



**FRIEDRICH-SCHILLER-  
UNIVERSITÄT  
JENA**

**Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Lehrstuhl für  
Deutsches und Europäisches  
Verfassungs- und Verwaltungsrecht**

Universität Jena · Rechtswissenschaftliche Fakultät · 07737 Jena

Hauptausschuss und  
Ausschuss für Arbeit, Gesundheit und Soziales  
Landtag Nordrhein-Westfalen  
Platz des Landtags 1  
**40221 Düsseldorf**

**Professor Dr. Michael Brenner**  
*Universitätsprofessor*

Carl-Zeiß-Straße 3  
07743 Jena

Telefon: 0 36 41 9-42240

Telefax: 0 36 41 9-42242

E-Mail: Michael.Brenner@uni-jena.de

Jena, am 16. Februar 2021

**Vorab per E-Mail: [anhoerung@landtag.nrw.de](mailto:anhoerung@landtag.nrw.de)**

## **Stellungnahme für die Anhörung**

**am 23. Februar 2021 zu dem**

**Gesetz zur parlamentarischen Absicherung der Rechtsetzung in der COVID-19-  
Pandemie**

**Gesetzentwurf der Fraktionen CDU und FDP, Drucksache 17/12425**

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

zu dem o.g. Gesetzentwurf nehme ich wie folgt Stellung:

### **1. Die rechtliche Ausgangssituation**

Das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) enthält eine weitreichende Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen. § 32 S. 1 IfSG ermächtigt die Landesregierungen,

unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen, § 32 S. 2 IfSG.

Auf der Grundlage dieser Ermächtigung können die Landesregierungen Rechtsverordnungen erlassen, die Gebote und Verbote

- im Zusammenhang mit Schutzmaßnahmen (§ 28 IfSG),
- zur Beobachtung bestimmter Personen (§ 29 IfSG),
- zur Absonderung (§ 30 IfSG), und
- zu beruflichen Tätigkeitsverboten (§ 31 IfSG)

zum Inhalt haben.

Der am 18. November 2020 neu in das IfSG aufgenommene § 28a IfSG nennt nunmehr zahlreiche weitere Maßnahmen zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten. Da der Gesetzgeber an der Ermächtigungsnorm des § 32 IfSG nichts geändert hat, bezieht sich der dort genannten Verweis auch auf die in § 28a IfSG vorgesehenen Maßnahmen. Damit wird den Landesregierungen aufgrund bundesrechtlicher Ermächtigung ein breites Handlungsspektrum zur Verfügung gestellt, und zwar auf einer Rechtsgrundlage, die deutlich präziser gefasst ist als der bisher als Grundlage für die verschiedenen coronabekämpfenden Maßnahmen herangezogene § 28 IfSG.

Die neu in das IfSG aufgenommene Norm des § 28a sieht 17 verschiedene Einzelmaßnahmen vor, die aufgrund der Verordnungsermächtigung in § 32 IfSG zum Gegenstand einer Verordnung gemacht werden können. Hierzu zählen z. B. die Untersagung oder Beschränkung von Freizeitveranstaltungen und ähnlichen Veranstaltungen (§ 28a Abs. 1 Nr. 5 IfSG), die Untersagung oder Beschränkung von Reisen, insbesondere touristischen Reisen (§ 28a Abs. 1 Nr. 11 IfSG) und die Schließung oder Beschränkung von Betrieben, Gewerben, Einzel- oder Großhandel (§ 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG). § 28a Abs. 2 und 4 IfSG binden einzelne Maßnahmen an besondere Be-

dingungen. Darüber hinaus unterwirft § 28a Abs. 5 IfSG auf der Grundlage von § 32 i. V. m. § 18 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG erlassene Rechtsverordnungen einer allgemeinen Begründungspflicht und der Vorgabe, die Rechtsverordnung zeitlich zu beschränken.

§ 10 IfSBG-NRW überträgt die der Landesregierung in § 15 Abs. 3, § 17 Abs. 4 und 5 und §§ 32, 28 IfSG eingeräumten Befugnisse zum Erlass von Rechtsverordnungen weiter auf das für Gesundheit zuständige Ministerium – mit der Folge, dass das Ministerium weitreichende Rechtsverordnungsbefugnisse auf sich vereinigt. Diese Befugnisse schließen nach der Änderung des IfSG am 18.11.2020 auch die in § 28a IfSG genannten Befugnisse ein.

Umgesetzt wurde die von der Landesregierung auf das Ministerium für Gesundheit weiter übertragene Verordnungsermächtigung durch die durch das Ministerium für Gesundheit erlassene Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronaschutzverordnung – CoronaSchVO) vom 30. Oktober 2020.

## **2. Das Anliegen des Gesetzentwurfs**

Nachdem auf Bundesebene mit der Fortdauer der Pandemie die Erkenntnis gewachsen war, dass wegen der weitreichenden Grundrechtsrelevanz möglicher Schutzmaßnahmen eine präziser gefasste Ermächtigungsgrundlage erforderlich sei, um dem Parlamentsvorbehalt aus Art. 80 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG Genüge zu tun und der Gesetzgeber dieser Herausforderung mit der Schaffung von § 28a IfSG gerecht geworden ist, hat sich zugleich die Einsicht Bahn gebrochen, dass die Parlamente – namentlich die Landesparlamente – stärker an entsprechenden Schutzmaßnahmen zu beteiligen sind. Zwar kann es nicht Sinn und Zweck einer solchen stärkeren parlamentarischen Beteiligung sein, die Handlungsfähigkeit der in einer Pandemiesituation besonders geforderten Exekutive einzuschränken; gleichwohl stellt es ein legitimes Anliegen dar, auch die Legislative jenseits der gesetzlichen Ermächtigung der

Exekutive zum Erlass von Verordnungen stärker in die Bekämpfung der Pandemie einzubetten.

Mit Blick auf diese Vorgabe ist der vorliegende Gesetzentwurf von dem Anliegen getragen, die exekutive Rechtsetzung auf der Grundlage des nordrhein-westfälischen Gesetzes zur Regelung besonderer Handlungsbefugnisse im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler oder landesweiter Tragweite und zur Festlegung von Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz (Infektionsschutz- und Befugnisgesetz – IfSBG-NRW) parlamentarisch stärker zu begleiten und abzusichern. Zugleich soll mit den angestrebten Regelungen erkennbar dem Anliegen Rechnung getragen werden, einen angemessenen Ausgleich zwischen einem schnellen Reagieren der Exekutive im Hinblick auf notwendige Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie auf der einen und einer angemessenen parlamentarischen Beteiligung auf der anderen Seite zu verwirklichen.

### **3. Der Gesetzentwurf bei einer gesamthaften Betrachtung**

Bei einer gesamthaften Betrachtung verwirklicht der Gesetzentwurf einen angemessenen Ausgleich zwischen der exekutiven Zuständigkeit für Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie auf der einen Seite und der demokratisch gebotenen Einbeziehung des Landtags insbesondere im Hinblick auf grundrechtsrelevante Maßnahmen, die in § 28a Abs. 2 IfSG aufgelistet sind, auf der anderen Seite.

#### **a. Schnelles Handeln der Landesregierung möglich**

So ist die Landesregierung – genauer gesagt: das aufgrund von § 10 IfSBG-NRW für Gesundheit zuständige Landesministerium – nach § 2 Abs. 1 des Gesetzentwurfs befugt, Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten durch Rechtsverordnung zu erlassen. Auf diese Weise ist es möglich, schnell und vor allem zeitnah die erforderlichen, insbesondere die nach § 28a IfSG möglichen Maßnahmen zu ergreifen und auf diese Weise ein Ausbreiten einer pandemischen Situation zu

verhindern bzw. zu deren Eindämmung wirksam und zeitnah beizutragen. Der Durchführung eines (zeit-)aufwendigen Gesetzgebungsverfahrens bedarf es insoweit nicht.

Damit wird den Besonderheiten und Herausforderungen Rechnung getragen, die durch die pandemische Situation hervorgerufen wurden. Zugleich wird die Rechtsform der Rechtsverordnung hier in einer Art und Weise zum Einsatz gebracht, für die sie gerade gedacht ist. Der Ordnungsgeber kann mit anderen Worten schnell auf die verschiedenen Herausforderungen reagieren, die mit der Pandemie verbunden sind.

#### **b. „Einhegung“ exekutiver Zuständigkeiten durch den Landtag**

Diese primäre Handlungszuständigkeit der Exekutive wird jedoch durch verschiedene Handlungsoptionen des Landtags flankiert und zum Teil eingeschränkt.

So ermöglicht Art. 80 Abs. 4 GG, dass der Gesetzgeber jederzeit das Heft des Handelns an sich ziehen kann und auf diese Weise mögliche Schutzmaßnahmen durch Gesetz statt auf der Grundlage einer Rechtsverordnung verfügt werden. Mit Blick auf die Umsetzung der der Landesregierung durch § 32 IfSG eingeräumten Verordnungsbefugnis obliegt es unter Berücksichtigung der in Art. 80 Abs. 4 GG enthaltenen Gestaltungsoption mithin der Entscheidung des Landesgesetzgebers, ob er die an die Landesregierung gerichtete Verordnungsermächtigung an sich zieht oder nicht. Insoweit ist die Sphäre der politischen Beurteilung eröffnet; (verfassungs-)rechtliche Maßstäbe für die Entscheidung des Gesetzgebers bestehen nicht<sup>1</sup>. Mit Blick hierauf ist es vom politischen Gestaltungsermessen des Landesgesetzgebers gedeckt, selber solche Regelungen zu treffen, die typischerweise und regelmäßig mittels Verordnungsrecht geregelt werden. Ein Verbot, Detailregelungen in einem Gesetz statt in einer Rechtsverordnung zu regeln, lässt sich Art. 80 Abs. 4 S. 1 GG jedenfalls nicht entnehmen.

---

<sup>1</sup> In diesem Sinn auch B. Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand 2020, Art. 80, Rdnr. 203.

Darüber hinaus sieht § 3 Abs. 1 des Gesetzentwurfs eine weitreichende Unterrichtungspflicht der Landesregierung gegenüber dem Landtag vor, und zwar über das pandemische Geschehen, die wesentlichen von der Landesregierung getroffenen Maßnahmen und über geplante Maßnahmen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die regierungsinterne Willensbildung abgeschlossen ist; auf diese Weise wird der Innenbereich der Regierung geschützt.

Des Weiteren ist die Landesregierung gehalten, dem Landtag Rechtsverordnungen sowie deren Verlängerung, Änderung oder Aufhebung unverzüglich nach Abschluss der regierungsinternen Willensbildung zuzuleiten, vgl. § 3 Abs. 3 S. 1 des Gesetzentwurfs. Umfasst hiervon ist auch eine Erläuterung der getroffenen Regelungen. Schließlich sieht § 3 Abs. 4 des Gesetzentwurfs vor, dass die Landesregierung dem Landtag alle Maßnahmen zuleitet, deren Erlass tatbestandlich an die Feststellung der pandemischen Lage geknüpft ist.

Von Bedeutung ist darüber hinaus, dass der Landtag nach § 3 Abs. 2 des Gesetzentwurfs „pandemische Leitlinien“ beschließen kann, die von der Landesregierung bei den von ihr zu treffenden Entscheidungen im Rahmen des pandemischen Geschehens zu berücksichtigen sind. Auch dieses Instrument ermöglicht es dem Landtag, die Exekutive rechtlich „einzuhegen“.

Hervorhebenswert im vorliegenden Kontext ist auch, dass nach § 11 Abs. 3 des Gesetzentwurfes sämtliche aufgrund des Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen mit Aufhebung der epidemischen Lage von landesweiter Tragweite außer Kraft treten, spätestens mit Ablauf des 31. März 2021. Damit liegt es letztlich in den Händen des Gesetzgebers, Rechtsverordnungen des Gesundheitsministers jederzeit außer Kraft zu setzen.

Darüber hinaus ist das Gesundheitsministerium nur dann befugt, Anordnungen nach den §§ 12 bis 14 zu treffen, wenn der Landtag zuvor eine epidemische Lage von lan-

desweiter Tragweite für das Land Nordrhein-Westfalen festgestellt hat. Maßnahmen im Krankenhausbereich (§ 12), im Zusammenhang mit dem öffentlichen Gesundheitsdienst (§ 13) und im Hinblick auf das verfügbare Material und medizinische Geräte (§ 14) kann mithin die Exekutive nur dann vornehmen, wenn zuvor der Gesetzgeber die epidemische Lage von landesweiter Tragweite festgestellt hat.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass dem Landtag in dem Gesetz weitreichende Möglichkeiten eingeräumt sind, um entscheidenden Einfluss auf die Bekämpfung der Pandemie ausüben zu können. Die exekutiven Befugnisse der Landesregierung bzw. des Ministeriums für Gesundheit sind damit durch zahlreiche Mitwirkungs- und Gestaltungsmöglichkeiten des Landtags parlamentarisch in erheblichem Maße eingeehgt.

Wollte man dem Landtag noch weiterreichende Mitwirkungsmöglichkeiten einräumen, so könnte überlegt werden, im Gesetz ein Aufhebungsverlangen des Landtags gegenüber Rechtsverordnungen zu verankern. In der sowohl für den Bund als auch für die Länder maßgeblichen Normenhierarchie geht das Gesetz der Rechtsverordnung vor; das Gesetz verdrängt mit anderen Worten die Rechtsverordnung. Dieser Vorrang des Gesetzes schließt die Befugnis des Parlaments ein, Verordnungen der Landesregierung oder eines einzelnen Ministers zu modifizieren, aufzuheben oder durch ein Gesetz zu ersetzen<sup>2</sup> – was nicht zuletzt deshalb folgerichtig ist, weil das Parlament selbst keine Rechtsverordnungen erlassen darf. Die „Ersetzungsbefugnis“ gilt insbesondere auch im Hinblick auf bereits erlassene Rechtsverordnungen<sup>3</sup>. Dem Landesgesetzgeber wäre es mithin unbenommen, eine Rechtsverordnung, z. B. die CoronaSchVO, durch ein Parlamentsgesetz zu ersetzen

---

<sup>2</sup> M. Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., 2018, Bd. 2, Art. 80, Rdnr. 118.

<sup>3</sup> So auch B. Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand 2020, Art. 80, Rdnr. 203.

Ergänzend könnte schließlich daran gedacht werden, die Bestimmung des § 2 Abs. 5 des Gesetzentwurfs dahingehend zu ergänzen, dass die Gültigkeit einer Rechtsverordnung, die auf höchstens vier Wochen zu begrenzen ist, durch den Verordnungsgeber verlängert werden kann, aber nur um weitere vier Wochen.

#### **4. Die Verhältnismäßigkeit**

In vielfältiger Weise trägt der Gesetzentwurf darüber hinaus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung. Sachlich ist dies deshalb geboten, weil auf der Grundlage des Gesetzes bzw. durch entsprechende Rechtsverordnungen eine Vielzahl von Grundrechten eingeschränkt werden kann (vgl. die Auflistung in § 1 Abs. 2 des Gesetzentwurfs). Die entsprechenden Schutzmaßnahmen müssen schon aus diesem Grund dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen. Mit Blick hierauf formuliert § 2 Abs. 2 S. 1 des Gesetzentwurfs in verfassungsrechtlich gebotener Weise, dass Einschränkungen der Grundrechte auf das notwendige Maß zu beschränken und regelmäßig an die Erforderlichkeit der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten anzupassen sind. Darüber hinaus enthält § 2 Abs. 4 des Gesetzentwurfs die Maßgabe, dass Dauer und Intensität des Eingriffs am Zweck der Verhinderung der Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten auszurichten sind.

Schließlich formuliert § 2 Abs. 2 S. 2 des Gesetzentwurfs die Maxime, dass bei Entscheidungen über Schutzmaßnahmen soziale, gesellschaftliche und wirtschaftliche Auswirkungen auf den einzelnen und die Allgemeinheit einzubeziehen und zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus bestimmt § 2 Abs. 2 S. 3 des Gesetzentwurfs, dass einzelne soziale, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bereiche, die für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind, von den Schutzmaßnahmen ausgenommen werden können. Auch diese beiden Vorgaben lassen sich als Ausformungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips begreifen.



### **5. Die epidemische Lage von landesweiter Tragweite**

Die Neugestaltung von § 11 Abs. 1 des Gesetzentwurfs richtet den Fokus auf eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit. Die Bestimmung ist gegenüber der bisherigen Ausgestaltung insofern präziser, da als Bezugsrahmen die dynamische Ausbreitung über mehrere Kreise oder kreisfreie Städte gewählt wird. Dies ist gegenüber der bisherigen Ausgestaltung ein Mehrwert an Regelungsintensität. Zugleich wird in der Gesetzesformulierung klargestellt, dass es sich hierbei um eine exemplarische Konstellation handelt, nicht hingegen um eine abschließende („insbesondere“). Dies ermöglicht die Erklärung der epidemischen Lage auch in anderen, vergleichbaren Fällen.

gez. Michael Brenner

Professor Dr. Michael Brenner