

An den
Landtag Nordrhein-Westfalen

40002 Düsseldorf

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME
17/3608**

A05, A01

FAKULTÄT FÜR
RECHTSWISSENSCHAFT

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Sozialrecht und Gesundheitsrecht

Prof. Dr. Thorsten Kingreen

Telefon +49 941 943-2607

Telefax +49 941 943-3634

E-Mail: thorsten.kingreen@jura.uni-regensburg.de

Universitätsstraße 31

D-93053 Regensburg

Regensburg, 16.02.2021

Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum
**Entwurf eines Gesetzes zur parlamentarischen Absicherung der
Rechtsetzung in der COVID-19 Pandemie – LT-Drucks. 17/12425**

Die nachfolgende Stellungnahme behandelt die §§ 2 und 3 des Gesetzentwurfs (GE), die die Zuständigkeiten der Landesregierung und die Beteiligung des Landtags bei der Bewältigung der Pandemie regeln. Näherer rechtlicher Betrachtung bedarf insoweit vor allem die dem Landtag in § 3 Abs. 2 GE eingeräumte Befugnis, pandemische Leitlinien zu beschließen, die die Landesregierung bei ihren Entscheidungen im Rahmen des pandemischen Geschehens zu berücksichtigen hat.

1. § 3 Abs. 2 GE steht im konzeptionellen Kontext bundesrechtlicher Vorgaben.

a) § 32 S. 1 IfSG ermächtigt die Landesregierungen, unter den Voraussetzungen der §§ 28-31 IfSG Rechtsverordnungen zur Bekämpfung der Epidemie zu erlassen. Maßgebend ist inso-

weit vor allem § 28a IfSG, der daher in der Gesetzesbegründung zu § 2 GE (LT-Drucks. 17/12425, 20f.) auszugsweise wiedergegeben wird. Dieser soll eine tragfähige Rechtsgrundlage für die schwerwiegenden und flächendeckenden Grundrechtseingriffe durch die Landesrechtsverordnungen schaffen (s. *Ralf Poscher*, Das Infektionsschutzgesetz als gefahrenabwehrrecht, in: Stefan Huster/Thorsten Kingreen [Hrsg.], Handbuch des Infektionsschutzrechts, 2021, Kap. 4 Rn. 106a ff.). Er enthält aber in seinem Absatz 1 nur eine Aufzählung möglicher Schutzmaßnahmen, deren Maßstab „insbesondere“ (also nicht nur) die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohnern innerhalb von sieben Tagen sein soll. Die Vorschrift definiert sodann in Abs. 3 unterschiedliche Schwellenwerte von Neuinfektionen binnen sieben Tagen, die die zuständigen Landesbehörden zum Ergreifen von „umfassende[n] Schutzmaßnahmen“ (Inzidenzwert über 50, § 28a Abs. 3 S. 5 IfSG) oder zu „breit angelegte[n] Schutzmaßnahmen“ (Inzidenzwert über 35, § 28a Abs. 3 S. 6 IfSG) verpflichten soll. Die Maßnahmen sind „insbesondere an dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems auszurichten“ (§ 28a Abs. 3 S. 1 IfSG).

b) Das **Regelungskonzept** des **§ 28a IfSG** muss man in dieser Form als **gescheitert** ansehen. Die in § 28a Abs. 1 IfSG enthaltene bloße Aufzählung von Maßnahmen, die in der Vergangenheit durch die Exekutive ergriffen und allein deshalb in der Zukunft erneut zur Anwendung kommen dürfen, leistet keinen substantiellen Beitrag zur Parlamentarisierung der Schutzmaßnahmen. § 28a Abs. 3 IfSG ist schon konzeptionell missglückt, weil er nicht als klassische gefahrenabwehrrechtliche Norm formuliert ist. Er regelt nicht, unter welchen Voraussetzungen in die Freiheit eingegriffen werden darf, sondern was die Anforderungen an Schutzkonzepte durch die Länder sind. Das Verhältnis von individuellem Gesundheitsschutz („Schutz von Leben und Gesundheit“) zum Schutzgut der öffentlichen Gesundheit („Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“) ist zudem ebenso unklar wie der Unterschied zwischen „umfassenden“ und „breit angelegten“ Schutzmaßnahmen.

c) Die parlamentsgesetzlichen Vorgaben auf Bundesebene sind damit derart unkonkret, dass sie in immer wiederkehrenden **parakonstitutionellen Konferenzen von Ministerpräsident:innen und Kanzleramt** konkretisiert werden müssen, deren Vereinbarungen dann mehr oder weniger durch Rechtsverordnungen auf der Grundlage von § 32 IfSG umgesetzt werden. Nach wie vor fällt damit die Exekutive die wesentlichen Entscheidungen über gravie-

rende Grundrechtseingriffe – eine problematische Umkehrung des Parlamentsvorbehalts, der diese Entscheidungen den Parlamenten vorbehält. Es ist daher zu begrüßen, dass § 3 GE die Beteiligungsrechte des Landtags in einer eigenen Bestimmung regelt, um die Defizite der parlamentsgesetzlichen Steuerung auf Bundesebene zu kompensieren.

2. Die schon bislang praktizierte und nunmehr in **§ 3 Abs. 3 GE** geregelte **Unterrichtung des Landtags durch die Landesregierung** über die von ihr getroffenen Maßnahmen ist ein wichtiges Instrument zur Stärkung der Mitwirkungsrechte des Landtags. Aber es vermag die auf Bundesebene verursachten **Legitimationsdefizite der Schutzmaßnahmen nicht allein zu beheben**. Denn der Parlamentsvorbehalt ist nicht nur ein bloßer Informations- und Gesprächsvorbehalt, sondern ein Entscheidungsvorbehalt.

3. Ein wichtiges Instrument zur Stärkung der Entscheidungsbefugnisse der Landesparlamente enthält **Art. 80 Abs. 4 GG**. Soweit danach durch Bundesgesetz oder auf Grund von Bundesgesetzen Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen, sind die Länder zu einer Regelung auch durch Gesetz befugt.

a) Der Gesetzentwurf **beschreitet den durch Art. 80 Abs. 4 GG eröffneten Weg** allerdings letztlich **nicht**. Nach § 2 Abs. 1 GE soll nämlich jedenfalls in der aktuellen epidemischen Lage nach wie vor **die Landesregierung die notwendigen Rechtsverordnungen auf der Grundlage von § 32 IfSG erlassen**. Dies soll zwar „unbeschadet der Rechte des Landtags nach Art. 80 Absatz 4 des Grundgesetzes“ geschehen, weil ordnungsvertretende Gesetze geeignet sind, „die demokratische Legitimation einer Maßnahme zu verbessern und damit ihre Akzeptanz zu erhöhen“ (LT-Drucks. 17/12425, 20, allerdings zu § 1 GE). Aber die Begründung zu § 2 Abs. 1 GE macht doch deutlich, dass das Gesetz nach wie vor so zu verstehen sein soll, dass in der Regel die Landesregierungen die notwendigen Schutzmaßnahmen nach § 32 IfSG erlassen. Denn sie möchte die Vorschrift als Klarstellung verstanden wissen, „dass ein flexibles und schnelles Agieren in Bezug auf [den?] Infektionsschutz vom Landtag explizit gebilligt wird“ (LT-Drucks. 17/12425, 20).

b) Es ist grundsätzlich nachvollziehbar, dass der Gesetzentwurf den Erlass der notwendigen Regelungen zum Infektionsschutz nicht allein dem Landtag überlässt. Nach § 28a Abs. 5 S. 1 IfSG sind nämlich Rechtsverordnungen nach § 32 IfSG **zeitlich zu befristen**. Ihre Geltungsdauer beträgt nach § 28a Abs. 5 S. 2 IfSG grundsätzlich vier Wochen; sie kann verlängert

werden. Diese Befristungsmöglichkeit profiliert die **zeitliche Dimension des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit**. Jeder neue Tag, an dem die Schutzmaßnahmen weiter gelten, ist ein neuerlicher Grundrechtseingriff. Je länger die Einschränkungen dauern, desto höher sind daher die Anforderungen an ihre Rechtfertigung (s. schon *Thorsten Kingreen, Whatever it Takes? Der demokratische Rechtsstaat in Zeiten von Corona, VerfBlog, 2020/3/20*). Der Landtag könnte daher die Verantwortung für das Krisenbewältigungsregime nur übernehmen, wenn er in der Lage wäre, die gesetzlichen Schutzmaßnahmen sehr zügig immer wieder an veränderte Verhältnisse anzupassen; das dürfte kaum praktikabel sein. Damit besteht auf den **ersten Blick eine verfassungsrechtliche Paradoxie**: Die Befristungsregelung in § 28a Abs. 5 IfSG **stärkt den Grundrechtsschutz, schwächt aber faktisch die Möglichkeit des Landtags, die Grundrechtseinschränkungen parlamentarisch stärker zu legitimieren**.

4. a) Vor dem Hintergrund dieser Paradoxie stellt die in § 3 Abs. 2 GE vorgesehene Möglichkeit des Landtags, „**pandemische Leitlinien**“ zu erlassen, eine gut dimensionierte „Zwischenschicht“ zwischen dem Parlamentsgesetz und der Rechtsverordnung dar (*Hinnerk Wißmann, Zum Zusammenwirken von Bundesverordnungsrecht, Landesgesetzgebung und Landesverordnungsrecht in der Pandemiebekämpfung, Orientierungsgutachten v. 30.11.2020, S. 12, allerdings mit einem weitergehenden Vorschlag*). Die pandemischen Leitlinien beschreiten einen sinnvollen und verfassungsrechtlich auch ohne Weiteres zulässigen **Mittelweg**, der die „Vorzüge der exekutiven Rechtsetzung (insbesondere Schnelligkeit und direkte Verarbeitung ministeriellen Fachwissens) mit Vorzügen parlamentarischer Rechtsetzung (stärkere Ausrichtung an der Verarbeitung pluraler Interessen, Qualitätssicherung durch retardierende Verfahrensgestaltung und Einspeisung externer Expertise) verbinde[t]“ (so, allerdings nicht speziell auf die „pandemischen Leitlinien“ bezogen, *Hans Michael Heinig, Parlamentarismus in der Pandemie: Beobachtungen und Thesen, VerfBlog, 2020/11/25*).

b) „Pandemische Leitlinien“ i.S.v. § 3 Abs. 2 GE sind keine Gesetze im formellen Sinne, sondern sog. **schlichte Parlamentsbeschlüsse**. Sie sind daher insbesondere auch keine Gesetzgebung i.S.v. Art. 80 Abs. 4 GG und müssen dementsprechend nicht im landesverfassungsrechtlich vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren ergehen. Das ermöglicht eine flexible und zügige Anpassung an sich verändernde Umstände. Beispielsweise wäre es vorstellbar, dass der Landtag die in vielen Ländern bereits diskutierten bzw. projektierten Stufenpläne, die die Ver- und Entschärfung von Schutzmaßnahmen an feste Parameter binden, in pandemischen

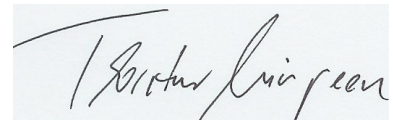
Leitlinien darlegt, die er regelmäßig an den sich verändernden epidemiologischen Erkenntnisstand anpassen könnte. Dass die Leitlinien nach § 3 Abs. 2 GE „für grundsätzlich drei Monate befristet sind“, ist sinnvoll, weil sonst bei einem inaktiven Landtag die Gefahr bestünde, dass die Landesregierung Vorgaben zu beachten hätte, die sich durch die weiteren Ereignisse erledigt haben.

c) Die pandemischen Leitlinien wären zwar **rechtlich nicht verbindlich**, aber sie eröffnen dem Landtag im Rahmen seiner Organkompetenz die Möglichkeit, der Landesregierung den Mehrheitswillen seiner Mitglieder zu signalisieren (vgl. dazu allgemein *Hans-Hugo Klein*, Stellung und Aufgaben des Bundestages, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 50 Rn. 14). Sie drücken damit zugleich eine **politische Erwartungshaltung des Landtages** hinsichtlich der Positionierung des Ministerpräsidenten in der Konferenz der anderen Ministerpräsident:innen und der Bundeskanzlerin und den nachfolgenden Erlass der Landes-Rechtsverordnung aus. Die politische Erheblichkeit der Leitlinien ergibt sich auch daraus, dass der Landtag ihren Inhalt auch als Gesetz i.S.v. Art. 80 Abs. 4 GG erlassen könnte. Für die Landesregierung folgt daraus zumindest eine erhöhte Begründungspflicht, wenn sie von den Leitlinien abweichen möchte. Diese Einschränkung der exekutiven Beinfreiheit kommt im von § 3 Abs. 2 verwendeten Verb „berücksichtigt“ adäquat zum Ausdruck.

d) Die Befugnis des Landtags, pandemische Leitlinien zu erlassen, erzeugt anders als bei einem verordnungsvertretenden Gesetz i.S.v. Art. 80 Abs. 4 GG **keine rechtlichen Spannungen mit der bundesrechtlichen Vorgabe der Befristung von Rechtsverordnungen** (vgl. § 28a Abs. 5 IfSG). Denn es sind nicht die Leitlinien, sondern es ist die Rechtsverordnung der Landesregierung (§ 2 Abs. 1 GE), die die Ermächtigung in § 32 i.V.m. § 28a IfSG und damit auch die Befristungsvorgabe umsetzt. Selbstverständlich muss der Beschluss der „pandemischen Leitlinien“ die bundesrechtlichen Vorgaben achten und dürfte etwa nicht die Bestimmung enthalten, dass Rechtsverordnungen immer nur für eine Woche gelten dürfen.

5. Zusammenfassend können pandemische Leitlinien des Landtags das **Defizit demokratischer Legitimation** der exekutiven Breitbandeingriffe in die Grundrechte **abschwächen**. Zwar kurieren sie letztlich an den Symptomen unzureichender bundesgesetzlicher Rechtsgrundlagen, die so unbestimmt sind, dass sie erst der Konkretisierung durch die regelmäßige Bund-Länder-Koordination bedürfen. Dieses pandemische Sonderregime lässt sich nur durch kon-

kretere gesetzliche Bestimmungen beenden, die den Erlass der Eindämmungsverordnungen an feste Zielmarken knüpfen und damit klare Perspektiven für die betroffenen Grundrechtsträger schaffen. Pandemische Leitlinien des Landtages könnten aber neben ihrer legitimatorischen Funktion auch insoweit eine wichtige Diskussionsgrundlage für die anstehende Reformgesetzgebung auf Bundesebene schaffen.



Prof. Dr. Thorsten Kingreen