

Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestags

z. Hd. Herrn Vorsitzenden Erwin Rüdell MdB

Sachverständige Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD für ein „Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“, BT-Drs. 19/23944 und weiteren Anträge der Fraktionen des Bundestags

A. Übersicht und Gesamtergebnis (2)

B. Im Einzelnen (2)

I. Ausgangslage (2)

II. Art. 1 Nr. 17 des Gesetzentwurfs – Änderung des Infektionsschutzgesetzes (InfSchG) durch Neuregelung eines § 28a (3)

1. Bisherige Grundbestimmungen und Systematik des Infektionsschutzgesetzes (3)
2. Ansatz und Inhalt der Neuregelung des § 28a InfSchG (5)
3. Verfassungssystematische Einordnung der Regelung (6)

III. Notwendige Ergänzung des Regelungsansatzes durch Berichtspflichten (8)

IV. Befristung und weitere Entwicklung der gesetzlichen Regelung (11)

C. Schluss (11)

A. Übersicht und Gesamtergebnis

Die Bekämpfung der COVID-19-Pandemie fordert von der Gesellschaft wie von den staatlichen Organen höchste Anstrengungen. Gefordert sind Solidarität und die möglichst optimale Nutzung unseres leistungsfähigen Gesundheitssystems – aber genauso auch die Beachtung der Grundverabredungen eines freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaats. Den Abgeordneten des Bundestags kommt für die notwendigen Abwägungen eine wichtige Rolle zu: Sie müssen Legitimation stiften, wo es um gravierende Eingriffe in Grundrechte geht, und ein Forum bilden, das Strategien und Maßnahmen erarbeitet und begründet.

Der vorliegende Gesetzentwurf der Regierungsfractionen erreicht dieses Ziel bisher nur eingeschränkt.

- Insbesondere die Regelungen des § 28a InfSchG-E haben angesichts der konkreten Umstände nur deklaratorische Wirkung. Eine durchgreifende Rechtfertigung staatlicher Eingriffe ist damit nicht verbunden.

- Teil der Lösung ist der damit vorliegende Regelungsansatz nur dann, wenn er als Übergangsgesetzgebung neuer Art verstanden und mit weiteren Begründungs- und Darlegungspflichten der Regierung gegenüber dem Parlament verbunden wird. In diese Richtung gehen zu Recht die Anträge der Opposition. Die unübersichtliche und dynamische Situation kann mit den bisher in den Blick genommenen Antworten (Spezifizierung der Generalklausel) nicht hinreichend bewältigt werden. Verfassungsrechtlich gefordert ist ein krisenadäquater Regulierungs-Mix aus gesetzlicher Auffächerung von Maßnahmen, Befristung aller Sonderregeln und ergänzender Absicherung von parlamentarischer Transparenz und Rechenschaft der Regierung.

B. Im Einzelnen

I. Ausgangslage

Der Bundestag hat im Frühjahr 2020 durch das Erste und das Zweite Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite erste gesetzliche Grundlagen für die besonderen Herausforderungen der COVID-Pandemie beschlossen (G v. 27.3.2020, BGBl. I, 587; G v. 19.5.2020, BGBl. I, 1018). Neben Änderungen anderer Sachgesetze und haushalterischen Entscheidungen wurde in diesem Zuge auch bereits das überkommene Infektionsschutzrecht verändert, wodurch vor allem dem Gesundheitsministerium erweiterte (und zeitlich befristete) Ordnungsrechte übertragen wurden; der Bundestag hat eine epidemische Lage von nationaler Tragweite gemäß § 5 InfSchG (n. F. seit März 2020) festgestellt und in der Folge verschiedentlich über die Lage beraten.

Die eigentliche Regelung von konkreten Grundrechtseingriffen – sowohl was infektionsschutzrechtliche Anordnungen im engeren Sinn als auch was allgemeine (Verbots-) Regelungen zur Beschränkung von Grundrechten für bestimmte Berufsfelder usw. betrifft – erfolgte und erfolgt gemäß der allgemeinen Zuständigkeitsverteilung im Bundesstaat überwiegend auf der Ebene des Landesrechts, ebenfalls fast durchgehend zunächst durch Verordnungen (vgl. § 32 InfSchG). Sowohl auf Bundesebene wie auf der Landesebene sind dadurch die eigentlichen Sachentscheidungen zum Umfang und zu den Einzelheiten des

Infektionsschutzes bisher der Exekutive zugeordnet; das InfSchG stellt insoweit nur eine Befugnis der Verordnungsgeber als Handlungsmöglichkeit zur Verfügung, die diese aber eigenständig nutzen (oder nicht), vgl. Art. 80 I GG und die entsprechenden Regelungen des Landesrechts.

Im Herbst 2020 hat sich die Infektionslage wiederum – jahreszeitentsprechend – verschärft. Die momentane politische und rechtliche Situation ist dadurch bestimmt, dass die Maßnahmen im Vergleich zum Frühjahr differenzierter und in der Gesamtsumme zurückgenommener getroffen werden (v. a.: keine Schließung von Schulen usw.; zugleich aber Lockdown bestimmter Lebensbereiche wie etwa Kultur, Gastronomie, Freizeit), aber gleichzeitig die kritische Debatte über diese Maßnahmen erheblich umfassender ist, was nach Ablauf des „Wellenbrecher“-Novembers ggfs. weiter zunehmen wird, soweit sich die ungleiche, existentielle Belastung der Bevölkerung durch die Pandemie-Maßnahmen noch stärker aufbaut.

In dieser Situation schaltet sich der Bundestag mit den hier zu behandelnden Anträgen in die gesellschaftliche und politische Debatte ein, um zu einer weitergehenden parlamentarischen Beteiligung zu kommen. Die damit angestrebte Übernahme größerer Verantwortung in einer existentiellen Situation für die Geschichte der Bundesrepublik ist zu begrüßen.

Besondere Aufmerksamkeit ist denjenigen Bestimmungen des vorgelegten Gesetzentwurfs zu widmen, die weitreichende staatliche Eingriffe in die Grundrechte zu rechtfertigen suchen. Die sachverständige Untersuchung konzentriert sich daher (und auch angesichts der Masse an Anträgen, des Umfangs der vorgelegten Sachregelungen und des überaus engen Zeitfensters) auf die nach dem Selbstverständnis des Gesetzentwurfs zentrale Neu-Regelung des § 28a InfSchG (BT-Drs. 19/23944, Art. 1 – Änderung des Infektionsschutzgesetzes, Nr. 17); weitere Aspekte werden nur in Hinblick auf ihre Gesamtwirkung in Bezug genommen.

II. Art. 1 Nr. 17 des Gesetzentwurfs – Änderung des Infektionsschutzgesetzes (InfSchG) durch Neuregelung eines § 28a

1. Bisherige Grundbestimmungen und Systematik des Infektionsschutzgesetzes

Das Infektionsschutzgesetz ist als klassisches Gesetz des besonderen Gefahrenabwehrrechts auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter (hier: Gesundheit) in bestimmten Fällen (hier: übertragbare Krankheiten) durch geeignete Maßnahmen ausgelegt. Da es sich um ein Bundesgesetz handelt, die Gefahrenabwehr aber typischerweise Aufgabe der Bundesländer bzw. der kommunalen Ebene ist, kommen als Instrumente des Gesetzes zum einen die Rechtsverordnungen des zuständigen Bundesministers als Teil eines Regulierungsverbunds (§ 5 InfSchG), zum anderen die materielle Bestimmung von Eingriffsvoraussetzungen (§ 28 InfSchG) in Betracht:

- Im Frühjahr 2020 wurde zunächst die bisherige Verordnungsermächtigung des § 5 bereits erheblich umgestaltet, um die besondere Herausforderung der COVID-19-Strategie abzubilden – insbesondere durch den neuen Tatbestand einer epidemische Lage von nationaler Tragweite und die unmittelbare Beteiligung des Bundestags zur Feststellung und Aufhebung dieser Lage. Damit wird – abweichend von der üblichen Arbeitsteilung zwischen Parlament und Exekutive – das konkrete Vorliegen eines gesetzlich definierten Tatbestands

von der Entscheidung des Parlaments abhängig gemacht. Es handelt sich insoweit um einen hybrid-modernen Ansatz, der erkennbar als anlassbezogenes Sonderrecht gestaltet ist; dem entspricht, dass die nach § 5 II ff. InfSchG möglichen besonderen COVID-Verordnungen von Gesetzes wegen längstens bis zum 31.3.2021 befristet sind § 5 IV InfSchG.

(Zum Umfang und Rechtsstatus der nach § 5 i.V.m. §§ 28, 32 InfSchG ergangenen Rechtsverordnungen unter Würdigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben stellvertretend für die Kritik der Staatsrechtslehre Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, Why Constitution Matters, JZ 2020, 861 (867 ff.); Gärditz/Abdulsalam, Rechtsverordnungen als Instrument der Epidemie-Bekämpfung, GSZ 2020, 108; Putsch/Haug, Parlamentsvorbehalt und Corona-Verordnungen - ein Widerspruch, NJ 2020, 281; deutlich zurückhaltender Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020, 36 ff.)

- Die auf konkrete Maßnahmen zielende Befugnisnorm des § 28 InfSchG ist durch Artikel 1 Nummer 6 des Gesetzes vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 587) ebenfalls neu gefasst worden, allerdings bisher nur in eher symbolischem Umfang. Bekanntlich waren und sind dort Adressaten („Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider“) für „notwendige Schutzmaßnahmen“ genannt, die die „zuständigen Behörden“ zu treffen haben, „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist“. Diese Bestimmung der Zielrichtung wird in S. 2 durch typische sachnahe Maßnahmen (Quarantäne und Veranstaltungsverbote) und Grenzen der Maßnahmen (keine Heilbehandlung) näher konkretisiert. Gegenüber der bis dahin geltenden Fassung handelt es sich bei der Gesetzesänderung vom März 2020 um nachrangige regelungssystematische Veränderungen aus Gründen der „Normenklarheit“: Die Reihenfolge zwischen den jeweils schon zuvor enthaltenen Veranstaltungsverböten bzw. Schließungsmöglichkeiten und den Quarantäne-Bestimmungen wurde getauscht (BT-Drs. 19/18111, S. 24).

Es dürfte unstrittig sein, dass § 28 InfSchG als sehr spezifische Norm des besonderen Gesundheitsgefahrenrechts ursprünglich nicht dazu gedacht war, auf unbestimmte Zeit gegenüber Jedermann praktisch jede hoheitliche Maßnahme zu rechtfertigen, um das Ziel einer bundesweiten Ausbreitung ansteckender Krankheiten zu erreichen. Ihr Leitbild ist die eingrenzbar, konkret verursachte und konkret bekämpfbare Notsituation, bei der ein beschränkter Sachverhalt mit den beschränkten Mitteln des Gesundheitsschutzes schnell und effektiv eingegrenzt wird. Eine gesamtstaatlich (bzw. global) verbreitete hochinfektiöse und zunächst nicht behandelbare Viruserkrankung wird dem Gesetzgeber (und der Bevölkerung) bei Erlass solcher seuchenrechtlicher Bestimmungen nicht als gesetzlich erfasste Gefahrenlage gegolten haben, die durch Ordnungsrecht und andere staatliche Maßnahmen real und umfassend bekämpft werden kann, sondern als schicksalhafte Fügung.

In den Monaten seit März 2020 sind gleichwohl die Maßnahmen staatlicher Stellen zunächst mangels Alternative auf diese Regelung gestützt worden – nicht zuletzt aus der systematisch zutreffenden Erwägung, dass das Infektionsschutzgesetz als einschlägiges Sachgesetz einen Rückgriff auf das allgemeine Gefahrenabwehrrecht teilweise sperre und überdies dort aufgrund umfassender Judikatur (etwa zum Begriff der konkreten Gefahr, des Störers bzw. Gefährders und der begrenzten Möglichkeiten von Maßnahmen gegen Nichtstörer) die rechtlichen Anforderungen an Maßnahmen deutlich voraussetzungsvoller gewesen wären.

Die Bundesländer haben ausnahmslos – wenn auch mit Unterschieden im Einzelnen bzw. auf der Zeitschiene – mehrmals umfassende Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen erlassen, die sich auf § 28 InfSchG (in Verbindung mit §§ 32, 73 InfSchG) stützen. Gegen die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen sind generell und im Einzelnen umfassende und beachtliche Einwände vorgetragen wurden, die bekanntlich nach gewisser Zeit zu einem Teil wiederholt auch gerichtlich Erfolg hatten. Die Befassung des Bundestags mit der Norm im Angesicht der Pandemie-Lage im März und die vorgenommene Änderung konnte insoweit aber immerhin schon bisher als Argument dafür angeführt werden, dass der Bundesgesetzgeber in der Kombination von § 5 n. F. und § 28 n. F. auch die Anwendung dieser Befugnisnorm in einer gesamtstaatlichen Pandemielage in seinen Willen aufgenommen hat (ohne sich freilich zu den inhaltlichen Voraussetzungen zu äußern).

2. Ansatz und Inhalt der Neuregelung des § 28a InfSchG

Die geplante Neuregelung des § 28a InfSchG verhält sich zu den bisherigen Grundentscheidungen des InfSchG wie folgt:

- Der § 28a bezieht sich ausdrücklich nur auf die Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2, enthält also keine allgemeine Regelung; allerdings wird die Norm nicht eigenständig befristet.
- Die Norm zählt in Abs. 1 Nr. 1-15 diverse „notwendige Schutzmaßnahmen“ im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 1“ auf. Sie reichen in ihrer Reichweite von der Maskenpflicht (Nr. 2) bis zu Untersagungen von Versammlungen oder des Geschäftsbetriebs von Einzel- und Großhandel oder gastronomischen Einrichtungen (Nr. 9, 11, 13). Sämtliche Maßnahmen „können“ als Ermessensentscheidung der zuständigen Behörden festgelegt werden; die Aufzählung ist ausdrücklich nicht abschließend („insbesondere auch“). Die Anordnung der Maßnahmen muss (selbstverständlich) verhältnismäßig sein (S. 2), im Übrigen wird ein Rangverhältnis der Maßnahmen aber durch den Gesetzgeber nicht festgelegt; Abs. 3 hält lediglich fest, dass sie „einzeln oder kumulativ angeordnet werden“ können.
- Nach § 28a II sollen (nicht: müssen) die Maßnahmen an Schwellenwerten ausgerichtet werden, die sich auf die Maßgröße der Kreise, (Stadt-) Bezirke und kreisfreien Städte beziehen. Dabei wird zwischen „schwerwiegenden“ (bei Inzidenzwert 50) und „stark einschränkenden“ (bei Inzidenzwert 35) und „einfachen“ (darunter) Schutzmaßnahmen unterschieden, wobei Schutzmaßnahmen schon im Vorwege dann möglich sind, wenn die Infektionsdynamik eine Überschreitung „wahrscheinlich macht“. Zusätzlich wird auch die landesweite bzw. bundesweite Überschreitung der Inzidenzwerte als Maßstab vorgesehen, danach „sollen“ jeweils einheitliche Maßnahmen angestrebt werden.

Damit lässt sich zunächst festhalten:

- Die Regelung des § 28a InfSchG zählt ausschließlich Schutzmaßnahmen auf, die allesamt aus den landesrechtlichen Coronaschutzverordnungen der Bundesländer bekannt sind, welche in den letzten Monaten erlassen wurden. Es wird sozusagen „rückwärts“ in die Ermächtigungsnorm das aufgenommen, was das eigenständige Verordnungsrecht zuvor auf der Grundlage des § 28 I 1 InfSchG bereits als Regelung festgelegt hat (und was in der Regel

zuvor intergouvernemental zwischen Bundesregierung und Landesregierungen abgesprochen war). Eigenständige Regelungsansätze oder stärkere bundesrechtliche Lenkungswirkung ist mit der Regelung nicht verbunden.

- Eine materielle Eingrenzung von Maßnahmen findet durch § 28a InfSchG nicht statt: Zum ersten sind die Beispiele der Nr. 1-15 ausdrücklich nur als mögliche, aber nicht abschließende Anwendungen des § 28 I 1 InfSchG gekennzeichnet („insbesondere auch“); zum zweiten sind die genannten Maßnahmen nach bisherigem Erfahrungsstand praktisch lückenlos aufgezählt – es wird keine Maßnahme ausgeschlossen; hinzu kommt, dass die genannten Maßnahmen mit einer Ausnahme auch nicht an bestimmte Voraussetzungen gebunden sind (anders nur Nr. 11, wonach Verbote von Versammlungen und religiöse Zusammenkünfte nur aus zwingenden Gründen in Betracht kommen).

3. Verfassungssystematische Einordnung der Regelung

Die vorgelegten Regelungen sind verfassungsrechtlich wie folgt zu bewerten:

- Kein eigenständiger materiell-rechtlicher Gehalt des § 28a InfSchG

§ 28a InfSchG-E gilt schon aus gesetzessystematische Gründen nur in Abhängigkeit von der Generalklausel des § 28 InfSchG. Auch aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass § 28a InfSchG-E ausschließlich eine klarstellende Funktion zugeordnet ist.

- Entsprechend werden die unter § 28a Abs. 1 S. 1 InfSchG-E aufgeführten Maßnahmen als „nicht abschließende Regelbeispiele“ (BT-Drs. 19/23944, S. 19) bezeichnet, womit sie allein der Konkretisierung von § 28 InfSchG dienen. Auch wird ausdrücklich auf den deklaratorischen Charakter der Vorschrift abgehoben, indem ihre klarstellende Funktion ausdrücklich betont wird (BT-Drs. 19/23944, S. 27: „klarstellende Erweiterung“ der Regelbeispiele aus § 28 I 1 InfSchG).

- Auch die bereits in § 28 InfSchG eigens erwähnten Maßnahmen folgen einer solchen Systematik der „Fortsetzung der Generalklausel“ (Kießling, in: Kießling, IfSG, 2020, § 28 Rn. 3). Keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage stellen sowohl die Betretungs- und Verlassensgebote in § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 InfSchG dar, welche durch das Wort „insbesondere“ mit der Generalklausel im ersten Halbsatz verknüpft sind, als auch die Veranstaltungsbeschränkungen oder -verbote und Schließungen von Badeanstalten oder Gemeinschaftseinrichtungen (Kießling, in: Kießling, IfSG, 2020, § 28 Rn. 3; Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, 577 (581)); in ähnliche Richtung auch bereits BVerwG NJW 2012, 2823 (2826).

- Kontrollüberlegung: Eigenständiger Gehalt bei Sonderbefugnissen im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht

Diese (Selbst-) Einordnung einer fehlenden rechtlichen Eigensubstanz der Regelung bestätigt sich, wenn zur Kontrolle das allgemeine rechtsstaatliche Verhältnis von Generalklauseln und Einzelbefugnissen herangezogen wird:

- Damit eine Vorschrift in Abgrenzung zu einer Generalklausel selbständig Wirkung entfaltet und damit als Standardmaßnahme definiert wird, muss sie sowohl einen eigenen Tatbestand als auch eine eigene Rechtsfolge enthalten. Das ist bei § 28a InfSchG-E nicht der Fall, vielmehr wird (nur) die Generalklausel in ihren Rechtsfolgen konkretisiert.

- Das Verhältnis von Generalklausel und Standardmaßnahmen wird ansonsten insbesondere im Polizeirecht relevant. Dieses ist in allen Bundesländern durch Eingriffsbefugnisse basierend auf einer Generalklausel und Standardmaßnahmen geprägt. Dabei wird typischerweise für besondere Befugnisse (etwa Platzverweis oder besondere Datenerhebungen) sowohl der Tatbestand als auch die Rechtsfolgenseite gesondert geregelt und so eine eigenständige Befugnisnorm erzeugt (Gusy, Polizeirecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 184). Dabei kommen sowohl besondere Begrenzungen als auch weitergehende Ermächtigungen der zuständigen Behörden in Betracht (Schoch, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Rn. 489; Kingreen/Poscher, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 2); oftmals bildet dabei die (Verfassungs-) Judikatur zu bestimmten typischen Eingriffssituationen samt deren wissenschaftlicher Begleitung den Ausgangspunkt (Schoch, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Rn. 227ff.). Die Generalklauseln im bayerischen und thüringischen Polizeigesetz beinhalten demgegenüber eine Besonderheit, die den Formulierungen in § 28 Abs. 1 S. 1 HS. 1 InfSchG und § 28a Abs. 1 S. 1 InfSchG-E ähnelt und letztlich den bisherigen Befund bestätigt. Denn in Art. 11 BayPAG und § 12 ThürPAG wird zunächst in Absatz 1 die polizeiliche Generalklausel geregelt, um dann in Absatz 2 Beispiele zu nennen, die „insbesondere“ ein Eingreifen nach Absatz 1 rechtfertigen. Auch diesen „Verbesonderungen“ wird lediglich deklaratorische Wirkung zugesprochen, da sie weder eigene Tatbestandsvoraussetzungen noch spezielle Rechtsfolgen vorsehen, sondern nur verdeutlichen, welche besonderen Aspekte unter die Generalklausel in Absatz 1 zu subsumieren sind (Kingreen/Poscher, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, § 7 Rn. 4; Wißmann, Generalklauseln, 2008, S. 217, Fn. 217;).

- Es bestätigt sich also auch in Vergleich zu anderen Rechtsgebieten das Ergebnis von Wortlautauslegung, Gesetzesbegründung und Gesetzssystematik: § 28a InfSchG-E soll lediglich die „notwendigen Schutzmaßnahmen“ auf Rechtsfolgenseite konkretisieren und wirkt damit im Verhältnis zu § 28 InfSchG nur deklaratorisch.

- Zusammenfassung zur Wirkung der Regelung: (Nur) Mittelbare Legitimierung des Verordnungsrechts durch gesetzliche Abbildung

Eine eigenständige Rechtfertigung von staatlichen Eingriffen auf der Grundlage des § 28a InfSchG scheidet nach dem Gesagten aus.

- Materieller Kontrollmaßstab für die Eingriffe in Freiheitsrechte, etwa bei der Kontrolle von Maßnahmen durch Gerichte (aber auch für die politische Rechenschaftspflicht gegenüber den Bürgern), bleibt der Tatbestand des § 28 I 1 InfSchG. Durch § 28a InfSchG wird kein erweiterter oder begrenzender materieller Tatbestand geschaffen. Das bedeutet, dass damit weder Grundrechtseingriffe eigenständig gerechtfertigt

werden können, noch dass eine Begrenzung der bisher schon möglichen Grundrechtseingriffe nach § 28 I 1 InfSchG stattfindet.

- Insbesondere ist § 28a InfSchG auch nicht geeignet, die möglichen Schutzmaßnahmen in ihrem Verhältnis zueinander zu strukturieren. Die Maßnahmen sind nicht aufsteigend oder sonst erkennbar in ein Verhältnis gesetzt. Daher wird auch zukünftig jede Maßnahme für sich (oder auch in der kumulativen Wirkung) verfassungsrechtlich auf ihre Verhältnismäßigkeit zu kontrollieren sein.

- Letztlich macht sich der Bundesgesetzgeber (nur) zu eigen, was die (Landes-) Verordnungsgeber bisher getan haben – dies aber auch nur in einer rein berichtenden, aufzählenden Form. Als einziges Legitimationselement bleibt damit diese Befassung als solche: Der Gesetzgeber sieht die genannten Maßnahmen als von § 28 I 1 InfSchG gedeckt – wenn sie denn die materiellen Voraussetzungen nach § 28 I 1 in verhältnismäßiger Weise erfüllen (wozu sich der Gesetzgeber mangels Nennung von Kriterien nicht verhält). (Nur) in diesem beschränkten Sinn wird auch das Klarstellungsinteresse wirksam, dass auch „weitreichende und langandauernde Maßnahmen [...] vom Willen des Gesetzgebers getragen sind“ (BT-Drs. 19/23944 S. 31).

III. Notwendige Ergänzung des Regelungsansatzes durch Berichtspflichten

Zu beachten ist, dass es sich bei dem vorliegenden Gesetzesvorhaben weder um Symbolpolitik handelt noch um ein beliebiges „Projekt“. Der Bundestag sollte mit höchstem Ernst bedenken, dass es mit der formellen Erledigung eines Gesetzesbeschlusses in Bezug auf die Corona-Situation nicht getan ist: Die gesamtgesellschaftlichen Verhältnisse sind auf das Äußerste angespannt, Zustimmungsraten hin oder her. Daher ist zu erwägen, ob und wie zusätzliche Formen der politischen Rechenschaft eingeführt werden – gerade für diejenigen, die an die Kraft der parlamentarischen Debatte als eines Forums der Nation glauben. Die Anträge der Opposition zeigen entsprechende Ansätze, im Übrigen hat sich auch die Bundeskanzlerin vor der Bundespressekonferenz offen für entsprechende Anregungen gezeigt und insoweit auf Regelungen im Europarecht verwiesen.

Aus verfassungssystematischer Sicht lässt sich dazu sagen:

- Hinreichende Information ist Eigenrecht und Pflicht der Abgeordneten

- Effektives Parlamentshandeln setzt informierte Abgeordnete voraus (Brüning, Staat, 2004, 511; Kotzur, JURA, 2007, 52).

- Dies gilt schon im verfassungsrechtlichen Normalfall: Da im modernen Verfassungsstaat die Exekutive mit ihren Ministerien und nachgeordneten Behörden bekanntlich über einen erheblichen Wissensvorsprung gegenüber der Legislative verfügt, sehen Verfassungsrecht und einfaches Recht eine Vielzahl von Auskunfts-, Berichts- und Transparenzpflichten der Exekutive vor. So leitet das Bundesverfassungsgericht etwa aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG – in Verbindung mit den entsprechenden Vorschriften der Geschäftsordnung des

Deutschen Bundestages – ein allgemeines Frage- und Informationsrecht der Parlamentarier gegenüber der Bundesregierung ab (BVerfGE 124, 161 (188)). Weitere parlamentarische Kontrollmöglichkeiten mit korrespondierenden Berichts- und Transparenzpflichten sieht das Grundgesetz etwa in Art. 44, 45b und 45d GG vor. Sowohl diese verfassungsrechtlichen als auch die durch einfaches Recht vorgesehenen Berichtspflichten dienen der Kontrolle der Exekutive und sollen mithin ihre Steuerung durch das Parlament ermöglichen. Dies verwirklicht den in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG verankerten Grundsatz der Gewaltenteilung.

- In komplexen Rechtsgebieten wird das Mittel der Berichtspflicht regelmäßig eingesetzt

- Gerade in besonders komplexen Rechtsgebieten sieht das einfache Recht an vielen Stellen Berichts- und Transparenzpflichten vor. Während diese grundsätzlich auf eine verbesserte Steuerungsfähigkeit des Parlaments abzielen, verfolgen sie im Speziellen durchaus unterschiedliche Zwecke. Unterschieden werden können etwa:

- Allgemeine Information von Parlament (und ggfs. Öffentlichkeit), um eine bessere Aufgabenerfüllung, insbesondere Nachsteuerung durch Gesetz zu ermöglichen.
- Monitoring / Verfolgung von Umsetzungsfortschritten / Evaluation.
- Ersatz bzw. Flankierung des Rechtsweges / nichtgerichtlicher Rechtsschutz.
- Grundrechtsschutz / Mäßigende Wirkung auf das Exekutivhandeln durch spätere Rechenschaftspflichten.

- Dabei werden häufig die Bundes- oder Landesregierungen als Spitze des Verwaltungsapparates zur Auskunft verpflichtet. In anderen Fällen müssen die unmittelbar für einen Sachbereich verantwortlichen Behörden – häufig aufgrund eines besonderen Wissensvorsprungs oder einer fachlichen Unabhängigkeit – Bericht erstatten (vgl. § 63 II EnWG). Ferner lassen sich Unterschiede hinsichtlich der Intervalle feststellen, in denen entsprechende Berichte von Gesetzes wegen zu verfassen sind.

- So legt etwa § 63 EnWG der Bundesregierung und der Bundesnetzagentur die Pflicht auf, den Bundestag und die Öffentlichkeit umfänglich über die Entwicklung der Energienetze und der Energieeffizienz zu informieren und diese mithin mit allen relevanten Informationen zu versorgen. Auf dieser Grundlage können der nationale und supranationale Gesetzgeber die Rechtslage anpassen und steuernd in den Energiemarkt eingreifen. Die sich aus § 6 Parlamentsbeteiligungsgesetz und § 3 EUZBBG ergebenden Informationsrechte des Parlaments sollen es diesem ebenfalls ermöglichen, bei Einsätzen der Bundeswehr beziehungsweise der europäischen Integration seine verfassungsrechtlichen Aufgaben wahrzunehmen und realen Einfluss nehmen zu können. Besonders umfangreiche Transparenzpflichten sieht Art. 59 DSGVO vor, welcher die datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden zur Erstellung eines Jahresberichts verpflichtet. Dieser Bericht wird an die nationalen Parlamente und Regierungen weitergeleitet. Er dient der Information und öffentlichen Meinungsbildung und soll darüber hinaus disziplinierende Wirkung auf diejenigen haben, die Adressaten der DSGVO sind (Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht,

2019, Art. 59 Rn. 2 DSGVO). Art. 25 VII Bundesteilhabegesetz sieht Berichtspflichten des BMAS gegenüber Bundestag und Bundesrat zu Stand und Ergebnissen der in diesem Gesetz vorgesehenen Maßnahmen vor und dient mithin eher der Evaluation und dem Monitoring. Besondere Unterrichtungspflichten sieht das G 10-Gesetz bei Eingriffen in Art. 10 GG vor. So ist die G 10-Kommission gemäß § 15 VI G 10-Gesetz von dem zuständigen Bundesministerium über die Anordnung von Beschränkungsmaßnahmen zu unterrichten und hat auf dieser Grundlage über deren Rechtmäßigkeit und Notwendigkeit zu entscheiden. Sie soll als unabhängiges – allerdings nicht der legislative zuzuordnendes – Gremium die Rechtmäßigkeit verdeckter Maßnahmen sichern und verwirklicht mithin insbesondere den ansonsten defizitären Grundrechtsschutz.

- Der bisherige Gesetzentwurf verpasst ein angemessenes Transparenzniveau und damit eine Chance auf bessere Rechtfertigung der Corona-Maßnahmen.

- Der vorliegende Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite räumt wie gesehen der Exekutive weitreichende Befugnisse ein, ohne adäquate – und das heißt durchgreifende – Berichts- und Transparenzpflichten festzulegen. Zwar sieht § 4 Ia InfSchG bereits die Pflicht des BMG vor, dem Bundestag bis zum 31. März 2021 einen Bericht über Erkenntnisse zum Coronavirus vorzulegen. Eine Darstellung der grundrechtssensiblen Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Pandemie ergriffen werden, besteht hingegen nicht. Im Übrigen wird lediglich im politischen Sinn im Bundestag über die Maßnahmen diskutiert – nicht als Erfüllung eines gesetzlichen Auftrags.

- Da die auf §§ 28, 28a InfSG gestützten Maßnahmen regelmäßig von den Landesregierungen als Rechtsverordnungen gemäß § 32 InfSG ergehen, sollten auch diese zur Berichterstattung gegenüber den Landesparlamenten in regelmäßigen Abständen verpflichtet werden. Um eine umfassende Kontrolle und Steuerung der Exekutive und sicherzustellen, sollten die entsprechenden Berichte die Arten und die Anzahl der aufgrund der Coronaverordnungen vorgenommenen Grundrechtseingriffe systematisch erfassen. Den Landesparlamenten sollten ebenenübergreifende Nachfrage- und Konsultationsrechte bei Unklarheiten zugesprochen werden. Auch der zuständige Bundesminister sollte zur entsprechenden Darlegung seines Vorgehens nach dem InfSchG vor dem Bundestag verpflichtet werden.

- Engmaschig getaktete Berichtspflichten würden die Sondersituation der derzeitigen Lage – die allseits immer wieder betont wird – in einem verdichten und kontinuierlichen Verfahren im Bewusstsein der handelnden Akteure halten. Damit würden sich materiell-rechtliche und verfahrensmäßige Vorgaben zu einem neuen Regulierungsmix verbinden, der angesichts der krisenhaften Lage – für das Gesundheitssystem, für den gesellschaftlichen Frieden, für den Rechtsstaat – eine angemessene gemeinsame Anstrengung der staatlichen Organe darstellt. Hierdurch würde tatsächlich zusätzliche verfassungsstaatliche Legitimität erzeugt. Darin läge zugleich eine Chance für den „Regierungsparlamentarismus“ des Grundgesetzes: Denn die vor uns liegende Zeit lässt sich mit Routinen nicht bewältigen, und auch nicht allein mit der Zurverfügungstellung von Haushaltsmitteln. Die Bevölkerung muss sehen

können, dass die Verkürzung von Freiheit ein für die Staatsorgane tatsächlich schmerzhafter Aspekt der Corona-Maßnahmen ist – also immer wieder unter Rechtfertigungsdruck gestellt wird.

IV. Befristung und weitere Entwicklung der gesetzlichen Regelung

Nach hiesiger Auffassung ist verfassungsrechtlich zu beachten:

- Schon für die anstehenden Monate sind die materiellen Grundrechtseingriffe auf der Grundlage von §§ 5, 28, 28a und 32 InfSchG nur dann als weitere Übergangsregelung zu rechtfertigen, wenn sie durch Berichtspflichten der Regierung ergänzt werden.
- Der Bundestag ist angehalten, darüber hinausgehend unverzüglich Beratungen aufzunehmen, in welcher Weise ab dem Frühjahr 2021 gesetzgeberisch mit einer Hochrisikolage im Infektionsschutzrecht umgegangen werden soll. Inzwischen liegen vielfache Stellungnahmen aus der Wissenschaft und der Judikatur vor, auch der naturwissenschaftliche Erkenntnisstand zur Gefahrenlage und zu sinnvollen Maßnahmen hat sich ständig verändert. Der vorliegende Gesetzentwurf und seine Begründung spiegeln diese Situation nicht angemessen wider. Eine weitere Fortschreibung dieses Regelungszustands über den 31.3.2021 hinaus – dem seit langem bekannten Ende der schnell gefundenen Sonderregelungen – hält verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht stand. Aus der Not- und Krisengesetzgebung schleichend einen Dauerzustand zu machen, ist demokratie- und freiheitsschädlich.
- Selbstverständlich kommt daher derzeit eine Entfristung von Sonderbefugnissen nicht in Betracht. Hierauf weist der Antrag der FDP BT-Drs. 19/23689 völlig zurecht hin. Dazu fehlt es bereits völlig an der notwendigen Evaluation von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der ergriffenen Maßnahmen – ihre Wirksamkeit ist vielfach nur nicht auszuschließen, was aber verfassungsstaatlich nicht hinreicht. Stattdessen sollte in der Tat die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite jeweils befristet werden und damit ein aktives Handeln des Bundestags erforderlich werden. Dies würde dazu beitragen, die konsentierete Irregularität der derzeitigen Situation im Bewusstsein zu halten und auch parlamentarisch fortgesetzt und sichtbar Verantwortung für die Abwägung zwischen Schutz und Freiheit zu übernehmen. Positiv in diesem Zusammenhang ist die geplante Streichung des § 5 II Nr. 3 InfSchG i.d.F. vom März 2020.

C. Schluss

Im Herbst 2020 steht der Bundestag vor der Situation, noch einmal eine Not- und Übergangsgesetzgebung für die Bekämpfung der Corona-Pandemie zu beschließen. Er ist gefordert, die Legitimation der staatlichen Maßnahmen zu verbessern, wird dazu in der momentanen Lage aber nur durch einen Mix an (vorläufigen) Instrumenten in der Lage sein.

Die legitimatorische Wirkung der bisher vorgelegten gesetzlichen Neu-Regelung des § 28a InfSchG ist gering. Das liegt insbesondere daran, dass letztlich das materielle Gesetz hier keine Steuerungswirkung übernehmen will, sondern die reaktionsschnelle Handhabung der

Situation durch Verordnungsrecht nur absichernd flankiert, aber nicht anleitet. Das eingesetzte Mittel einer deklaratorischen Aufzählung von (bereits bekannten) Exekutivmaßnahmen ohne Strukturierung, Begrenzung oder innerer Ordnung ist in der Sache kein aktiver Beitrag zur Gewaltenteilung im herkömmlichen Sinn, sondern eine nachlaufende Bestätigung der Bund-Länder-Aktivitäten der letzten Monate. Insbesondere muss festgehalten werden, dass mangels materieller Voraussetzungen und angesichts des Umfangs der aufgezählten Maßnahmen sozusagen vollflächig der Regelungsansatz des § 28 I 1 InfSchG wiederholt wird – damit sind aber sowohl die Bürgergesellschaft mit ihrer inneren und äußeren Anspannung wie auch die Gerichte nicht wirklich klüger, welche Maßnahmen nun im Rechtsstaat angemessen sind, um das Ziel des Gesundheitsschutzes zu erreichen. Da nunmehr wieder die Zeit drängt, kann eine rechtssystematisch saubere Erarbeitung von Vorgaben (einschließlich ihres Verhältnisses zueinander) im Moment zunächst wieder nicht geleistet werden – dafür hätten in den Sommermonaten im Übrigen durchaus Möglichkeiten der Vorarbeit bestanden.

Der Bundestag (wie auch die Länderparlamente) sollte sich der besonderen Situation bewusst sein: Auch für die nächste Zeit stehen aus Gründen des Gesundheitsschutzes weiterhin schwerste Grundrechtseingriffe bevor, für die es in der Geschichte der Bundesrepublik kein Beispiel gibt. Die nachlaufende Aufzählung von Verordnungsregeln ist kein hinreichender Beitrag des Parlaments, in diesem historischen Moment seine Aufgabe als Gesetzgeber zu erfüllen. Angezeigt wäre, für eine bewusst begrenzte Zeit starke Transparenz- und Berichtspflichten der Regierung gesetzlich zu verankern und sie neben die konventionelle Befugnisnorm aus § 28 I 1 und § 28a I 1 InfSchG zu stellen. In der Summe kann so aus der besonderen, zeitlich begrenzten Sachlage ein strukturell angemessener, hybrid angelegter prozeduraler Regulierungsansatz verfolgt werden, der zugleich im rechtsstaatlichen Dialog mit Gerichten und Bevölkerung ein Argument für die derzeitige limitierte materiellrechtliche Einhegung bildet. So könnte der Bundestag in dieser schwierigen Zeit das werden, was er sein soll: Die Vertretung des ganzen Volkes, das seine Regierung legitimiert, aber auch kontrolliert.

Münster, den 10. November 2020

gez. Prof. Dr. H. Wißmann