



## Die Rolle der Landesparlamente bei Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vor dem Hintergrund des Artikel 80 Abs. 4 GG

### A. Auftrag

Zur Eindämmung der Corona-Pandemie haben die Regierungen aller Bundesländer auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes des Bundes (IfSG)<sup>1</sup> vornehmlich durch Rechtsverordnungen Hygiene- und Abstandsregeln, Versammlungs- und Kontaktverbote, Regelungen zur Kontaktnachverfolgung sowie weitere Maßnahmen beschlossen.<sup>2</sup>

Nach Art. 80 Abs. 4 GG können die Landesparlamente in den Fällen, in denen eine Landesregierung durch oder auf Grund eines Bundesgesetzes ermächtigt ist, Rechtsverordnungen zu erlassen, wahlweise auch eine gesetzliche Regelung treffen (sog. verordnungsvertretendes Gesetz). Von dieser Regelung wird bislang kaum Gebrauch gemacht.

Mit Beschluss vom 28. August 2020 erklärte der saarländische Verfassungsgerichtshof die dortige Regelung über die Kontaktnachverfolgung (Verpflichtung zur Führung von Anwesenheits- und Gästelisten durch Gaststätten-/Einrichtungsbetreiber sowie Veranstalter)<sup>3</sup> als mit dem Grundrecht auf Schutz der personenbezogenen Daten nach Art. 2 Satz 2 der Verfassung des Saarlandes, dessen Gewährleistungsbereich dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG<sup>4</sup> und Art. 4a Abs. 1 Satz 1 der Landesverfassung Rheinland-Pfalz (LV)<sup>5</sup> entspricht, für nicht vereinbar. Dem entsprechenden Grundrechtseingriff fehle eine tragfähige gesetzliche Grundlage.<sup>6</sup>

Nach einem Pressebericht vom 22. September 2020 folgt der rheinland-pfälzische Datenschutzbeauftragte dem Grund nach der Argumentation des saarländischen Verfassungsgerichtshofs und sieht die Zeit gekommen ernsthaft zu prüfen, ob und inwieweit Fragen durch das Parlament selbst geregelt werden können, um eine ausreichende demokratische Legitimation zu wahren.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1385).

<sup>2</sup> Siehe für Rheinland-Pfalz <https://corona.rlp.de/de/service/rechtsgrundlagen/> (Abruf vom 25. Sept. 2020).

<sup>3</sup> Art. 2 § 3 der saarländischen Verordnung zur Änderung infektionsrechtlicher Verordnungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 21. Aug. 2020 (SL Amtsbl. S. 768).

<sup>4</sup> VerFGH SL - Ur. vom 21. Jan. 2020 -, LV 15/19, Rn. 62 (juris).

<sup>5</sup> S. Brink, in: Broucker/Droege/Jutzi, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2014, Art. 4a Rn. 34.

<sup>6</sup> LV 15/20, B. 2. c. (Urteilsdruck S. 27 ff.).

<sup>7</sup> Rhein-Zeitung, S. 3.

**In seiner Funktion als Beratungs-, Gutachter- und Gesetzgebungsdienst des Landtags Rheinland-Pfalz erstellt der Wissenschaftliche Dienst Gutachten, die für den parlamentarischen Gebrauch bestimmt sind. Die Werke des Wissenschaftlichen Dienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die – auch auszugsweise – Verwertung ist nur unter Angabe der Quelle zulässig.**

Auf Bitte des Präsidenten soll in einer kurzen Stellungnahme die Rolle der Landesparlamente bei Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vor dem Hintergrund des Art. 80 Abs. 4 GG unter Berücksichtigung des Beschlusses des saarländischen Verfassungsgerichtshofs und der Bitte des rheinland-pfälzischen Datenschutzbeauftragten auf Wahrung einer ausreichenden demokratischen Legitimation der Corona-Maßnahmen dargestellt werden.

## B. Stellungnahme

### I. Gesetzliche Grundlagen

#### 1. Gesetzgebungskompetenz

Infektionsschutz und Seuchenbekämpfung gehören zur Gefahrenabwehr, für die grundsätzlich die Länder die Gesetzgebungskompetenz haben.<sup>8</sup> Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG steht dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für „*Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Mensch und Tieren*“ zu. Von dieser Kompetenz hat er durch das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen vom 20. Juli 2000 (Infektionsschutzgesetz – IfSG)<sup>9</sup> Gebrauch gemacht. Soweit der Bund seine Gesetzgebungskompetenz in Anspruch genommen hat, haben die Länder keine weitere Regelungsbefugnis (Art. 72 Abs. 1 und Abs. 3 GG n.F.).<sup>10</sup>

Hinsichtlich der gesetzlichen Eingriffsbefugnisse zur unmittelbaren Verhütung (Vorbeugung) und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, die im Infektionsschutzgesetz detailliert, insbesondere in den §§ 24 ff. IfSG, geregelt sind, wird man davon ausgehen müssen, dass der Bund insoweit abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. Den Bundesländern dürfte daher jedenfalls keine Kompetenz zum Erlass von Regelungen zukommen, welche die epidemiologische Verhinderung, Verringerung oder Unterbrechung der Krankheitsaus- und -verbreitung betreffen.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, 2. Apr. 2020, WD3 - 3000 - 080/20, S.4.

<sup>9</sup> BGBl. I S. 1045; zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1385).

<sup>10</sup> Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, 2. Apr. 2020, WD3 - 3000 - 080/20, S.4.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu und zum folgenden: *Kießling*, Infektionsschutzgesetz, 1. Aufl. 2020, Einf. Rn. 3; *Lindner*, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl. 2020, § 16 Rn. 5; *Kluckert*, in: ders., Das neue Infektionsschutzrecht, 1. Aufl. 2020, § 2 Rn. 3, 10, 15; *Fleischfresser*, in: *Kluckert*, a.a.O., § 13 Rn. 28; *Brocker*, NVwZ 2020, 1485 ff.; OVG Lüneburg - Beschl. vom 17. Apr. 2020 -, 13 MN 82/20, Rn. 50 (juris); OVG Schleswig-Holstein - Beschl. vom 2. Apr. 2020 -, 3 MB 8/20, Rn. 35 (juris).

Zur Generalklausel des § 34 Abs. 1 Satz 1 Bundesseuchengesetz i.d.F. des 4. Gesetzes zur Änderung des Bundes-Seuchengesetzes vom 18. Dezember 1979,<sup>12</sup> die dem heutigen § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG entspricht, führt die Gesetzesbegründung aus:<sup>13</sup>

*„Die Fülle der Schutzmaßnahmen, die bei Ausbruch einer übertragbaren Krankheit in Frage kommen können, läßt sich von vorneherein nicht übersehen. Man muß eine generelle Ermächtigung in das Gesetz aufnehmen, will man für alle Fälle gewappnet sein. Die Maßnahmen können vor allem nicht nur gegen die in Satz 1 (neu) Genannten, also gegen Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige usw. in Betracht kommen, sondern auch gegenüber ‚Nichtstörern‘.“*

Die Gesetzesbegründung zum Infektionsschutzgesetz führt zur Zuständigkeit des Bundes zum damals geltenden Art. 72 Abs. 2 GG<sup>14</sup> aus:

*„Das Ziel, durch die Regelung eine effektive Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu ermöglichen, kann nur erreicht werden, wenn im gesamten Bundesgebiet einheitliche Regelungen zum Schutz der Bevölkerung vor übertragbaren Krankheiten gelten. Bei einer landesrechtlichen Regelung des Infektionsschutzrechts könnten bei unterschiedlicher Ausgestaltung bzw. Nichtregelung je nach Land effektive Schutzmaßnahmen gegen übertragbare Krankheiten nicht ergriffen werden.“*

Der Bund dürfte damit die Befugnisse für die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten abschließend geregelt haben.

Nicht abschließend geregelt sind wohl die Maßnahmen für den Bereich der Sicherstellung der Handlungsfähigkeit des Gesundheitssystems und zur Vermeidung einer Überlastung desselben im Falle einer Epidemie oder Pandemie, so insbesondere im Hinblick auf den Zugriff auf medizinisches und pflegerisches Personal sowie mit Blick auf Engpässe bei Produktion, Herstellung und/oder Verteilung medizinisch benötigter Materialien sowie Arzneimittel.<sup>15</sup> Für diesen Bereich dürften daher die Länder eigene Gesetze erlassen können, was beispielsweise in Bayern<sup>16</sup> und Nordrhein-Westfalen<sup>17</sup> durch Landesinfektionsschutzgesetze erfolgt ist. Der Bund hat zwar für

---

<sup>12</sup> BGBl. I. S. 2248.

<sup>13</sup> BT-Drs. 8/2468, S. 27.

<sup>14</sup> Art. 72 Abs. 2 GG lautete: „Der Bund hat in diesem Bereich das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.“

<sup>15</sup> Lindner, a.a.O. (FN 11), § 16 Rn. 5 a.E., 7; vgl. auch Kießling, in: ders., a.a.O. (FN 11), Einf. Rn. 3 m.w.N.; Kluckert, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 2 Rn. 15.

<sup>16</sup> Bayerisches Infektionsschutzgesetz (BayIfSG) vom 25. März 2020 (GVBl. BY S. 174); ausführlich hierzu Lindner, a.a.O. (FN 11), § 16 Rn. 6 ff.

<sup>17</sup> Gesetz zur Regelung besonderer Handlungsbefugnisse im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler oder landesweiter Tragweite und zur Festlegung der Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz (Infektions- und Befugnisgesetz – IfSBG-NRW) vom 14. Apr. 2020 (GV. NRW. S. 218b).

diesen Bereich nunmehr im (Bundes-)Infektionsschutzgesetz nachgesteuert und § 5 neu gefasst.<sup>18</sup> Die Neufassung lässt das Recht der Länder zu eigenen Regelungen für diesen Bereich jedoch ausdrücklich unberührt („*unbeschadet der Befugnisse der Länder*“).

Trotz der eindeutigen Literaturlauffassungen und der Gesetzesbegründungen sei darauf hingewiesen, dass zu der Frage, ob der Bund in dem dargestellten Umfang abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat, bislang keine verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ergangen. Auch der saarländische Verfassungsgerichtshof hat diese Frage nicht geprüft.<sup>19</sup>

## 2. Verwaltungskompetenz

Ausgeführt wird das Infektionsschutzgesetz des Bundes nach Art. 83 GG i.V.m. § 54 IfSG von den Ländern. Auf dessen Grundlage treffen die zuständigen Landesbehörden die notwendigen Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten. Als Rechtsform stehen den Ländern der Verwaltungsakt (vgl. § 28 Abs. 1 IfSG), hierbei insbesondere in der Unterform der Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 2 VwVfG, und nach § 32 Satz 1 IfSG die Rechtsverordnung durch die jeweilige Landesregierung zur Verfügung.<sup>20</sup>

## 3. Befugnisnormen

Bei den Maßnahmen stellt § 28 IfSG die zentrale Vorschrift dar. Sie enthält die allgemeinen Voraussetzungen der Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten. Diese Schutzmaßnahmen sind in § 28 IfSG selbst und in den §§ 29 bis 31 IfSG geregelt. Die §§ 24 bis 27 IfSG bereiten die Schutzmaßnahmen vor, greifen also früher oder ggf. parallel zu den ersten Schutzmaßnahmen. § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG enthält eine Generalklausel, § 28 Abs. 3 IfSG allgemeine Bestimmungen für alle Schutzmaßnahmen.<sup>21</sup> § 28 Abs. 2 sowie die §§ 29 bis 31 IfSG regeln bestimmte Standardmaßnahmen.<sup>22</sup> § 32 Satz 1 IfSG ermächtigt zum Erlass von Rechtsverordnungen unter den Voraussetzungen, die für Einzelmaßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind.

---

<sup>18</sup> Art. 1 des Gesetzes zu Schutz der Bevölkerung vor einer epidemischen Lage vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 587).

<sup>19</sup> Lv 15/20. Die Ausführungen im Beschluss zur Unvereinbarkeitserklärung für eine Übergangszeit unter B. 2. d. (Urteilsdruck S. 31) „... und dem Landtag des Saarlandes eine angemessene Frist zur Abhilfe zu setzen“ können nicht als Prüfung und Feststellung der Gesetzgebungskompetenz des Saarlandes gewertet werden.

<sup>20</sup> Vgl. Rixen, NJW 2020, 1097 (1100 f.); Gärditz/Abdulsalam, GSZ 2020, 108 (111 f.); Häberle/Lutz, Infektionsschutzgesetz, 1. Aufl. 2020, § 28 Rn. 8, 10.

Dem Robert-Koch-Institut (RKI) als selbständiger Bundesbehörde obliegen keine Vollzugsaufgaben, vgl. hierzu Kießling, in: ders., a.a.O. (FN 11), Einf. Rn. 4 m.w.N.

<sup>21</sup> Kießling, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 28 Rn. 1; zur dogmatischen Einordnung von § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 und § 28 Abs. 1 Satz 2 siehe Kießling, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 28 Rn. 3.

<sup>22</sup> Kießling, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 28 Rn. 3, 55; vgl. dort auch zum Verhältnis der Generalklausel zu den Standardmaßnahmen.

Die grundlegenden Maßnahmen wie Versammlungs- und Kontaktverbote, Hygiene- und Abstandsregeln sowie Regelungen zur Kontaktnachverfolgung für die verschiedenen gesellschaftlichen Bereiche, beispielsweise im Bereich von Sport und Freizeit, der Wirtschaft einschließlich der Gastronomie und der Beherbergung sowie bei Bildung und Kultur, wurden von allen Landesregierungen durch Rechtsverordnung auf der Grundlage der Generalklausel des Infektionsschutzgesetzes des Bundes (§§ 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG) getroffen. Einzelne Länder haben darüber hinaus bestimmte weitere Maßnahmen durch Allgemeinverfügungen getroffen.<sup>23</sup> Die in verschiedenen Landesverfassungen vorgesehenen Notstandsrechte des nichtpolitischen Notstands (z.B. in Art. 111 LV RP), nach denen in bestimmten Notstandslagen Landesregierungen Maßnahmen durch Verordnungen treffen können, sind nicht Grundlage der Maßnahmen.<sup>24</sup>

## II. Der Parlamentsvorbehalt und die darauf gestützte Argumentation des saarländischen Verfassungsgerichtshofs

### 1. Parlamentsvorbehalt und Pandemiephasen

Das Bundesverfassungsgericht vertritt in ständiger Rechtsprechung, dass staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen durch förmliches Gesetz legitimiert wird. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, und darf sie nicht anderen Normgebern überlassen. Wann es danach einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, lässt sich nur im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes beurteilen. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den darin verbürgten Grundrechten, zu entnehmen. Danach bedeutet wesentlich im grundrechtsrelevanten Bereich in der Regel „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“. Die Tatsache, dass eine Frage politisch umstritten ist, führt dagegen für sich genommen nicht dazu, dass diese als wesentlich verstanden werden müsste. Zu berücksichtigen ist im Übrigen, dass die in Art. 20 Abs. 2 GG als Grundsatz normierte organisatorische und funktionelle Unterscheidung und Trennung der Gewalten auch darauf zielt, 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. Dieses Ziel darf nicht durch einen Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen werden.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Vgl. *Guckelberger*, NVwZ-Extra 9a/2020, 1 (2 f. m.w.N.); *Heinig*, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkmann/Wißmann, JZ 2020, 861 (869).

<sup>24</sup> Vgl. hierzu *Kersten*, ZRP 2020, 65; *Pautsch*, JSE 2020, 1 f.; *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 1. Aufl. 2020, Ziffer III. 2.

<sup>25</sup> Siehe aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nur BVerfG - Urt. vom 14. Juli 1998 -, 1 BvR 1640/97 Rn. 132 m.w.N. (juris); vgl. zu der Thematik auch *Brocker*, NVwZ 2020, 1485 ff.; *Pautsch/Haug*, NJ 2020, 281 (282); *Kießling*, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 28 Rn. 63 ff. m.w.N.

Mit dem Erfordernis des Parlamentsgesetzes soll sichergestellt werden, dass wesentliche Grundrechtseingriffe das Ergebnis eines parlamentarischen Willensbildungs- und Abwägungsprozesses mit einer „Debatte von Für und Wider vor dem Forum der Öffentlichkeit“<sup>26</sup> sind, nicht jedoch das Ergebnis von Videoschaltkonferenzen zwischen Bundeskanzlerin und den Ministerpräsidentinnen und -präsidenten, sodann umgesetzt durch die jeweilige Landesexekutive.<sup>27</sup> Es darf nicht zu einer dauerhaften Verschiebung der Achsen der horizontalen Gewaltenbalance kommen, die durch das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip ausgeformt sind.<sup>28</sup>

Dieses Prinzip gilt gerade auch für Rechtsverordnungen, wenn Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG den Gesetzgeber verpflichtet, „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ der erteilten Ermächtigung zu bestimmen. Daher darf in einer Rechtsverordnung niemals originärer politischer Gestaltungswille der Exekutive zum Ausdruck kommen.<sup>29</sup> Für die Ermächtigung zu gesetzesvertretenden Verordnungen gilt dies in ganz besonderem Maße, da sie unmittelbar an die Stelle von Regelungen treten, die Ausdruck des legislativen Willens sind.<sup>30</sup>

Geht es darum, schnell auf eine neue Krise zu reagieren, wie dies zu Beginn der Corona-Pandemie notwendig war, ist sicherlich die Exekutive mit ihren Instrumenten der Rechtsverordnung oder der Allgemeinverfügung die Gewalt, die schnell und flexibel auf die neue Herausforderung reagieren konnte. Dies ermöglichte es zugleich, regional unterschiedlichen Pandemieverläufen hinreichend Rechnung zu tragen. Diese Maßnahmen dürften eine weitreichende Ausbreitung der Corona-Pandemie in Deutschland in einer ersten Akutphase, in der große Ungewissheit über den Infektionsverlauf und die Infektionsdynamik herrschte, erfolgreich verhindert und zu einer hinreichenden Akzeptanz in der Bevölkerung geführt haben. Insofern dürfte die Verordnung auf Grundlage der aktuellen Regelungen im Infektionsschutzgesetz (§§ 32 i.V.m. 28 ff., insb. § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1) wohl ein notwendiges und wichtiges Instrument sein, Maßnahmen mit erheblichen Grundrechtseinschränkungen in unerwarteten Ausnahmesituationen für eine kurze Übergangszeit zu treffen.<sup>31</sup> Die Rechtsprechung akzeptiert diesen Weg grundsätzlich.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> VerfGH SL - Beschl. vom 28. Aug. 2020 -, Lv 15/20, B. 2. c. dd. (Urteilsumdruck S. 29).

<sup>27</sup> Vgl. bereits Hering in Frankfurter Allgemeine „Einspruch“ vom 10. Juni 2020 (<https://www.faz.net/einspruch/exklusiv/corona-krise-die-stunde-der-landesparlamente-16809716.html>) (Abruf vom 28. Sept. 2020); Pautsch/Haug, NJ 2020, 281 (282).

<sup>28</sup> Vgl. Kingreen, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 (868).

<sup>29</sup> BVerfG - Beschl. vom 8. Juni 1988 -, 2 BvL 9/85, 2 BvL 3/86 Rn. 59 (juris); Kingreen, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 (867 f.).

<sup>30</sup> Kingreen, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 (868).

<sup>31</sup> Vgl. Brocker, NVwZ 2020, 1485 (1486); Guckelberger, NVwZ-Extra 9a/2020, 1 (8); Pautsch/Haug, NJ 2020, 281 (285 f.); Gärditz/Abdulsalam, GSZ 2020, 108 (112 m.w.N. in FN 66 und 67); Heinig, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 (869); Kießling, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 28 Rn. 64.

<sup>32</sup> VerfGH SL - Beschl. vom 28. Aug. 2020 -, Lv 15/20, B. 2. c. dd. (Urteilsumdruck S. 29); Nachweise bei Brocker, NVwZ 2020, 1485 (1486 FN 12).

Mittlerweile stellt sich die Frage, ob in einer Phase zwei der Krisenbewältigung mit einer „neuen“ Normalität<sup>33</sup> die Exekutive vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitstheorie und dem aus ihr folgenden Parlamentsvorbehalt als Kernelement von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 74 LV, Art. 20 Abs. 3 GG) dauerhaft befugt sein kann, sämtliche Maßnahmen mittels der exekutiven Regelungsinstrumente, insbesondere auf Grundlage der Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG, zu treffen. Kingreen<sup>34</sup> spricht von der „Gefahr der Verstetigung exekutiver Stunden“. Dies gilt besonders vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber seit Beginn der Pandemie das Infektionsschutzgesetz bereits zwei Mal geändert hat.<sup>35</sup> Die Diskussion über diese Frage hat erst begonnen.<sup>36</sup> Sie bedarf der umfassenden Aufarbeitung.

## 2. Beschluss des saarländischen Verfassungsgerichtshofs

Der saarländische Verfassungsgerichtshof hat mit seinem Beschluss vom 28. August 2020<sup>37</sup> einen ersten Meilenstein gesetzt und eine auf §§ 32, 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG gestützte Verordnungsregelung, welche die Verpflichtung zur Führung von Anwesenheits- und Gästelisten durch Gaststätten-/Einrichtungsbetreiber sowie Veranstaltern von kulturellen Einrichtungen, Indoor-Spielplätzen, Gottesdiensten, Sport und sonstigen Veranstaltungen im Sinne von Art. 2 § 6 der saarländischen Corona-Pandemie-Verordnung vorsieht,<sup>38</sup> als mit der Wesentlichkeitsrechtsprechung nicht vereinbar erklärt. Anknüpfend an die aktuelle Phase zwei der Pandemie betont er:

*„Je länger grundrechtliche Belastungen von Bürgerinnen und Bürgern indessen andauern, desto wichtiger wird es indessen, die Regelung ihrer Grundlagen und Grenzen dem ohnehin originär verantwortlichen parlamentarischen Gesetzgeber zu überlassen.“<sup>39</sup>*

Der Verfassungsgerichtshof verlangt unter Berufung auf seine ständige Rechtsprechung<sup>40</sup> und diejenige des Bundesverfassungsgerichts<sup>41</sup> für die angeordnete Verpflichtung zur Führung der

---

<sup>33</sup> Wieler, Nachrichtenagentur Reuters vom 23. Juni 2020, <https://de.reuters.com/article/virus-deutschland-rki-idDEKBN23U19Y> (Abruf vom 28. Sept. 2020).

Die „neue“ Normalität bezeichnet ein Leben mit Einschränkungen, bei dem das Virus kontinuierlich im Land ist, es lokale Ausbrüche gibt und von der Bevölkerung weiterhin Abstands- und Hygieneregeln einzuhalten sind.

<sup>34</sup> in: Kingreen, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 (868).

<sup>35</sup> Vgl. Kießling, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 28 Rn. 64.

<sup>36</sup> Vgl. Hering in Frankfurter Allgemeine „Einspruch“ vom 10. Juni 2020 (<https://www.faz.net/einspruch/exklusiv/corona-krise-die-stunde-der-landesparlamente-16809716.html>) (Abruf vom 28. Sept. 2020); Brocker, NVwZ 2020, 1485 ff.; Rixen, NJW 2020 1097 (1103); Guckelberger, NVwZ-Extra 9a/2020, 1 (4 ff.); Pautsch/Haug, NJ 2020, 281 (282, 285 f.); Katzenmeier, MedR 2020, 461 (462 f.); Gärditz/Abdulsalam, GSZ 2020, 108 (112 f.); Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 ff. (insb. 867 f., 869 f.); Kießling, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 28 Rn. 63.

<sup>37</sup> LV 15/20.

<sup>38</sup> Amtsbl. 2020, S. 768.

<sup>39</sup> VerfGH SL - Beschl. vom 28. Aug. 2020 -, Lv 15/20, B. 2. c. dd. (Urteilsdruck S. 29).

<sup>40</sup> VerfGH SL - Urt. vom 21. Jan. 2020 -, LV 15/19 Rn. 67 ff. (juris).

<sup>41</sup> Beschl. vom 27. Mai 2020 („Bestandsdatenauskunft II“) -, 1 BvR 1873/13, 1 BvR 2618/13 Rn. 122 ff. (juris).

Anwesenheits- und Gästelisten eine förmliche parlamentarische Ermächtigung, die die zu erhebenden personenbezogenen Daten als solche, den Anlass und den spezifischen Zweck der Erhebung, die Art und Dauer der Aufbewahrung sowie ihre Löschung normenklar und bestimmt regelt und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.<sup>42</sup>

Vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Verfassungsgerichte der Länder zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung dürfte diese Entscheidung nicht überraschen. Es dürfte zu erwarten sein, dass in der nächsten Zeit weitere Gerichte grundrechtsbeschränkende Maßnahmen, die auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 i.V.m. § 32 IfSG und eine entsprechende Verordnungsregelung gestützt werden, für verfassungswidrig erachten und nach dem Vorbehalt des Gesetzes eine bereichsspezifische gesetzliche Grundlage fordern, die dem Erfordernis des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG (Regelung von „*Inhalt, Zweck und Ausmaß*“) Rechnung trägt.<sup>43</sup>

### III. Die Regelung des Art. 80 Abs. 4 GG

Im Grundgesetz findet sich mit Art. 80 Abs. 4 eine etwas versteckte Norm. Danach können die Landesparlamente in den Fällen, in denen eine Landesregierung durch oder auf Grund eines Bundesgesetzes ermächtigt ist, Rechtsverordnungen zu erlassen, wahlweise eine gesetzliche Regelung treffen (sog. ordnungsvertretendes Gesetz).<sup>44</sup> Dies beinhaltet das Recht der Landesparlamente, anstelle der Landesregierungen tätig zu werden. Insofern sind die Landesparlamente weder Erst- noch Subdelegatäre, sondern Alternativdelegatäre.<sup>45</sup> Ob sie von dieser Regelung Gebrauch machen, liegt im Ermessen des jeweiligen Landesparlaments.<sup>46</sup>

#### 1. Bedeutung der Vorschrift

Die Vorschrift wurde eingefügt durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994<sup>47</sup> und trat am 15. November 1994 in Kraft. Sie geht zurück auf einen Vorschlag der Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages aus dem Jahre 1976<sup>48</sup> und verschiedenen darauf aufbauenden Initiativen der Landtagspräsidentenkonferenz<sup>49</sup>. Zweck der

<sup>42</sup> VerfGH SL - Beschl. vom 28. Aug. 2020 -, Lv 15/20, B. 2. c. aa. (Urteilsdruck S. 27 f.).

<sup>43</sup> Ebenso: Brocker, NVwZ 2020, 1485 (1486 ff.).

<sup>44</sup> Vgl. ausführlich Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 90. EL Februar 2020, Art. 80 Rn. 196 ff.; Mann, in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2020, Art. 80 Rn. 50 ff.; Nierhaus, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 87. Lfg. Dezember 1998, Art. 80 Abs. 4 Rn. 817 ff.

<sup>45</sup> Nierhaus, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Abs. 4 Rn. 832 f.

<sup>46</sup> Brocker, NVwZ 2020, 1485 (1487); Remmert, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Rn. 203.

<sup>47</sup> BGBl. I. S. 3146.

<sup>48</sup> Vgl. BT-Drs. 12/6000, S. 38; BT-Drs. 12/6633, S. 11.

<sup>49</sup> Stellungnahme der Landtagspräsidentenkonferenz zum Schlussbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages vom 20. April 1978; Entschließung der 56. Konferenz der Landtagspräsidenten vom 14. Jan. 1983; Beschluss der Landtagspräsidentenkonferenz vom 8. Juni 1984 i.V.m. den Empfehlungen der interfraktionellen Arbeitsgruppe „*Kompetenzen der Landtage*“ vom 27. Jan. 1984, zitiert nach Dette/Burfeind, ZG 1998, 257 FN 2.

Regelung ist eine Stärkung der Handlungsmöglichkeiten der Länderparlamente auch und gerade gegenüber den Landesregierungen.<sup>50</sup>

Kritiker des Art. 80 Abs. 4 GG sprechen hingegen davon, dass sich die Regelung nur auf Gebiete mit vergleichsweise geringerem, rechtlichen und politischen Gewicht beziehe, da jedes Bundesgesetz nach Art. 80 Abs. 1 GG und vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die entsprechende Materie bereits mit ausreichender Dichte selbst regeln müsse („*Inhalt, Zweck und Ausmaß der Regelung*“).<sup>51</sup>

Die Corona-Pandemie bietet Anlass, diese Regelung wieder in den Blick zu nehmen und zu zeigen, dass mitnichten eine Materie von vergleichsweise geringem politischem Gewicht betroffen ist. Im Gegenteil: Die intensiven Diskussionen um den Umfang der Maßnahmen in den einzelnen Bundesländern vor dem Hintergrund des jeweiligen Infektionsgeschehens zeigen die besondere Bedeutung, die den Landesparlamenten aktuell zukommt.

Hinzu kommt noch ein zweiter Aspekt, den die Kritiker der Regelung außen vorlassen: Art. 80 Abs. 4 GG bewirkt innerhalb der Länder eine Stärkung der Landesparlamente gegenüber der jeweiligen Landesregierung. Denn jede Regierung muss befürchten, dass die Landesparlamente – auch wenn dort regelmäßig die Regierungsfractionen die Mehrheit haben – die getroffenen Exekutivmaßnahmen hinterfragen und ggf. aufheben, ändern oder durch eine vollständig eigene Regelung ersetzen. Konkret auf die Corona-Pandemie bezogen dürfte es rechtlich vornehmlich um zwei Fragen gehen, die inhaltlich eng miteinander verbunden sind: Sind die Landtage selbst als Gesetzgeber gefordert? (nachfolgend Ziffer 2.) und: Welche Rolle kommt den Landtagen aufgrund ihrer Kontrollfunktion gegenüber der Exekutive zu? (nachfolgend Ziffer 3.).

## **2. Sind die Landtage selbst als Gesetzgeber gefordert?**

### **a) Akutphase der Pandemie**

Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen an die Exekutive werden vom Gesetzgeber zur Ergänzung und zur Ausführung eines sog. Stammgesetzes erlassen (vgl. Art. 80 GG). Dies bezweckt die Entlastung der Gesetze von Detailregelungen sowie die Möglichkeit zur schnelleren Anpassung von Regelungen an Veränderungen. Für dieses Ziel nimmt der Gesetzgeber in Kauf, dass die konkrete Regelung nicht mehr von ihm selbst, sondern von der Exekutive ohne weitere Bürgerbeteiligung getroffen wird, obwohl das Regelungsermessen eigentlich ihm selbst zusteht (vgl. nur § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG).

Das Handeln auf der Grundlage von Verordnungen dürfte, wie dargestellt, in der Akutphase der Corona-Pandemie wohl das zutreffende Handlungsmittel nach dem Infektionsschutzgesetz ge-

<sup>50</sup> Wagner/Brocker, NVwZ 1997, 759; Nierhaus, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Abs. 4 Rn. 819.

<sup>51</sup> Vgl. Dette/Burfeind, ZG 1998, 257 (267 ff.).

wesen sein. Die erste Frage, ob der Landtag selbst als Gesetzgeber gefordert ist, der die Detailregelung trifft, dürfte daher für die Akutphase der Pandemie wohl zu verneinen sein. Das gegenüber der Rechtsverordnung aufwendigere und länger dauernde Gesetzgebungsverfahren dürfte der Dynamik nicht in jedem Fall hinreichend Rechnung tragen können. Außerdem dürfte den Parlamenten aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit das notwendige Fachwissen für eine hinreichende Beurteilung der Maßnahmen fehlen. Insofern dürfte für diese Phase der Pandemie der altbekannte Grundsatz gelten, dass die Exekutive als die „informierte Gewalt“ die eilbedürftigen Maßnahmen zu treffen hat.

## **b) Phase zwei der Pandemie**

Der Rechtsverordnung fehlt es an der unmittelbaren demokratischen Legitimation. Diese kann nur der parlamentarische Gesetzgeber herbeiführen. Die Rechtsverordnung als exekutive Maßnahme wird nicht wie das Parlamentsgesetz vor ihrem Erlass der Öffentlichkeit in einem Entwurf präsentiert, der sodann in einem breiten öffentlichen Diskurs sowohl im Parlament, aber auch durch die Medien diskutiert und kritisiert werden kann mit der Folge, dass am Ende des Prozesses eine umfassend demokratisch legitimierte Regelung, die die verschiedenen Ansichten gegeneinander abgewogen hat und mindestens dem Willen der Parlamentsmehrheit entspricht, verabschiedet wird.

Ist das Landesgesetz daher sowohl unter Rechtsstaats- und Demokratiegesichtspunkten der Rechtsverordnung überlegen, stellt sich die weitere Frage, ob und wenn ja wie der Landesgesetzgeber von diesem Mittel in der Phase zwei der Krisenbewältigung Gebrauch machen kann bzw. soll.

Zur Beantwortung dieser Frage ist ein Blick auf die Ermächtigungsregelung erforderlich. Nach § 32 IfSG<sup>52</sup> werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnung entsprechende Ge- und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Nach der Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG trifft die zuständige Behörde beispielsweise die notwendigen Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige oder Ansteckungsverdächtige festgestellt werden. Das bedeutet, der Erlass der Schutzmaßnahmen ist keine Ermessenssache, sondern zwingend. Ermessen besteht nur für die Auswahl der gebotenen Maßnahmen gegen die Verbreitung der übertragbaren Krankheiten. Daraus folgt, dass die Landesregierungen verpflichtet sind, entsprechende Ge- und Verbote durch Rechtsverordnung zu treffen.

Für die Landtage bedeutet dies im Gegenzug: Da das ermächtigende Gesetz eine Pflicht zum Erlass von Maßnahmen enthält, bindet diese Pflicht auch die Landtage. Halten sie daher z.B. die von der Exekutive getroffenen Maßnahmen für nicht zweckmäßig, können sie diese nicht lediglich aufheben, sondern müssten zugleich, wenn die Voraussetzungen für den Erlass weiterhin

---

<sup>52</sup> Vgl. zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm *Pautsch/Haug*, NJ 2020, 281 (282 ff.).

vorliegen, eine alternative, nach ihrem Ermessen erforderliche Sachregelung treffen.<sup>53</sup> Gleiches gilt, wenn bei teilweiser Aufhebung die verbleibende Regelung mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbar ist. Der Landesgesetzgeber unterliegt insoweit denselben Bindungen wie der Verordnungsgeber.

Macht hingegen das Landesparlament aus seiner Mitte von seinem Zugriffsrecht nach Art. 80 Abs. 4 GG Gebrauch, bevor die Landesregierung ihrerseits nach Art. 80 Abs. 1 GG handelt, gilt der Vorrang des Gesetzes, so dass eine nachfolgende Rechtsverordnung der Landesregierung bedeutungslos bleibt, soweit sie denselben Regelungsgegenstand betrifft und der Gesetzgeber seinen ordnungsvertretenden Bereich ausgeschöpft hat.<sup>54</sup>

### c) Rechtscharakter des ordnungsvertretenden Landesgesetzes nach Art. 80 Abs. 4 GG

Von der Funktion her ersetzt das ordnungsvertretende Gesetz nach Art. 80 Abs. 4 GG grundsätzlich eine Rechtsverordnung, weshalb derartige Gesetze als „*derivative Rechtsetzung auf Landesebene im Kompetenzbereich des Bundes*“,<sup>55</sup> als „*Gesetzgebung an Verordnung Statt*“<sup>56</sup> oder als „*ordnungsvertretendes Gesetz*“ bezeichnet werden.<sup>57</sup>

Einigkeit besteht trotz der sprachlichen Anknüpfung an eine „*Ersatzverordnungsgebung*“ mittlerweile darüber, dass es sich bei den ordnungsvertretenden Landesgesetzen um formelle Landesgesetze handelt, die „*normalen*“ Landes(parlaments-)gesetzen entsprechen.<sup>58</sup> Sie unterliegen den allgemeinen landesrechtlichen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren, insbesondere die der jeweiligen Landesverfassung.<sup>59</sup>

### d) Regelungsumfang der Ermächtigung

Die dem Landesgesetzgeber eröffnete Regelungsmöglichkeit ist vom Umfang und den Grenzen nach allgemeiner Meinung identisch mit der bundesgesetzlichen Ermächtigung an die Landesregierungen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG.<sup>60</sup> Dies folgt bereits aus dem Wortlaut von Absatz 4 („*Soweit ... Landesregierungen ermächtigt sind, ... sind die Länder zu eigener Regelung auch durch Gesetz befugt.*“).<sup>61</sup>

---

<sup>53</sup> Remmert, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Rn. 203; Mann, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Rn. 55.

<sup>54</sup> Nierhaus, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Abs. 4 Rn. 852; Mann, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Rn. 55; zum maßgeblichen Zeitpunkt der Sperrwirkung siehe Nierhaus, a.a.O., Rn. 853 f., und Mann, a.a.O., Rn. 55.

<sup>55</sup> Nierhaus, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Abs. 4 Rn. 879.

<sup>56</sup> Schütz, NVwZ 1996, 37.

<sup>57</sup> Vgl. Remmert, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Rn. 206 m.w.N.

<sup>58</sup> Remmert, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Rn. 203; Jutzi, NVwZ 2000, 1390 (1391 ff.); Uhle, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 44. Edition, Stand: 15.08.2020, Art. 80 Rn. 45a; a.A. noch Nierhaus (FN 41), Art. 80 Abs. 4 Rn. 879 ff.

<sup>59</sup> Uhle, a.a.O. (FN 47), Art. 80 Rn. 45a.

<sup>60</sup> Siehe nur Nierhaus, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Abs. 4 Rn. 836; Mann (FN 41), Art. 80 Rn. 58.

<sup>61</sup> Nierhaus, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Abs. 4 Rn. 836.

Art. 80 Abs. 4 GG ermöglicht daher lediglich einen Austausch der Rechtsformen (Gesetz statt Rechtsverordnung) und ihrer Schöpfer (Landtag statt Landesregierung), befreit diese alternative Rechtssetzung jedoch nicht von den Erfordernissen, die für die Rechtsverordnungen gelten, an deren Stelle die Gesetze treten sollen.<sup>62</sup> Daher müssen die verordnungsvertretenden Gesetze in jedem Fall durch die bundesrechtlichen Ermächtigungen gedeckt sein.<sup>63</sup> Die Regelung des Art. 80 Abs. 4 GG erlaubt keine normative Ausweitung der Einflussmöglichkeiten der Länder.<sup>64</sup>

Dies bedeutet ganz konkret, dass die Landesparlamente nur die Rechtsbereiche durch Gesetz regeln dürfen, die auch eine Landesregierung durch Verordnung hätte regeln können.

Äußerst kritisch ist vor diesem Hintergrund der saarländische Gesetzentwurf vom 10. September 2020 für ein Gesetz zur Kontaktnachverfolgung im Rahmen der Corona-Pandemie<sup>65</sup> zu bewerten. Die Gesetzesbegründung führt aus, das Gesetz solle als Reaktion auf den Beschluss des saarländischen Verfassungsgerichtshofs dem öffentlichen Gesundheitsdienst ermöglichen, rechtsicher und schnell Kontakte von Personen, die an COVID-19 erkrankt sind, zu ermitteln, zu informieren und so das Infektionsgeschehen einzudämmen und hierfür eine landesgesetzliche Grundlage schaffen.<sup>66</sup> Gesetzestechnisch soll dies dadurch erfolgen, dass die bisherige Verordnungsregelung nunmehr in Gesetzesform erfolgt und die Ermächtigungsgrundlage damit (wörtlich) „hochgezont“ wird.<sup>67</sup> Eine Prüfung der Gesetzgebungskompetenz durch das Land enthält der Gesetzentwurf nicht.

Ermächtigungsgrundlage für die Maßnahmen zur Kontaktnachverfolgung waren §§ 32, 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG i.V.m. der saarländischen Corona-Verordnung. Die infektionsrechtliche Generalklausel hält der saarländische Verfassungsgerichtshof für Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung für zu unbestimmt und fordert auf Grundlage der Verfassungsrechtsprechung zu dem Grundrecht eine spezifische gesetzliche Grundlage. Tragender Grund seiner Entscheidung ist damit ein Mangel der gesetzlichen Grundlage, die er für zu unspezifisch und dem einschränkenden Grundrecht nicht hinreichend Rechnung tragend hält. Die fehlende Bestimmtheit der Ausführungsverordnung in Bezug auf den Zweck der Datenerhebung und den Umgang der Daten stellt er hingegen lediglich in einem obiter dictum fest.

---

<sup>62</sup> Mann, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Rn. 58; Uhle, a.a.O. (FN 47), Art. 80 Rn. 45; Brocker, NVwZ 2020, 1485 (1487); BVerwG - Urt. vom 12. Apr. 2018 -, 3 A 10/15, Rn. 33 (juris): „Die Bestimmung ermöglicht indes nur einen Rechtsformtausch.“

<sup>63</sup> Mann, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Rn. 58.

<sup>64</sup> Nierhaus, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Rn. 836; Brocker, NVwZ 2020, 1485 (1487 f.).

<sup>65</sup> LT-Drs. SL 16/1428.

<sup>66</sup> LT-Drs. SL 16/1428, S. 1, 6.

<sup>67</sup> LT-Drs. SL 16/1428, S. 6.

Wörtlich führt der saarländische Verfassungsgerichtshof aus:<sup>68</sup>

*„Das IfSG enthält keine solche Ermächtigung. Alleine die sich aus § 28, § 32 IfSG ergebende Befugnis, ‚die notwendigen Schutzmaßnahmen zu treffen‘ ist – jedenfalls für den generell-abstrakten Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – zu unbestimmt. Art. 2 § 3 CP-VO ist – abgesehen davon, dass die Norm lediglich rudimentäre Regelungen über den Zweck der Datenerhebung und den Umgang mit Daten enthält – lediglich exekutives Recht.“*

Da der Bund mit dem Infektionsschutzgesetz für den Bereich der unmittelbaren Verhütung oder Bekämpfung übertragbarer Krankheiten wohl abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht haben dürfte (siehe oben unter I. 1.), dürfte den Ländern in diesem Bereich keine Kompetenz mehr zustehen. Sie dürften daher wohl nicht befugt sein, im Bereich des Infektionsschutzes eigene Regelungen für die Kontaktnachverfolgung per Gesetz zu beschließen.

Art. 80 Abs. 4 GG hilft in diesem Zusammenhang auch nicht weiter, da diese Norm, wie ebenfalls dargestellt, nur einen Austausch der Rechtsformen (Gesetz statt Rechtsverordnung) und ihrer Schöpfer (Landtag statt Landesregierung) gestattet, jedoch keine Kompetenzerweiterung für die Länder beinhaltet und damit auf diese Norm gestützte Landesgesetze keinen Mangel der Ermächtigungsgrundlage durch „Hochzonung“ heilen können.<sup>69</sup>

Vor dem Hintergrund des allgemeinen Grundsatzes des Gefahrenabwehrrechts, dass neue Standardmaßnahmen nach einer Phase des Experimentierens und Sich-Bewährens einer spezial- und damit parlamentsgesetzlichen Grundlage bedürfen,<sup>70</sup> dürfte es Aufgabe des Bundesgesetzgebers sein, auf Grundlage der Wesentlichkeitstheorie bzw. dem Parlamentsvorbehalt i.V.m. dem Bestimmtheitsgrundsatz die sich in den letzten Monaten herausgebildeten besonderen Maßnahmen ausreichend detailliert und einschränkend im Infektionsschutzgesetz zu regeln. Die

---

<sup>68</sup> VerFGH SL - Beschl. vom 28. Aug. 2020 -, Lv 15/20, B. 2. c. bb. (Urteilsumdruck S. 28).

Das OVG Münster hatte in seinem Beschluss vom 23. Juni 2020 - 13 B 695/20.NE -, Rn. 46 (juris) die Generalklausel noch als ausreichend erachtet: *„Selbst wenn für den parlamentarischen Gesetzgeber wegen der Auswirkungen auf das hier zuvörderst in Rede stehende Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG eine Verpflichtung bestünde, die Vorschriften über die Schutzmaßnahmen im Hinblick auf die Erhebung von Kundenkontaktdaten und Aufenthaltszeiträume auf Tatbestands- und/oder Rechtsfolgenseite zu konkretisieren, führte dies aktuell (noch) nicht dazu, dass der Verordnungsgeber nicht auf die Generalklausel in § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG zurückgreifen könnte.“*

Kießling, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 28 Rn. 68, bezeichnet den Fall der Erfassung von Kontaktdaten als „Grenzfall“, empfiehlt gleichwohl aus Gründen der Rechtssicherheit und der Missbrauchsvorbeugung die Regelung in einer Standardermächtigung. Es dürfte allerdings vor dem Hintergrund des Beschlusses des saarländischen Verfassungsgerichtshofs fraglich sein, ob Kießling seine vor Erlass des Beschlusses abgegebene Einschätzung heute noch aufrechterhalten würde.

<sup>69</sup> Vgl. Brocker, NVwZ 2020, 1485 (1487 f.); Kluckert, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 2 Rn. 16; a.A. wohl Pautsch/Haug, NJ 2020, 281 (285 f.), deren Auffassung vor dem dargestellten Hintergrund kaum vertretbar erscheint.

<sup>70</sup> Siehe hierzu Schoch, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, S. 79 f. (Rn. 227 ff.) m.w.N.; Heinig, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkmann/Wißmann, JZ 2020, 861 (869).

infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG dürfte auf Dauer nicht für solche Eingriffe in Grundrechte erhalten können, die auf Grundlage der Verfassungsrechtsprechung spezifische Eingriffsregelungen erfordern. Erforderlich sein dürften insofern Regelungen, die den jeweiligen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einschränkung des betreffenden Grundrechts mit der notwendigen Regelungsdichte Rechnung tragen. Dies dürfte erfordern, auf Tatbestandsseite die besonderen Voraussetzungen einzelner Maßnahmen detailliert aufzuführen und auf Rechtsfolgenseite die erlaubten Maßnahmen sodann differenzierend zu konkretisieren.<sup>71</sup> Dabei dürfte sich eine Erweiterung des Katalogs der Standardmaßnahmen (§ 28 Abs. 3, §§ 29 bis 31 IfSG) sowie die entsprechende Anpassung des § 32 IfSG, um den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG Rechnung zu tragen, anbieten.<sup>72</sup>

Brocker<sup>73</sup> gelangt in einem aktuellen Aufsatz zu demselben Ergebnis und fasst dieses pointiert wie folgt zusammen:

*„Im Hinblick auf die Wesentlichkeitstheorie und damit den Parlamentsvorbehalt ist daher mit dem Erlass eines ‚verordnungsvertretenden Gesetzes‘ nach Art. 80 IV GG nichts gewonnen, denn die Pflicht, das Wesentliche zu regeln, trifft den Bundes- und nicht den Landesgesetzgeber, mit anderen Worten: Es reicht nicht aus, dass ‚irgendein‘ Parlament ein hinreichend bestimmtes Gesetz erlässt, sondern es muss auch das zuständige Parlament sein. Dies ist im Kontext des IfSG und im Lichte von Art. 74 I Nr. 19 GG allein der Deutsche Bundestag.“*

Neben den vom saarländischen Verfassungsgerichtshof gerügten Regelungen zur Kontaktnachverfolgung dürften insbesondere Maßnahmen, die sich nicht gegen einzelne Adressaten, sondern undifferenziert gegen die Allgemeinheit richten, von dem Erfordernis besonderer gesetzlicher Eingriffserfordernisse betroffen sein. Solche flächendeckenden Maßnahmen liegen nach Auffassung von Kießling<sup>74</sup> insbesondere vor bei

- Ausgangsbeschränkungen, Kontakt- und Ansammlungsverboten,
- Untersagungen bzw. Beschränkungen unternehmerischer Tätigkeiten einschließlich Beherbergungsverboten,
- der pauschalen Schließung von Gemeinschafts- und anderen Bildungseinrichtungen sowie Sportstätten (ohne dass es vor Ort zu einem Ausbruch der Krankheit kam) sowie
- Einreisebeschränkungen für Personen aus bestimmten Bundesländern oder Regionen,

die erhebliche Grundrechtseingriffe in die Freiheit der Person (Art. 5 Abs. 1 LV, Art. 2 Abs. 2 GG), die Versammlungsfreiheit (Art. 12 LV, Art. 8 GG), die Freizügigkeit (Art. 15 LV, Art. 11 Abs. 1 GG),

<sup>71</sup> Vgl. Kießling, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 28 Rn. 63; im Ergebnis ebenso: Guckelberger, NVwZ-Extra 9a/2020, 1 (8 ff.); vgl. auch Kingreen, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 (867 ff.); vgl. aus der Rspr. BVerwG -EuGH-Vorlage vom 24. Okt. 2001 - 6 C 3/01 -, Rn. 53 (juris).

<sup>72</sup> Vgl. Kießling, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 28 Rn. 62 f.

<sup>73</sup> NVwZ 2020, 1485 (1487 f., ohne Fußnoten).

<sup>74</sup> In: ders., a.a.O. (FN 11), § 28 Rn. 62. Zu einer ausf. Darstellung siehe Kluckert, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 3.

das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 LV, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), die Berufsfreiheit (Art. 58 LV, Art. 12 Abs. 1 GG), die Eigentumsgarantie (Art. 60 LV, Art. 14 GG) und die Religionsausübungsfreiheit (Art. 8, 41 Abs. 1 Satz 2 LV, Art. 4 GG) bedeuten.<sup>75</sup>

Bei der Anpassung des § 32 IfSG müsste der sog. Programmformel und der sog. Vorhersehbarkeitsformel des Bundesverfassungsgerichts Rechnung getragen werden. Nach ersterer muss sich anhand des ermächtigenden Gesetzes bereits bestimmen lassen, welches gesetzgeberisch vorgezeichnete Programm verordnungsrechtlich umgesetzt oder erreicht werden soll,<sup>76</sup> nach letzterer muss der Normadressat der Rechtsverordnung bereits aus dem ermächtigenden Gesetz erkennen können, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird und welchen – möglichst konkreten – Inhalt die auf der Grundlage der Ermächtigung ergehende Rechtsverordnung haben wird<sup>77</sup>. Die Rechtsprechung hat gesetzliche Ermächtigungen zu gesetzesvertretenden Verordnungen dementsprechend bislang nur für verfassungsgemäß erklärt, soweit sie Abweichungen von konkret bezeichneten gesetzlichen Vorschriften zuließen.<sup>78</sup>

Bis zu einer entsprechenden Konkretisierung dürfte sich zudem empfehlen, die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG bei länger andauernden Maßnahmen auf Tatbestands-ebene einschränkend auszulegen und bei neuen Situationen bzw. Maßnahmen die Rechtsfolgen zeitlich zu begrenzen und diese allenfalls für eine Übergangszeit zu regeln.<sup>79</sup>

### 3. Rolle der Landtage aufgrund ihrer Kontrollfunktion gegenüber der Exekutive

Da der Landesgesetzgeber in dem vom Bundesgesetzgeber vorgegebenen Rahmen selbst eine Regelung treffen kann, stellt sich die Frage, ob er an Stelle einer nachträglichen Kontrolle für sein Hoheitsgebiet präventiv weitere Vorgaben erlassen kann, wie seine Landesregierung ihre Maßnahmen zu treffen hat, also nochmals landesspezifisch, konkret abgestimmt auf die Gegebenheiten und Bedürfnisse des eigenen Bundeslandes Inhalt, Zweck und Ausmaß der Regelung

---

<sup>75</sup> Vgl. hierzu auch Pautsch/Haug, NJ 2020, 281 ff.; Katzenmeier, MedR 2020, 461 (462 f.); Gärditz/Abdulsalam, GSZ 2020, 108 (112 f.).

<sup>76</sup> BVerfGE 85, 97 (105): „Der Gesetzgeber hat die Tendenz und das Programm der Rechtsverordnung so weit zu umreißen, daß deren Zweck und möglicher Inhalt feststehen.“; Pautsch/Haug, NJ 2020, 281 (282 f.); Kingreen, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 (868).

<sup>77</sup> BVerfGE 78, 249 (272): „Sinn der Regelung des Art. 80 Abs. 1 GG ist es, das Parlament darin zu hindern, sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft zu entäußern. Es soll nicht einen Teil seiner Gesetzgebungsmacht der Exekutive übertragen können, ohne die Grenzen dieser Befugnis bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, daß schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll.“; Pautsch/Haug, NJ 2020, 281 (282 f.); Kingreen, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 (868).

<sup>78</sup> Kingreen, in: Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861 (868) unter Bezugnahme auf BVerfG - Beschl. vom 6. Mai 1958 -, 2 BvL 37/56, 2 BvL 11/57 Rn. 85 ff. (juris) =BVerfGE 8, 155 (171).

<sup>79</sup> Vgl. Kießling, in: ders., a.a.O. (FN 11), § 28 Rn. 64 f.

vorgibt. Zu solchen landesspezifischen Vorgaben ist der Bundesgesetzgeber jederzeit befugt.<sup>80</sup> Da er aber die Bundesrepublik als Ganzes im Blick haben muss, kann er dies naturgemäß nicht leisten.

Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG ermächtigt die Landesregierung, ihre Kompetenz durch Rechtsverordnung auf nachgeordnete Behörden im Wege der Subdelegation zu übertragen.<sup>81</sup> Es fragt sich, ob diese Regelung im Rahmen des Art. 80 Abs. 4 GG entsprechend anwendbar ist und der Landesgesetzgeber befugt ist, nach Wahrnehmung seiner Kompetenz aus Art. 80 Abs. 4 GG sich des Mittels der Subdelegation an die eigene Landesregierung zu bedienen. Die wohl h.M. lehnt dies mit der Begründung ab, dass der Landesgesetzgeber zwar seine Kompetenzen weiterübertragen kann, Subdelegatar jedoch nicht die eigene Landesregierung sein könne, da sie bereits nach Art. 80 Abs. 1 GG Erstdelegatar sei und ihr die Kompetenz daher bereits auf Grund bundesverfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ermächtigung zustehe.

Dogmatisch dürfte die h.M. folgerichtig sein. Dies dürfte jedoch nicht bedeuten, dass der Landesgesetzgeber keine Vorgaben für die Ausfüllung des vom Bundesgesetzgeber gesteckten Rahmens machen kann. Denn jede einem Gesetz nachfolgende Rechtsverordnung der Landesregierung ist, wie dargestellt, (nur) insoweit bedeutungslos, als sie denselben Regelungsgegenstand betrifft und der Gesetzgeber seinen verordnungsvertretenden Bereich ausgeschöpft hat.<sup>82</sup> Daher dürfte der Landesgesetzgeber befugt sein, den vom Bundesgesetzgeber eröffneten Rahmen weiter zu konkretisieren und der Landesregierung Vorgaben zu machen, ohne eine im Detail abschließende Regelung und ohne eine (unzulässige) Subdelegation zu treffen. Die Landesregierung würde kompetenzrechtlich als Erstdelegatar nach Art. 80 Abs. 1 GG in dem durch den Landesgesetzgeber nach Art. 80 Abs. 4 GG eingeschränkten bundesgesetzlichen Regelungsrahmen tätig werden.

Alternativ oder zusätzlich könnte der Landtag nach dem Vorbild der Regelung in Baden-Württemberg auch eine verfahrensrechtliche Beteiligung festlegen, um die gesellschaftliche Akzeptanz für die - durch den Ordnungsgeber zulässigen - Grundrechtseinschränkungen zu sichern. Dort stellt das *Gesetz über den Erlass infektionsschützender Maßnahmen*<sup>83</sup> eine formelle Beteiligung des Landtags an den Infektionsschutzmaßnahmen der Landesregierung sicher. Nach § 2 des Gesetzes besteht die Verpflichtung, Rechtsverordnungen auf Grundlage von § 32 i.V.m. §§ 28 bis 31 IfSG unverzüglich nach Beschlussfassung durch die Landesregierung und grundsätzlich so rechtzeitig vor der Verkündung, dass eine Befassung des Landtags noch möglich wäre, dem Landtag zuzuleiten. Damit soll sichergestellt werden, dass der Landtag sich vorab mit den Verordnungen befassen und ggf. frühzeitig Änderungen vornehmen kann.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Vgl. Remmert, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Rn. 81: „Sind allerdings nicht alle Länder von einer Regelungsmaterie betroffen, ist es auch denkbar, nur *manche oder eine Landesregierung* zu ermächtigen.“; ebenso: Uhle, a.a.O. (FN 47), Art. 80 Rn. 14.

<sup>81</sup> Siehe hierzu und zum folgenden Nierhaus, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Abs. 4 Rn. 843 f.

<sup>82</sup> Vgl. Nierhaus, a.a.O. (FN 41), Art. 80 Abs. 4 Rn. 852.

<sup>83</sup> Vom 22. Juli 2020, GVBl. S. 649.

<sup>84</sup> Vgl. LT-Drs. BW 16/8297, S. 1, 6.

Ein solches Verfahren könnte vor dem Hintergrund der umfassenden und teilweise sehr kontrovers ausgetragenen Öffnungsdiskussion auch in Rheinland-Pfalz eine hohe demokratische Legitimation der von der Landesregierung getroffenen Maßnahmen herbeiführen. Der Landtag könnte die Legitimität der Maßnahmen vermitteln, indem er für diese wirbt, sie erklärt und an der Herstellung einer informierten Bürgerschaft mitwirkt. Ein solches Verfahren würde die Vorteile des parlamentarischen Verfahrens mit einer breiten Beteiligung der Öffentlichkeit und einem öffentlichen Diskurs mit der Flexibilität der Verordnung, kurzfristig auf geänderte Umstände reagieren zu können, vereinen. So wie der Landtag auf europäischer Ebene der Vermittler der europäischen Agenda an die Bürgerinnen und Bürger ist, kann er dies auf Grundlage des Art. 80 Abs. 4 GG ebenfalls für die coronabedingten Maßnahmen sein.

Selbst wenn dieser Weg nicht gewählt wird, sollte sich der Landtag immer wieder seiner Kontrollfunktion gegenüber der Landesregierung bewusst sein und diese mit der notwendigen Entschlossenheit vertreten. In allen Landesparlamenten fanden mittlerweile umfassende Diskussionen über die Corona-Pandemie und ihre Folgen statt. Es liegt an den Parlamenten und damit auch am Landtag Rheinland-Pfalz, die Ergebnisse dieser Diskussionen gegenüber den Landesregierungen mit entsprechendem Nachdruck zu vertreten und darauf Wert zu legen, dass sie die Umsetzung der Ergebnisse erwarten und notfalls bereit sind, unter Inkaufnahme der entsprechenden politischen Folgen auf Grundlage von Art. 80 Abs. 4 GG die Umsetzung selbst in die Hand zu nehmen.

W i s s e n s c h a f t l i c h e r   D i e n s t