

# SCHWERPUNKT CORONA-PANDEMIE

## TEIL 2

---

### Grundrechtsschutz in der Corona-Pandemie

---

Von Oliver Lepsius, Münster

---

Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte die Gesetzgebung, die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt. Bindung meint nicht nur Begrenzung. Es hieße die Aufwertung und Bedeutung der Grundrechte, die Art. 1 Abs. 3 GG ausdrückt, verkennen, wollte man Grundrechten lediglich eine limitierende Wirkung zuerkennen, sie nur als subjektive Abwehrrechte verstehen. Darin erschöpft sich Art. 1 Abs. 3 GG jedenfalls nicht und wäre es so, bedürfte es nicht des Art. 19 Abs. 4 GG, der individuellen Rechtsschutz grundrechtlich absichert. Von Anbeginn haben wir in der Bundesrepublik die Rechtsordnung materiell aus den Grundrechten begründet: Die Rechtsordnung ist nicht nur legitim, weil sie von zuständigen Organen in dafür vorgesehenen Verfahren geschaffen ist, sondern auch, weil sie in der Werftigkeit einer grundrechtlichen Ordnung verwurzelt ist. Entsprechend haben Grundrechte – und das ist durchaus eine Eigenheit der deutschen Verfassungsordnung – eine Doppelfunktion: Sie sind individuelle Freiheitsrechte und objektive Gestaltungsvorgaben.<sup>1</sup> Für diese Doppelnatur steht seit 1958 das Lüth-Urteil Pate.<sup>2</sup> Auf die Ausgestaltung der Doppelnatur haben die Rechtsprechung des BVerfG und die Verfassungsrechtswissenschaft siebzig Jahre Sorgfalt und Kreativität verwendet.<sup>3</sup>

Grundrechtsschutz ist folglich keine Einbahnstraße, die beim Individuum beginnt, sondern ein Versprechen des Grundgesetzes, das von allen Staatsgewalten umgesetzt werden muss. Die Rechtsordnung als solche, nicht nur die Rechtsstellung des Einzelnen, soll eine freiheitliche sein. Bevor auf die konkreteren Fragen eingegangen werden kann, ob und wie sich die Lage der Grundrechte in Zeiten der Corona-Pandemie verändert hat, müssen wir uns zunächst der Grundrechtswirkung im verfassungs-

- 
- 1 Überblick über die Funktionen etwa bei *Horst Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993; *ders.*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Band I, 3. Aufl. 2013, Vorbem. Vor Art. 1 GG Rn. 82–108; *Wolfgang Kahl*, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 24; *Hans D. Jarass*, Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Band I, 2001, S. 35–53.
  - 2 BVerfGE 7, 198 – Lüth [1958], siehe *Paolo Ramadori*, Grundrechte als objektive Werte: Das Lüth-Urteil (I), in: D. Grimm (Hrsg.), Vorbereiter – Nachbereiter, 2020, S. 39–71; *Helmuth Schulze-Fielitz*, Das Lüth-Urteil – nach 50 Jahren, in: JURA 2008, 52–57; *T. Hennel/A. Riedlinger* (Hrsg.), Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht, 2005.
  - 3 Zum Anspruch der Verfassung *Uwe Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, § 3.

rechtlichen Normalzustand zuwenden. Erst danach ist in einem zweiten Schritt die Analyse der Corona-geprägten Gegenwart möglich.

## I. Grundrechtsschutz im verfassungsrechtlichen Normalzustand

### 1. Grundrechtsschutz durch Gesetze

Das Grundgesetz bezieht den Schutz der Grundrechte zunächst auf die Norm des Gesetzes. Gesetze werden vom Grundgesetz nicht nur als Ermächtigungsgrundlage für Freiheitseingriffe verstanden, sondern auch als Mittel zur Ausgestaltung von Grundrechten. Man denke nur an Eigentum, das ohne Gesetze normativ nicht existierte und dann auch nicht grundrechtlich geschützt werden könnte. Generell gilt, dass grundrechtliche Schutzbereiche maßgeblich erst einmal durch Gesetze ausgestaltet werden – „geprägt werden“, wie es oft heißt. Das Gesetz hat die Aufgabe, der grundrechtlichen Freiheit zur Wirkung in der Rechtsordnung zu verhelfen. Vom Gesetz erwarten wir, dass es auf der Seite der Grundrechte steht und ihnen Resonanz im einfachen Rechts verschafft. Wenn das einfache Recht ein grundrechtsgeprägtes ist, erhöht dies die Wirkmächtigkeit der Grundrechte gegenüber einer Konzeption, in der Grundrechte lediglich als Abwehrrechte auf der Ebene des Verfassungsrechts wirken. Um Grundrechte einfachrechtlich zu verwirklichen, müssen Gesetze Grundrechtskonflikte bewältigen, denn die Ausgestaltung des einen Grundrechts hat Effekte auf ein anderes Grundrecht. Gesetzliche Grundrechtsausgestaltung setzt einen Ausgleich konfligierender Belange voraus. Rechte zeichnen sich dadurch aus, dass sie an anderer Stelle Pflichten auslösen. Gestalten Gesetze Grundrechte aus, müssen sie auch die damit verbundenen Pflichten normieren, die wiederum andere verfassungsrechtlich geschützte Belange und Rechtsgüter betreffen. Das grundrechtsausgestaltende Gesetz muss folglich Rechtsgüterkonflikte bewältigen. Gesetze sind dann das primäre Mittel, um Grundrechtskonflikte auszugleichen. Ob eine gesetzliche Regelung in ein Grundrecht eingreift, ist oft eine Frage der Perspektive: Was für den einen ein Eingriff ist, stellt sich aus der Perspektive des anderen als Ausgestaltung dar.

Das Grundgesetz thematisiert diese Doppelfunktion des Gesetzes für die Grundrechte (Ausgestaltung und Ausgleich) typischerweise über die Gesetzesvorbehalte in den Grundrechtsartikeln. Rechtsprechung und Lehre haben aus den staatsorganisationsrechtlichen Bezügen weitere Kriterien entwickelt, die die Ausgestaltungs- und Ausgleichsaufgabe des Gesetzes untermauern und einfordern.<sup>4</sup> Genannt sei vor allem die

---

4 Überblickte etwa bei *Oliver Lepsius*, Gesetz und Gesetzgebung, in: Handbuch des Verfassungsrechts, i.E. 2020, Rn. 46–68; *Franz Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, 2. Aufl. 2012, § 9 B. II/III; *Helmut Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113 ff. m.w.N.

Wesentlichkeitslehre.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber müsse die wesentlichen Dinge selbst regeln und dürfe sie nicht an andere Gewalten delegieren, weder an die Exekutive (Verordnungsmächtigung) noch an die Judikative (unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln). Das Wesentliche wurde vom BVerfG als das jedenfalls grundrechtlich Relevante bestimmt. Mit anderen Worten: Betreffen Regelungsgegenstände mehrere Grundrechte, deren Schutzbereiche konfliktieren, bedarf es einer gesetzlichen Grundentscheidung dieses Konflikts. Überließe man diese Grundentscheidung anderen Gewalten, verkürzte das bereits die breite Wirkung der Grundrechte, die das Grundgesetz bezweckt.

## 2. Grundrechtsschutz durch Gesetzgebung

Diese inhaltlichen Funktionen des Grundrechtsschutzes durch Gesetze (Ausgestaltung und Ausgleich) werden durch die Organisation und das Verfahren der Gesetzgebung unterstützt. Gesetzgebung ist zuvörderst Aufgabe der Parlamente (Bundestag, Landtage), weil in ihnen die auszugleichenden Interessen mittels Repräsentation vertreten sind. Die Verfassungsordnung kennt kein Organ, das die Gesellschaft besser und pluraler abbildet als ein Parlament. Deshalb ist dieses Organ kraft seiner Zusammensetzung und Legitimation am geeignetsten, die konfliktierenden Belange bereits auf einer generell-abstrakten Regelungsstufe zu artikulieren und zu schlichten. Die Idee des „Parlamentsvorbehalts“, die von der Karlsruher Rechtsprechung regelmäßig hervorgehoben wird,<sup>6</sup> drückt die Zuweisung der politisch wichtigen (Abwägungs-)Entscheidungen an dieses Organ aus. Dort sind die organisatorischen Vorbedingungen für die normative Bewältigung von Grundrechtskonflikten am besten. Überdies trägt das parlamentarische Verfahren der Ausgestaltung und Abwägung am besten Rechnung: Parlamente verhandeln und entscheiden öffentlich, so dass Transparenz herrscht und die zivilgesellschaftlichen Kontrollen eingreifen können. Parlamente entscheiden nach dem Mehrheitsprinzip, was notgedrungen zu Kompromissen führt, denn Mehrheiten müssen gebildet werden; sie existieren nicht *prima facie*. Kompromissbereitschaft erhöht die Wahrscheinlichkeit, die Mehrheitsentscheidung des Organs beeinflussen zu können. Für Ausgestaltung und Ausgleich sind dies günstige Bedingungen. Mit den nicht öffentlich tagenden Ausschüssen verfügen Parlamente zudem über Gliederungen, die das gegenseitige Nachgeben ausloten und Kompromisse vorbereiten. Und schließlich ist die parlamentarische Entscheidung abänderbar, ohne dass deswegen das Parlament sein Gesicht verliert, während andere Gewalten immer in der Gefahr stehen, die Glaubwürdigkeit oder Expertise zu verlieren, wenn sie sich nachträglich korrigieren. Das Parlament ist das einzige Organ, das sich durch Kompromisse institutionell gerade nicht kompromittiert – und das ist eine weitere günstige Bedingung für das ständige Tarieren von Ausgestaltung und Ausgleich.

---

5 Leitentscheidungen sind BVerfGE 40, 237 (250) – Strafvollzugsverordnung [1975]; BVerfGE 49, 89 (125) – Kalkar [1978]; 68, 1 (86) – Nachrüstung [1984].

6 Leitentscheidungen sind BVerfGE 40, 237(249 f.) – Strafvollzugsverordnung [1975]; 83, 130 (142, 150) – Josefine Mutzenbacher [1990]; 108, 282 (312) – Kopftuch I [2003]; 147, 253 (310) – Studienplatzvergabe Humanmedizin [2017].

### 3. Grundrechtsschutz durch Gewaltenteilung

Sodann fördert die Trennung von gesetzgebender und vollziehender Gewalt den Grundrechtsschutz, weil dadurch institutionell zwischen der Ebene der generell-abstrakten Normerzeugung (Gesetz) und jener der individuell-konkreten Rechtserzeugung (Verwaltungsakt, Urteil) getrennt werden muss. Dieselbe Norm (das Gesetz) wird dadurch in zwei unterschiedlichen Regulationssituationen legitimiert, zum einen auf der abstrakten Konfliktebene (Rechtsgüterausgleich für eine Vielzahl für Fälle) und zum anderen auf der konkreten Vollzugsebene (Tatsachensubsumtion im Einzelfall). In dieser Trennung liegt ein spezifischer freiheitlicher Mehrwert, der als Normkonkretisierung ausgedrückt wird. Auf der Ebene der Rechtfertigung des Gesetzes werden Konflikte nämlich anders behandelt als auf der Ebene der Rechtfertigung der einzelnen Maßnahme. Über gesetzliche Regelungen lassen sich andere Verständigungen erzielen als über einzelne Eingriffsakte, weil im ersten Fall gesellschaftliche Belange und im zweiten Fall individuelle Interessen auf dem Spiel stehen. Beide Ebenen unterscheiden sich in der Eingriffsintensität: Typischerweise greift das Gesetz selbst nicht in Grundrechte ein (es sei denn, das Gesetz ist ausnahmsweise self-executing), sondern bedarf für einen Eingriff des Vollzugsaktes. Erst dieser führt dann zur tatsächlichen Verkürzung der geschützten Freiheit. Die Freiheitsverkürzung durch den Vollzugsakt setzt wiederum einen konkreten Fall voraus. Der Sachverhalt, also die Tatsachen im Einzelfall leiten die Subsumtion des generell-abstrakten Gesetzes an. Auf dasselbe Gesetz können folglich ganz unterschiedliche Eingriffe gestützt werden, weil die faktischen Anwendungsbedingungen des Gesetzes entsprechend vielfältig sein können. Anders ausgedrückt: Subsumtion und Normkonkretisierung ermöglichen über die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls Freiheitsgewinne – oder auch Freiheitsverluste, jedenfalls eine Tarierung und Taxierung der Grundrechtswirkung.

### 4. Grundrechtsschutz durch Rechtsprechung

Erst wenn diese drei Stufen der Grundrechtsverwirklichung und des Grundrechtsschutzes durchlaufen sind, kommt die gerichtliche Rechtsschutzfunktion ins Spiel. Institutionell sind Gerichte Organe des individuellen Rechtsschutzes, nicht des objektiven Schutzes der Grundrechte. Einen solchen Schutz könnten sie in der Breite auch gar nicht erbringen (sie entscheiden nur Fälle und dies rückwirkend und auf Antrag). Eine Rechtsordnung, die für den Grundrechtsschutz nur auf Gerichte vertraute, wäre keine sehr freiheitliche. Denn wie viele Grundrechtskonkretisierungen ergehen täglich mit Rechtskraft und wie wenige davon werden gerichtlich überprüft (und können und sollen auch überprüft werden angesichts der Knappheit der Ressource Rechtsprechung und des mit Rechtsprechung einhergehenden Zeitverlustes bei der Grundrechtskonkretisierung). Eine freiheitliche Ordnung muss daher den Grundrechtsschutz systemisch schon vorher gewährleisten.

In Deutschland bewirkt die Verfassungskontrolle des BVerfG einen objektiven Freiheitsschutz, der über die Gewähr subjektiven Rechtsschutzes hinausgeht. Das BVerfG hält daran fest, dass die Verfassungsbeschwerde zumindest auch der objektiven Fort-

bildung des Verfassungsrechts dient.<sup>7</sup> Auch Normenkontrollverfahren sind objektivrechtlich ausgerichtet. Es darf als eine große Leistung des BVerfG bezeichnet werden, eine dynamische Kontrolle entwickelt zu haben, die mit einem graduellen Maßstab operiert, der individuellem und systemischem Schutz der Grundrechte dient: Je intensiver der Eingriff, desto höher die Rechtfertigungshürden. Verantwortlich dafür ist vor allem der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der den zentralen materiellen Prüfungsmaßstab liefert.<sup>8</sup> Er erfasst alle obigen grundrechtlichen Sicherungen in einer richterlichen Kontrollperspektive: die Doppelfunktionalität des Gesetzes (Eingriff und Ausgestaltung) auf der abstrakten Ebene genauso wie die Tatsachenrelevanz auf der Vollzugsebene. Analysiert man die Prüfungstechnik der Verhältnismäßigkeitsprüfung näher, wird man feststellen, dass Verhältnismäßigkeit keine abstrakte Prüfung ermöglicht, sondern präzisere Ergebnisse bringt, wenn ein Vollzugsakt vorhanden ist. Die Relationierung von Zweck und Mittel setzt einen konkreten Normbezug voraus: Dann können die kollidierenden Schutzgüter präzise bestimmt und auch in der Intensität, in der sie betroffen sind, taxiert werden. Dann kann das gewählte Mittel am Maßstab dieser Schutzgüter auf seine Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit weiter überprüft werden. Ohne Tatsachen kann man keine belastbare Aussage über die Geeignetheit des Mittels treffen und auch nicht ermitteln, ob es mildere, gleichgeeignete Mittel gegeben hätte, dasselbe Ziel zu erreichen (Erforderlichkeit). Und auch die Stufe der Angemessenheit profitiert von einer tunlichst konkreten Konfliktsituation, denn dann kann zwischen den normativ gleichberechtigten Grundrechten eines im Einzelfall, im Angesicht der Intensität der betroffenen Schutzgüter bevorzugt werden.<sup>9</sup> Nichts ist irreführender als die Vorstellung, es käme hier zu einer Abwägung der Schutzgüter. Nicht die Grundrechte als solche werden in der Verhältnismäßigkeitsprüfung abgewogen, sondern es wird punktuell über die Angemessenheit von Konkretisierungsszenarien entschieden. Man nennt dies praktische Konkordanz (Konrad Hesse) oder den schonenden Ausgleich (Peter Lerche).

Das alles erklärt, warum die Verhältnismäßigkeitskontrolle besonders gut zum Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde passt. Bei ihr geht es um konkrete Freiheits einbußen, die im Tatsächlichen durch die Instanzgerichte vollständig aufgeklärt sind. Die Prüfungsstruktur verdeutlicht aber auch, warum eine Kontrolle des Gesetzes (Perspektive der Normenkontrolle, nicht der Urteilsverfassungsbeschwerde) mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz weniger gut funktioniert. Ohne Vollzugsakt fehlt es an einer Konkretisierung des Eingriffs, was die Konkretisierung der kollidierenden

7 Näher *Christoph Gusy*, Die Verfassungsbeschwerde, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Band I, 2001, 641–671.

8 Siehe *Bernhard Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Band II, 2001, S. 445–465; *Ralf Poscher*, Verhältnismäßigkeit, in: Handbuch des Verfassungsrechts, i.E. 2020.

9 Zur Wirkungsweise der Verhältnismäßigkeitsprüfung näher *Oliver Lepsius*, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: M. Jestaedt/ders. (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 1 (10–16).

Rechtsgüter erschwert. Betrachtet man ein Gesetz abstrakt, kann man über Eingriffe nur hypothetische Aussagen treffen. Die Intensität eines Eingriffs kann prognostiziert werden ohne dass man die tatsächliche Relevanz und Schwere kennt. Ohne die Tatsachen des Einzelfalls bleiben Prüfungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit eher hypothetischer Natur. Es geht auf der generell-abstrakten Ebene des Gesetzes nicht um subsumtionsfähige Fakten des Einzelfalls, sondern um verallgemeinerbare, erkenntnisleitende Fakten (legislative facts, wie man in den USA sagt). Diese Fakten können statistisch aggregiert oder auch prognostiziert werden, sie sind aber nicht beweisbar. Das führt zwangsläufig zu einer anders strukturierten Verhältnismäßigkeitsprüfung mit einer eingeschränkten Kontrolldichte. Und schließlich lassen sich bei einer abstrakten Normenkontrolle des Gesetzes auf der Prüfungsstufe der Angemessenheit die Rechtsgüter oft in keine sinnvolle Beziehung setzen, weil die Konfliktsituation zu abstrakt bleibt, so dass nicht zwischen normativ gleichrangigen Schutzgütern entschieden werden kann. Das ginge nur, wenn man die Schutzgüter bereits abstrakt hierarchisiert, das eine für wertvoller hielte als ein anderes oder dem einen höchsten Wert zubilligte. Eine abstrakte Hierarchisierung der Grundrechte lässt das Grundgesetz aber nicht zu. Alle Grundrechte sind in der Verfassung normativ gleichberechtigt.

Als Fazit kann dann festgehalten werden: Grundrechtsschutz durch Rechtsprechung funktioniert besser gegenüber Einzelakten (Konstellation der Verfassungsbeschwerde) als gegenüber generell-abstrakten Normen (Konstellation der Normenkontrolle). Diese Schlussfolgerung ist vor dem Hintergrund des Staatsorganisationsrechts auch stimmig: Die Rechtsbindung der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt ist nach Art. 20 Abs. 3 GG intensiver als die Verfassungsbindung der Legislative. Diese verfügt über eine unmittelbare demokratische Legitimation, die zum Organrespekt durch die Verfassungsgerichtsbarkeit führen muss. Dass die Legislative nach dem Mehrheitsprinzip entscheidet, heißt im Übrigen auch, dass sie ihre Entscheidungen als Mehrheitsentscheidung begründen kann; sie braucht also grundsätzlich keine sachlichen Gründe. Das Mehrheitsprinzip befreit von weiterer inhaltlicher Rechtfertigung, denn Mehrheit ist Mehrheit. Es setzen sich dann politische Überzeugungen der Mehrheit gegenüber sachlichen Gründen, die überprüft werden können, durch.

## 5. Zivilgesellschaftlicher und föderativer Grundrechtsschutz

Ergänzend sei noch auf zwei weitere strukturelle Ausprägungen des Grundrechtsschutzes verwiesen: Grundrechte werden nicht nur durch hoheitliche Organe, sondern zuvörderst erst einmal durch die Bürger geschützt. Denn die Bürger betätigen die Grundrechte und hauchen ihnen dadurch erst Leben ein. Ohne freiheitliches Verhalten könnte auch nichts grundrechtlich geschützt werden. In der Rechtsprechung des BVerfG wird dieser Aspekt als Selbstverständnis des Grundrechtsträgers bei der Bestimmung grundrechtlicher Schutzbereiche berücksichtigt.<sup>10</sup> Das BVerfG lehnt es typischerweise ab, Schutzbereiche selbst autoritativ festzulegen und es kann auch anderen

---

10 Siehe *Martin Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993.

hoheitlichen Gewalten dabei keinen Vorrang einräumen. In der Literatur wird dieser Aspekt seit Peter Häberle mit der Formel der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpretation“ auf den Punkt gebracht.<sup>11</sup>

Hinweisen möchte ich schließlich auf die freiheitliche, grundrechtsschützende Funktion des Föderalismus. In der Bundesrepublik führt die bundesstaatliche Ordnung vor allem dazu, dass die besonders freiheitssensible Vollzugsebene nicht zentralisiert, sondern auf 16 Landesverwaltungen aufgeteilt ist. Bundesgesetze werden typischerweise nicht durch den Bund vollzogen, sondern durch einen anderen Rechtsträger. Auf der Ebene der unteren Verwaltungsbehörde ist dies oft nicht einmal das Land, sondern eine Kommune (besonders etwa im überkommunalisierten NRW, wo untere Landesverwaltungsbehörden die Ausnahme sind). Allein schon durch die Vervielfachung der Zuständigkeiten erbringt der deutsche Vollzugsföderalismus einen Freiheitsgewinn durch horizontale Gewaltenteilung, politische Unabhängigkeit und alternative Lösungen in einem Wettbewerb der Zweckmäßigkeit. Der grundrechtsförderliche Effekt des Föderalismus kann überdies auch schon auf der Ebene der Gesetzgebung zum Tragen kommen, weil über die Mitwirkung des Bundesrates bei der Gesetzgebung des Bundes die Kompromiss- und Ausgleichskultur des politischen Systems gefördert wird.

## II. Der Grundrechtsschutz in der Parallelrechtsordnung des Corona-Rechts

Durch Covid-19 ist in der Bundesrepublik seit März 2020 eine Parallelrechtsordnung entstanden. Nahezu alle Verhaltensformen werden inzwischen unter infektionsschutzrechtlichem Aspekt einem Sonderrecht unterzogen, das materiell aus Verordnungsrecht besteht. Zuständig sind nach § 32 IfSG die Landesregierungen; der Bundesgesundheitsminister wurde im März 2020 durch die Änderung des § 5 IfSG zum Erlass von Spezialverordnungen (Krankenhausorganisation, Personalplanung, Einreisekontrolle u.v.m.) ermächtigt.<sup>12</sup> Diese Verordnungen haben sich über nahezu das gesamte öffentliche Leben gelegt und erzeugen eine Parallelrechtsordnung. Es handelt sich nicht um Ausnahmen oder ein Notstandsrecht, denn es wird keine Bestimmung

---

11 Peter Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation, JZ 1975, 297 ff.; siehe auch *ders.*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. 2015, S. 31 ff.

12 Änderungsgesetz v. 27. 03. 2020, BGBl. I S. 587. Kritische Einschätzung der Ermächtigung des Bundesgesundheitsministers durch das Gesetz zur Reform des IfSG durch *Christoph Möllers*, Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus, in: [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) v. 26. 03. 2020; *ders./Florian Meinel*, Eine Pandemie ist kein Krieg, F.A.Z. v. 20. 03. 2020; *Anika Klafki*, Neue Rechtsgrundlagen im Kampf gegen Covid-19, in: [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) v. 19. 03. 2020.

des geltenden Rechts außer Kraft gesetzt.<sup>13</sup> Das wäre mit der Rechtsquelle der Verordnung schon normenhierarchisch nicht möglich.<sup>14</sup> Es geht weder um einen Notstand noch um einen Ausnahmezustand, sondern um eine Parallelrechtsordnung. Die prinzipielle Veränderung, die in der Errichtung der Parallelrechtsordnung liegt, wurde prägnant auf der Homepage des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege ausgedrückt. Dort konnte man klipp und klar lesen: „In Bayern wurde der Katastrophenfall ausgerufen. Rechtsverordnungen, Allgemeinverfügungen und Bekanntmachungen der Bayerischen Staatsregierung regeln das öffentliche und private Leben.“<sup>15</sup>

Mit der Parallelrechtsordnung wird in fast alle Grundrechte eingegriffen. Zu präventiven Zwecken werden repressive Mittel eingesetzt, so dass es zu umfassenden Freiheitseingriffen kommt, die in der Bandbreite hier nicht nachgezeichnet werden müssen.<sup>16</sup> Verschont blieben lediglich die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) und die Kommunikationsfreiheiten (Art. 10 GG), vor allem, weil sie digital umsetzbare Verhaltensformen ermöglichen, die seuchenrechtlich irrelevant sind. Alle anderen grundrechtlich geschützten Belange wurden vom Corona-Recht allerdings erfasst und mitgeregelt. Dadurch ist eine Rechtsordnung entstanden, die sich noch im Februar 2020 niemand vorstellen konnte: Der effektive Freiheitsgebrauch hängt nun flächendeckend von Rechtsverordnungen ab. Das entspricht in keiner Weise einer Verfassungsordnung, deren Grundrechtsschutz im Normalzustand ich soeben umschrieben habe. Im folgenden Abschnitt werden die Abweichungen näher analysiert. Gleichen wir also den verfassungsrechtlichen Normalzustand mit den Erscheinungsformen und Entscheidungsstrukturen der Corona-Parallelrechtsordnung ab.

## 1. Unzureichende generell-abstrakte Grundentscheidungen

Anders als das Parlamentsgesetz ist die Rechtsverordnung keine Rechtsquelle der Ausgestaltung oder des Ausgleichs, schon gar nicht des Kompromisses. Für den Grundrechtsschutz sind Rechtsverordnungen schon aufgrund ihrer normativen

13 Zur verfassungsrechtlichen Konzeptionalisierung vgl. *Anna-Bettina Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020; als verwaltungsrechtliche Regelung siehe *Tristan Barczak*, Der nervöse Staat, 2020.

14 Versucht wurde dies in Bayern als die Stichwahl bei der Kommunalwahl am 29. 3. 2020 zunächst auf dem Ordnungswege zwingend als Briefwahl durchgeführt werden sollte. Der Bayerische Landtag änderte dann aber noch rechtzeitig das Gemeinde- und Landkreiswahlgesetz. Vgl. zur damaligen Diskussion *Andreas Gietl/Fabian Michl*, Anordnung der Briefwahl verfassungswidrig, [www.lto.de](http://www.lto.de) v. 20. 03. 2020.

15 Unter <https://www.stm.gp.bayern.de/coronavirus/> abgerufen am 23. 04. 2020. Der am 16. 3. 2020 ausgerufene Katastrophenfall wurde mit Ablauf des 16. 06. 2020 aufgehoben.

16 Man vgl. dafür frühe Stellungnahmen, etwa *Andrea Edenharter*, Freiheitsrechte ade?, in: [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) v. 19. 03. 2020; *Thorsten Kingreen*, Whatever it Takes?, in: [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) v. 20. 3. 2020; *Uwe Volkmann*, Der Ausnahmezustand, in: [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) v. 20. 3. 2020; *Oliver Lepsius*, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, in: [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) v. 06. 04. 2020.



Grundeigenschaften weder vorgesehen noch geeignet. Von einer Rechtsverordnung erwartet man einen anderen Normierungsbeitrag als vom Gesetz. Beide Rechtsquellen sollen im Rechtsstaat nicht austauschbar sein, sondern arbeitsteilig wirken.<sup>17</sup> Das Gesetz soll nicht überfrachtet werden, die Rechtsverordnung mehr als nur das Wesentliche regeln. Von ihr erwarten wir Detailregelungen, das Nachzeichnen des Gesetzes, das Überführen von Regelungsprogrammen in hinreichend bestimmte und exakte Vollzugsprogramme.<sup>18</sup> Entsprechend soll und kann der Ausgleich von kollidierenden Grundrechten nicht Aufgabe der Rechtsverordnung sein, sondern muss bereits durch das Gesetz geleistet werden. Die Verordnung zeichnet das Regelungsprogramm im Rahmen der gesetzlichen Bindungen nach und gestaltet dieses Programm aus, substituiert aber nicht das Gesetz. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG bringt diese kompetentielle, rechtsformenbezogene Erscheinungsform des Gesetzesvorbehalts zum Ausdruck: Wenn der Gesetzgeber Regelungsprogramme an die Regierung delegiert, dann muss er Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmen.

Die Bestimmung der Delegationsgrenzen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ist im Einzelfall schwierig, weil der Gesetzgeber mit der Delegation verschiedene Zwecke verfolgen kann: Mal will er nur technische Umsetzungen delegieren, mal will er Experimentierklauseln ermöglichen, mal will er von Ausnahmen oder Härtefallregelungen entlastet werden, mal will er schnelle Anpassungen ermöglichen, mal will er prozedurale Regelungsstrukturen oder Finalnormen ermöglichen,<sup>19</sup> die bei geringerer materieller Rechtsbindung eine höhere Verfahrensbeteiligung vorsehen, die wiederum situativ zu beurteilen ist – kurzum: die Motive des parlamentarischen Gesetzgebers für die Delegation an den gubernativen Ordnungsgeber sind regelungstechnisch und politisch sehr vielfältig. Das Anforderungsprofil der Rechtsverordnung hängt jedoch immer von der parlamentarischen Motivationslage und ihrer gesetzlichen Programmierung ab. Gesetzesvertretende Rechtsverordnungen darf es nicht geben, das ist die Kernaussage des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, mit der der Parlamentarische Rat gerade auf die Praxis in der Weimarer Republik reagierte, in der es eine vergleichbare Bestimmung nicht gab, was die Selbstentmächtigung des Reichstags begünstigte.<sup>20</sup> Die Auslegung des Art. 80 GG respektiert den Gestaltungswillen des Gesetzgebers, ermöglicht ihm aber gerade keinen Blankoscheck, Themen loszuwerden oder Abwägungskonflikte und Ausgleichsfragen durch Delegation zu vermeiden. Die Reichweite der Ordnungsgebung hängt folglich von der gesetzgeberischen Grundentscheidung ab, bei der der Gesetzgeber die Delegationsschranken des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG wahren muss und auch

17 Näher *Matthias Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: D. Ehlers/H. Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2016, § 11 Rn. 5 ff.; *Markus Möstl*, Exekutive Normsetzung kraft Delegation, in: ebd., § 20 Rn. 1–4.

18 Grundlegend *Johannes Saurer*, Die Funktionen der Rechtsverordnung, 2005.

19 Siehe *Hartmut Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 37.

20 Der Kontrast durch die Praxis in Weimar wird deutlich bei *Christoph Gusy*, 100 Jahre Weimarer Verfassung, 2018; *ders.*, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 162 f.

dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt zumal in Gestalt der Wesentlichkeitslehre sowie dem Parlamentsvorbehalt gerecht werden muss. Der Gesetzgeber darf der grundrechtlichen Ausgestaltung und Ausgleich konfligierender Rechtsgüter nicht aus dem Weg gehen: Das ist ein Gebot der Normenhierarchie, der rechtsstaatlichen Bestimmtheit, der demokratischen Legitimation, des Normsetzungsverfahrens und auch Ausdruck der regelungstechnischen Fähigkeiten der unterschiedlichen Rechtsquellen Gesetz oder Verordnung.

Diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben wird die Parallelrechtsordnung der Corona-Verordnungen ganz offensichtlich nicht gerecht, weil durch die Verlagerung auf die Verordnungsebene die normenhierarchische Regelungserwartung, die wesentlichen Grundrechtsfragen auf der Ebene des Gesetzes zu behandeln, nicht erfüllt wird. Die Regelungsebene der Verordnung steht, um es plakativ auszudrücken, nicht auf Augenhöhe mit dem Regelungsgegenstand, den Grundrechten.

Mit der Delegationsstruktur der §§ 32, 28 IfSG wollte der Gesetzgeber keine Parallelrechtsordnung auf dem Ordnungswege schaffen. Es ging ihm um klassisches Seuchenrecht, also die Sorge vor dem Ausbruch und die Bekämpfung von infektiösen Krankheiten, die durch lokale Maßnahmen gewährleistet werden, die auf konkrete gefährliche Orte und gegen einzelne Personen („Störer“) gerichtet werden. Mit dem IfSG wurden Ermächtigungsgrundlagen geschaffen, um übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern, § 1 IfSG. Das Gesetz verfolgt primär präventive Zwecke, was dazu führt, dass sich der Gesetzgeber weniger als bei repressiver Zweckverfolgung veranlasst sieht, schon auf der generell-abstrakten Ebene eine Schutzgüterabwägung vorzunehmen.

Die Ermächtigunggrundlage für konkrete Maßnahmen, § 28 IfSG, lässt Eingriffe in die Grundrechte der Freiheit der Person, der Versammlungsfreiheit, der Freizügigkeit im Bundesgebiet und der Wohnung zu, nämlich Platzverweise und Betretungsverbote, Verbote bestimmte Orte zu verlassen, Veranstaltungen und Ansammlungen von Menschen zu beschränken oder zu verbieten sowie bestimmte Gemeinschaftseinrichtungen zu schließen, die typischerweise Verbreitungsherde sind (Badeanstalten, Kindertagesstätten, Schulen, siehe § 33 IfSG). Die Freizügigkeit und die Unverletzlichkeit der Wohnung infektionsschutzrechtlich einzuschränken ist durch die qualifizierten Gesetzesvorbehalte in Art. 11 Abs. 2, 13 Abs. 7 GG gedeckt. Das Schutzgut der Freizügigkeit steht, wie Lebens- und Gesundheitsschutz unter dem einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG. Problematisch sind Eingriffe in die Versammlungsfreiheit wegen der Sperrwirkung des Versammlungsgesetzes (Art. 8 Abs. 2 GG) gegenüber dem sonstigen Gefahrenabwehrrecht.

Das IfSG geht jedoch nicht von Eingriffen in die Religionsfreiheit und auch nicht in die Wirtschaftsgrundrechte aus; eine gesetzliche Abwägung dieser Schutzgüter hat infektionsschutzgesetzlich auch gar nicht stattgefunden: Auf diese Grundrechte sind die Eingriffstatbestände nicht zugeschnitten. Auf das IfSG wurden in den Rechtsverordnungen jedoch weitreichende Betriebsuntersagungen für ganze Branchen gestützt, die

im Rahmen des Lockdown als „nicht systemrelevant“ bewertet worden waren. Solche Eingriffe sind nicht von der Verordnungsermächtigung gedeckt.<sup>21</sup> Die Betriebsuntersagungen können sich auch materiell nicht auf § 28 Abs. 1 IfSG stützen. Die Norm knüpft mit Betretungsverboten an einem lokalen Bezug an („bestimmte Orte, öffentliche Orte“), meint aber nicht Branchen. Das Betretungsverbot findet seinen Zweck in der Gefährlichkeit des Ortes. Bei den Betriebsuntersagungen ging es jedoch nicht darum, gefährliche Ladengeschäfte zu schließen, sondern Kontaktbeschränkungen zwischen Menschen durchzusetzen. Dafür ist das Mittel, den Ort zu schließen, aber unverhältnismäßig und teilweise auch ungeeignet (welcher potentiell gefährliche infektiöse Kontakt entsteht in Buch- oder Blumenläden<sup>22</sup>)? Als milderes Mittel für die örtliche Durchsetzung der Kontaktbeschränkung wäre immer eine Kapazitätsbeschränkung nach Ladengröße mit flankierenden Hygienemaßnahmen (Maskenpflicht etc.) in Betracht gekommen. Baumärkte zu schließen war immer unverhältnismäßig, unabhängig von der sich zeitlich verändernden Ungewissheit des Ansteckungsrisikos. Mit dem Schließen von Branchen wählte der Ordnungsgeber ein infektionsschutzrechtlich ungeeignetes Kriterium aus, denn es gab keine Anzeichen, dass bestimmte Läden ein höheres Infektionsschutzrisiko auslösen als andere. Leitend für die Schließung war nicht die räumliche Situation, die die Kundenkontakte beeinflusst, sondern die Einschätzung als „nicht-systemrelevanter“ Versorgungsbetrieb. Das aber ist ein in dieser Abstraktheit verfassungswidriges Differenzierungskriterium, weil es ein Werturteil über die Berufsfreiheit enthält, also zwischen wertvolleren Berufen und „unwichtigen“ Berufen unterscheidet. Das verletzt bereits abstrakt die normative Gleichrangigkeit der grundrechtlichen Schutzbereiche zueinander und der einzelnen Berufe untereinander.

Das IfSG geht von bekannten Seuchen aus, es ist nicht gemacht für eine neue Krankheit. Es bewältigt deshalb Grundrechtskonflikte durch den Grundgedanken der Isolation des Infektionsgeschehens, nicht durch ein Szenario der bundesweiten Inanspruchnahme von Personen, deren Verhalten per se ungefährlich ist (sog. „Nichtstörer“). Die Inanspruchnahme von Nichtstörern ist grundsätzlich eine punktuelle Ausnahme, wenn bei gegenwärtigen erheblichen Gefahren andere Maßnahmen keinen Erfolg versprechen und die Personen ohne Eigengefährdung oder Verletzung „höherwertiger Pflichten“ in Anspruch genommen werden können.<sup>23</sup> Selbst bei den Grundrechten, an deren Einschränkung der Gesetzgeber beim Erlass des IfSG gedacht hat, stellt sich die weitere Frage nach der Reichweite und Intensität der Eingriffsdelegation. Die Verordnungsermächtigung darf nicht als Generalklausel oder Blaupause wirken,

21 Bedenken äußert auch BVerfG, 1. Kammer des 1. Senats, Beschl. v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20 Rn. 37.

22 Ich greife auf diese Beispiele zurück, weil die Länder hier unterschiedlich vorgehen. In Berlin blieben Buchläden geöffnet, in Hessen Blumenläden. In den meisten Ländern waren beide jedoch geschlossen.

23 Vgl. etwa § 19 OBG NW und die vergleichbaren Regelungen zur Inanspruchnahme von Nichtstörern in den Polizeigesetzen von Bund und Ländern.

weil sie sonst gegen den Vorbehalt des Gesetzes und die Maßstäbe von Wesentlichkeitslehre und Parlamentsvorbehalt verstößt.

Mit anderen Worten: Die vom Gesetz zu leistende Abwägung einer grundrechtlichen Kollisionslage (Volks Gesundheit und Freiheitsrechte) wird vom IfSG nur teilweise erbracht. Der Gesetzgeber sah nicht die Gefahr völlig neuer Krankheiten mit zunächst unklarem Infektionsverlauf und ohne Therapieerfahrung. Deshalb dachte er in herkömmlichen seuchenrechtlichen Maßnahme-Katalogen (Isolation des Geschehens), nicht aber an die umfassende Regelung des Sozialverhaltens oder einen Lockdown nach virologischer Generalprävention. Deswegen meinte er, bestimmte Grundrechte nicht einschränken zu müssen (Berufs- und Eigentumsfreiheit, Religionsausübung). Das heißt: Die Ermächtigungsgrundlage reicht für die in den Verordnungen getroffenen Maßnahmen nicht aus.

## 2. Entscheidungsfindung beim Verordnungserlass

Wenn das Gesetz als Instanz der Ausgestaltung und des Ausgleichs hier ausfällt, dann müsste die generell-abstrakte grundrechtsschützende Abwägungsleistung im Verfahren des Verordnungserlasses bewältigt werden. Beim Verordnungserlass fallen Organisation und Verfahren für den Grundrechtsschutz aber weitgehend aus. Bei Regierungsverordnungen handelt es sich mit der (Landes-)Regierung um kein pluralistisch zusammengesetztes Organ. Regierungen sind nicht pluralistisch zusammengesetzt, sondern folgen auf der einen Seite fachlichen, auf der anderen Seite politischen Besetzungskriterien. Regierungen sind nach dem Ressortprinzip organisiert, nicht nach gesellschaftlichen Interessen oder grundrechtlichen Schutzgütern, und sie unterliegen der politischen Leitung durch den Regierungschef. Auch wenn Regierungen Kollegialorgane sind und bei Abstimmungen das Mehrheitsprinzip gilt, politisch wird sich der Regierungschef durchsetzen. In einem solchen Erlassverfahren ist Grundrechtsschutz nur noch sehr eingeschränkt zu leisten, weil sich die Ressorts um ihre jeweiligen Politikbereiche kümmern müssen und nur dafür im Hause Kompetenz haben. Die Ministerien erfassen Grundrechte also aus der Regelungsperspektive ihres Zuständigkeitsbereichs, nicht aus einer Perspektive des Ausgleichs konfligierender Schutzgüter. Für Grundrechtsschutz als allgemeines Zuständigkeitsfeld ist in der Regel das Justizministerium zuständig, das aber wiederum nicht über die Tatsachenkenntnis in den Regelungsbereichen verfügt, auf die sich die Maßnahmen erstrecken, so dass es die Intensität der betroffenen Schutzgüter und die Verhältnismäßigkeit des Mittels nicht in der eigenen Ressortverantwortung ermitteln und bewältigen kann. Der Grundrechtsschutz wird in der Zuständigkeitsverteilung der Ministerien zerrieben. Er hängt von einer funktionierenden Ressortabstimmung ab oder von einer gemeinsamen Willensbildung und Beschlussfassung in der gesamten Landesregierung, in der über die Ressorts alle Politikbereiche abgedeckt sind. Ob diese Organisation und ein solches Verfahren tatsächlich noch Grundrechtsschutz bewirken kann, ist eher eine Frage des Zufalls und des persönlichen Einsatzes des Ministers oder Ministerpräsidenten.

Erlassen Minister die Rechtsverordnung<sup>24</sup> bewegt sich das Erlassverfahren in der Ressortzuständigkeit dieses Ministeriums. Die Berücksichtigung grundrechtlicher Belange ist dann zusätzlich reduziert. In der Willensbildung im Ministerium wird es aus Gründen der internen Zuständigkeit nicht zur systematischen Berücksichtigung grundrechtlicher Belange und vor allem nicht zu ihrem Ausgleich kommen können. Dazu fehlt den Ministerien schlicht die entsprechende Expertise für das übergreifende Tätigkeitsfeld. Macht ein Gesundheitsminister eine Infektionsschutzverordnung, wird etwa Kultur oder Wirtschaft dort schon deshalb nicht als betroffener Belang berücksichtigt werden, weil Kultur oder Wirtschaft nicht zum Zuständigkeitsbereich des Gesundheitsministeriums gehören und es deswegen dort auch kein Referat gibt, das sich in der internen Abstimmung dafür verantwortlich fühlte. Bei der ministeriellen Rechtsverordnung fehlt nun auch die Möglichkeit, die anderen Belange über eine Kabinettsitzung einzubringen; verfahrenstechnisch bleibt es bei den Möglichkeiten einer Ressortabstimmung. Nicht zu unterschätzen ist erneut der persönliche Einfluss des Regierungschefs, der mit politischen Steuerungsmitteln auf eine ministerielle Verordnung Einfluss nehmen kann, was die anderen Ressortminister in dieser Form nicht können. Bei ministeriellen Verordnungen wird der Einfluss des Regierungschefs tendenziell noch größer sein als bei Regierungsverordnungen, weil er weniger Ressortwiderstände überwinden muss.

Für die konkrete Corona-Politik, für die Ausgestaltung der Eingriffe, sind diese Zuständigkeits- und Organisationsfragen innerhalb der Regierung außerordentlich wichtig. Denn die Willensbildung und Entscheidungsfindung in der Regierung folgt ganz anderen Kriterien als im Parlament. Sie ist nicht öffentlich. Sie dient nicht der Abwägung. An ihr nimmt kein repräsentativ zusammengesetzter Personenkreis teil. Die Entscheidung unterliegt politischen Hierarchien. Ob Grundrechtsschutz zu einem Regelungsbelang wird, ist eine inzidentielle Frage, kein struktureller Auftrag. Kurzum: An die Stelle der Abwägung gleichrangiger Schutzgüter tritt eine politische Hierarchisierung der Ziele und mit ihr der Schutzgüter – Schwerpunkte zu setzen ist ja auch die Aufgabe von Politik. Der Aufgabenzuschnitt der Regierung und ihre Zuständigkeitsverteilung sind nicht prinzipiell darauf eingerichtet, Grundrechte zu schützen.

---

24 Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG kann der Bundestag auf der Ebene des Bundes einen Bundesminister oder die Bundesregierung ermächtigen. Der Bundeskanzler kann nicht ermächtigt werden. Auf der Ebene des Landes kann nur die Landesregierung ermächtigt werden. Das delegierende Gesetz darf aber nach Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG die Landesregierung ermächtigen, die Verordnungsermächtigung durch eine Rechtsverordnung der Landesregierung auf eine andere Stelle, z. B. einen Landesminister, zu übertragen. Das räumt § 32 Satz 2 IfSG ein, so dass auf der Landesebene nicht einmal Regierungsmitglieder, sondern auch (Gesundheits-)Behörden mit dem Verordnungserlass betraut werden könnten. Die Länder haben die Zuständigkeiten für den Erlass der Infektionsschutzverordnungen unterschiedlich geregelt: In manchen Ländern ergehen Regierungsverordnungen (z. B. Hessen), in anderen ministerielle Verordnungen (z. B. Baden-Württemberg, Bayern, NRW).

Die Willensbildung in der Regierung wird nun zusätzlich politisch eingengt, wenn sich der Regierungschef in der Öffentlichkeit weit vorwagt, wie wir das wochenlang erlebt haben („Es geht um Leben und Tod.“ „Jeder Tote ist einer zu viel.“), weil dann die politische Hierarchisierung der Schutzgüter eine interne Abwägung mit konfligierenden Schutzbereichen geradezu unterbindet. Eine solche Hierarchisierung der Schutzgüter wird verstärkt, wenn die externe Expertise einseitig zusammengesetzt ist und in ihrem Aufgabenzuschnitt wiederum einzelne Schutzgüter betrifft. Anders gesprochen: Wenn sich die politische Entscheidungsfindung von der Risikoeinschätzung etwa des Robert-Koch-Instituts oder der örtlichen „Haus-Virologen“ abhängig macht, wird es noch unwahrscheinlicher werden, dass konfligierende Grundrechte überhaupt erkannt, geschweige denn ausgeglichen werden. Das ist kein Vorwurf an die Experten. Ihre Aufgabe liegt nicht im Blick auf das gesellschaftliche Ganze mit all seinen Konflikten, sondern auf das Spezielle und Partikulare, für das allein sie Expertise behaupten können. Man darf von Experten keine Relationierung von Grundrechten erwarten, weil dies ihre Expertise überfordern würde. Die Risikoeinschätzung des RKI ist als Leitkriterium für eine Abwägung grundrechtlicher Schutzgüter schon deswegen ungeeignet, weil das RKI von seinem Aufgabenzuschnitt her ausschließlich dem Gesundheitsschutz dient. Das RKI ist eine dem Bundesgesundheitsministerium nachgeordnete Behörde, die das Ziel Gesundheitsschutz verfolgen soll.<sup>25</sup> Es ist de facto eine organisatorisch verselbständigte Fachabteilung des Ministeriums.<sup>26</sup> Das RKI ist nicht dafür zuständig, andere Grundrechte damit abzugleichen. Es kann, soll und will Grundrechtskonflikte nicht behandeln.

Kommt nun in einem Willensbildungs- und Entscheidungsprozess alles zusammen (ministerielle Verordnung, politische Hierarchisierung der Ziele durch den Regierungschef, einseitige Expertise), dann ist geradezu zu erwarten, dass das Ergebnis in Gestalt der Verordnung Grundrechten nicht dienen kann. Mit dieser Aussage ist aber kein Vorwurf verbunden. Die Organe handeln jeweils so, wie sie aufgrund ihrer Zuständigkeiten handeln sollen. Die Regierung funktioniert so, wie die Regierung funktionieren soll. Das Problem liegt primär im Ausfall der grundrechtlichen Programmierung auf der gesetzlichen Ebene. Was hier nicht ausgestaltet und ausgeglichen wurde, kann auf der Ebene der untergesetzlichen Normsetzung mit den dort zur Verfügung stehenden Mitteln schlechterdings nicht mehr kompensiert werden.

---

25 Vgl. den Aufgabenzuschnitt des RKI durch § 4 IfSG. Es geht in der detaillierten Vorschrift nur um ein Schutzgut: Gesundheit, teilweise bezogen auf das Gesundheitswesen, was andere Schutzgüter (Berufsausübung der Ärzte, Betrieb von Krankenhäusern, Krankenkassen) mitumfasst. Das RKI ist auch für die Gesundheit von Tieren zuständig, verfolgt also nicht ausschließlich humane Ziele. Die Prognoseerfahrung und Mittelauswahl des RKI stützt sich daher auch auf Tierseuchen.

26 Bis 1994 wurden die Aufgaben vom Bundesgesundheitsamt in Berlin wahrgenommen. Nach einem Skandal um HIV-verseuchte Blutpräparate wurde es aufgelöst; die Aufgaben gingen auf drei Nachfolgeinstitute über.

### 3. Umgehung der Gewaltenteilung

Der grundrechtsschützende Beitrag der Gewaltenteilung, also die strukturelle Differenz zwischen generell-abstrakter (Rechtssetzung) und individuelle-konkreter Rechtserzeugung (Vollzug) wird durch die Konzentration der materiellen Regelung auf der Verordnungsebene umgangen. Viele Maßnahmen der Corona-Rechtsverordnungen sind self-executing. Sie ermächtigen also nicht Vollzugsbehörden zu subsumierenden Verwaltungsakten, bei denen, üblicherweise mit Ermessenstatbeständen, Grundrechten im Einzelfall Rechnung getragen werden kann, sondern enthalten selbst schon die Vollregelung auf der generell-abstrakten Ebene.

Gottesdienste sind in vielen Verordnungen ausnahmslos verboten worden (anders etwa in NRW, das Selbstverpflichtungen der Religionsgemeinschaften einforderte). Versammlungen wurden grundsätzlich verboten, doch enthielten die Verordnungen typischerweise Ausnahmen (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Die zuständige untere Verwaltungsbehörde (Kommunen und Landkreise) erteilte aber grundsätzlich keine Ausnahmen, selbst wenn die Verordnung dazu ermächtigte, wenn im Einvernehmen mit den Gesundheitsbehörden keine infektionsschutzrechtlichen Bedenken bestanden. Praktisch schlug das Versammlungsverbot auf den Bürger durch, weil die örtlichen Behörden keine Ausnahmegenehmigungen erteilten. Für die Betriebsunter-sagungen galt das Gleiche. Auch hier erstreckte sich das Verbot in der Verordnung auf jeden Einzelfall. Die Kontaktbeschränkungen und Ausgehverbote waren als Ordnungswidrigkeiten strafbewehrt. Verstöße wurden, soweit man das beurteilen kann, grundsätzlich zur Anzeige gebracht. Die Presse berichtete von einem Regelfetischismus der Vollzugsbeamten, die ohne Rücksicht auf die Situation im Einzelfall und den Telos der Norm auch Sachverhalte zur Anzeige brachten, die kein Infektionsschutzrisiko aufwiesen. Das bayerische Parkbanksitzverbot steht pars pro toto für diese Vollzugspraxis.<sup>27</sup>

---

27 Zum Vollzug der Corona-Verordnungen teilte die Bayerische Staatsministerin für Gesundheit und Pflege auf eine schriftliche Anfrage von MdL Margit Wild am 08.07.2020 mit: Vom 27.03.-18.05.2020 seien in Bayern 34.445 Ordnungswidrigkeiten festgestellt und 16.006 Bußgeldbescheide erlassen worden, zu denen 1.503 Einsprüche eingingen, die in 330 Fällen zur Zurücknahme führten. Rund 15.700 Bescheide betrafen das Verlassen der Wohnung ohne triftigen Grund. Zu berücksichtigen ist, dass der VGH München die Sanktionierbarkeit des Ausgehverbots am 28.4.2020 praktisch beseitigt hatte, als er die Vorschrift so auslegte, dass jeder sachliche, nicht von vornherein unzulässige Grund geeignet sei, das Verlassen der Wohnung zu rechtfertigen. Durch diese Auslegung wurde der Verbotstatbestand vom Senat weitgehend neutralisiert und der Sache nach neu gefasst, vgl. VGH München, Beschluss v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, Rn. 37 ff. Der einschlägige § 5 BayInfSMV war nach einer Entscheidung des VGH München, Beschluss v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, neu gefasst worden, so dass sich der VGH bei der Auslegung auch auf die vom Ordnungsgeber anerkannten weiteren Gründe bei der Auslegung beziehen konnte. Nach dem 28.4.2020 durfte es also kaum noch zu Anzeigen wegen grundlosen Verlassens der Wohnung gekommen sein, so dass die Zahlen die Vollzugspraxis eines Monats wiedergeben.

Da die Einzelfallprüfung also weitgehend ausfiel, schied gerade diejenige Normkonkretisierungsebene aus, auf der konfligierenden grundrechtlichen Belangen im Wege einer Verhältnismäßigkeit im Einzelfall effektiv Rechnung getragen werden kann.

#### 4. Summarischer Eilrechtsschutz

So bleibt für den Grundrechtsschutz letztlich die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes übrig. Er wurde auch reichlich besprochen, auch wenn angesichts der flächendeckenden Maßnahmen eigentlich mit mehr Widerstand in der Bevölkerung zu rechnen gewesen wäre. Der Deutsche Richterbund berichtete am 8. 5. 2020 von rund 1.000 Eilanträgen gegen Corona-Einschränkungen. Gesellschaftlich betrachtet ist dies keine große Zahl, sehr wohl aber vor dem Hintergrund der Kapazität der Verwaltungsgerichte. Vor allem entsteht ein grundlegendes rechtsstaatliches Problem, wenn die Inanspruchnahme grundrechtlicher Freiheiten praktisch von einem gerichtlichen Eilantrag abhängt. In diesem Fall „funktioniert“ der Rechtsstaat nicht, auch wenn die Gerichte tüchtig arbeiten, denn es ist nicht die Aufgabe von Gerichten, grundrechtliche Freiheiten zu ermöglichen, sondern sie im Einzelfall zu schützen.

Der Rechtsweg gegen Corona-Maßnahmen weist Besonderheiten auf. Da es oft an Verwaltungsakten fehlte, weil es zu keiner Vollzugsanordnung kam (Eingriffe durch die Verordnung, nicht durch VA), mussten Bürger direkt gegen die Verordnungen vorgehen. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ermöglicht nach Maßgabe des Landesrechts Normenkontrollanträge gegen Landesrechtsverordnungen. Dies ist bis auf Berlin und Hamburg in allen Ländern möglich. Ein Normenkontrollantrag des Bürgers ist im deutschen Rechtssystem zunächst eine Besonderheit, weil mit ihm ein objektives Rechtsschutzziel verfolgt werden kann, während sonst eine subjektive Rechtsverletzung (Klagebefugnis) geltend gemacht werden muss.<sup>28</sup> § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO erhielt nun eine rechtsschutzpraktische Relevanz, an die niemand zuvor gedacht hatte. So hatte Nordrhein-Westfalen das Verfahren erst zum 1. 1. 2019 eingeführt, was im Umkehrschluss zeigt, dass dieses Verfahren nicht zum elementaren Bestandteil der Rechtsschutzgarantie gezählt worden war. Gegen die Versagung einer Demonstration waren indes klassische Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen zu erheben. Rechtsschutz gegen ordnungswidrigkeitenrechtliche Maßnahmen (Bußgeldbescheide) geht zu den ordentlichen Gerichten. Dazu dürften erst langsam Entscheidungen ergehen. Praktisch war also mit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ein eher seltenes Verfahren ins Zentrum gerückt, was die Besonderheit der Parallelrechtsordnung aus der Rechtsschutzperspektive verdeutlicht.

Hinzu kam, dass verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz immer mit einstweiligem Rechtsschutz einherging. Die Regel (Hauptsacheverfahren entscheidet die Sache) wird

---

28 Zu Stellung und Struktur vgl. *Dirk Ehlers*, Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, in: *Jura* 2005, S. 171–177; *Roman Herzog*, Verfassungsgerichtliche und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, *BayVBl.* 1961, S. 368–373. Zu den Einzelheiten siehe die Kommentierungen zu § 47 VwGO.



auf den Kopf gestellt, weil praktisch alles im einstweiligen Rechtsschutz entschieden werden musste (wenn sich der Rechtsstreit nicht erledigt hat, werden viele Entscheidungen in der Hauptsache daher noch ergehen). Im einstweiligen Rechtsschutz findet nur eine summarische Prüfung mit einer Folgenabwägung statt. Prüfungsmaßstab sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes schon absehen lassen. Bei der Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs spielt die Geltungsdauer der Verordnung eine zentrale Rolle, weil sie die anzustellende Gegenüberstellung der Nachteile bei ergehender oder unterbleibender einstweiliger Anordnung zugunsten einer Verordnung mit „geringer Restlaufzeit“ verschiebt. Je kürzer der verbleibende Geltungszeitraum, desto unwahrscheinlicher ist es, dass eine einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile dringend geboten ist. Entsprechend scheiterten Normenkontrollverfahren im einstweiligen Rechtsschutz an der Prognose der Erfolgsaussichten im Abgleich mit dem (in der Regel nur noch kurzzeitig) drohenden Schaden. Für die Erfolglosigkeit war häufig keine negative Abwägung der grundrechtlichen Schutzgüter verantwortlich, sondern in erster Linie die Zeitkomponente. Manche Gerichte haben dem Ordnungsgeber die kurzfristigen Geltungszeiträume auch als Abwägungsvorschuss zu Gute gehalten: Der Ordnungsgeber habe dadurch die Grundrechtssensibilität der Maßnahmen eingeräumt und sich selbst eine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht auferlegt. Praktisch allerdings wurden Maßnahmen im Zweiwochenrhythmus verlängert. Kurzfristigkeit und unklare Tatsachenkenntnis von der epidemischen Entwicklung wirkten sich im einstweiligen Rechtsschutz zugunsten des Ordnungsgebers aus. Das erklärt, warum Verordnungen zunächst nicht aufgehoben wurden,<sup>29</sup> was sich inzwischen völlig geändert hat.<sup>30</sup>

Klagen gegen Versammlungsverbote hatten eine höhere Erfolgswahrscheinlichkeit. Hier führt der einstweilige Rechtsschutz zu einer intensiveren Kontrolle als bei den Normenkontrollverfahren, weil sich die Zeitkomponente zugunsten des Antragstellers auswirkt. Die Versammlungsfreiheit enthält das Recht des Veranstalters, Ort und Zeitpunkt der Versammlung selbst festzulegen.<sup>31</sup> Beide sind für den Kundgabezweck essentiell: Man demonstriert dort, wo etwas Kritikwürdiges passiert und wo es den richtigen Adressaten erreicht. Man demonstriert heute und nicht erst in zwei Wochen, wenn der Anlass verfliegen ist. Dadurch dass sich das Grundrecht der Versammlungs-

29 Die soweit ersichtlich erste Aufhebung betraf das Osterwochenende-Ausflugsverbot in Mecklenburg-Vorpommern, OVG Greifswald, Beschlüsse v. 09. 04. 2020, 2 KM 268/20 OVG und 2 KM 281/20 OVG. Der VGH München hob Verordnungen nicht auf, legte sie aber mehrfach einengend aus, vgl. Nachweise Fn. 27.

30 Deutliches Signal für eine intensiviertere Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der die Zeitkomponente jetzt nicht mehr zugunsten sondern zu Lasten der Verordnung ausgeht: OVG Münster, Beschl. v. 29. 06. 2020 – 13 B 940/20.NE – Lockdown Gütersloh. Das OVG hob die Verordnung einen Tag vor dem Ablauf ihres Geltungszeitraums auf.

31 Vgl. nur *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 5.

freiheit auf Ort und Zeitpunkt konzentriert, muss eine entsprechend konkretisierte Abwägung mit dem Infektionsschutz erfolgen – anders als bei der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzgüter, deren Relevanz nicht gleichermaßen an das Hier und Jetzt geknüpft ist, sondern auch aufgeschoben werden kann, wenn dies zum Schutze anderer Rechtsgüter angemessen ist. Bei der Demonstrationsfreiheit kann der einstweilige Rechtsschutz folglich nicht zur reduzierten Kontrolle qua summarischer Prüfung führen, weil aufgrund des Zeitablaufs hier praktisch immer bereits die Hauptsache entschieden wird. Das alles erhöht die Rechtfertigungsanforderungen an ein Versammlungsverbot.

Die restriktive Genehmigungspraxis der Versammlungsbehörden wurde von den Verwaltungsgerichten daher auch relativ oft korrigiert mit teils deutlichen Rügen. Die Behörden haben sich oft schon gar nicht darauf eingelassen, mit dem Veranstalter zu überlegen, wie Abstandsregeln eingehalten, Teilnehmerzahlen begrenzt und unnötige Gefährdungen vermieden werden können. Auch Kleinveranstaltungen mit unterer zweistelliger Teilnehmerzahl und plausiblen Hygienekonzept des Veranstalters wurden generalpräventiv abgelehnt. Die Ablehnung stütze sich bisweilen auch auf eine allgemeine Ansteckungsgefahr für Passanten, Gegendemonstranten sowie die Sicherheitskräfte. Der Veranstalter wurde also verantwortlich gemacht für das Verhalten Dritter, das er mit seinem Hygienekonzept gar nicht regeln kann oder für Risiken, die schon der Beruf des Polizisten mit sich bringt.<sup>32</sup> Das waren keine versammlungsrechtlich zulässigen Versagungsgründe und entsprechend ergingen in nicht wenigen (aber keineswegs allen) Fällen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen zugunsten der Versammlungsfreiheit.<sup>33</sup>

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des VGH Mannheim, weil diese formulierte, welche Infektionsrisiken hinzunehmen sind.<sup>34</sup> Hier wurde einmal ausdrücklich zwischen den Rechtsgütern Gesundheit und Demonstrationsfreiheit abgewogen. Aussagen, welche Risiken, sich mit Covid-19 anzustecken, hinzunehmen sind, fand man in jenen Monaten nur sehr selten.

Die Rechtsprechung des BVerfG blieb demgegenüber eher blass. Sein Beitrag zur Sicherung der Freiheitsrechte in der Corona-Pandemie ist bislang eher marginal. Ins Gewicht fallen einzelne Kammerbeschlüsse zur Versammlungs-<sup>35</sup> und Religionsfrei-

32 Entsprechende Sachverhalte werden etwa mitgeteilt von BVerfG, 1. Kammer des 1. Senats, Beschl. v. 15.4.2020–1 BvR 828/20; VG Münster, Beschl. v. 25.04.2020, 5 L 361/20.

33 Beispiele: VG Münster, Beschl. v. 25.4.2020, 5 L 361/20 – Atommülltransport durch Münster; VGH Mannheim, Beschl. v. 23.5.2020–1 S 1586/20 – AfD-Versammlung in Stuttgart.

34 Siehe Fn. 33.

35 Erfolgreicher Eilantrag gegen ein Versammlungsverbot der Stadt Gießen: BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 15.04.2020–1 BvR 828/20; erfolgreicher Eilantrag gegen ein Versammlungsverbot der Stadt Stuttgart: BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 17.04.2020–1 BvQ 37/20. Kein Erfolg, da erheblich größerer Teilnehmerkreis zu erwarten: BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 01.05.2020–1 BvR 1003/20.

heit.<sup>36</sup> Hier wurden letztlich grundrechtliche Minimalstandards aufrechterhalten, nämlich dass pauschale Gottesdienstverbote unzulässig sind und Versammlungen ausnahmsweise auch zugelassen werden müssen. Hier wurde nichts Spektakuläres entschieden. In der überwiegenden Zahl der Fälle hatten die Antragsteller allerdings keinen Erfolg. Meistens war der Eilantrag unzulässig, weil der verwaltungsgerichtliche Rechtsweg nicht beschritten worden oder das Vorbringen zu unsubstantiiert war.<sup>37</sup> Problematisch ist auch bei der Karlsruher Rechtsprechung das Abstellen auf die Risikoeinschätzung des Robert-Koch-Instituts.<sup>38</sup> Da bereits die anderen Gewalten geradezu stereotyp auf das Robert-Koch-Institut verwiesen und auch die Kanzlerin erklärt hatte, dessen Einschätzungen seien für sie leitend, kam dieser Risikoeinschätzung eine präjudizielle Kraft zu, die die Kontrolle durch die Dritte Gewalt inhaltlich neutralisierte, weil sich alle immer wieder auf dieselben Einschätzungen beriefen.

Überdies erweckte die Kammerrechtsprechung des Ersten Senats in der Außenwahrnehmung (die weder die Situation des einstweiligen Rechtsschutzes noch die Zulässigkeitskriterien vor Augen hat) den Eindruck der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit. Das Grundproblem – Abwägungsausfall – haben diese Beschlüsse selten thematisiert. Im diesbezüglichen Schweigen sendete vor allem die meistens zuständige 1. Kammer des Ersten Senats auch ein Signal an die Vollzugsbehörden und die erstinstanzlichen Gerichte. Von der Kontrolldichte, die das BVerfG ansonsten gegenüber der Legislative anschlägt (Begründungen im Gesetzgebungsverfahren, Tatsachenkontrolle als Voraussetzung für die Durchführbarkeit der Verhältnismäßigkeitsprüfung) war jedenfalls gegenüber den Verordnungen wenig zu verspüren. Auch die Kriterien, die sonst in Situationen angelegt werden, in denen kollektive Sicherheitsinteressen mit

---

36 Nicht erfolgreicher Eilantrag gegen Verbot der Ostermesse durch 2. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20. Dort wird jedoch eine fortlaufende strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit anhand der jeweils aktuellen Erkenntnisse angemahnt. Erfolgreicher Eilantrag gegen das generelle Verbot von Gottesdiensten in der nds. Corona-Verordnung, weil dadurch Ausnahmeentscheidungen schon gar nicht möglich sind: 2. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20.

37 Unzulässige Eilanträge: BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 20.03.2020 – 1 BvR 661/20; Beschl. v. 31.03.2020 – 1 BvR 712/20; Beschl. v. 9.04.2020 – 1 BvQ 27/20; Beschl. v. 9.4.2020 – 1 BvQ 29/20; Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 26/20; Beschl. v. 24.04.2020, 1 BvR 900/20; 2. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 18.04.2020 – 1 BvR 829/20; Beschl. v. 09.06.2020 – 1 BvR 1230/20; 3. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 12.05.2020 – 1 BvR 1027/20.

38 Ausführlich auf die Expertise des RKI abstellend etwa BVerfG, 2. Kammer des 1. Senats, Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20 Rn. 14 zum Gottesdienstverbot an Ostern insbesondere für Katholiken, für die der Besuch der Messe religiöse Pflicht ist. Kein Erfolg für einen Antragsteller, dessen Depressionstherapie nicht durchgeführt werden konnte: BVerfG, 1. Kammer des 1. Senats, Beschl. v. 01.05.2020 – 1 BvQ 42/20. Warum jeweils Ausnahmen im Einzelfall zur Gefahr des Kollabierens des Gesundheitssystems führen sollen, erschließt sich mir nicht. Ähnlich BVerfG, 1. Kammer des 1. Senats, Beschl. v. 16.05.2020 – 1 BvQ 55/20, Rn. 14: Örtlich geringere Fallzahlen stellen das Infektionsrisiko „nicht durchgreifend in Frage“.

Freiheitsbelangen kollidieren, etwa bei der modernen Sicherheitsgesetzgebung,<sup>39</sup> nämlich verschärfte Bestimmtheitsanforderungen angesichts der Eingriffsintensität, der Streubreite und der abschreckenden Effekte auf das Sozialverhalten, fanden hier keine Anwendung. Das alles ist natürlich auch die Folge der prozessualen Konstellation (einstweiliger Rechtsschutz bei meist prozessual unzulässigen Anträgen). Zentrale Sätze in den Beschlüssen hätten jedoch nicht zu fallen brauchen, etwa die wiederholte Formulierung, die Gewichtung der Rechtsgüter Leben und Gesundheit führe bei der Abschätzung der Erfolgsaussichten nicht dazu, dass eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG zu erlassen sei. Mit solchen Formulierungen trug das BVerfG nicht dazu bei, Klarheit in die Schutzgüterfrage und das verfolgte Ziel zu bringen. Es erweckte vielmehr den Anschein, als ob Leben und Gesundheit wichtigere Rechtsgüter seien als die Freiheitsrechte, was in dieser Abstraktheit gerade nicht stimmt. Die Beschlüsse zur Versammlungsfreiheit und zum Gottesdienstverbot wurden zwar weithin wahrgenommen, führten aber nicht dazu, dass die Corona-Politik stärker auf ihre allgemeine Verhältnismäßigkeit hin geprüft worden wären oder die Suche nach milderem Mitteln institutionalisiert worden wäre.

Das Verdienst, hier einen grundsätzlichen Wandel in der exekutiven Entscheidungskultur bewirkt zu haben, kommt in meiner Wahrnehmung eher dem OVG Münster zu.<sup>40</sup> Seine Gütersloh-Entscheidung weist den Weg zurück zu einer normalen Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der es keine zeitliche Privilegierung der Maßnahme mehr gibt, weil eine deutlich genauere Tatsachengrundlage und folglich auch Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung möglich ist, zumal das Ziel der Maßnahme (kapazitätsgerechte Steuerung des Pandemieverlaufs, Verhinderung einer Überforderung von Intensivstationen) auch über die beanstandete Maßnahme hinaus mit anderen Mitteln erfüllt werden kann.

Bei den Entscheidungen der Landesverfassungsgerichte sei an dieser Stelle nur auf zwei gegensätzliche Einschätzungen der Verhältnismäßigkeit verwiesen.<sup>41</sup> Nicht eingehen kann ich an dieser Stelle auf die Gleichheitsproblematik, die im Zusammenhang mit der Öffnung von Schulen und Läden (800 qm-Kriterium) viele Gerichte beschäftigte. Für unsere Thematik bringen diese Entscheidungen nicht viel, weil sie eine Maßnahme auf ihre systematische Stimmigkeit innerhalb der Verbotskultur überprüften, also Frei-

39 Vgl. BVerfGE 113, 348 (375–378) [2005] – präventive Telefonüberwachung: Gesetz zu unbestimmt; 120, 274 (315–318) [2008] – Onlinedurchsuchung: Normenklarheit vermisst; 120, 378 (407 f.) [2008] – Kfz-Kennzeichenerfassung: unklare Zweckbestimmung; 141, 220 (265) [2016] – BKA-Gesetz: Normenklarheit und Bestimmtheit gerügt; BVerfGE 150, 244 (279) [2018] – Kfz-Kennzeichenkontrolle Bayern: Bestimmtheit verletzt; BVerfG, Urt. v. 19. 05. 2020, 1 BvR 2835/17 – Auslandstelekommunikationsüberwachung II, Rn. 137: gesteigerte Bestimmtheitsanforderungen bei Geheimhaltung und Streubreite.

40 OVG Münster, Beschl. v. 29. 06. 2020 – 13 B 940/20.NE – Lockdown Gütersloh.

41 Bestätigend BayVerfGH, Bechl. v. 26. 03. 2020 – Vf. 6-VII-20; Beschl. v. 24. 04. 2020 – Vf. 29-VII-20; Beschl. v. 08. 05. 2020 – Vf. 34-VII-20; aufhebend VerfGH Saarland, Beschl. v. 28. 04. 2020 – Lv 7/20.

heitsgewinne, die in der Öffnung lagen, als gleichheitswidrige Differenzierung thematisierten. Das konnte sich im Einzelfall für oder gegen weitere Öffnungen auswirken. In der Summe entschieden die Verwaltungs- und Verfassungsgerichte eher selten pro Grundrechtsschutz, was auf der politischen Ebene als Bestätigung aufgefasst wurde. In den Regierungen zirkulierten Aufstellungen der Gerichtsentscheidungen, die pro/ contra-Entscheidungen addierten, die Erwägungsgründe aber nicht differenziert analysierten. So enthielten einige Entscheidungen, die einstweilig zugunsten der Corona-Verordnungen ausgingen, in der Sache Einschränkungen oder betonten die für die Verhältnismäßigkeitsprüfung zentrale Zeitkomponente (Maßnahme „derzeit“ verhältnismäßig). Diese Differenzierungen nahmen die Regierungschefs wohl deutlich weniger wahr als die Fachabteilungen in den Ministerien. Die Gerichtskontrolle war strukturell mehrfach geschwächt: Zum einen durch das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, in dem nur eine summarische Prüfung erfolgen kann. Zum anderen durch die geringe Tatsachengrundlage bei der Gefahrenprognose (neues Virus), was die Verhältnismäßigkeitskontrolle entscheidend schwächt. Die Exekutive profitiert politisch von der zurückgenommenen Kontrolle gegenüber generell-abstrakten Normen, obwohl diese individuell-konkret wirken. Das normale Kontrollgefüge ist in der Parallelrechtsordnung verschoben worden.

## 5. Erneut: Bürger und Föderalismus

Für den Grundrechtsschutz öffentlichkeitswirksam relevant waren schließlich zwei bereits oben genannte Faktoren. Zum einen artikulierte Bürger die Verteidigung der Freiheitsrechte. Zahlreiche Versammlungen protestierten gegen die Freiheitseingriffe. Auf die öffentliche Debatte hatten diese Versammlungen großen Einfluss, weil sie die Freiheitsproblematik, die in den staatlichen Organen jedenfalls von außen betrachtet keine hinreichende Aufmerksamkeit bekam und auch in der massenmedialen Begleitung der Corona-Politik nur sekundär thematisiert wurde, erstmals wieder ins Zentrum der Aufmerksamkeit stellte.

Einen effektiv grundrechtsschützenden Beitrag leistete auch der Föderalismus. Durch den Umstand, dass die Zuständigkeit bei den 16 Landesregierungen lag, kommt es von ganz alleine zu einem materiellen Regelungswettbewerb, den man nicht als Überbietungs- oder Unterbietungswettbewerb bewerten sollte, sondern als einen Wettbewerb um das effektivere und um das mildere Mittel. Im Unterschied zu anderen Staaten bescherte uns der Föderalismus eine permanente öffentliche Debatte um Ziel und Richtung der Maßnahmen, die natürlich auch vom politischen Interesse der Ministerpräsidenten angetrieben wurde, sich auf der bundespolitischen Bühne zu profilieren. Im Föderalismus aber wirkt dieses politische Interesse auf den Gesamtstaat aggregiert zu einem grundrechtssensiblen Effekt. Es werden jedenfalls Alternativen artikuliert und das alleine erhöht den Rechtfertigungsdruck auf die Maßnahmen.

Man soll den föderativen Effekt für mildere Maßnahmen und das Umstellen von flächendeckenden abstrakten auf lokale konkrete Maßnahmen nicht unterschätzen. Dem Argument von Ministerpräsidenten besonders in den Neuen Ländern, sie hätten

nur noch ein sehr geringes Infektionsgeschehen, auf das nicht mehr abstrakt und flächendeckend reagiert werden dürfe, konnte aus Sicht des Gesundheitsschutzes kaum widersprochen werden. Ein solches Argument kann aber erst gebracht werden, wenn es entsprechende Zuständigkeitsräume gibt, also nicht zentral entschieden wird. Im Kontrast zu dieser Politik stand demgegenüber die Haltung der Bundesregierung, die in der Sache keine Zuständigkeit hatte (mit Ausnahme des zu Spezialverordnungen ermächtigten Gesundheitsministers) und die folglich nur eine moderierende Rolle einnehmen konnte. Diese wiederum ließ sich nur mit dem Anliegen rechtfertigen, einen „Flickenteppich“ zu vermeiden. Verallgemeinert heißt dies: Der Föderalismus bewirkt einen Freiheitsgewinn durch Zuständigkeitspluralismus im Gesamtstaat. Handelte stattdessen der Bund, würde tendenziell invasiver entschieden als es für die konkrete Gefahr (die nur örtlich bestimmt werden kann) erforderlich ist.

### III. Zur Beseitigung der Parallelrechtsordnung

Wir stehen nun vor der Aufgabe, die Parallelrechtsordnung des Corona-Rechts zu beenden. Dass wir bereits auf dem Weg dorthin sind, verdeutlichen verschiedene Anzeichen. Die Leitungsfähigkeit des Ordnungsrechts zur Bekämpfung der Pandemie ist überschritten. Der oben zitierte Anspruch der Bayerischen Staatsregierung, „mit Rechtsverordnungen, Allgemeinverfügungen und Bekanntmachungen das öffentliche und private Leben zu regeln“, führte sich regelungstechnisch ad absurdum. Immer konkretere Verordnungen mussten in der Zwischenzeit erlassen werden. Immer speziellere Verhaltensformen mussten auf die Verordnungscompatibilität überprüft werden. Immer länger werdende Internetverlautbarungen sollten Rechtsunsicherheiten bekämpfen. FAQs beantworteten etwa Fragen, ob es ein triftiger Grund zum Verlassen der Wohnung sei, wenn man die Winterreifen wechseln wolle. Mit Positivlisten wurde geregelt, dass die Betriebsuntersagungen nicht Geschäfte für Tierbedarf erfassten oder ob auch Fahrradläden ohne Fahrradwerkstatt geöffnet bleiben durften.

Solches Ordnungsrecht beschneidet nicht nur flächendeckend Freiheitsrechte. Der Bürger und die Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft werden durch solche Regelungen auch entmündigt, das Ziel des Infektionsschutzes eigenverantwortlich zu verfolgen. Man traut ihnen die Risikoabschätzung nicht zu, weil die zum allgemeinen Lebensrisiko zählende Eigengefährdung immer auch eine Fremdgefährdung umfassen könne (Infektion durch unerkannt Infizierten). Dann aber übernimmt die Exekutive die Aufgabe, die hinnehmbaren Risiken zu definieren: vom Einkaufen für Tierbedarf bis zum Reifenwechsel. In Baden-Württemberg etwa normiert eine Verordnung die Einbahnstraßenregelung in den abgetrennten Bahnen von 50 m-Becken mit Richtungsverkehr und Aufschwimmverbot sowie den Ein- und Ausstieg ins Becken.<sup>42</sup> Eine

---

42 § 2 Nr. 1 a), Nr. 2 Verordnung des Kultusministeriums und des Sozialministeriums Baden-Württemberg über Bäder und Saunen (Corona-Verordnung Bäder und Saunen) v. 25.06.2020, in Kraft ab 01.07.2020.

andere Verordnung regelt die Verpflegung während der Beförderung in Reisebussen.<sup>43</sup> Viele andere Beispiele auch aus anderen Ländern ließen sich anfügen. Auf solch einer Regelungsebene entwickelt sich ein Regelungswahnsinn, der freilich rechtsstaatlich unvermeidlich ist, wenn man Lebens- und Gesundheitsschutz absolut setzt, keine hinzunehmenden Risiken anerkennt und die Eigengefährdung als allgemeines Lebensrisiko nicht zulässt.

Abgesehen von der Schwere der Grundrechtseingriffe und ihrer mit Zeitablauf und Faktenzunahme immer anspruchsvolleren Rechtfertigung vor dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit, führt diese Regelungstechnik auf direktem Weg nach Schilda. Das Umstellen auf allgemeine Verhaltensgebote, die situativ und individuell zu subsumieren sind, wird daher der nächste Schritt sein müssen. Angesichts der immer größeren Erfahrung mit Infektionsverläufen und Infektionsrisiken und der Konzentration des Infektionsgeschehens auf lokale Ausbrüche, geht eine Regelung mit generell-abstrakten Verordnungen am Ziel eines effektiven Gesundheitsschutzes zunehmend vorbei.

Entsprechend verlagert sich die Zuständigkeit von der Landesregierung zunehmend auf die lokalen Behörden, die Gesundheitsämter in den Kommunen und Kreisen. Dort kann effektiver und auch verhältnismäßiger reagiert werden, weil nun Tatsachen im Einzelfall die Maßnahmen anleiten und nicht virologische Modellrechnungen, und weil der freiheitssichernde Aspekt des Einzelfallvollzugs wirkt. Insofern waren die Maßnahmen gegen die Infektionsverbreitung in der Fleischfabrik Tönnies im Kreis Gütersloh mit der gerichtlichen Reaktion durch das OVG Münster ein lehrreiches Beispiel. Mitte Juli 2020 fand sich inzwischen ein politischer Konsens, dass ein zweiter Lockdown auch bei wiederaufflammendem Infektionsgeschehen im Winter nicht in Betracht komme und stattdessen regional und punktuell reagiert werden solle.<sup>44</sup>

Die politischen Zielvorgaben gehen folglich in die Richtung, die Parallelrechtsordnung zurückzuführen. Aus grundrechtlicher Perspektive kann das nur begrüßt werden. Denn es stellt sich natürlich mittelfristig die Frage, wann wer wie das Risiko einer Covid-19-Erkrankung zum allgemeinen Lebensrisiko zählen wird. Spätestens dann entfällt nämlich die Rechtfertigung für alle Maßnahmen, die zu einer Parallelrechtsordnung führen. Niemand scheint jedoch momentan die politischen Bedingungen formulieren zu wollen, unter denen eine solche Aussage getroffen werden kann. Wer könnte überhaupt eine solche Aussage treffen? Die WHO oder das RKI? Welcher Ministerpräsident will die politische Haftung für eine solche Aussage übernehmen? Letztlich sind solche Aussagen nur von Repräsentationsorganen zu verantworten, zu deren Aufgaben die Ausgestaltung und der Ausgleich von Grundrechten zählen. Welche Risiken hinzunehmen sind, ist dann in einer Arbeitsteilung von generell-abstrakter

---

43 § 7 der Verordnung des Verkehrsministeriums und des Sozialministeriums Baden-Württemberg zur Eindämmung von Übertragungen des Corona-Virus in Reisebussen (Corona-Verordnung Reisebusse) v. 25.06.2020, in Kraft ab 01.07.2020.

44 Vgl. die Bund-Länder-Einigung v. 16.07.2020 „Lokale Ausbrüche zielgenau bekämpfen“, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/...>

Normsetzung (etwa Zulassung des Kfz-Verkehrs) und individuell-konkreter Risikoabschätzung mit Eigengefährdung zu entscheiden. Dem Ordnungsrecht von Regierungen kommt dabei kein qualitativer Mehrwert zu. Die „Stunde der Exekutive“ schlägt nur, sie hält aber nicht die Uhr an.

Es zeigt sich auch, wie geeignet grundrechtliche Denkkategorien sind, um gerade auf unbekannte Gefahren und neue Situationen zu reagieren. Grundrechte verlangen den Entscheidern nämlich letztlich drei Dinge ab: (1) Das Ziel des Handelns genau zu bestimmen (z. B. kapazitätsgerechte Steuerung des Pandemieverlaufs) und nicht rhetorisch ins Blaue zu schießen („Es geht um Leben und Tod“). (2) Die relevanten Belange in der Breite erheben und sich nicht in den Expertendiskurs von Sonderstäben flüchten, in denen die grundrechtlichen Schutzgüter in ihrer Breite systematisch vernachlässigt werden müssen. (3) Kontinuierlich mildere Mittel zu suchen, und das heißt zum einen, Tatsachen sogleich zu verarbeiten (Zeitbezug, Ortsbezug) und zum anderen, Gefahren nicht mit linearen Primitivkausalitäten (Äquivalenz) zuzurechnen, sondern die Korrektive normativer Zurechnungslehren zu berücksichtigen. Dies spricht gegen die Überantwortung der Risikoeinschätzung an Naturwissenschaftler, weil diese dazu neigen, kausale Gesetzmäßigkeiten zu präferieren und normative Zurechnungen als wenig exakt abzulehnen.

Insofern dienen Grundrechte nicht nur der Sicherung individueller Freiheitsrechte. Sie begründen nicht nur die Rechtsordnung als eine werthafte. Sondern sie formulieren auch das Entscheidungsprogramm einer verantwortungsethischen politischen Philosophie.