort darauf führt zum dritten Konkretisierungsansatz. Danach wird die Feststellung der epidemiologischen Lage von nationaler Bedeutung dem - gesetzlich nicht konditionierten - Ausgestaltungsspielraum des Bundestags überlassen.

Allerdings vernachlässigt dies die Verpflichtung des Bundestages, nach § 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG die Feststellung nach Satz 1 wieder aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen entfallen sind. Dies setzt eine laufende Kontrolle anhand vorher feststehender transparenter Kriterien voraus. Nur wenn die Maßstabkriterien vorab feststehen, kann folgerichtig beurteilt werden, ob eine tatsächliche Veränderung der Situation eingetreten ist, die auch bezogen auf diese Kriterien relevant ist. Diese Kriterien müssen entweder leitbildhaft im Gesetz vorgegeben werden oder es muss zumindest das Verfahren für ein Monitoringsystem vorgegeben werden, anhand dessen der Bundestag seiner Beobachtungspflicht genügen soll. Der herausgehobenen Stellung des Bundestages als Verfassungsorgan widerspricht dies nicht, da auch den Gesetzgeber solche Beobachtungspflichten

treffen.<sup>29</sup>

## **2. Ermächtigung zur Gesetzesänderung durch Verordnung (§ 5 Abs. 2 Nrn. 3, 4, 7 und 8 IfSG)**

Im Zentrum der Kritik<sup>30</sup> stand bisher vor allem die Befugnis des BMG, durch Rechtsverordnung die bestehenden Gesetze im Bereich des öffentlichen Gesundheitsrechts zu ändern.<sup>31</sup>

Allerdings hat das BVerfG schon früh entschieden<sup>32</sup> und daran auch später festgehalten<sup>33</sup>, dass der Gesetzgeber den Ordnungsgeber durchaus ermächtigen darf, ein Gesetz zu ändern. Indessen müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein, die hier nicht gewahrt sind.

### **a) Rechtzeitiges Außerkrafttreten des Gesetzesrechts**

Der Vorrang des Gesetzes ist im Falle einer gesetzesändernden Verordnung nur gewahrt, wenn der Gesetzgeber neben der Verordnungsermächtigung zusätzlich sicherstellt, dass das Gesetz seine eigene Geltung auf den Zeitraum bis zu einer Regelung durch Rechtsverordnung beschränkt.<sup>34</sup> Wenn dies bedeutet, dass es zu dem Zeitpunkt außer Kraft treten muss<sup>35</sup>, zu dem die Verordnung sich Geltung beimisst, dann genügt eine nur vorläufige Aussetzung nicht, wie sie in § 5 Abs. 2 Nrn. 7 und 8 IfSG vorgesehen ist. Denn Aussetzung bedeutet nicht endgültige, sondern nur vorübergehende (auflösend bedingte oder befristete) Außerkraftsetzung des Geltungsbefehls des Gesetzes. Zwar erfüllt auch die vorübergehende Aussetzung der Geltung des Gesetzes die Funktion, den Widerspruch zwischen Gesetz und ändernder Verordnung zu vermeiden. Das verlagert indessen nur das Problem. Denn es ist zweifelhaft, ob ein Gesetz, das nur auflösend bedingt oder befristet außer Kraft gesetzt wird, noch dem Gebot der Normenklarheit genügt. Das BVerfG hat bisher das Inkrafttreten unter einer aufschiebenden Bedingung nur zugelassen, wenn der Bedingungseintritt mit großer Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann und der Bedingungseintritt deklaratorisch festgestellt wird.<sup>36</sup> Für ein auflösend bedingtes vorübergehendes Außerkrafttreten kann nichts anderes gelten. Diese Anforderungen sind hier indessen nicht erfüllt, da die Aussetzung nach § 5 Abs. 2 Nrn. 7 und 8 IfSG nicht zwingend auf die gesetzliche Höchstfrist des § 5 Abs. 4 Satz 1 IfSG, den 31. März 2021, begrenzt ist.

- 400 -

Mayen, AnwBl Online 2020, 398-403

- 401 -

### **b) Sachlicher Grund**

Es müssen ferner sachliche Gründe für das Vorgehen im Wege gesetzesändernder Verordnung bestehen.<sup>37</sup> Der Verfassungsgeber wollte sich in Art. 80 GG bewusst abgrenzen von der Praxis der Weimarer Zeit<sup>38</sup>, in der das Ordnungsrecht der Reichsregierung zu einem pauschalen Ersatzgesetzgebungsverfahren ausgeartet war, das sowohl gesetzesaufhebende als auch gesetzesändernde Verordnungen umfasste.<sup>39</sup> Durch das Erfordernis des sachlichen Grundes soll deshalb der Gefahr vorgebeugt werden, dass die Möglichkeit der gesetzesändernden Verordnung dazu genutzt werden kann, das Verhältnis von Gesetz und Verordnung umzukehren oder grundsätzlich zu verändern.<sup>40</sup>

Das Vorliegen eines Notstands ist daher für sich noch kein ausreichender sachlicher Grund, dem Ordnungsgeber die Befugnis zur Gesetzesänderung zuzuweisen. Denn dies war gerade Voraussetzung des Notverordnungsrechts nach Art. 48 Abs. 2 WRV, dessen Praxis das Grundgesetz vermeiden wollte. Ein sachlicher Grund für eine Gesetzesänderung durch Rechtsverordnung muss daher in Bezug auf die konkrete Gesetzesänderung bestehen. Das ist etwa der Fall, wenn ein dringender Handlungsbedarf besteht, der auf andere Weise als durch eine Subsidiarität des eigentlich

zuständigen Gesetzgebers nicht bewältigt werden kann.<sup>41</sup>

Das ist bei einer epidemischen Notlage nicht per se der Fall. Bundestag und Bundesrat können auch während einer epidemischen Lage von nationaler Bedeutung zusammentreten. Selbst wenn die Ansteckungsgefahr eine physische Präsenz der Abgeordneten im Parlament nicht zuließe, könnte der Gesetzgeber in Zeiten der Pandemie per Video-Konferenz handlungsfähig bleiben. Solange aber ein Gesetzgebungsverfahren wenn auch mit Abstrichen möglich bleibt, darf hierauf nicht verzichtet werden zugunsten eines Notverordnungsrechts, das der Verfassungsgeber vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit Art. 48 WRV bewusst vermeiden wollte.

### **c) Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG**

Das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gebietet, dass sich das Parlament seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern darf, indem es einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne zugleich die Grenzen dieser Kompetenzen zu bedenken und diese nach Tendenz und Programm hinreichend genau vorzugeben.<sup>42</sup>

Besondere Bedeutung hat dies, wenn der Gesetzgeber die Exekutive ermächtigt, bestehende Gesetze durch Rechtsverordnung abzuändern. Je unbestimmter das Gesetz hier ausgestaltet ist, desto größer ist die Gefahr, dass die Möglichkeit der gesetzesändernden Verordnung dazu genutzt werden kann, das Verhältnis von Gesetz und Verordnung umzukehren oder grundsätzlich zu verändern.<sup>43</sup> Lässt die gesetzliche Verordnungsermächtigung dem Ordnungsgeber mehr oder weniger freie Hand, das Gesetz abzuändern, kann der Anspruch vom Vorrang des Gesetzes nicht mehr aufrechterhalten werden, zumal der Ordnungsgeber aufgrund der Pauschalermächtigung einen zeitlichen Vorsprung hat und vollendete Tatsachen schaffen kann.<sup>44</sup> Der Gesetzgeber muss deshalb gerade bei gesetzesändernden Verordnungen in besonderer Weise darauf achten, das Geschehen in der Hand zu behalten. Keineswegs darf der Ordnungsgeber die Befugnis zur Gesetzesänderung nutzen können, um sich zugleich der Bindungen aus der Verordnungsermächtigung zu entledigen.

Deshalb muss die Gesetzesänderungsbefugnis der Regierung in Inhalt, Zweck und Ausmaß klar bestimmt sein und kanalisiert werden. Es muss nicht nur klar erkennbar sein, welchen Inhalt und Umfang die Bestimmungen der Rechtsverordnung haben, die an die Stelle des bisherigen Gesetzes treten. Es muss auch hinreichend eindeutig bestimmt sein, welche gesetzlichen Regelungen durch Verordnung abgeändert werden dürfen.

### **aa) Unbestimmtheit der zu ändernden Gesetzesbestimmungen**

§ 5 Abs. 2 IfSG wird diesen Anforderungen nicht gerecht. So umschreiben die Nrn. 7 und 8 die durch Verordnung zu ersetzenden Gesetzesvorschriften nur allgemein mit „bestehenden gesetzlichen Bestimmungen“, ohne deutlich zu machen, welche Bestimmungen gemeint sind. Dies wird auch durch die regelbeispielhafte Konkretisierung in den Buchstaben a und bzw. a bis c nicht ausreichend kompensiert.

### **bb) Unbestimmtheit der an die Stelle des Gesetzes tretenden Verordnungen**

§ 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG wiederum lässt nicht erkennen, welchen Inhalt und Zweck und welches Ausmaß die Verordnung haben soll, die an die Stelle der zu ersetzenden Bestimmungen des IfSG treten sollen.<sup>45</sup>

Der Zweck der Verordnungsermächtigung ist vage. Das Ziel, die „Abläufe im Gesundheitswesen und die Versorgung der Bevölkerung aufrecht[zuerhalten]“, ist schwerlich geeignet, die davon erfassten Gesetzesänderungsbefugnisse zu kanalisieren. Welche Abläufe sind gemeint? Und welcher Teil des Gesundheitswesens – nur die Krankenhäuser, die Intensivstationen, die Funktionen, die zur Versorgung lebensbedrohlich erkrankter Patienten aufrechterhalten werden müssen? Wie muss der Ordnungsgeber bei regionalen Unterschieden agieren? Darf er insoweit die nach § 28 IfSG bestehende Ordnungsbefugnis der zuständigen Landesbehörden außer Kraft setzen?

Nicht ansatzweise inhaltlich kanalisiert wird auch, inwieweit das BMG ermächtigt sein soll, die

bestehenden Eingriffsbefugnisse zu verschärfen. Das Gesetz unterscheidet zwischen der Zulassung von „Ausnahmen“ von den Vorschriften des IfSG und des AMG (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 und 4 IfSG) sowie dem Vorsehen von Maßnahmen „in Abweichung von bestehenden gesetzlichen Vorgaben“ (§ 5 Abs. 2 Nrn. 7 und 8 IfSG). Bei den letztgenannten Maßnahmen wiederum unterscheidet das Gesetz zwischen der Aussetzung, Änderung, Anpassung und Ergänzung (§ 5 Abs. 2 Nr. 7 lit. a und Nr. 8 lit. a, b IfSG). Nimmt man dies wörtlich, sind Verschärfungen der Eingriffstatbestände des IfSG nicht möglich, weil § 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG nur zu „Ausnahmen“ von den Vorschriften des IfSG ermächtigt, nicht zu Anpassungen Änderungen oder Ergänzungen wie in Nrn. 7 und 8.

- 401 -

Mayen, AnwBl Online 2020, 398-403

- 402 -

Ob im Gesetz zwischen diesen Termini bewusst unterschieden werden soll, ist freilich zweifelhaft. Dagegen spricht die fehlende Differenzierung in der Gesetzesbegründung. Der Zweck, die Abläufe im Gesundheitswesen aufrechtzuerhalten, gibt nahezu alles her – von der Verpflichtung gefährdeter Personen, ihre Wohnung nicht zu verlassen, über die Verpflichtung, per Tracking Apps das gesamte persönliche Bewegungs- und Kontaktprofil aufzuzeichnen, bis hin selbst zu Regelungen über eine Triage.

### **cc) Unbestimmte Gesetzeslage nach Außerkrafttreten der Verordnungen**

Schließlich ist nicht hinreichend klar erkennbar, welche Regelungen nach Aufhebung der epidemischen Notlage gelten sollen. § 5 Abs. 4 Satz 1 IfSG bestimmt hierfür, dass die Verordnung mit Aufhebung der Feststellung außer Kraft tritt. Welche Bestimmungen aber sollen dann gelten? Bedingt durch die rechtstechnische Konstruktion der gesetzesändernden Verordnung lebt das geänderte Gesetz mit dem Außerkrafttreten der Verordnung nicht automatisch wieder auf. Denn es hat sich mit dem Inkrafttreten der Rechtsverordnung ja gerade selbst aufgehoben. Es muss deshalb wieder in Kraft gesetzt werden, wenn der epidemische Notfall nicht mehr besteht.

§ 5 IfSG verhält sich dazu nicht. Eine Regelung dazu, ob nach Außerkrafttreten der Rechtsverordnungen nach Abs. 2 das ursprüngliche Gesetz wieder aufleben soll, findet sich allein, soweit in Nrn. 7 und 8 die gesetzliche Regelung ausgesetzt werden darf, unterliegt aber Bedenken hinsichtlich der Normenklarheit (oben a). Aussetzen impliziert das nur vorübergehende Außerkrafttreten des Gesetzes und sein erneutes Inkrafttreten nach Ende der Aussetzung. Für Ausnahmen und vor allem für inhaltliche Änderungen und Ergänzungen gilt dies nicht notwendig auch.

### **3. Verwaltungskompetenz des Bundes (§ 5 Abs. 2 Nrn. 1, 2, 5 und 6 IfSG)?**

§ 5 Abs. 2 Nrn. 1, 2, 5 und 6 IfSG ermächtigt das BMG zum Erlass von Anordnungen; im Falle der Nr. 6 kann das BMG eine nachgeordnete Behörde beauftragen, diese Anordnung zu treffen. Das Infektionsschutzgesetz ist indessen ein Bundesgesetz. Bundesgesetze führen die Länder gemäß Art. 83 GG als eigene Angelegenheit aus, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Das ist hier nicht der Fall.

Nicht einschlägig ist das fakultative Zugriffsrecht des Bundes nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG <sup>46</sup>; es berechtigt nicht eine oberste Bundesbehörde wie das BMG zur Gesetzesausführung. Art. 84 Abs. 5 Satz 1 GG wiederum ermächtigt nur die Bundesregierung als Kollegialorgan, nicht einzelne Minister; inhaltlich beschränkt sich die Ermächtigung auf die Erteilung von Einzelweisungen und erfasst nicht die eigenständige Gesetzesausführung.<sup>47</sup> Weder Art. 84 GG noch Art. 91 Abs. 2 Satz 1 oder 3 GG berechtigen den Bund zu Weisungen gegenüber dem BMG nachgeordneten Behörden.

Schließlich besteht auch keine ungeschriebene Verwaltungskompetenz des Bundes kraft Natur der

Sache. Schlussfolgerungen aus der Natur der Sache müssen „eine bestimmte Lösung unter Ausschluss anderer Möglichkeiten sachgerechter Lösung zwingend fordern“<sup>48</sup>. Es muss von vornherein feststehen, dass der Zweck eines Gesetzes durch das Verwaltungshandeln eines Landes überhaupt nicht erreicht werden kann.<sup>49</sup> Kraft Natur der Sache können Aufgaben daher stets nur dem Bund zur ausschließlichen Zuständigkeit zugewiesen sein.<sup>50</sup> Davon geht das Gesetz indessen selbst nicht aus. Denn die durch § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG begründeten Bundesbefugnisse bestehen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung „unbeschadet der Befugnisse der Länder“. Es ist auch nicht erkennbar, dass die Erreichung des angestrebten Ziels – einer Destabilisierung des gesamten Gesundheitssystems vorzubeugen – bei vollständigem Vollzug des IfSG durch die Länder von vornherein ausgeschlossen gewesen wäre.<sup>51</sup> Vielmehr zeigen umgekehrt die regional sehr unterschiedlichen Entwicklungen des Infektionsgeschehens in den Ländern, dass die Gefahr einer Destabilisierung des Gesundheitswesens von Land zu Land sehr unterschiedlich beurteilt werden muss. Insofern liegen die Dinge anders als bei einem bundesweiten Vereinsverbots, dessen Vollzug sich deshalb keinem bestimmten Land zuordnen lässt, weil der Verein keinen oder keinen bekannten Sitz hat.<sup>52</sup> In den Fällen einer epidemischen Notlage von nationaler Tragweite lassen sich hingegen Gefährdungsschwerpunkte einem bestimmten Land zuordnen.

#### **4. Das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG**

Das Zitiergebot gilt ist auch im Falle des § 5 Abs. 2 IfSG anzuwenden. Es gilt nicht nur für Grundrechtseinschränkungen, die das Gesetz unmittelbar bewirkt, sondern auch für solche, zu denen das Gesetz ermächtigt.<sup>53</sup> Die Verletzung des Zitiergebots bewirkt die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes.<sup>54</sup>

Diesen Anforderungen genügt das Gesetz ebenfalls nicht. § 5 Abs. 5 IfSG verweist nur pauschal auf die Einschränkungen „im Rahmen des Abs. 2“. Da besagter Absatz 2 mehrere unterschiedliche Eingriffsermächtigungen enthält, muss sich mit hinreichender Deutlichkeit ergeben, für welche dieser Eingriffsermächtigungen der Gesetzgeber zumindest mit der Möglichkeit eines Eingriffs in welches Grundrecht gerechnet hat.<sup>55</sup> Als eingeschränktes Grundrecht wird nur das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) genannt. Das bleibt hinter den in den §§ 28 und 32 IfSG zitierten Grundrechten zurück und nötigt zumindest zu einer verfassungskonformen Einschränkung der diesbezüglich zulässigen Grundrechtseingriffe. Versammlungsverbote (Art. 8 GG) oder Eingriffe in die Freizügigkeit (Art. 11 GG) wären daher über § 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG nicht zulässig.

#### **V. Verfassungsmäßigkeit aufgrund über(verfassungs-)gesetzlichen Notstands?**

Es bleibt die Frage, ob die in § 5 Abs. 2 IfSG vorgesehenen Befugnisse des BMG auf ein ungeschriebenes Notstandsrecht gestützt werden können, wie es in den 1970er und 1980er Jahren für die Terrorismusbekämpfung der RAF teilweise vertreten wurde.<sup>56</sup> Für eine solche ungeschriebene Notkompetenz besteht gerade bei einer Regelung wie § 5 IfSG kein Raum. Dem steht der Grundsatz der Konstitutionalisierung der Notstandsverfassung

- 402 -

Mayen, AnwBl Online 2020, 398-403

- 403 -

entgegen. Mit der Entscheidung zugunsten einer positivierten Notstandsverfassung hat der Verfassungsgeber zugleich die Anerkennung ungeschriebener Kompetenzen kraft Ausnahmezustands ausschließen wollen.<sup>57</sup> Vor dem Hintergrund dieser Leitidee war unbestritten, dass die Art. 115a ff. GG schon angesichts ihrer detaillierten Regelung Sperrwirkung für weitere, von den grundgesetzlichen Bestimmungen nicht geckte Maßnahmen zur Abwehr von Angriffen des Bundesgebiets mit Waffengewalt entfaltet.<sup>58</sup> Eine vergleichbare Sperrwirkung hat das BVerfG auch dem Art. 87a Abs. 2 GG entnommen. Das GG will durch die Notstandsverfassung verhindern, dass



für die Verwendung der Streitkräfte als Mittel der vollziehenden Gewalt im Inneren „ungeschriebene ... Zuständigkeiten aus der Natur der Sache“ abgeleitet werden. Maßgeblich für die Auslegung und Anwendung des Art. 87 a Abs. 2 GG ist daher das Ziel, die Möglichkeiten für einen Einsatz der Bundeswehr im Innern durch das „Gebot strikter Texttreue“ zu begrenzen.<sup>59</sup> Insoweit entfaltet daher diese Vorschrift grundsätzlich eine Sperrwirkung für den Einsatz der Streitkräfte nach anderen Bestimmungen.<sup>60</sup>

Inwieweit dies auch für den inneren Notstand im Übrigen anzunehmen ist,<sup>61</sup> kann offen bleiben. Gegen eine Lückenfüllung durch Regeln eines ungeschriebenen Notstandsrechts spricht auch hier das Prinzip des Verfassungsstaats, das auch die im Notstand getroffenen Maßnahmen der Verfassungsbindung unterwerfen will.<sup>62</sup> In jedem Fall verbietet es sich aber, solche Befugnisse über ein ungeschriebenes Notstandsrecht zu rechtfertigen, wie sie in § 5 Abs. 2 IfSG vorgesehen sind. Dabei handelt es sich um nichts anderes als ein Notverordnungsrecht des Bundes verbunden mit Verwaltungszuständigkeiten beim Gesetzesvollzug kraft Natur der Sache, mithin genau um solche Maßnahmen, die man aufgrund der Erfahrungen mit dem Notverordnungsrecht nach Art. 48 WRV bewusst ausschließen wollte. Jedenfalls für solche Befugnisse entfaltet die positiviertete Notstandsverfassung des Grundgesetzes Sperrwirkung.

## VI. Schluss

Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 5 IfSG sind berechtigt. § 5 Abs. 2 IfSG räumt dem BMG für den Fall einer epidemischen Notlage von nationaler Tragweite Befugnisse ein, die mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sind. Es schafft insbesondere ein Notverordnungsrecht, das die Kompetenzen im gewaltenteiligen Gefüge des Grundgesetzes verschiebt und der inhaltlichen Kontrolle und Gestaltung durch den Bundestag entzieht. Das ist umso bedenklicher, als die Verordnungsermächtigung auch schwerwiegende Grundrechtseingriffe nicht ausschließt.

Für ein solchermaßen entgrenztes Notverordnungsrecht der Bundesregierung ist im Verfassungsstaat des Grundgesetzes kein Raum. Auch die gegenwärtige epidemische Notlage von nationaler Tragweite rechtfertigt dies nicht. Der Geltungsanspruch der Verfassung als unmittelbar verbindliches Recht wird durch den Ausnahmezustand nicht außer Kraft gesetzt. Er muss sich gerade auch im Ausnahmezustand bewähren.

Das ist eine Herausforderung für die in Amt und Funktion stehenden Personen, für die sie wahrlich nicht zu beneiden sind. Überzogene Kritik, gar der Vorwurf vom Verfassungsbruch sind hier nicht angemessen. Aber die Herausforderung muss angenommen werden. Denn der Geltungsanspruch der Verfassung lebt davon, dass er auch tatsächlich beachtet wird. Nehmen wir ihn selbst nicht ernst, schaffen wir Präjudizien für andere, die Rechtstaatlichkeit und Freiheit als politische Hemmnisse begreifen und abschaffen wollen – erst in der Ausnahme und dann in der Normalität. Und die politischen Verhältnisse können sich ändern – gerade in oder nach einem Ausnahmezustand.



**Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn/Köln**

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht. Er ist Vorsitzender des DAV-Verfassungsrechtsausschusses und war Präsident der Deutschen Juristentage 2014 und 2016.

Leserreaktionen an [anwaltsblatt@anwaltverein.de](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).

[↑ zum Seitenanfang](#)

## ☰ Fußnoten

- \*) Der Beitrag erscheint parallel auch in der NVwZ im Beck-Verlag. Das Anwaltsblatt dankt für die Kooperation.
- 1) Carl Schmitt, Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit, 1931, abgedruckt in Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 2. Aufl. Berlin 1973, Seite 235 (259).
- 2) Carl Schmitt, Politische Theologie, 4 Kapitel: Zur Lehre von der Souveränität, 1922, Seite 9, 10.
- 3) Carl Schmitt (Fn. 1), S. 244.
- 4) Carl Schmitt (Fn. 1), S. 239.
- 5) Dazu etwa Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Art. 48 Anm. 6 f.
- 6) Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928 (unveränderter Nachdruck 6. Auflage 1954), S. 110
- 7) Konrad Hesse, JZ 1960, 105 (108).
- 8) Epping, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 115a Rn. 26.
- 9) BVerfGE 115, 118 (145).
- 10) von Randow, Zeit Online v. 21.03.2020.
- 11) Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, Ad-hoc-Empfehlung v. 27.3.2020, Seite 7.
- 12) BT-Drucks. 19/18111, S. 25.
- 13) Dazu Siegel, NVwZ 2020, 577 (578 ff.); Rixen, NJW 2020, 1097 (1098 ff.); Giesberts/Gayger/Weyand, NVwZ 2020, 417 ff.; Guckelberger, NVwZ 2020, 607 ff.
- 14) Rixen, NJW 2020, 1097 (1102).
- 15) BT-Drucks. 19/18111, S. 15.
- 16) Rixen, NJW 2020, 1097 (1102).
- 17) Vgl. Möllers, Verfassungsblog v. 26.3.2020; Gärditz/Meinel, FAZ v. 26.3.2020, S. 6; Thielbörger/Behlert, Verfassungsblog v. 30.3.2020.
- 18) So die Nachweise in Fn. 17 vgl. ferner Rixen, NJW 2020, 1097 (1102 f.). Zurückhaltender demgegenüber Meßling, NZS 2020, 321 (324).
- 19) Vgl. etwa Art. 4 BayKatSG; § 42 BbgBKG; § 34 HBKG; § 14 Abs. 2 HmbKatSG; § 15 Abs. 3 LKatSG M-V; § 16 KatSG-LSA.
- 20) Für Art. 115a Abs. 1 GG: Epping, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 115a Rn. 64; Versteyl, in: von Münch/Kunig, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 115a Rn. 9.
- 21) So etwa VGH Mannheim, ESVGH 69, 253.
- 22) Grote, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018, Art. 115a Rn. 24.

- 23) Zu Art. 115a GG vgl. etwa Epping (Fn. 20), Art. 115a Rn. 124 ff.
- 24) BVerfGE 109, 1 (6); 116, 271 (298); BVerwGE 128, 99 (Rn. 15).
- 25) Zum Untersuchungsausschuss VG Düsseldorf, Beschl. v. 21.3.2018 – 20 L 6077/17 –, Rn. 36, juris).
- 26) Gärditz/Meinel, FAZ v. 26.3.2020, S. 6; Möllers, Verfassungsblog v. 26.3.2020; Rixen NJW 2020, 1097 (1102).
- 27) Meßling (Fn. 18), S. 322.
- 28) Duden, 27. Auflage, 2017.
- 29) BVerfGE 125, 175 (Rn. 225).
- 30) Oben Fn. 17.
- 31) Dazu oben sub III.
- 32) BVerfGE 2, 307 (313); 8, 155 (169 ff.); Anders hingegen Wallrabenstein, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 80 Rn. 26.
- 33) BVerfG, NJW 1998, 669 (670).
- 34) So die plastische Umschreibung im Sondervotum Osterloh/Gerhard BVerfGE 114, 196-251.
- 35) So Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 80 GG Rn. 91 a.E.
- 36) BVerfGE 42, 263 (289).
- 37) BVerfG, NJW 1998, 669 (670).
- 38) BVerfGE 1, 14 (59 f.)
- 39) Nachzeichnung etwa bei Remmert (Fn. 35), Art. 80 Rn. 20 ff. (hier insbes. Rn. 21 bei Fn. 5 und 6).
- 40) So Ossenbühl, HdbStR III, 1988, § 64 Rn. 22, auf den sich das BVerfG, NJW 1998, 669 (670) bezieht.
- 41) Zu einer solchen Fallkonstellation: BVerfG, NJW 1998, 678 (671).
- 42) BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17 –, Rn. 100, juris.
- 43) So Ossenbühl, HdbStR III, 1988, § 64 Rn. 22, auf den sich das BVerfG, NJW 1998, 669 (670) bezieht.
- 44) Vgl. dazu die Schilderung zur Weimarer Staatspraxis bei Carl Schmitt, Legalität und Legitimität, 1932, in Gesammelte Aufsätze, 1973, S. 321 f.
- 45) Hierbei handelt es sich um die Regelungen der Abschnitte 4 bis 6 und 8 des IfSG, deren Abschnittsüberschriften in dem Zusatz „in Bezug auf die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, den Infektionsschutz bei bestimmten Einrichtungen, Unternehmen und Personen und gesundheitliche Anforderungen an das Personal beim Umgang mit Lebensmitteln“ aufgegriffen werden.
- 46) Hierzu BVerfGE 110, 33 (49).
- 47) BVerfGE 132, 1 (Rn. 54); überholt daher BVerfGE 49, 24 (49). Vgl. ferner Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rn. 232; Jarass/Pieroth, GG, Art. 84 Rn. 16.

- 48) BVerfGE 11, 89 (99); 22, 180 (217); 12, 205 (252 f.); 15, 1 (24); 84, 133 (148); 85, 360 (374); 98, 218 (248 f.).
- 49) BVerfGE 11, 6 (17 f.); 12, 205 (251 f.); 26, 246 (257); 41, 291 (312).
- 50) BVerfGE 11, 89 (99 f.); 26, 246 (257); Kunig, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 70 Rn. 27.
- 51) BVerfGE 41, 291 (312).
- 52) BVerwGE 80, 299 (302 f.).
- 53) BVerfGE 49, 89 (141); 113, 348 (Rn. 89).
- 54) BVerfGE 5, 13 (15); 113, 348 (Rn. 87).
- 55) BVerfGE 120, 274 (Rn. 302).
- 56) Befürwortend Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II 1980, § 52 V 2, S. 1334 ff.; anders A. Arndt, gesammelte juristische Schriften, 1976, Seite 162; Böckenförde, NJW 1978, 1881 (1883 f.); P. Kirchhoff, NJW 1978, 972.
- 57) Oben sub I.
- 58) Stern (Fn. 56), § 52 V 2, S. 1334.
- 59) BVerfGE 90, 286 (356 f.); 115, 118 (Rn. 90).
- 60) BVerfGE 132, 1 (Rn. 45).
- 61) Für eine ungeschriebene Kompetenz Stern (Fn. 56), S. 1334 ff.; a.A. namentlich Böckenförde, NJW 1978, 1881 (1883); Epping (Fn. 20), Rn. 26.
- 62) Dazu schon oben I.

© Deutscher Anwaltverein