

Für eine bundesweite Regelung müssen 16 unterschiedliche Landesregierungen von der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen zur Pandemiebewältigung überzeugt sein. Bei den Allgemeinverfügungen verabschieden die Landesregierungen Maßnahmen zur Corona-Bekämpfung und weisen die Landkreise binnenrechtlich durch Erlass zur Umsetzung an.³⁹ Die Landkreise setzen diese dann außenverbindlich als Allgemeinverfügungen um.⁴⁰ Hierbei muss der Landrat/die Landrätin auch die Rechtmäßigkeit prüfen und bei Zweifeln hierüber remonstrieren.⁴¹ Der Landrat/Die Landrätin darf beamtenrechtlich den Erlass der Allgemeinverfügung nicht verweigern.⁴² Seine/Ihre Funktion als Wahlbeamte/r ermöglicht es ihm/ihr jedoch stärker, auf eine Rechtswidrigkeit aufmerksam zu machen und eine politische Auseinandersetzung hierüber herbeizuführen. Es können rechtswidrige Maßnahmen gestoppt werden, bevor diese überhaupt den/die Bürger/in belasten.⁴³ Zugleich können die Bundesländer im Rahmen der Fachaufsicht Maßnahmen

(05.07.2020).

³⁹ Landesregierung Schleswig-Holstein, Erlass des Landes Schleswig-Holstein zum Verbot und zur Beschränkung von Kontakten in besonderen öffentlichen Bereichen vom 05.06.2020, https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/Coronavirus/Erlasse/erlass_allgemeinverfuegungen.html (05.07.2020).

⁴⁰ Kreis Pinneberg, Allgemeinverfügung über Maßnahmen zur Bekämpfung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 auf dem Gebiet des Kreises Pinneberg vom 06.06.2020, https://www.kreis-pinneberg.de/Coronavirus/Coronavirus+Ver%C3%B6ffentlichungen/Coronavirus+Bekanntmachungen/Allgemeinverf%C3%BCgung+COVID_19+Coronabek%C3%A4mpfung+9-p-20003476.html (05.07.2020).

⁴¹ Zu den Pflichten des Beamten bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit, vergleiche: Battis, Bundesbeamtengesetz, 5. Aufl. 2017, § 63 Rn. 4.

⁴² Zur Ausführungspflicht, vergleiche: Battis, Bundesbeamtengesetz, 5. Aufl. 2017, § 63 Rn. 4.

⁴³ So ähnlich, Palermo, Is there a space for federalism in time of emergency?, <https://verfassungsblog.de/is-there-a-space-for-federalism-in-times-of-emergency/> (23.05.2020).

der Kreise verlangen oder untersagen, die unverhältnismäßig sind oder gegen einen Bund-Länder Beschluss verstoßen.⁴⁴ Es besteht somit eine gegenseitige Kontrolle der Maßnahmen, die auch eine gewisse Einheitlichkeit erzeugt.

Auch die Erforderlichkeit einer Maßnahme kann durch die föderale Struktur einfacher überprüft werden. Durch die Umsetzung verschiedener Verbote in unterschiedlichen Bundesländern oder Kreisen gibt es Daten zu der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einzelner Entscheidungen, wie beispielsweise der Schließung von Baumärkten. In gerichtlichen Verfahren kann auf diese unterschiedlichen Erfahrungen Bezug genommen werden. Ein Antrag im Eilverfahren kann folglich zur Glaubhaftmachung auf Tatsachen zurückgreifen und muss sich nicht nur auf theoretische Annahmen stützen.

Fazit

Die im Grundgesetz angelegte föderale Struktur bietet, rechtlich betrachtet, gute Voraussetzungen für die Bewältigung der Pandemie. Die enge Beziehung der lokalen Akteure zur Thematik ermöglicht angepasstes Handeln, welches Voraussetzung dafür ist, die geeignetsten Maßnahmen für eine eingriffsarme und lebensschützende Pandemiebewältigung hervorzubringen. Ob diese ergriffen werden, ist eine Frage der Praxis.

Wie aufgezeigt, bietet der Föderalismus zudem eine Absicherung gegen ungeeignete oder rechtswidrige Handlungen, zu denen der Weg gerade in Krisenzeiten kurz ist. Man mag es anders ausdrücken: Die gegenwärtige Form des Föderalismus ist für die Krisenbewältigung gut geeignet.

⁴⁴ Für den Bereich des Infektionsschutzes vgl. § 17 LVwVfG SH i.V.m. §§ 3 II 2, III 4, 10 GDG SH.

Edwin Martin*

Der flexible Bundesstaat

Zur Bekämpfung der Corona-Pandemie erließ der Bund einen ganzen Strauß an Gesetzen. Im Zuge dessen erfolgte auch eine Neufassung des § 5 IfSG, wodurch dem Bundesministerium für Gesundheit (BMG) neue Kompetenzen verliehen wurden. Das Ministerium kann nun im Falle einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite zahlreiche Lebensbereiche per Verordnung und Anordnung regeln. Es erhält flexible Ermächtigungsnormen und kann seine Kompetenzen parallel zu denen der Länder ausüben. Dadurch verspricht sich der Gesetzgeber eine effektivere Pandemiebekämpfung. Inwieweit die neuen Regelungen jedoch mit verfassungsrechtlichen Grundprinzi-

pien vereinbar sind, soll in diesem Beitrag erläutert werden. Dafür wird zunächst die Frage diskutiert, ob die Notwendigkeit eines flexiblen und schnellen staatlichen Handelns als Auslegungsgrundsatz im Verfassungsrecht dienen kann (I). Anschließend werden die in § 5 IfSG neu eingefügten Befugnisse vorgestellt (II), bevor die damit statuierte Kompetenzverschiebung (III) und Kompetenzteilung (IV) verfassungsrechtlich untersucht werden.

I. Das Primat der Flexibilität – ein Auslegungsgrundsatz im Verfassungsrecht?

Es ist wohl das eindrucksvollste Beispiel: Während der Hamburger Sturmflut im Jahr 1962 kommandiert *Helmut Schmidt*

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg und dort studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht von Professor Dr. Armin Hatje.

die Bundeswehr, ohne jedoch die rechtliche Kompetenz dafür zu besitzen. Notwendig war dies allemal, nach herkömmlicher Auslegung aber eben auch verfassungswidrig. Im Falle der Covid-19-Pandemie lässt sich eine solche Dringlichkeit staatlichen Handelns ebenso feststellen. Und es bleibt die gleiche Frage: Sind mögliche Verstöße gegen die Vorgaben der Verfassung mit der Verfassung selbst zu rechtfertigen? Gibt es ein Primat der Flexibilität – gerade in der Krise?

Aus dem Wortlaut des Grundgesetzes lässt sich ein solches Primat nicht deduzieren. Es muss daher mit dem Verfassungszweck selbst argumentiert werden. Die Grundidee einer Verfassung ist die Organisation eines Staatsgebildes.¹ Zugleich stellt sie das Handbuch für dessen Fortbestand dar.² Diese staaterhaltende Funktion erkennt auch das BVerfG in seiner Lissabon-Entscheidung, wenn es feststellt, dass das Grundgesetz die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraussetzt, sondern sie auch garantiert.³

Besonders im Krisenfall wird dabei deutlich, dass staatliches Handeln gerade auf der Akzeptanz der Bevölkerung beruht. Die Covid-19-Pandemie ist dadurch gekennzeichnet, dass sie grenzübergreifend grassiert und gleichzeitig kaum erforscht ist. Mangels Prognosesicherheit drängt sich eine flexible Kompetenzordnung geradezu auf. Wird nun zu starr auf bestimmte Prinzipien verwiesen und führt dies – etwa im Falle der Covid-19-Pandemie – zu besonders hohen Todeszahlen, könnte das Vertrauen der Bevölkerung in den Staat erheblich sinken. Zweck der Verfassung kann eine solche Entwicklung daher nicht sein.

Ist aber daraus zu folgern, dass bestimmte verfassungsrechtliche Verbürgungen – von Grundrechten bis zu Kompetenzvorgaben – zur Disposition gestellt werden müssen? Schließlich sind diese gerade auch für Krisensituationen gedacht. Wie notwendig eine Anerkennung und Beachtung jener Vorgaben ist, zeigen etwa die autoritären Entwicklungen in Ungarn. Dort hatte das Parlament Premierminister *Orbán* zur Pandemiebekämpfung zwischenzeitlich das Recht eingeräumt, unbegrenzt per Verordnung zu regieren.⁴ Ein zu sorgloser Umgang mit den Grundprinzipien der Verfassung kann Letztere also ebenso obsolet machen.

Andererseits zeigt das *Schmidt'sche* Beispiel, dass die herkömmliche Auslegung der Verfassung zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann. Hier steht das Grundgesetz vor existenziellen Fragen. Es muss daher ein Mittelweg gefunden werden, der das Primat der Flexibilität zumindest in Krisenzeiten anerkennt, ohne dass gleichzeitig die Bedeutung bestimmter Verfassungsprinzipien negiert wird; beides gilt es gewissermaßen auszutarieren. Daraus folgt: Die Vorgaben der Verfassung,

insbesondere auch Kompetenzvorgaben, bleiben bestehen. Sie werden aber im Lichte der Flexibilität ausgelegt und dadurch nicht komplett eingegeben. Das Primat der Flexibilität in Krisenzeiten dient somit als Auslegungsgrundsatz im Verfassungsrecht.

II. Ein Umriss des neuen § 5 IfSG

Vom Bundestag ist mit dem neuen § 5 IfSG eine Flexibilisierung staatlichen Handelns beabsichtigt;⁵ mit der Norm werden dem Bundesgesundheitsministerium zahlreiche neue Kompetenzen verliehen. Damit das BMG auf diese zugreifen kann, muss aber zunächst der Bundestag selbst tätig werden. Gemäß § 5 I IfSG stellt dieser eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ fest. Ist dies erfolgt, erhält der Bund die in § 5 II IfSG aufgezählten Kompetenzen, die dann parallel zu den Befugnissen der Länder ausgeübt werden können. Je nach Regelungsbereich, kann das BMG dann entweder Anordnungen treffen oder Rechtsverordnungen erlassen. Dabei sind die Anordnungen gemäß § 5 IV 4 IfSG sofort vollziehbar. Zudem ist bei Rechtsverordnungen eine Zustimmung des Bundesrates entbehrlich, vgl. § 5 II IfSG. Die Rechtsverordnungen und Anordnungen treten ferner nach § 5 IV IfSG mit Aufhebung der epidemischen Lage oder spätestens mit Ablauf des 31.03.2021 außer Kraft.

1. Einschränkungen im Reiseverkehr (§ 5 II Nr. 1 und Nr. 2 IfSG)

Die Nr. 1 des § 5 II IfSG betrifft die Rechte von Personen, die in das deutsche Staatsgebiet einreisen wollen. So wird das BMG unter anderem dazu ermächtigt, diese zu einer ärztlichen Untersuchung zu verpflichten. Über die Nr. 2 können vom BMG Mitwirkungspflichten für Unternehmen im Reisegewerbe statuiert werden. Diesen kann etwa die Beförderung von Passagieren aus bestimmten Staaten nach Deutschland untersagt werden. Sinn und Zweck der Anordnungen darf – mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut der Nummern 1 und 2 – ausschließlich „die Verhinderung einer Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit“ sein.

2. Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln (§ 5 II Nr. 4 IfSG)

Weiterhin erhält das BMG die Befugnis, per Rechtsverordnung Maßnahmen zu treffen, um die Versorgung mit Arzneimitteln sicherzustellen. So kann das BMG etwa ein Verkaufsverbot bestimmter Medikamente aussprechen oder Ausnahmen hinsichtlich der Ein- und Ausfuhr festlegen. Die entsprechende Rechtsverordnung kann dann nach § 5 II Nr. 6 IfSG in bundeseigener Verwaltung i.S.d. Art. 86 S. 1 GG ausgeführt werden.⁶

3. Weitere Befugnisse des BMG (§ 5 II Nr. 3, Nr. 5 und Nrn. 7 – 10 IfSG)

Ferner darf das BMG oder eine nachgeordnete Behörde zur

¹ Vgl. *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, 33. Aufl. 2017, Rn. 1 ff.

² Vgl. dazu etwa *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 75 f.

³ Vgl. BVerfGE 123, 267 (343).

⁴ Vgl. *Schmidt*, Ungarn ohne Rechtsstaat, <https://www.tagesschau.de/kommentar/eu-ungarn-orban-corona-101.html> (03.06.2020); tagesschau.de vom 16.06.2020, Parlament hebt Orbans Sondervollmachten auf, <https://www.tagesschau.de/ausland/ungarn-notstand-107.html> (03.08.2020).

⁵ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, S. 15.

⁶ Vgl. dazu *Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, 1097 (1102).

Seuchenbekämpfung die Benutzung eines Patentes anordnen (§ 5 II Nr. 5 IfSG).⁷ Ebenfalls können Finanzhilfen für Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände u.a. zur technischen Modernisierung der Gesundheitsämter zur Verfügung gestellt werden (§ 5 II Nr. 9). Durch Rechtsverordnung besteht zudem die Möglichkeit, Abweichungen von den Normen des IfSG (§ 5 II Nr. 3 IfSG) sowie Änderungen bei der Ärztausbildung (§ 5 II Nr. 7 lit. b) IfSG), im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 5 II Nr. 7 lit. a) IfSG), im Bereich der Pflege (§ 5 II Nr. 8 IfSG) sowie bei den Berufsgesetzen der Gesundheitsfachberufe (§ 5 II Nr. 10) vorzunehmen.⁸

III. Die Kompetenzverschiebung von der Legislative zur Exekutive

Die neuen Befugnisse begegnen allerdings Bedenken. So wurde im Zuge der Debatte im Deutschen Bundestag Kritik deutlich: Wichtige Entscheidungen seien in unvertretbarer Weise vom Parlament auf den Gesundheitsminister verschoben worden, hieß es in der Parlamentsdebatte etwa aus der FDP-Fraktion.⁹ Die Bundestagsabgeordnete *Bayram* (B'90/Die Grünen) sprach sogar von Blankett-Ermächtigungen.¹⁰ Beim Lesen der neuen Vorschrift wird eines auf jeden Fall klar: Der Gesetzgeber bewegt sich verfassungsrechtlich auf Glatteis.

1. Die Verordnungsermächtigungen des § 5 II IfSG

Besonders problematisch erscheinen dabei die Verordnungsermächtigungen des § 5 II IfSG. Nach Art. 80 I 2 GG müssen diese nach Inhalt, Zweck und Ausmaß im Gesetz bestimmt sein.

a) Die Kriterien der Bestimmtheit nach Art. 80 I 2 GG – Ein Überblick

Aus dem Wortlaut des Art. 80 I 2 GG ergibt sich lediglich, dass jene Kriterien erfüllt sein müssen. Wie bestimmt die Ermächtigung dann auszusehen hat, kann Art. 80 I 2 GG nicht entnommen werden.

Ein wichtiges Indiz dafür kann die Mehrdeutigkeit der Ermächtigung sein. Davon ausgehend erklärte das BVerfG eine Ermächtigungsnorm – insbesondere hinsichtlich ihres Ausmaßes – als zu unbestimmt.¹¹ So müssten die Grenzen der Regelung entweder von der Ermächtigungsnorm selbst skizziert werden oder sich zumindest einwandfrei aus dieser ergeben.¹² Inhalt, Zweck und Ausmaß müssen vorhersehbar sein.¹³ Und genau das fehle der Ermächtigung, wenn sie verschiedenartig gedeutet und ausgelegt werden könne.¹⁴

Eine weitere Herangehensweise könnte – ausgehend von der Wesentlichkeitslehre des BVerfG – die Anwendung der Je-

Desto-Formel sein: Je stärker eine potentielle Rechtsverordnung in Grundrechte der Bürger/innen eingreifen darf, desto höher sind auch die Anforderungen an die Bestimmtheit der erteilten Ermächtigung.¹⁵

Ebenso geht das BVerfG aber davon aus, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit nach den tatsächlichen Konkretisierungsmöglichkeiten zu ermitteln sind und bei vielgestaltigen und sich dynamisch entwickelnden Verhältnissen geringer sein können.¹⁶ Damit statuiert es für bestimmte Fallgestaltungen das Primat der Flexibilität als weiteren Auslegungsgrundsatz.

b) § 5 II Nr. 3 IfSG – Eine Blanko-Ermächtigung?

Betrachtet man nun etwa § 5 II Nr. 3 IfSG, so bietet der Wortlaut tatsächlich einen weiten Auslegungsspielraum. So können „Ausnahmen von den Vorschriften dieses Gesetzes [...] in Bezug auf die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten [...]“ vorgenommen werden. Mit Blick auf den Inhalt des § 1 I IfSG – der genau die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten als Zweck des IfSG identifiziert – kann sicherlich gut vertreten werden, dass mit jenen „Vorschriften“ nahezu das gesamte IfSG gemeint ist. Andererseits könnte argumentiert werden, dass der Gesetzgeber durchaus eine Eingrenzung vorgenommen hat, indem er bestimmte Regelungsbereiche explizit nennt. Ansonsten hätte der Verweis „in Bezug auf [...]“ auch unterbleiben können.

Diese Gegenüberstellung zeigt: Was das BMG nun tatsächlich per Rechtsverordnung regeln darf oder nicht, bleibt weitestgehend unklar. Auch der ausdrücklich normierte Zweck, dem die Rechtsverordnung unterliegen soll, hilft hier nicht weiter.

An dieser Stelle könnte eingewendet werden, dass im Rahmen der Corona-Pandemie geringere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen sind; ganz getreu dem Primat eines flexiblen Staates in der Krise. Schließlich handelt es sich hierbei um einen vielgestaltigen Sachverhalt mit sich schnell ändernden Verhältnissen.¹⁷ In diesem Zuge geht auch das BVerfG davon aus, dass die Gewaltenteilung dazu diene, gerade dasjenige Organ mit der Rechtsetzung zu betrauen, welches institutionell besonders dazu befähigt ist.¹⁸ In einer solch dynamischen Situation wie der Covid19 Pandemie, erscheint das BMG als Rechtssetzungsorgan wesentlich geeigneter zu sein als etwa der Bundestag mit seinem langwierigen Gesetzgebungsverfahren.¹⁹

Allerdings verlangt das BVerfG zugleich eine zumindest hin-

⁷ Vgl. *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102).

⁸ Vgl. dazu die Auflistung bei *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102).

⁹ Vgl. u.a. *Herbst*, Plenarprotokoll 19/154 vom 25.03.2020, 19194.

¹⁰ Vgl. *Bayram*, Plenarprotokoll 19/154 vom 25.03.2020, 19186.

¹¹ Vgl. BVerfG vom 13.06.1956 – 1 BvL 17/56, Rn. 23.

¹² Vgl. BVerfG vom 13.06.1956 – 1 BvL 17/56, Rn. 22.

¹³ Vgl. BVerfG vom 11.01.1966 – 2 BvR 424/63, Rn. 28.

¹⁴ Vgl. BVerfG vom 13.06.1956 – 1 BvL 17/56, Rn. 21.

¹⁵ Vgl. *Mann*, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 80 GG Rn. 29.

¹⁶ Vgl. *Mann*, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 80 GG Rn. 29; BVerfG vom 20.10.1981 – 1 BvR 640/80, Rn. 28.

¹⁷ Dies lässt etwa *Mesling*, Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020, NZS 2020, 321 (334), als Rechtfertigung genügen.

¹⁸ Vgl. BVerfG vom 12.11.1958 – 2 BvL 1/57; BVerfG vom 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97.

¹⁹ Ebenfalls: *Degenhart*, StaatsR, 33. Aufl. 2017, Rn. 351; BVerfG vom 12.11.1958 – 2 BvL 1/57; ablehnend: *Möllers*, Parlamentarische Selbstermächtigung im Zeichen des Virus, <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/> (31.05.2020).

reichende Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm.²⁰ Es soll verhindert werden, dass die Exekutive „nach Belieben von ihr Gebrauch“ machen kann.²¹ Im vorliegenden Fall ist das Ausmaß der Ermächtigung jedoch nicht durch Auslegung ermittelbar und dadurch auch nicht vorhersehbar. Vielmehr ist der Wortlaut mehrdeutig und lässt es so zu, nach Belieben von der Ermächtigung Gebrauch zu machen. Zugleich ist die Eingriffsintensität einer möglichen Rechtsverordnung als besonders hoch einzuschätzen, vor allem mit Blick auf eine potentielle Anpassung der §§ 28 ff. IfSG.

Ferner liegt ein Sonderfall vor: So wird das BMG nicht nur dazu ermächtigt, die gesetzlichen Vorgaben zu konkretisieren, sondern sogar von den gesetzlichen Vorgaben abzuweichen. Zweck des Art. 80 I GG ist es aber „das Parlament darin zu hindern, sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft zu entäußern“.²² Es dürfe „niemals originärer politischer Gestaltungswille der Exekutive zum Ausdruck kommen“, führt etwa das BVerfG dazu aus.²³

Dadurch, dass der Ordnungsgeber von Normen des IfSG abweichen darf und ihm dabei kaum bestimmbare Grenzen gesetzt sind, erhält dieser aber gerade eine solche „politische Entscheidungsfreiheit“.²⁴ Eine Angabe von modifizierbaren Abschnitten und Normen in der Ermächtigung wäre mithin nicht nur hilfreich, sondern verfassungsrechtlich geboten gewesen.²⁵ In seiner jetzigen Fassung ist dem § 5 II Nr. 3 IfSG nicht zu entnehmen „was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll.“²⁶ Zugleich ist die Möglichkeit, von Normen des IfSG abzuweichen, von Art. 80 I GG nicht vorgesehen. Auf Basis einer so verstandenen Auslegung wären die Bestimmungen des § 5 IfSG daher verfassungswidrig.²⁷

2. Die verfassungskonforme Auslegung als Rettungsanker?

Nach alledem bleibt die Frage nach der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 5 II IfSG. *Rixen* hat eine solche vorgeschlagen und dabei eine besonders restriktive Auslegung der Ermächtigungsnormen gefordert.²⁸ In diesem Sinne dürften beispielsweise Befugnisnormen wie die §§ 28, 32 IfSG nicht unter den Wortlaut des § 5 II Nr. 3 IfSG fallen und somit auch nicht vom BMG modifiziert werden.²⁹

Entspricht eine solche Auslegung aber dem Zweck des § 5 II Nr. 3 IfSG? So lehnt etwa das BVerfG eine verfassungskonforme Auslegung ab, soweit diese „im Widerspruch zu dem klar erkennbar geäußerten Willen des Gesetzgebers steht“.³⁰ *Rixen* führt dazu aus, dass etwa eine Modifikation der Befugnisnor-

men eben nicht von dem in § 5 II Nr. 3 IfSG geäußerten Zweck umfasst wird; dies habe mit der Aufrechterhaltung der Abläufe im Gesundheitswesen „nichts zu tun“.³¹ Dagegen ließen sich insbesondere Aussagen von Regierungsvertretern fruchtbar machen. So führte die Bundeskanzlerin aus, dass das Vorgehen in der Pandemiebekämpfung davon bestimmt sein müsse, das Gesundheitssystem nicht zu überlasten.³²

Allerdings spricht das BVerfG von einem „klar erkennbar geäußerten Willen“. Ein solcher ist hier aber gerade nicht feststellbar, sondern lässt sich vielmehr nur erahnen. Selbst wenn man also diese eher restriktive Handhabung der verfassungskonformen Auslegung als Maßstab nimmt, bleibt die Norm einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich.³³ Deshalb erscheint es mit Blick auf den Grundsatz der Effektivität und Flexibilität in der Krise auch dringend geboten, eine solche vorzunehmen. Im Rahmen der Bestimmtheitsprüfung der Norm schlug das Primat der Flexibilität nicht durch; eben, weil man auf diesem Wege die Voraussetzungen des Art. 80 GG negiert hätte. Liegt eine solche Evidenz aber nicht vor, ist das Primat der Flexibilität in Krisenzeiten auslegungsleitend heranzuziehen. In diesem Falle führt dies dazu, dass der § 5 II IfSG Geltungskraft behält – wenn auch in einer Form, die der Gesetzgeber (wohl) nicht beabsichtigt hat.

IV. Die Kompetenzteilung von Bund und Ländern

Neben einer Kompetenzverschiebung sieht der § 5 II IfSG auch eine Kompetenzteilung vor: Die Bundeskompetenzen bestehen „unbeschadet der Befugnisse der Länder“. Im Idealfall kann der Bund also schnell handeln und ein Land bedarfsgerecht nachjustieren;³⁴ ebenfalls ganz nach dem Primat des flexiblen und effektiven staatlichen Handelns. Ist dies aber verfassungskonform? Hierfür wird zunächst die Rechtsprechung des BVerfG zu Doppelzuständigkeiten vorgestellt, bevor der neue § 5 II IfSG in ihrem Lichte begutachtet wird.

1. Die Rechtsprechung des BVerfG zur Doppelzuständigkeit

Das BVerfG hat Doppelzuständigkeiten von Bund und Ländern in der Verwaltung grundsätzlich für verfassungswidrig erklärt.³⁵ Dies ergehe aus dem Rechtsstaatsprinzip, das „eine hinreichend klare und in sich widerspruchsfreie Bestimmung der Verwaltungszuständigkeit“ fordere.³⁶ Dieser Schluss kann auch aus demokratischen Grundprinzipien deduziert werden: Schließlich müssen die Verantwortlichen bestimmter Entscheidungen identifizierbar sein, damit die Bevölkerung diese gegebenenfalls auch „abwählen“ kann.³⁷ Ferner liefe eine Par-

²⁰ Vgl. BVerfG vom 12.11.1958 – 2 BvL 1/57, Rn. 23.

²¹ Vgl. BVerfGE 78, 249 (273).

²² Vgl. BVerfGE 78, 249 (272).

²³ Vgl. BVerfGE 78, 249 (273).

²⁴ Vgl. BVerfGE 78, 249 (273).

²⁵ Ähnlich: *Meßling*, NZS 2020, 321 (334).

²⁶ Vgl. BVerfGE 78, 249 (272).

²⁷ Im Ergebnis auch: *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102).

²⁸ Vgl. *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102).

²⁹ Vgl. *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102).

³⁰ Vgl. BVerfG NJW 2018, 1935 (1950).

³¹ Vgl. *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102).

³² Vgl. Bundeskanzlerin *Merkel*, zitiert nach tagesschau.de vom 11.03.2020, „Wir müssen Zeit gewinnen“, <https://www.tagesschau.de/inland/coronavirus-deutschland-177.html> (24.05.2020).

³³ Restriktiv deshalb, da sicherlich gut vertreten werden könnte, dass das Interesse des Gesetzgebers vor allem auch darin besteht, dass dessen Normen Geltungskraft behalten.

³⁴ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, S. 15.

³⁵ Vgl. BVerfG JuS 2009, 1134 (1135).

³⁶ Vgl. BVerfG JuS 2009, 1134 (1135).

³⁷ Vgl. BVerfG NVwZ 2002, 585 (589).

allelverwaltung nach Ansicht des BVerfG „dem Sinn der Trennung von Gesetzgebungs- und Verwaltungshoheit zwischen Bund und Ländern zuwider“.³⁸

Unter eine unzulässige Doppelzuständigkeit fasst das BVerfG dabei vor allem die Formen der sogenannten Mischverwaltung. Diese wird als eine Art von „Zusammenwirken“ zwischen Bund und Ländern in Form einer gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung definiert.³⁹ Ein solches Zusammenwirken hat das BVerfG etwa im Rahmen der sogenannten Hartz-IV-Arbeitsgemeinschaften erkannt.⁴⁰ Dort führten gleichsam die entsprechende Landesbehörde und das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Aufsicht über jene Arbeitsgruppen. In diesem Falle sei eine „eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung“ daher nicht möglich gewesen, so das BVerfG.⁴¹

Allerdings sind nicht alle Formen der Doppelzuständigkeit verfassungswidrig. So sieht die Verfassung selbst in Art. 87 I 2 GG eine administrative Doppelzuständigkeit vor.⁴² Bezugnehmend auf jene Regelung erkennt auch das BVerfG, „dass die Verwaltungsbereiche von Bund und Ländern nicht starr voneinander geschieden sind“.⁴³ Daraus lässt sich ableiten, dass die Aufgaben – also die Kompetenzen selbst – und die Aufgabenwahrnehmung von Bund und Ländern eben nicht starr voneinander getrennt, sondern für die Bevölkerung lediglich unterscheidbar sein müssen.⁴⁴

2. § 5 II IfSG – Gemeinsame Aufgaben und Aufgabenwahrnehmung?

Wie die Aufgabenwahrnehmung im Rahmen des § 5 II IfSG zu erfolgen hat, lässt sich anhand des Wortlauts der Norm nicht ermitteln. Dass die Länder nach dem Sinn der Vorschrift bei der Formulierung von Anordnungen des BMG mitwirken und mitbestimmen können oder gar sollen, wird sich aber ebenso wenig vertreten lassen. Schließlich wird im Gesetzesentwurf von „ergänzenden Zuständigkeiten“ gesprochen, die gerade eine Trennung von Länder- und Bundestätigkeiten implizieren.⁴⁵ Eine Mischverwaltung – also eine gemeinsame Aufgabenwahrnehmung – ist durch den § 5 II IfSG daher nicht vorgesehen. Da nun entweder Bundes- oder Landesorgane Rechtsakte formulieren, sind die Verantwortlichkeiten für die Bürger/innen verortbar und unterscheidbar.

Hinsichtlich der Aufgaben selbst statuiert der Wortlaut („unbeschadet der Befugnisse der Länder“) eine Kompetenzteilung.

³⁸ Vgl. BVerfG NVwZ 2002, 585 (589).

³⁹ Vgl. Küchenhoff, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Mischverwaltung, Diss., Europa-Univ. Viadrina 2009, S. 41.

⁴⁰ Vgl. BVerfG NVwZ 2008, 183 ff.

⁴¹ Vgl. BVerfG NVwZ 2008, 183 (189).

⁴² Vgl. Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2009, § 136 Rn. 10.

⁴³ Vgl. BVerfG JuS 2009, 1134 (1135).

⁴⁴ Vgl. BVerfG JuS 2009, 1134 (1135); Rudolf, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. StaatsR Bd. VI, 3. Aufl. 2009 § 136 Rn. 10 schließt aus der „Notwendigkeit klarer und eindeutiger Kompetenzzuweisung“ nicht auf ein „generelles Verbot von Doppelzuständigkeiten“.

⁴⁵ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, S. 15.

Eine grundsätzlich unzulässige Doppelzuständigkeit wäre also gegeben. Denn es liegt eine Parallelkompetenz von Bund und Ländern auf einem Aufgabengebiet – der Pandemiebekämpfung – vor. Inwieweit Parallelkompetenzen in Hinblick auf demokratietheoretische Ansätze tatsächlich „schädlich“ sind (schließlich kann die Bevölkerung die Verantwortlichen doch bei einer getrennten Aufgabenwahrnehmung verorten) sei dahingestellt. Schließlich bietet sich mit Blick auf die Gesetzesbegründung („ergänzende Zuständigkeiten“) und den Grundsatz der Flexibilität in der Krise eine verfassungskonforme Auslegung an: So sind die Kompetenzen im Zuge dessen zeitlich und situativ zu handhaben.

Dies könnte dann wie folgt aussehen: Zunächst erlässt das BMG eine Rechtsverordnung oder Anordnung, von der die Länderbehörden dann mit eigenen Rechtsverordnungen oder Anordnungen abweichen können. Für den Fall, dass der Bund nicht oder nicht schnell genug handelt, sollte den Ländern zugleich die Möglichkeit gegeben sein, zuvor auch selbst tätig zu werden; dies entspricht gerade einem flexiblen und schnellen staatlichen Handeln während einer Pandemie.

Durch eine solche Auslegung behalten Bund und Länder zwar Kompetenzen auf demselben Aufgabengebiet – können diese aber nicht parallel ausüben. Die Kompetenzen – also quasi die Möglichkeiten der Aufgabenwahrnehmung – sind situativ und zeitlich abgrenzbar. Und genau das ist im Hinblick auf das Demokratieprinzip notwendig, da der Bevölkerung so zumindest klar wird, wann der Bund und wann die Länder tätig werden können.

Mit der verfassungsrechtlichen Idealkonzeption der Art. 30 GG sowie Art. 83 ff. GG ist eine solche Auslegung freilich nur schwer vereinbar, jedoch eben nicht ausgeschlossen (siehe etwa erneut die verfassungsrechtlich determinierte Doppelzuständigkeit des Art. 87 I 2 GG). In solchen Zweifelsfällen ist in der Krise daher auf den Grundsatz der Flexibilität staatlichen Handelns zu verweisen. Dabei sind angesichts der dynamischen Situation – ähnlich wie bei den Voraussetzungen des Art. 80 I 2 GG – geringere Anforderungen an die Kompetenztrennung zu formulieren. Denn es wird wohl kaum zu bemessen sein, ob nun tatsächlich der Bund oder die Länder eine effektivere Pandemiebekämpfung gewährleisten können. Die Statuierung einer quasi-parallelen Kompetenz und damit eine offenere Handhabung der föderalen Kompetenzordnung ist daher in Krisenzeiten geboten. Mit Blick auf den Grundsatz der Flexibilität ist die oben vorgenommene Auslegung daher noch mit der Verfassung vereinbar.

V. Fazit und Ausblick

Mit dem neuen § 5 IfSG reizt der Gesetzgeber viele Verfassungsprinzipien aufs Äußerste aus. So wird etwa eine Kompetenzverschiebung zur Exekutive vorgesehen, wobei die Ermächtigung derart unbestimmt ist, dass die Ausgestaltung jener Kompetenzverschiebung der Exekutive quasi selbst überlassen wird. Eine solch evidente Negation der Voraussetzungen des Art. 80 I GG kann daher auch nicht mit dem Primat der Flexibilität verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.

Allerdings kann die Ermächtigungsnorm im Rahmen einer verfassungskonformen – und äußerst restriktiven – Auslegung hinreichend bestimmt werden.

Ferner sieht der Gesetzgeber auch eine Kompetenzteilung vor, die er ebenso wenig inhaltlich präzisiert. Freilich lässt sich aber auch hier eine verfassungsrechtlich zulässige Konstruktion bilden.

Das Primat der Flexibilität in der Krise dient bei der rechtlichen Bewertung der Vorschrift als Auslegungsgrundsatz. Dieser ist jedoch nur dann ausschlaggebend, wenn im Rahmen

der Auslegung die (weiteren) verfassungsrechtlichen Voraussetzungen beachtet werden.

Mit Spannung bleibt abzuwarten wie das BVerfG über die Kompetenzzuwächse des BMG urteilt. Da es aber bereits in der Vergangenheit flexiblere Ermächtigungsnormen in dynamischen Situationen akzeptiert hat,⁴⁶ wird es wohl auch in diesem Fall nicht von seiner Linie abweichen oder zumindest eine verfassungskonforme Auslegung vornehmen (müssen).

⁴⁶ Vgl. Mann, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 80 GG Rn. 29; BVerfG vom 20.10.1981 – 1 BvR 640/80.

Sarah Geiger*

Grundrechtliche Implikationen für das Abhalten von Hochschulprüfungen in Zeiten der Coronakrise

Die sogenannte Coronakrise durchdringt seit Frühjahr 2020 nahezu alle Lebens- und Rechtssphären. Auch das universitäre Leben ist betroffen: Es ist ein Novum in der deutschen Universitätsgeschichte, dass Veranstaltungen fakultätsübergreifend im Digitalformat abgehalten werden mussten. Nicht nur die Umstellung der auf Präsenzlehre und -forschung ausgerichteten Abläufe in virtuelle Vorlesungsräume hat die Universitäten vor einige Herausforderungen gestellt. Auch für die grundsätzlich im Präsenzformat abgehaltenen Hochschulprüfungen müssen aufgrund geltender Abstands- und Hygienevorschriften neue, digitale Lösungen gefunden werden. Von den zuständigen Einrichtungen der Hochschulen erfordert dies nicht nur Kreativität, sondern auch Rechtsproblembewusstsein. Denn die im Prüfungsrecht zu berücksichtigende Wirkung der Grundrechte der Prüflinge begrenzt die Wahl alternativer Prüfungsabläufe unter mehreren Gesichtspunkten.

I. Einführung

Vier Punkte für alle wegen Corona? Sofern Sie als Studierende gerade einen Erasmusaufenthalt an der Universität Paris I Panthéon Sorbonne absolvieren, dürfte dies vor kurzem wahlweise entsetzliche Realität oder taggewordener Wunschtraum geworden sein.

Tatsächlich hatte der wissenschaftliche Rat der Pariser Universität im April dieses Jahres beschlossen, aufgrund der durch die Corona-Pandemie hervorgerufenen außergewöhnlichen Umstände, unter denen das Studienjahr 2020 stattfinden muss, ebenso außergewöhnliche Maßnahmen zu ergreifen. Die Prüfungsleistungen der Studierenden aller Fakultäten sollten „neutralisiert“ werden, wonach für nichtbestandene oder noch abzulegende Prüfungen 10 von 20 Punkten als Ergebnis einzutragen waren. Dies hätte bedeutet, dass alle Prüfungen als „be-

standen“ gegolten hätten, ohne dass diese tatsächlich abgelegt worden wären. Entsetzen oder Wunschtraum hielten jedoch nicht lange an. Anfang Juni hat das Pariser Verwaltungsgericht den Beschluss zu Recht für ungültig erklärt, da dieser insbesondere den französischen Gleichheitsgrundsatz missachtete.¹

Auch in Deutschland wäre eine solche Regelung nicht mit dem Grundgesetz (GG) vereinbar. Insbesondere der in Art. 3 I GG verbürgte allgemeine Gleichheitssatz und die in Art. 12 I GG geschützte Berufsfreiheit sind bei der Prüfungsgestaltung durch die Hochschulen zu beachten. Gleichheitssatz und Berufswahlfreiheit stellen Grenzen bei der Festlegung der Art der studentischen Leistungsnachweise auch in Zeiten von Corona dar.

Die Universitäten sind bei der Festlegung der Art studentischer Leistungserbringung nämlich grundrechtsgebunden (II), sodass die Grundrechte des Grundgesetzes gerade auch die – schwierige – Wahl der Art von Prüfungen, die während der Corona-Pandemie stattfinden können, beschränken (III). Eine nähere Betrachtung der aktuell in Betracht gezogenen Prüfungsarten erlaubt jedoch das Fazit, dass die Hochschulen die rechtlichen und tatsächlichen Herausforderungen, welche die Corona-Pandemie an das Prüfungsrecht stellt, kreativ meistern (IV).

II. Grundrechtsbindung bei der Regelung von Hochschulprüfungen während der Corona-Pandemie

Die Regelung von Prüfungsanforderungen und Prüfungsver-

* Die Autorin ist Maître en Droit und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht bei Professor Dr. Armin Hatje an der Universität Hamburg.

¹ Tribunal administratif de Paris (TA Paris) vom 05.06.2020 – Nr. 2007394/1-3.