

Herrn Vorsitzenden  
des Ausschusses für Gesundheit des  
Deutschen Bundestages  
Erwin Rüdgel, MdB  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin  
Per Email

Deutscher Bundestag  
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache  
**19(14)160(31)**  
gel. VB zur öAnh am 11.5.2020 - 2.  
Bevölk.schutzg.  
11.5.2020

**Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger**  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht  
und Öffentliches Wirtschaftsrecht

Universitätsstr. 24  
86159 Augsburg

Tel +49 (0) 821 598-4550  
Fax +49 (0) 821 598-4552

ferdinand.wollenschlaeger@  
jura.uni-augsburg.de  
[https://www.uni-augsburg.de/de/  
fakultaet/jura/lehrende/wollenschlaeger/](https://www.uni-augsburg.de/de/fakultaet/jura/lehrende/wollenschlaeger/)

Augsburg, den 11.5.2020

**Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Gesundheit am 11.5.2020 /  
Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung  
bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite  
BT-Drucksache 19/18967**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

für die Einladung zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 11.5.2020 zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite danke ich. In der Anlage überreiche ich vorab die erbetene schriftliche Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

**Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger**

**Schriftliche Stellungnahme**

**Öffentliche Anhörung  
des Ausschusses für Gesundheit  
des Deutschen Bundestages**

**zum**

**Gesetzentwurf**

**der Fraktionen der CDU/CSU und SPD**

**Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen  
Lage von nationaler Tragweite**

**BT-Drs. 19/18967**

**am 11. Mai 2020**

## **Inhaltsübersicht**

<b>I. Vorbemerkung.....</b>	<b>3</b>
<b>II. Zusammenfassende Stellungnahme.....</b>	<b>3</b>
<b>III. Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen im Gesetzentwurf.....</b>	<b>5</b>
1. Verordnungsbefugnisse bei Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite gemäß § 5 IfSG .....	5
2. Modifikationen und Erweiterungen der Verordnungsermächtigungen durch den Gesetzentwurf.....	8
a) Modifikation des § 5 Abs. 2 Nr. 4 IfSG .....	8
b) Modifikation und Erweiterung des § 5 Abs. 2 Nr. 7 IfSG .....	9
c) Erweiterung des § 5 Abs. 2 IfSG.....	10
d) Modifikation der Befristung des § 5 Abs. 4 IfSG .....	12
<b>IV. Verfassungsrechtlicher Rahmen.....</b>	<b>13</b>
1. Keine grundgesetzlichen Sonderverordnungsbefugnisse im Falle eines Gesundheitsnotstands .....	13
2. Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Exekutive unter dem Grundgesetz .....	13
3. Zulässigkeit und Grenzen von Verordnungsermächtigungen, die Abweichungen von (parlaments-)gesetzlichen Regelungen ermöglichen .....	15
a) Grundsätzliche Zulässigkeit .....	15
b) Grenzen der Zulässigkeit.....	17
<b>V. Bewertung des Gesetzentwurfs .....</b>	<b>18</b>
1. Rekapitulation des verfassungsrechtlichen Rahmens .....	19
2. Anforderungen des Bestimmtheitsgebots (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) .....	20
3. Konkretisierung.....	23
4. Exemplifizierung anhand des § 5 Abs. 2 Nr. 10 IfSG-E.....	24
5. Verfassungspolitische Aspekte .....	26
6. Vorgaben für die Aktualisierung der Verordnungsermächtigungen .....	27

## I. Vorbemerkung

Angesichts der kurzfristig anberaumten Anhörung und der kurzen Stellungnahmefrist kann der Gesetzentwurf nicht im Detail gewürdigt werden. Die vorliegende Kurzstellungnahme beschränkt sich daher auf die verfassungsrechtlich besonders kontrovers diskutierte Ermächtigung des Bundesministeriums für Gesundheit, bei Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag Rechtsverordnungen zu erlassen, die Abweichungen von (parlaments-)gesetzlichen Regelungen ermöglichen. Derartige Befugnisse hat freilich nicht erst der vorliegende Gesetzentwurf, sondern bereits das (Erste) Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020 eingeführt. Nach einer Darstellung insoweit relevanter Regelungen des Gesetzentwurfs (III.) zeigt die Kurzstellungnahme den verfassungsrechtlichen Rahmen auf (IV.) und unternimmt eine Bewertung (V.).

## II. Zusammenfassende Stellungnahme

Das Grundgesetz sieht **keine Sonderverordnungsbefugnisse** für den Fall eines Gesundheitsnotstands vor. Die auch dann einschlägige generelle Regelung des Art. 80 GG gestattet dem Parlament zwar, Rechtsetzungsbefugnisse an die Exekutive zu delegieren, begrenzt dies allerdings zugleich. Zum Ausdruck kommt dies namentlich im Erfordernis einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmten (parlaments-)gesetzlichen Ermächtigung (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Hinter dieser **engen Anbindung der exekutiven Rechtsetzung an das hierzu ermächtigende Parlamentsgesetz** und der damit einhergehenden Absage an eine Selbstentmachtung des Parlaments stehen gewichtige Gründe, nicht nur negative historische Erfahrungen mit zu weit reichenden bzw. in zu weitem Umfang aktualisierten exekutiven Rechtsetzungsbefugnissen zu Weimarer Zeiten, sondern auch verfassungsrechtliche Anforderungen der Gewaltenteilung, der Demokratie und des Rechtsstaates.

Vor diesem Hintergrund liegt auf der Hand, dass die **verfassungsrechtliche Brisanz** von Verordnungsermächtigungen mit dem Ausmaß der der Exekutive zugestandenen Regelungsbefugnisse zunimmt, und dieses ist im vorliegenden Kontext beträchtlich. Überdies vermag die hier im Mittelpunkt stehende Ermächtigung, in Rechtsverordnungen von (parlaments-)gesetzlichen Regelungen abzuweichen, angesichts der Gesetzesbindung der Verwaltung Bedenken zu begründen.

Indes ist festzuhalten, dass das **Bundesverfassungsgericht** derartige Verordnungsermächtigungen in Einklang mit dem überwiegenden Schrifttum für **grundsätzlich zulässig** erachtet. Hierbei hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere herausgearbeitet, dass der Gesetzgeber

hierdurch nicht den Vorrang des Gesetzes aushebelt, da er sich darauf beschränkt, Normen „einen subsidiären Charakter [zu] geben“. Zulässig ist dies freilich nur in den **Grenzen des Bestimmtheitsgebots des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG**, das den wesentlichen, die Gesetzesbindung konkretisierenden verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab darstellt. Dessen Anforderungen hängen von der Grundrechtsrelevanz und der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts ab; insoweit reduzieren eine Vielgestaltigkeit, Komplexität und Dynamik der Materie Bestimmtheitsanforderungen genauso wie die sachlichen (epidemische Lage von nationaler Tragweite, zudem von Bundestag festzustellen) und zeitlichen Grenzen der Regelungsbefugnisse.

Eine **verfassungsrechtliche Bewertung ist nicht pauschal**, sondern nur in Auseinandersetzung mit einzelnen Verordnungsermächtigungen **möglich**. Im Rahmen einer kurzfristig abzugebenden Stellungnahme kann die hierfür notwendige umfassende und detaillierte Bewertung nicht erfolgen. Die näher untersuchte, da mit dem vorliegenden Gesetzentwurf gänzlich neu eingeführte – und nicht bereits im (Ersten) Gesetz vom 27.3.2020 enthaltene – Ermächtigung des **§ 5 Abs. 2 Nr. 10 IfSG-E** erweist sich bei überschlägiger Prüfung als **verfassungskonform**, wobei **Präzisierungen im Wortlaut empfohlen** seien (siehe V.4.). Freilich darf nicht verkannt werden, dass die auf das (Erste) Gesetz vom 27.3.2020 zurückgehenden Verordnungsermächtigungen generell – allen voran § 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG – weiter reichen.

Unabhängig von verfassungsrechtlichen Grenzen beruhen Rechtsetzungsbefugnisse der Exekutive auf einer im Ermessen des Parlaments stehenden und damit auch (**verfassungs-)****politisch zu verantwortenden Delegationsentscheidung**, da das Grundgesetz – auch im Falle eines Gesundheitsnotstands – keine verfassungsunmittelbare Befugnis zur exekutiven Rechtsetzung kennt. Neben der grundsätzlichen Positionierung hinsichtlich der Verteilung von Rechtsetzungskompetenzen zwischen Parlament und Exekutive allgemein und auch in Krisensituationen erscheint namentlich eine Bewertung des Flexibilisierungsbedürfnisses von Bedeutung, daneben das Prozessrisiko, die Ausnahmeregelungen innewohnende Gefahr einer Verstetigung und die Gefahr einer der Rechtssicherheit abträglichen Gemengelage von Parlamentsgesetzen und Verordnungsrecht. Ferner ist zu erwägen, ob Informationspflichten und Mitwirkungsrechte (Zustimmungs- bzw. Aufhebungsbefugnisse) zugunsten des parlamentarischen Gesetzgebers eingeräumt werden sollen, die Kontroll- und Einflussmöglichkeiten eröffnen; diese sind freilich gegen das Flexibilisierungs- und Beschleunigungsziel einer Delegation abzuwägen.

Schließlich sei das **Gebot einer engen Auslegung der Tatbestandsmerkmale** in den Verordnungsermächtigungen, die die Kompetenzen des Bundesministeriums für Gesundheit begrenzen, betont.

### **III. Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen im Gesetzentwurf**

Die Einräumung relativ weit reichender Verordnungsermächtigungen für den Fall der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite an das Bundesministerium für Gesundheit, die Abweichungsbefugnisse von Parlamentsgesetzen umfassen, ist nicht erst durch den vorliegenden Gesetzentwurf erfolgt, sondern bereits durch das (Erste) Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020 (1.).<sup>1</sup> Der vorliegende Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite sieht im hier interessierenden Zusammenhang Modifikationen und Erweiterungen vor (2.).

#### ***1. Verordnungsbefugnisse bei Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite gemäß § 5 IfSG***

§ 5 IfSG i.d.F. des (Ersten) Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020 ermöglicht die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite und knüpft hieran weit reichende Ermächtigungen des Bundesministeriums für Gesundheit zum Erlass von Rechtsverordnungen und Anordnungen.

Gemäß § 5 Abs. 1 IfSG stellt

[d]er Deutsche Bundestag ... 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.

Eine solche Feststellung hat der Deutsche Bundestag am 25.3.2020 getroffen.<sup>2</sup>

§ 5 Abs. 2 IfSG räumt dem „Bundesministerium für Gesundheit ... im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite unbeschadet der Befugnisse der Länder“ die Befugnis zum Erlass von Anordnungen und Rechtsverordnungen ein. Die Verordnungsermächtigungen ermöglichen,

3. durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Ausnahmen von den Vorschriften dieses Gesetzes sowie der auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen in Bezug auf die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, den Infektionsschutz bei bestimmten Einrichtungen, Unternehmen und Personen

---

<sup>1</sup> BGBl. I, S. 587.

<sup>2</sup> BT-PIPr 19/154, S. 19169C; siehe auch Gesetzentwurf S. 1.

und gesundheitliche Anforderungen an das Personal beim Umgang mit Lebensmitteln zuzulassen, um die Abläufe im Gesundheitswesen und die Versorgung der Bevölkerung aufrecht zu erhalten;

4. durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln einschließlich Betäubungsmitteln, der Wirk-, Ausgangs- und Hilfsstoffe dafür, mit Medizinprodukten, Labordiagnostik, Hilfsmitteln, sowie mit Gegenständen der persönlichen Schutzausrüstung und Produkten zur Desinfektion zu treffen und insbesondere
  - a) Ausnahmen von den Vorschriften des Arzneimittelgesetzes, des Betäubungsmittelgesetzes, des Apothekengesetzes, des Fünften Buches Sozialgesetzbuch, des Transfusionsgesetzes sowie der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen, der medizinproduktrechtlichen Vorschriften und der die persönliche Schutzausrüstung betreffenden Vorschriften zum Arbeitsschutz, die die Herstellung, Kennzeichnung, Zulassung, klinische Prüfung, Anwendung, Verschreibung und Abgabe, Ein- und Ausfuhr, das Verbringen und die Haftung, sowie den Betrieb von Apotheken einschließlich Leitung und Personaleinsatz regeln, zuzulassen,
  - b) die zuständigen Behörden zu ermächtigen, im Einzelfall Ausnahmen von den in Buchstabe a genannten Vorschriften zu gestatten, insbesondere Ausnahmen von den Vorschriften zur Herstellung, Kennzeichnung, Anwendung, Verschreibung und Abgabe, zur Ein- und Ausfuhr und zum Verbringen sowie zum Betrieb von Apotheken einschließlich Leitung und Personaleinsatz zuzulassen,
  - c) Maßnahmen zum Bezug, zur Beschaffung, Bevorratung, Verteilung und Abgabe solcher Produkte durch den Bund zu treffen sowie Regelungen zu Melde- und Anzeigepflichten vorzusehen,
  - d) Regelungen zur Sicherstellung und Verwendung der genannten Produkte sowie bei enteignender Wirkung Regelungen über eine angemessene Entschädigung hierfür vorzusehen,
  - e) ein Verbot, diese Produkte zu verkaufen, sich anderweitig zur Überlassung zu verpflichten oder bereits eingegangene Verpflichtungen zur Überlassung zu erfüllen sowie Regelungen über eine angemessene Entschädigung hierfür vorzusehen,
  - f) Regelungen zur Abgabe, Preisbildung, Erstattung sowie Vergütung vorzusehen,

- g) Maßnahmen zur Aufrechterhaltung, Umstellung, Eröffnung oder Schließung von Produktionsstätten oder einzelnen Betriebsstätten von Unternehmen, die solche Produkte produzieren[,] sowie Regelungen über eine angemessene Entschädigung hierfür vorzusehen;
7. durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung in ambulanten Praxen, Apotheken, Krankenhäusern, Laboren, Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen und in sonstigen Gesundheitseinrichtungen in Abweichung von bestehenden gesetzlichen Vorgaben vorzusehen und insbesondere
- a) untergesetzliche Richtlinien, Regelungen, Vereinbarungen und Beschlüsse der Selbstverwaltungspartner nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch und nach Gesetzen, auf die im Fünften Buch Sozialgesetzbuch Bezug genommen wird, anzupassen, zu ergänzen oder auszusetzen,
  - b) abweichend von der Approbationsordnung für Ärzte die Zeitpunkte und die Anforderungen an die Durchführung der einzelnen Abschnitte der Ärztlichen Prüfung festzulegen und zu regeln, dass Medizinstudierenden infolge einer notwendigen Mitwirkung an der Gesundheitsversorgung keine Nachteile für den Studienfortschritt entstehen;
8. durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung in ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen in Abweichung von bestehenden gesetzlichen Vorgaben vorzusehen und insbesondere
- a) bundesgesetzliche oder vertragliche Anforderungen an Pflegeeinrichtungen aussetzen oder zu ändern,
  - b) untergesetzliche Richtlinien, Regelungen, Vereinbarungen und Beschlüsse der Selbstverwaltungspartner nach dem Elften Buch Sozialgesetzbuch und nach Gesetzen, auf die im Elften Buch Sozialgesetzbuch Bezug genommen wird, anzupassen, zu ergänzen oder auszusetzen,
  - c) Aufgaben, die über die Durchführung von körperbezogenen Pflegemaßnahmen, pflegerischen Betreuungsmaßnahmen und Hilfen bei der Haushaltsführung bei Pflegebedürftigen hinaus regelmäßig von Pflegeeinrichtungen, Pflegekassen und Medizinischen Diensten zu erbringen sind, auszusetzen oder einzuschränken.



Hinsichtlich der **zeitlichen Geltung** auf dieser Ermächtigungsgrundlage erlassener Regelungen bestimmt § 5 Abs. 4 IfSG:

Eine auf Grund des Absatzes 2 oder § 5a Absatz 2 erlassene Rechtsverordnung tritt mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite außer Kraft, ansonsten spätestens mit Ablauf des 31. März 2021. Abweichend von Satz 1 bleibt eine Übergangsregelung in der Verordnung nach Absatz 2 Nummer 7 Buchstabe b bis zum Abschluss der Phase des Medizinstudiums in Kraft, für die sie gilt. Nach Absatz 2 getroffene Anordnungen gelten mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite als aufgehoben, ansonsten mit Ablauf des 31. März 2021. Eine Anfechtungsklage gegen Anordnungen nach Absatz 2 hat keine aufschiebende Wirkung.

## ***2. Modifikationen und Erweiterungen der Verordnungsermächtigungen durch den Gesetzentwurf***

Im hier interessierenden Zusammenhang modifiziert bzw. erweitert der Gesetzentwurf die Verordnungsermächtigungen des § 5 Abs. 2 Nr. 4 (a) und 7 (b) und führt eine neue Verordnungsermächtigung für die Ausbildung in Gesundheitsfachberufen ein (c). Des Weiteren passt der Gesetzentwurf die Befristungsregelung des § 5 Abs. 4 IfSG an (d).

### *a) Modifikation des § 5 Abs. 2 Nr. 4 IfSG*

Art. 1 Nr. 3 lit. a aa aaa) des Gesetzentwurfs sieht eine Modifikation der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 4 IfSG vor. Der einleitende Satzteil soll folgendermaßen gefasst werden:

4. durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates 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, zu treffen und insbesondere“.

Der Gesetzentwurf (S. 53) begründet die Änderung wie folgt:

Mit der Umformulierung wird zum einen klargestellt, dass auch Impfstoffe erfasst sind. Zum anderen wird eine Ergänzung vorgenommen. Zur Sicherstellung der Versorgung

mit den genannten Produkten kann es erforderlich sein, auch Maßnahmen im Hinblick auf die zur Herstellung und den Transport der Produkte benötigten Stoffe und Materialien zu erlassen.

*b) Modifikation und Erweiterung des § 5 Abs. 2 Nr. 7 IfSG*

Art. 1 Nr. 3 lit. a cc des Gesetzentwurfs modifiziert und erweitert die Verordnungsermächtigung des § 5 Abs. 2 Nr. 7 IfSG.

aaa) In Buchstabe b werden nach den Wörtern „Ärztlichen Prüfung“ die Wörter „und der Eignungs- und Kenntnisprüfung“ eingefügt und wird das Semikolon am Ende durch ein Komma ersetzt.

bbb) Folgender Buchstabe c wird angefügt:

„c) abweichend von der Approbationsordnung für Zahnärzte die Anforderungen an die Durchführung der naturwissenschaftlichen Vorprüfung, der zahnärztlichen Vorprüfung und der Zahnärztlichen Prüfung festzulegen und alternative Lehrformate vorzusehen, um die Fortführung des Studiums zu gewährleisten,“

Der Gesetzentwurf (S. 54) begründet die Änderungen wie folgt:

[zu aaa] § 5 Absatz 2 Nummer 7 Buchstabe b ermöglicht es dem Bundesministerium für Gesundheit[,] von der Approbationsordnung für Ärzte abweichende Regelungen zu den Anforderungen an die Durchführung der einzelnen Abschnitte der Ärztlichen Prüfung vorzusehen. Das Bundesministerium für Gesundheit hat davon mit der Verordnung zur Abweichung von der Approbationsordnung für Ärzte bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 30. März 2020 Gebrauch gemacht. In der Praxis hat sich gezeigt, dass z.B. die Eröffnung der Möglichkeit im Rahmen der Prüfung auf Simulationspatienten zurückgreifen zu können, auch bei der Eignungs- oder Kenntnisprüfung sinnvoll und erforderlich sein kann. Die bisherige Ermächtigungsgrundlage sieht aber keine Abweichungsmöglichkeiten für die Eignungs- und Kenntnisprüfungen vor. Mit der Änderung wird diese Ermächtigungsgrundlage auf Regelungen zu diesen Prüfungen erweitert, um auch dort Regelungen für die Prüfung zum Beispiel am Simulationspatienten zu ermöglichen.

[zu bbb] Aufgrund der weiter bestehenden epidemischen Lage von nationaler Tragweite ist der Lehrbetrieb an den Hochschulen weiterhin nur eingeschränkt möglich. Dies hat auch Auswirkungen auf das Studium der Zahnmedizin. Damit das Studium dennoch

fortgeführt werden kann, wird nunmehr auch für die Zahnmedizin eine Abweichungsmöglichkeit für die Regelungen von der entsprechenden Approbationsordnung vorgesehen.

Ähnlich wie bei dem Medizinstudium wird die Möglichkeit eröffnet, dass die naturwissenschaftliche Vorprüfung, die zahnärztliche Vorprüfung sowie die Zahnärztliche Prüfung auch am Phantom oder je nach Prüfungsabschnitt am Simulationspatienten, Simulatoren oder anderen geeigneten Medien durchgeführt werden können. Zudem wird klar gestellt, dass die vorgesehenen Lehrveranstaltungen, insbesondere Vorlesungen, je nach der Lage vor Ort durch alternative, insbesondere digitale Lehrformate unterstützt oder ersetzt werden können. Da die Approbationsordnung für Zahnärzte keine Regelungen zur Eignungs- und Kenntnisprüfung vorsieht, stellt sich die Frage der Abweichungsmöglichkeit hier, anders bei Buchstabe b, nicht.

*c) Erweiterung des § 5 Abs. 2 IfSG*

Art. 1 Nr. 3 lit. a ee und ff des Gesetzentwurfs führen eine weitere Ermächtigung hinsichtlich der Ausbildung in Gesundheitsfachberufen ein. § 5 Abs. 2 Nr. 10 IfSG-E führt eine Ermächtigung ein,

durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates unbeschadet des jeweiligen Ausbildungsziels und der Patientensicherheit abweichende Regelungen von den Berufsgesetzen der Gesundheitsfachberufe und den auf deren Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen zu treffen, insbesondere hinsichtlich

- a) der Dauer der Ausbildungen,
- b) der Nutzung von digitalen Unterrichtsformaten,
- c) der Besetzung der Prüfungsausschüsse,
- d) der staatlichen Prüfungen und
- e) der Durchführung der Eignungs- und Kenntnisprüfungen.

Die Ermächtigung nach Satz 1 Nummer 10 umfasst die folgenden Ausbildungen: [Aufzählung von 21 Ausbildungen].

Der Gesetzentwurf (S. 54) begründet die Änderungen wie folgt:

[ee] Durch die neue Nummer 10 wird für den Fall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite das Bundesministerium für Gesundheit ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates abweichende Regelungen von den Vorga-

ben des jeweiligen Berufsgesetzes und der jeweiligen auf der Grundlage der Berufsgesetze erlassenen Rechtsverordnung zu schaffen. Dies ist erforderlich, um in der epidemischen Lage von nationaler Tragweite die Ausbildung und die Prüfungen in den Gesundheitsfachberufen weiterhin zu ermöglichen und soweit notwendig, durch an die Lage angepasste Formaten zu unterstützen. Das Erreichen des jeweiligen Ausbildungsziels, das die Ausbildungsqualität sichert und der Patientensicherheit dient, begrenzt die durch die Verordnung zu schaffenden Abweichungsmöglichkeiten und muss bei Anwendung der Abweichungen stets gewährleistet werden. Die staatlich anerkannten Weiterbildungen, die an eine Ausbildung in den jeweiligen Gesundheitsfachberufen anschließen können, werden von den Ländern geregelt.

Die Regelung nennt im Rahmen einer nicht abschließenden Aufzählung konkrete mögliche Inhalte dieser Verordnung. Betroffen von den derzeitigen Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-Pandemie sind insbesondere die Durchführung des theoretischen und praktischen Unterrichts sowie der praktischen Ausbildung in den Gesundheitsfachberufen. Durch die vorübergehende Schließung von Schulen ist der Unterricht derzeit nur begrenzt und nur in Form von digitalen Unterrichtsangeboten möglich. Die Auszubildenden in den Gesundheitsfachberufen sollen mit den mit der Verordnungsermächtigung ermöglichten Regelungen beispielsweise Rechtssicherheit erhalten, dass diese Unterrichtsformate auf die Dauer der Ausbildung angerechnet werden können. Bezüglich der praktischen Ausbildung, die aufgrund der Schließung von Einrichtungen ebenfalls beeinträchtigt wird, können aufgrund der Verordnungsermächtigung ebenfalls Regelungen vorgesehen werden. Eine generelle Verkürzung der Ausbildungsdauer wäre mit der Wahrung der Ausbildungsqualität nicht zu vereinbaren.

Eine weitere Abweichungsmöglichkeit betrifft die staatliche Prüfung, beispielsweise, was die Größe und die Besetzung der jeweiligen Prüfungsausschüsse anbelangt. In der derzeitigen Situation kann beispielsweise je nach Situation vor Ort die Verkleinerung der Prüfungsausschüsse aber auch ein Abweichen von der Besetzung des Prüfungsausschusses mit einer Ärztin oder einem Arzt erforderlich sein. Hinsichtlich des praktischen Teils der staatlichen Prüfung ist in einigen Ausbildungs- und Prüfungsverordnungen ein Patientenkontakt vorgesehen. Daher kann aufgrund der Verordnungsermächtigung eine Prüfung mit geeigneten Modellen, Simulationspersonen oder Fallvorstellungen ermöglicht werden. Auch bezüglich der Durchführung der Eignungs- und Kenntnisprüfungen sollen Abweichungsregelungen durch eine Verordnung geschaffen werden können. Dabei wird der Gestaltungsspielraum genutzt, der den Mitgliedsstaaten zur Durchführung

der Eignungsprüfungen verbleibt gemäß Artikel 3 Buchstabe h der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen ... Die Mindestanforderungen dieser Richtlinie an die Ausbildungen in den Gesundheitsfachberufen sind zu beachten.

[ff] Satz 2 zählt konkret die Berufe und die Berufsgesetze auf, von denen durch die Verordnung abgewichen werden kann. Die Ausbildungen, die derzeit befristet in Form von Modellvorhaben stattfinden, sind somit ebenfalls umfasst.

*d) Modifikation der Befristung des § 5 Abs. 4 IfSG*

Art. 1 Nr. 3 lit. c des Gesetzentwurfs modifiziert die Befristungsregelung des § 5 Abs. 4 IfSG, indem „Absatz 4 Satz 2 ... durch die folgenden Sätze ersetzt“ wird:

Abweichend von Satz 1 bleibt eine Übergangsregelung in der Verordnung nach Absatz 2 Nummer 7 Buchstabe b oder Buchstabe c bis zum Ablauf der Phase des Studiums in Kraft, für die sie gilt. Abweichend von Satz 1 ist eine Verordnung nach Absatz 2 Nummer 10 auf ein Jahr nach Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, spätestens auf den Ablauf des 31. März 2022 zu befristen.

Der Gesetzentwurf (S. 54) begründet die Änderungen wie folgt:

Bei Satz 2 handelt es sich um eine Folgeänderung auf Grund der neu eingefügten Verordnungsermächtigungen in § 5 Absatz 2 Nummer 7 Buchstabe c. Auch für die Abweichungen vom regulären Studium der Zahnmedizin auf Grund der epidemischen Lage von nationaler Tragweite werden Übergangsregelungen erforderlich sein, die über den 31. März 2021 hinaus gelten. Daher ist es erforderlich, dass die Übergangsregelung bis zum Abschluss der Phase des Studiums in Kraft bleiben kann, für den sie gilt. Satz 3 knüpft daran an, dass eine Rechtsverordnung nach Absatz 2 Nummer 10 der Bewältigung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite dient und insofern nur vorübergehend gilt. Die Rechtsverordnung ist auf ein Jahr nach Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite spätestens mit Ablauf des 31. März 2022 zu befristen. Diese gestufte Befristung ermöglicht die Anwendung der Regelungen auf Auszubildende, die während ihrer Ausbildung von der besonderen Lage betroffen waren. Diesen Auszubildenden wird insbesondere auch Planungs- und Rechtssicherheit im Hinblick auf die Durchführung der staatlichen Prüfung ermöglicht.

#### **IV. Verfassungsrechtlicher Rahmen**

Die aufgezeigten Änderungsvorschläge ermächtigen – wie weitere durch das Erste Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite eingeführte Bestimmungen – nicht nur zum Erlass von Rechtsverordnungen, sondern gleichzeitig zur Abweichung von parlamentsgesetzlichen Bestimmungen durch diese Rechtsverordnungen. Hierfür, mithin für den Fall eines Gesundheitsnotstands, existieren kein grundgesetzlichen Sonderbefugnisse (1.). Vielmehr gelten die generellen Anforderungen, die die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive grundsätzlich ermöglichen, zugleich aber begrenzen (2.). Mit Blick auf die spezifische Frage der Normierung von Verordnungsermächtigungen, die Abweichungen von (parlaments-)gesetzlichen Regelungen vorsehen, ist festzuhalten, dass dies grundsätzlich zulässig ist, wobei Grenzen bestehen (3.).

##### ***1. Keine grundgesetzlichen Sonderverordnungsbefugnisse im Falle eines Gesundheitsnotstands***

Das Grundgesetz kennt keine Notstandsklauseln, die für den Fall eines Gesundheitsnotstands, etwa bei Pandemien, besondere Verordnungsbefugnisse für die Exekutive vorsehen oder Abweichungen von den Vorgaben für das Gesetzgebungsverfahren einschließlich der Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Exekutive gestatten. Derartige Krisen sind vielmehr im Rahmen der allgemeinen Verfassungsordnung zu bewältigen.

Dies betonend *J. Kersten*, ZRP 2020, S. 65: „Covid-19 – Kein Ausnahmezustand!“

##### ***2. Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Exekutive unter dem Grundgesetz***

Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG sieht die Möglichkeit vor, die Bundesregierung, einen Bundesminister oder die Landesregierungen durch Gesetz zu ermächtigen, Rechtsverordnungen zu erlassen. Diese Delegationsbefugnis verfolgt mit *Hartmut Bauer* [in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 12] eine „**Entlastungs- und Flexibilitätswahrungsfunktion**“, mithin das Ziel,

den parlamentarischen Gesetzgeber von Detailarbeit [zu] entlasten, ihm dadurch die Möglichkeit [zu] eröffnen, sich auf die wirklich wichtigen grundlegenden Vorhaben zu konzentrieren, und ohne zeitraubendes Gesetzgebungsverfahren eine beschleunigte, kurzfristige Anpassung des Rechts an sich ändernde Verhältnisse [zu] ermöglichen.

Gleichzeitig **begrenzt das Grundgesetz diese Möglichkeit einer Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen** und sichert namentlich eine enge Bindung des Verordnungs- an den parlamentarischen Gesetzgeber, indem es nach Satz 2 dieser Bestimmung verlangt, dass „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden“. In den Worten des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Zensus vom 19.9.2018 [BVerfGE 150, 1 (99 f.)]

verwehrt das Grundgesetz dem Parlament – in bewusster Abkehr von der Weimarer Staatspraxis –, sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft zu entäußern ... Wenn das Parlament die Exekutive zum Verordnungserlass ermächtigt, soll es die Grenzen der übertragenen Kompetenzen bedenken und diese nach Tendenz und Programm so genau umreißen, dass schon aus der Ermächtigung selbst erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll ... 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 ... Indem Art. 80 GG die Rückbindung exekutiver Rechtsetzung an die Legislative sichert, stellt er sich als bereichsspezifische Konkretisierung des Rechtsstaats-, Gewaltenteilungs- ... und Demokratieprinzips dar.

Die Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung konkretisiert (siehe dazu noch V.2.).

Unabhängig von der Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen gilt ein **Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit**, der den parlamentarischen Gesetzgeber verpflichtet, „in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“, was insbesondere, aber nicht nur bei „für die Verwirklichung der Grundrechte“ wesentlichen Fragen gilt [BVerfGE 150, 1 (96 ff.)]. Nach jener Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts decken sich dessen Anforderungen indes mit den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG für den Verordnungserlass [BVerfGE 150, 1 (100)]:

Eine wesentliche Entscheidung setzt eine hinreichende Regelungsdichte und in der Regel eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Ermächtigung voraus, so dass sich die Anforderungen von Wesentlichkeitsdoktrin und Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG insoweit decken dürften ... Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gilt allerdings auch für Entscheidungen, die nicht unter die Wesentlichkeitsdoktrin fallen.

### ***3. Zulässigkeit und Grenzen von Verordnungsermächtigungen, die Abweichungen von (parlaments-)gesetzlichen Regelungen ermöglichen***

#### *a) Grundsätzliche Zulässigkeit*

Die **grundsätzliche Zulässigkeit** von Verordnungsermächtigungen, die Abweichungen von (parlaments-)gesetzlichen Regelungen ermöglicht, ist **in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt**. Bereits in seinem Beschluss vom 10.6.1953 hat es diese Möglichkeit pauschal anerkannt [BVerfGE 2, 307 (313)]. In seinem Beschluss vom 6.5.1958 hat das Bundesverfassungsgericht dies bestätigt und insbesondere herausgearbeitet, dass hierin kein Verstoß gegen den fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes zu sehen ist [BVerfGE 8, 155 (170 f.)]:

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.

Von dieser gesetzgebungstechnischen Möglichkeit ist stets in großem Umfang Gebrauch gemacht worden. Gesetzliche Verbote mit dem Vorbehalt der Erlaubniserteilung durch Verwaltungsakt und Gebote mit entsprechendem Befreiungsvorbehalt sind Beispiele dafür. Gesetzliche Vorschriften, deren zeitweilige oder regionale Ersetzbarkeit durch eine abweichende Rechtsverordnung oder Gemeindesatzung im Gesetz vorgesehen ist, können ebenfalls in diesem Zusammenhang genannt werden.

Generelle Bedenken gegen die Verwendung dieser gesetzgebungstechnischen Formen der Anwendungsbeschränkung von Gesetzen bestehen nicht. Das Grundgesetz hat ihre Existenz und ihre Zulässigkeit vorausgesetzt.

Ein Kammerbeschluss vom 4.5.1997 hat diese Grundsätze nochmals bekräftigt [NStZ-RR 1997, 342 (342 f.)]:

Das BVerfG hat aus den speziellen grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten einerseits und aus dem Rechtsstaatsprinzip sowie aus dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) andererseits ... die Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet, nicht



nur im Bereich der unmittelbaren Grundrechtsausübung, sondern in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen ... Das schließt Ermächtigungen zu ergänzenden Regelungen durch Rechtsverordnung nicht aus, sofern die wesentlichen Entscheidungen in dem formellen Gesetz einschließlich der Ermächtigungsnormen enthalten sind.

In dem Rahmen, für den dieser Vorbehalt des Gesetzes nicht gilt, sind auch Ermächtigungen zulässig, durch Rechtsverordnung den Inhalt des Gesetzes zu ändern oder zu ergänzen. Der Vorrang des formellen Gesetzes steht solchen gesetzesändernden und gesetzesergänzenden Rechtsverordnungen nicht entgegen, wenn die gesetzesverdrängende Wirkung auf einem ausdrücklich zugunsten der Rechtsverordnung reduzierten – subsidiären – Geltungsanspruch des Gesetzes beruht, die Rechtsverordnung also nur eine ihr aufgrund der gesetzlichen Ermächtigung gestattete Möglichkeit zur Gesetzesausführung nutzt und wenn dafür sachliche Gründe bestehen.

Vor diesem Hintergrund betont (nicht nur) *Hartmut Bauer*, dass die **Rede von gesetzesändernden Verordnungen missverständlich** sei, da „die Änderung der Rechtslage bereits im Gesetz angelegt und damit bei genauerer Betrachtung gesetzesausführend“ sei.

*H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 20; ebenso *T. Mann*, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 80, Rn. 11; *M. Nierhaus*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 80, Rn. 233 f. (Stand: 86. EL November 1998); *B. Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80, Rn. 91, 99 (Stand: 70. EL Dezember 2013); *A. Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 80, Rn. 10. Siehe auch *H. Sinn*, Die Änderung gesetzlicher Regelungen durch einfache Rechtsverordnung, 1971, S. 30 ff.

Schließlich bejaht auch das Schrifttum weithin die grundsätzliche Zulässigkeit von Verordnungsermächtigungen, die Abweichungen von (parlaments-)gesetzlichen Regelungen ermöglichen.

*H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 20; *M. Lepa*, AöR 105 (1980), S. 337 (353 ff.); *T. Mann*, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 80, Rn. 10 f.; *M. Nierhaus*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 80, Rn. 235 f. (Stand: 86. EL November 1998); *F. Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 9, Rn. 80; *B. Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80, Rn. 91, 99 (Stand: 70. EL Dezember 2013); *H. Sinn*, Die

Änderung gesetzlicher Regelungen durch einfache Rechtsverordnung, 1971, S. 27 ff.; *A. Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 80, Rn. 10. Zurückhaltend demgegenüber *A. Uhle*, in: BeckOK Grundgesetz (42. Edition, Stand: 1.12.2019), Art. 80, Rn. 7, 49.

*b) Grenzen der Zulässigkeit*

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 6.5.1958 auch herausgearbeitet, dass gesetzlichen Regelungen nur in begrenztem Umfang Subsidiarität beigemessen werden kann [BVerfGE 8, 155 (171)]:

Damit ist allerdings nicht gesagt, daß die Verwendung dieser Formen unbeschränkt möglich ist. Die Grenze liegt dort, 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.

In casu war das nicht der Fall, wobei es sich um eine Regelung von sehr begrenzter Tragweite handelte, nämlich die Befugnis zur Regelung verwaltungsbehördlicher Verfahrens- und Zuständigkeitsfragen [BVerfGE 8, 155 (171)]:

Die in den §§ 345, 346 LAG angeordnete Subsidiarität hält sich in einem engen Rahmen. Es kann keine Rede davon sein, daß durch sie eine bedeutsame Veränderung des zwischen Gesetzgebung und Verwaltung bestehenden Gewichtsverhältnisses eintritt.

Betont hat das Bundesverfassungsgericht des Weiteren die – in casu ebenfalls gewährte – Grenze der Rechtsklarheit, wonach der Umfang der Abweichungsmöglichkeit erkennbar sein muss:

Die Grenzen sind eindeutig: Nur die in § 345 gegebenen Bestimmungen sollen gegenüber den allgemeinen Verwaltungsvorschriften des Präsidenten des Bundesausgleichsamts – und nur gegenüber diesen – subsidiär sein. Ein Verstoß gegen das Gebot gesetzgeberischer Klarheit liegt demnach nicht vor

Diese Anforderung dürfte sich mit den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG decken und hat daher keine eigenständige Bedeutung.

Anders als die vorstehenden Entscheidungen postuliert der Kammerbeschluss vom 4.5.1997 [NStZ-RR 1997, 342 (343)] das Erfordernis eines sachlichen Grundes und verweist im Übrigen auf die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Erfordernis eines sachlichen Grundes findet sich auch im Schrifttum, so bei

*H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 20; *M. Nierhaus*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 80, Rn. 235 (Stand: 86. EL November 1998) – dort, Rn. 236, findet sich ferner die Grenze, dass der „Gesetzgeber nicht den Kernbereich der gesetzlichen Regelung zur Disposition des Ordnungsgebers stellen“ dürfe. Siehe ferner zur Grenze des Kernbereichs der gesetzgebenden Gewalt *H. Sinn*, Die Änderung gesetzlicher Regelungen durch einfache Rechtsverordnung, 1971, S. 68 ff.

Keine spezifischen Grenzen aufzeigend:

*T. Mann*, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 80, Rn. 11; *A. Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 80, Rn. 10.

Auf die Zentralität des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verweisend:

*B. Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80, Rn. 99 (Stand: 70. EL Dezember 2013).

## **V. Bewertung des Gesetzentwurfs**

Nach einer Rekapitulation des im vorausgehenden Abschnitt entfalteten verfassungsrechtlichen Rahmens (1.) seien die für die Zulässigkeit und Grenzen von Verordnungsermächtigungen, die Abweichungen von (parlaments-)gesetzlichen Regelungen ermöglichen, zentralen Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entfaltet (2.) und für den hiesigen Kontext konkretisiert (3.). Hierbei kann im Rahmen einer kurzfristig abzugebenden Stellungnahme keine umfassende und detaillierte Bewertung aller im Raum stehenden Verordnungsermächtigungen erfolgen. Immerhin soll aber ein näherer Blick auf die mit dem Gesetzentwurf gänzlich neu eingeführte – und nicht bereits im (Ersten) Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020, das nicht den Gegenstand der aktuellen Anhörung bildet, enthaltene – Ermächtigung des § 5 Abs. 2 Nr. 10 IfSG-E geworfen werden. Diese erweist sich bei überschlägiger Prüfung als verfassungskonform (4.). Freilich darf nicht verkannt werden, dass die auf das (Erste) Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020 zurückgehenden Verordnungsermächtigungen generell – allen voran § 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG – weiter reichen. Abschließend seien verfassungspolitische Erwägungen aufgezeigt, die den Gesetzgeber bei der delikaten Delegationsfrage leiten können (5.), und das Gebot einer engen Auslegung der Tatbestandsmerkmale in den Verordnungsermächtigungen, die die Kompetenzen des Bundesministeriums für Gesundheit begrenzen, betont (6.).

### ***1. Rekapitulation des verfassungsrechtlichen Rahmens***

Das Grundgesetz sieht in Art. 80 zwar die Möglichkeit einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive vor, begrenzt diese allerdings zugleich. Zum Ausdruck kommt dies namentlich im Erfordernis einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmten (parlaments-)gesetzlichen Ermächtigung (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Hinter dieser **engen Anbindung der exekutiven Rechtsetzung an das hierzu ermächtigende Parlamentsgesetz** und der damit einhergehenden Absage an eine Selbstentmachtung des Parlaments stehen gewichtige Gründe, nicht nur negative historische Erfahrungen mit zu weit reichenden bzw. in zu weitem Umfang aktualisierten exekutiven Rechtsetzungsbefugnissen zu Weimarer Zeiten, sondern auch verfassungsrechtliche Anforderungen der Gewaltenteilung, der Demokratie und des Rechtsstaates.

Vor diesem Hintergrund liegt auf der Hand, dass die verfassungsrechtliche Brisanz von Verordnungsermächtigungen mit dem Ausmaß der der Exekutive zugestandenen Regelungsbefugnisse zunimmt. Vor diesem Hintergrund sind auch die weit reichenden Verordnungsermächtigungen vor allem des (Ersten) Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020, aber auch des vorliegenden Gesetzentwurfs, zumal sie auch eine Abweichung von Parlamentsgesetzen gestatten, auf scharfe Kritik gestoßen. So sei die „Gesetzesbindung von Regierung und Verwaltung weitgehend zur Disposition [ge]stellt“ und ist die Rede von „einem von parlamentarischen Mehrheiten entkoppelten Verwaltungsstaat“.

*K. F. Gärditz/F. Meinel*, FAZ v. 26.3.2020, S. 6. Kritisch ferner *T. Kingreen*, SZ v. 26.3.2020, Bayern S. 6; *C. Möllers*, Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus, VerfBlog, 2020/3/26; *S. Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102 f.); Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, Ausarbeitung WD 3-3000-080/20, S. 6 ff.

Eine **verfassungsrechtliche Bewertung** ist **nicht pauschal**, sondern **nur mit Blick auf einzelne Verordnungsermächtigungen möglich**.

Zunächst ist festzuhalten, dass das **Bundesverfassungsgericht** in Einklang mit dem überwiegenden Schrifttum Verordnungsermächtigungen, die eine Abweichung von parlamentsgesetzlichen Regelungen gestatten, für **grundsätzlich zulässig** erachtet. Hierbei hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere herausgearbeitet, dass der Gesetzgeber hierdurch nicht den Vorrang des Gesetzes aushebelt, da er sich darauf beschränkt, „einer einzelnen Vorschrift oder auch

einer Gruppe von Vorschriften einen subsidiären Charakter [zu] geben“; das Schrifttum wendet sich daher auch gegen die Bezeichnung als gesetzesändernde Verordnung (siehe IV.3.a).

Richtig ist freilich auch, dass, wie auch das Bundesverfassungsgericht betont hat, **Grenzen** bestehen. Das im Beschluss vom 6.5.1958 entwickelte Verbot, „Vorschriften von solcher Bedeutung und in solchem Umfang für subsidiär [zu erklären], daß sich dadurch innerhalb des Staatsgefüges eine Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung ergibt“, markiert eine schwierig operationalisierbare und in der Entscheidung auch nicht weiter konkretisierte Grenze. Versteht man sie als neben Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG tretende, eigenständige und letzte Grenze, erscheint fraglich, ob diese angesichts der zeitlichen und gegenständlichen Beschränkungen überschritten ist. Das erstmals im Kammerbeschluss vom 4.5.1997 und auch bei Teilen des Schrifttums aufscheinende Erfordernis eines sachlichen Grundes bleibt in seiner Herleitung und Bedeutung unklar, dürfte aber im vorliegenden Pandemiefall jedenfalls keine unüberwindbare Hürde aufstellen. **Entscheidend für die verfassungsrechtliche Beurteilung** der Frage, ob das Parlament Verordnungsermächtigungen, die eine Abweichung von parlamentsgesetzlichen Regelungen gestatten, in zu weit gehendem Umfang eingeräumt und sich damit in verfassungswidriger Weise selbst zugunsten der Exekutive entmachtet hat, ist das auf eine Begrenzung der Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen zielende **Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG**.

Dies betonend: *B. Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80, Rn. 99 (Stand: 70. EL Dezember 2013).

Indem Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG eine hinreichend bestimmt gefasste Verordnungsermächtigung verlangt, sichert er die Gesetzesbindung der Verwaltung materiell durch das Erfordernis eines hinreichend dichten Normprogramms ab und fungiert insoweit als Konkretisierung derselben.

Ob das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gewahrt ist, kann nicht pauschal, sondern nur mit Blick auf jede einzelne Verordnungsermächtigung entschieden werden,

siehe nur BVerfGE 150, 1 (102); *H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 35.

## **2. Anforderungen des Bestimmtheitsgebots (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG)**

Die Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung konkretisiert [zusammenfassend jüngst BVerfGE 150, 1 (100)]:

Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Diese Begriffe lassen sich nicht strikt voneinander abgrenzen; ihre Gehalte überschneiden sich und sind insgesamt durch eine gewisse Wertungsoffenheit geprägt. Inhalt, Zweck und Ausmaß einer konkreten Ermächtigungsnorm ergänzen, durchdringen und erläutern einander und ergeben erst auf diese Weise den vollen Sinngehalt der Norm ... Sie sind daher nicht als isoliert nachprüfbar Anforderungen zu verstehen, sondern in ihrer Gesamtheit als Gebot hinreichender Bestimmtheit ...

Dieses Gebot hinreichender Bestimmtheit i.S.d. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht, um zu „gewährleisten, dass der parlamentarische Gesetzgeber durch die Ermächtigung selbst entscheidet, welche Fragen durch Rechtsverordnung geregelt werden können oder sollen“, in **drei Aspekte** aufgespalten [BVerfGE 150, 1 (101)]:

Erstens impliziert der **Selbstentscheidungsvorbehalt**, „dass der parlamentarische Gesetzgeber durch die Ermächtigung selbst entscheidet, 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“.

Zweitens trifft den Gesetzgeber eine **Programmfestsetzungspflicht**: Er „muss der ermächtigten Stelle darüber hinaus ein ‚Programm‘ an die Hand geben, das mit der Ermächtigung verwirklicht werden soll“.

Drittens soll nach dem **Vorhersehbarkeitsgebot** „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“. Mit anderen Worten [BVerfGE 139, 19 (47)] „darf“ die „Ermächtigung ... nicht so unbestimmt sein, dass nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können“.

Diese **Anforderungen** sind freilich **nicht im Sinne einer maximalen Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm misszuverstehen** [BVerfGE 150, 1 (101 f.)]:

Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt dagegen nicht, dass die Ermächtigung in ihrem Wortlaut so genau wie nur irgend möglich gefasst ist. Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung müssen auch nicht ausdrücklich im Gesetzestext bestimmt sein; sie müssen

jedoch durch Auslegung des ermächtigenden Gesetzes zu ermitteln sein ... Das Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit gesetzlicher Ermächtigungen verwehrt es dem Gesetzgeber daher nicht, in der Ermächtigungsnorm Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden ... Vielmehr genügt es, dass sich die gesetzlichen Vorgaben mit Hilfe allgemeiner Auslegungsregeln erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Vorgeschichte des (gesamten) Gesetzes ... Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verbietet es daher nicht, dass zur näheren Bestimmung einer Verordnungsermächtigung auch Rechtsakte außerhalb der Ermächtigung herangezogen werden, einschließlich der Bestimmungen anderer Normgeber. Inhalt, Zweck und Ausmaß einer gesetzlichen Ermächtigung können daher auch anhand von Rechtsakten außerhalb der eigentlichen Verordnungsermächtigung, insbesondere mit Hilfe von Verweisungen oder Bezugnahmen bestimmt werden ...

Des Weiteren lassen sich die **Anforderungen** an den Grad der Bestimmtheit nicht abstrakt, sondern **nur einzelfallbezogen bestimmen**.

Dies ebenfalls betonend *H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 35.

So hängt mit dem Bundesverfassungsgericht [BVerfGE 150, 1 (102)]

[d]as im konkreten Fall erforderliche Maß an Bestimmtheit ... von der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts ab, insbesondere davon, in welchem Umfang dieser einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist ... Ist dies nicht der Fall, so kann es geboten sein, die nähere Ausgestaltung des zu regelnden Sachbereichs dem Ordnungsgeber zu überlassen, der die Regelungen rascher und einfacher auf dem neuesten Stand zu halten vermag als der Gesetzgeber ... Bei vielgestaltigen, komplexen Lebenssachverhalten oder absehbaren Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse sind etwa geringere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen als bei einfach gelagerten und klar vorhersehbaren Lebenssachverhalten. Dies ermöglicht sachgerechte, situationsbezogene Lösungen bei der Abgrenzung von Befugnissen des Gesetzgebers und der Exekutive.

Mit Blick auf den **Wesentlichkeitsvorbehalt** hat das Bundesverfassungsgericht ähnlich herausgearbeitet [BVerfGE 150, 1 (99)]:

Das Grundgesetz kennt allerdings keinen Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts ... Die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG normierte organisatorische

und funktionelle Trennung und Gliederung der Gewalten zielt auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen. Vor diesem Hintergrund kann auch die Komplexität der zu regelnden Sachverhalte den Umfang der Regelungspflicht des Gesetzgebers begrenzen.

Die Bestimmtheitsanforderungen richten sich schließlich und nicht zuletzt nach der **Grundrechtsrelevanz** [BVerfGE 139, 19 (47)]:

Die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm muss der Grundrechtsrelevanz der Regelung entsprechen, zu der ermächtigt wird: Je erheblicher diese in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift, desto höhere Anforderungen müssen an den Bestimmtheitsgrad der Ermächtigung gestellt werden.

### **3. Konkretisierung**

Vor diesem Hintergrund kann die Bewertung der Verordnungsermächtigungen nicht pauschal erfolgen. Vielmehr ist jede Ermächtigungsnorm detailliert auf ihre Vereinbarkeit mit den soeben entfalteten Voraussetzungen hin zu prüfen. Dies kann im Rahmen dieser kurzfristig abzugebenden Stellungnahme nicht erfolgen. Folgende **Leitlinien** sind maßgeblich:

Die Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage für ihre Aktualisierung durch den Ordnungsggeber sind anhand der in den skizzierten Formeln des Bundesverfassungsgerichts genannten Kriterien zu ermitteln (Selbstentscheidungsvorbehalt, Programmfestsetzungspflicht, Vorhersehbarkeitsgebot).

Sodann ist der erforderliche Grad an Bestimmtheit zu ermitteln. Maßgeblich hierfür ist namentlich die Intensität der Grundrechtsbetroffenheit. Generell ist im hiesigen Kontext des Weiteren zu berücksichtigen, dass die Reichweite der Regelungsbefugnisse und damit auch die Intensität der Betroffenheit drei Umstände mindern. Erstens sind die Verordnungsbefugnisse mit dem Erfordernis einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 5 Abs. 1 IfSG) sachlich begrenzt. Dessen Feststellung (und Aufhebung) liegt überdies zweitens in der Hand des Bundestags. Drittens sind die Verordnungsbefugnisse zeitlich begrenzt (§ 5 Abs. 4 IfSG, freilich modifiziert durch Art. 1 Nr. 3 lit. c des Gesetzentwurfs). Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass sich Ausnahme- und Abweichungsbefugnisse auf ein (parlaments-)gesetzliches Normprogramm beziehen, was – bei der gebotenen restriktiven Auslegung (dazu unten V.6.) – Spielräume reduziert. Schließlich liegt ein vielgestaltiger, komplexer Lebenssachverhalt vor, bei



dem angesichts der Dynamik namentlich des Infektionsgeschehens rasche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse absehbar sind, was die Bestimmtheitsanforderungen reduziert.

Auf dieser Basis sind schließlich die Vorgaben der Verordnungsermächtigung auf ihre hinreichende Bestimmtheit hin zu würdigen.

Am Rande vermerkt sei hinsichtlich der mitunter hergestellten Parallelen der vorliegenden Verordnungsermächtigungen mit dem Notverordnungsrecht des Reichspräsidenten gemäß Art. 48 Abs. 2 WRV, dass dieses zum einen – anders als Art. 80 Abs. 1 GG – eine originäre Rechtsetzungskompetenz begründete und zum anderen ungleich weiter gefasst war:

Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.

#### **4. Exemplifizierung anhand des § 5 Abs. 2 Nr. 10 IfSG-E**

Am Beispiel des § 5 Abs. 2 Nr. 10 IfSG-E, da es sich hierbei um eine mit dem Zweiten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite gänzlich neu eingeführte und nicht nur modifizierte bzw. erweiterte Verordnungsermächtigung mit Abweichungsbefugnis handelt, sei eine – freilich im Rahmen der Kurzstellungnahme nur überschlägig mögliche – Bewertung unternommen. § 5 Abs. 2 Nr. 10 IfSG-E bezieht sich auf einen Teilbereich des Berufsrechts der Gesundheitsfachberufe, nämlich das Ausbildungs- und Prüfungswesen, und gestattet abweichende Regelungen.

Die Norm betrifft eine große Zahl an Gesundheitsberufen (21). Sie benennt freilich zunächst fünf mögliche – indes nicht abschließend zu verstehende („insbesondere“) – Gegenstände der Abweichung, nämlich die Dauer der Ausbildungen, die Nutzung von digitalen Unterrichtsformaten, die Besetzung der Prüfungsausschüsse, die staatlichen Prüfungen und die Durchführung der Eignungs- und Kenntnisprüfungen. Überdies zählt sie die betroffenen Gesundheitsberufe unter Bezugnahme auf konkrete Regelwerke abschließend auf. Nicht im Normtext, aber in der bei der Auslegung zu berücksichtigenden Gesetzesbegründung (S. 54) ist das Ziel der Abweichungsbefugnis festgelegt, nämlich „in der epidemischen Lage von nationaler Tragweite die Ausbildung und die Prüfungen in den Gesundheitsfachberufen weiterhin zu ermöglichen und soweit notwendig, durch an die Lage angepasste Format[e] zu unterstützen.“ Es empfiehlt sich,

diesen (kompetenzlimitierenden) Zweck in den Gesetzestext aufzunehmen. Eine weitere inhaltliche Begrenzung liegt in der (verdeutlichungsfähigen) Wendung „unbeschadet des jeweiligen Ausbildungsziels und der Patientensicherheit“, wonach ausweislich der Entwurfsbegründung (S. 54) „[d]as Erreichen des jeweiligen Ausbildungsziels, das die Ausbildungsqualität sichert und der Patientensicherheit dient, ... bei Anwendung der Abweichungen stets gewährleistet werden [muss].“

Weitere Konkretisierungen und Grenzen lassen sich der Entwurfsbegründung (S. 54) entnehmen:

Betroffen von den derzeitigen Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-Pandemie sind insbesondere die Durchführung des theoretischen und praktischen Unterrichts sowie der praktischen Ausbildung in den Gesundheitsfachberufen. Durch die vorübergehende Schließung von Schulen ist der Unterricht derzeit nur begrenzt und nur in Form von digitalen Unterrichtsangeboten möglich. Die Auszubildenden in den Gesundheitsfachberufen sollen mit den mit der Verordnungsermächtigung ermöglichten Regelungen beispielsweise Rechtssicherheit erhalten, dass diese Unterrichtsformate auf die Dauer der Ausbildung angerechnet werden können. Bezüglich der praktischen Ausbildung, die aufgrund der Schließung von Einrichtungen ebenfalls beeinträchtigt wird, können aufgrund der Verordnungsermächtigung ebenfalls Regelungen vorgesehen werden. Eine generelle Verkürzung der Ausbildungsdauer wäre mit der Wahrung der Ausbildungsqualität nicht zu vereinbaren.

Eine weitere Abweichungsmöglichkeit betrifft die staatliche Prüfung, beispielsweise, was die Größe und die Besetzung der jeweiligen Prüfungsausschüsse anbelangt. In der derzeitigen Situation kann beispielsweise je nach Situation vor Ort die Verkleinerung der Prüfungsausschüsse aber auch ein Abweichen von der Besetzung des Prüfungsausschusses mit einer Ärztin oder einem Arzt erforderlich sein. Hinsichtlich des praktischen Teils der staatlichen Prüfung ist in einigen Ausbildungs- und Prüfungsverordnungen ein Patientenkontakt vorgesehen. Daher kann aufgrund der Verordnungsermächtigung eine Prüfung mit geeigneten Modellen, Simulationspersonen oder Fallvorstellungen ermöglicht werden. Auch bezüglich der Durchführung der Eignungs- und Kenntnisprüfungen sollen Abweichungsregelungen durch eine Verordnung geschaffen werden können.

Hinsichtlich des erforderlichen Grads der Bestimmtheit ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Ausbildungs- und Prüfungswesen vor dem Hintergrund der Ausbildungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Chancengleichheit im Prüfungswesen (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m.

Art. 3 Abs. 1 GG) um grundrechtssensible Bereiche handelt, was freilich keinen Totalvorbehalt nach sich zieht, sondern das Erfordernis einer parlamentsgesetzlichen Regelung (nur) grundrechtswesentlicher Fragen. So kennt das Ausbildungs- und Prüfungswesen vielfach Regelungen im Verordnungswege (siehe im hiesigen Kontext etwa die Verordnungsermächtigung zum Erlass einer Ausbildungs- und Prüfungsverordnung in § 56 Pflegeberufgesetz oder zum Erlass einer Studien- und Prüfungsverordnung in § 71 Hebammengesetz). Bei den in § 5 Abs. 2 Nr. 10 IfSG-E genannten Regelungsbefugnissen ist nicht ersichtlich, dass diese abschließend nur durch den Parlamentsgesetzgeber erfolgen dürften. Auch insoweit ist der Ausnahmecharakter zu berücksichtigen, ebenso wie das Gebot einer engen Auslegung der Tatbestandsmerkmale (V.6.).

Bei einer Gesamtbetrachtung – die auch die vorstehend entfalteteten sachlichen (epidemische Lage von nationaler Tragweite, zudem von Bundestag festzustellen) und zeitlichen Grenzen der Verordnungsbefugnisse sowie die Vielgestaltigkeit, Komplexität und Dynamik der Materie berücksichtigt (siehe V.3.) – erscheint die **Verordnungsermächtigung mit Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG vereinbar**, da sich ihr trotz Unschärfen Inhalt und Grenzen, Ziel und Programm hinreichend deutlich und vorhersehbar entnehmen lassen. Die in diesem Abschnitt **empfohlenen textlichen Präzisierungen** (Aufnahme des kompetenzlimitierenden Zwecks aus der Entwurfsbegründung; Verdeutlichung der Klausel „unbeschadet des jeweiligen Ausbildungsziels und der Patientensicherheit“ gemäß der Entwurfsbegründung) **sollten vorgenommen werden**.

### *5. Verfassungspolitische Aspekte*

Das Grundgesetz kennt – auch in Krisenzeiten – kein originäres Rechtsetzungsrecht der Exekutive. Vielmehr beruht die Möglichkeit exekutiver Rechtsetzung auf einer Delegation durch den Gesetzgeber. Dieser hat auch jenseits letzter verfassungsrechtlicher Grenzen verfassungspolitisch zu entscheiden, ob und inwieweit eine Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen erfolgen soll. Hierbei erscheint – neben der grundsätzlichen Positionierung hinsichtlich der Verteilung von Rechtsetzungskompetenzen zwischen Parlament und Exekutive allgemein und auch in Krisensituationen – eine **Bewertung des Bedürfnisses nach Flexibilisierung** von Bedeutung (Flexibilitätswahrungsfunktion des Verordnungserlasses), mithin nach der durch die Delegation ermöglichte „beschleunigte, kurzfristige Anpassung des Rechts an sich ändernde Verhältnisse“ [*H. Bauer*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 12].

Zweifelnd an einem solchen Bedürfnis im Vergleich zum regulären Gesetzgebungsverfahren *F. Meinel/C. Möllers*, FAZ v. 20.3.2020, S. 9, und *K. F. Gärditz /C. Möllers*, FAZ v. 26.3.2020, S. 6.

Vor dem Hintergrund der kontroversen und schwierigen verfassungsrechtlichen Bewertung ist ferner das **Prozessrisiko**, nämlich die Angreifbarkeit des Ordnungsrechts schon aus formellen Gründen, in Betracht zu ziehen. Auch ist die Ausnahmeregelungen innewohnende **Gefahr einer Verstetigung** im Blick zu behalten. Bei der Einräumung von Ausnahme- und Abweichungsbefugnissen ist überdies die Gefahr einer der Rechtssicherheit abträglichen **Gemengelage** von Parlamentsgesetzen und Ordnungsrecht zu berücksichtigen.

Schließlich ist zu erwägen, ob **Informationspflichten und Mitwirkungsrechte zugunsten des parlamentarischen Gesetzgebers** eingeräumt werden sollen, die Kontroll- und Einflussmöglichkeiten eröffnen, wie Kenntnispflichten und Zustimmungs- bzw. Aufhebungsbefugnisse.

Siehe dazu etwa den Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im 6. und im 14. Ausschuss, Ausschussdrucksache 19(14)162.1 (Art. 1 Nr. 3 lit. c). Vgl. allgemein auch *A. Schwerdtfeger*, Krisengesetzgebung, 2018, S. 303 ff.

Dies entspricht im Übrigen der Regelung des Art. 48 Abs. 3 WRV im Kontext des Notverordnungsrechts des Reichspräsidenten (Art. 48 Abs. 2 WRV):

Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen.

Eine **Einbeziehung des Bundestages** ist freilich **gegen** das mit der Delegation verfolgte **Anliegen abzuwägen, Rechtsetzungsprozesse zu flexibilisieren und zu beschleunigen**.

#### **6. Vorgaben für die Aktualisierung der Verordnungsermächtigungen**

Nachdem die gegenständlichen Begrenzungen, die Zweckbindung und die Beschränkung auf eine Ausnahme- bzw. abweichende Regelung entscheidend für die Bestimmtheit der Verordnungsermächtigungen sind, bedürfen sie einer engen Auslegung.

Siehe auch *S. Rixen*, NJW 2020, S. 1097 (1103).

München, den 11. Mai 2020

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger