

# Zum Zusammenwirken von Bundesverordnungsrecht, Landesgesetzgebung und Landesverordnungsrecht in der Pandemiebekämpfung

Professor Dr. Hinnerk Wißmann

Orientierungsgutachten im Auftrag  
der FDP-Landtagsfraktion NRW

**Erstellt für die**

FDP-Landtagsfraktion NRW

**Erstellt von**

Professor Dr. Hinnerk Wißmann, Münster

**Freie  
Demokraten**

Landtagsfraktion  
Nordrhein-Westfalen **FDP**

Dezember 2020

## Gliederung des Gutachtens:

### **I. Übersicht und Gesamtergebnis (4)**

### **II. Maßstäbe des Verfassungsrechts (5)**

#### **1. Ausgangslage (5)**

#### **2. Verfassungsrechtliche Vorgaben für Gesetze nach Art. 80 Abs. 4 GG (6)**

a) Gesetz und Verordnungen als Normalfall horizontal gestufter Normsetzung (6)

b) Lösung im Bundesstaat: Ausdrückliche Zugriffsmöglichkeit des Landesparlaments (8)

c) Abgrenzungsfragen (9)

aa) Umfang und Rechtsgrund der Gesetzgebungskompetenz (9)

bb) Gestalt und möglicher Inhalt verordnungseretzender Gesetze (10)

cc) Subdelegation durch den Landesgesetzgeber (13)

#### **3. Alternative: Originärer Zustimmungsvorbehalt des Landtags? (15)**

#### **4. Zwischenergebnis (17)**

### **III. Anwendung: Ordnungsvertretende Gesetzgebung im Infektionsschutzrecht (18)**

#### **1. Pandemiebezogene Sonderregelungen (18)**

#### **2. Insb.: Prozedurale Anforderungen an Verordnungen nach dem InfSchG (19)**

a) Gesetzliche Bestimmung: Begründung und Befristung (19)

b) Insbesondere: Befristung (20)

#### **3. Kontrollüberlegung: Andere Eingriffsrechte des Landtags? (22)**

### **IV. Ausblick (24)**

## I. Übersicht und Gesamtergebnis

Die COVID-19-Pandemie fordert die Gesellschaft wie auch die staatlichen Organe weiterhin in dramatischer Weise. Der Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen hat bereits im April 2020 ein eigenständiges Pandemiegesetz (IfSBG-NRW) verabschiedet, das wegen seiner differenzierten Regelungen und der zugrundeliegenden parlamentarischen Debatte fachlich weithin als Maßstab anerkannt ist. Parallel dazu sind weite Teile der durch die Landesbehörden ergriffenen infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen materiell direkt auf die entsprechenden Befugnisse des Bundesinfektionsschutzgesetzes gestützt, namentlich die laufend fortgeschriebene (allgemeine) Corona-Schutzverordnung.

Die gesetzlich vorgeschriebene Evaluation des bis zum 31.3.2021 befristeten Landespandemiegesetzes gibt Anlass, mögliche Verknüpfungen von Landesgesetz und den Rechtsverordnungen von Bund und Land näher zu prüfen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob durch eine „Zwischenschaltung“ landesgesetzlicher Regelungen zwischen Bundesinfektionsschutzgesetz und Landesinfektionsschutzverordnungen eine funktional verbesserte Aufgabenteilung zwischen Exekutive und Legislative erreicht werden kann. Bundesrechtlich ist dafür Art. 80 Abs. 4 GG die maßgebliche Ausgangsnorm.

Im Ergebnis ist festzustellen:

1. Art. 80 Abs. 4 GG erlaubt dem Landesgesetzgeber, bei einer bundesrechtlichen Befugnis zum Erlass von Rechtsverordnungen an die Stelle der Landesregierung zu treten. Bei einem solchen „verordnungsvertretenden Gesetz“ sind die *Vorgaben der bundesrechtlichen Ermächtigung* auch für den Landesgesetzgeber *bindend*.
2. Das ordnungsvertretende Gesetz kann eine *Subdelegation* an Stellen der Exekutive vorsehen und sich auf *parlamentsspezifische Regelungsinhalte* (wie etwa Zustimmungsvorbehalte) beschränken. Eine entsprechend gestufte Vorsteuerung unter gestaltender Mitwirkung des Parlaments ist insbesondere bei grundrechtsintensiven Maßnahmen prinzipiell vorzugswürdig, weil dadurch Transparenz, Legitimation und Qualität staatlicher Entscheidungen verbessert werden können.
3. Durch die Neufassung des Bundesinfektionsschutzgesetzes vom 18.11.2020 sind Begründungs- und Befristungsregeln für Rechtsverordnungen vorgesehen. Diese neue Kontrollstrategie schafft zusätzliche und strukturell anspruchsvolle Anforderungen für ein ordnungsvertretendes Gesetz. Erforderlich ist insbesondere eine *hinreichende Begründung*, um über die grundsätzlich vorgesehene kurze Befristung hinauszugehen. Insofern verbleibt ein verfassungsrechtliches Restrisiko.
4. Ein *originärer* (zusätzlicher) Zustimmungsvorbehalt des Landtags außerhalb der Vorgaben des Art. 80 Abs. 4 GG ist bei Rechtsverordnungen, zu denen die Landesregierung durch Bundesgesetz ermächtigt wurde, unzulässig.

## II. Maßstäbe des Verfassungsrechts

### 1. Ausgangslage

Ein wesentlicher Teil der staatlichen Pandemie-Bekämpfung sind grundrechtsbeschränkende Gebots- und Verbotsregelungen. Da sie dem Gesetzesvorbehalt unterliegen, finden sie ihren Ausgangspunkt in den Bestimmungen des Bundes-Infektionsschutzgesetzes (InfSchG), auf deren Grundlage vor allem die zuständigen Landesbehörden allgemeine Regelungen erlassen (insbesondere durch Rechtsverordnungen nach § 32 InfSchG) und dann auch konkrete Einzelfallentscheidungen treffen (durch Allgemeinverfügungen und Verwaltungsakte).<sup>1</sup>

Für die Rechtsverordnungen nach dem InfSchG gilt dabei folgendes: Sie bilden die Verbindung zwischen Bundesebene und Landesebene („vertikal“) und zugleich die Verbindung zwischen Legislative und Exekutive („horizontal“); genau dieser doppelte Effekt ist in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG ausdrücklich vorgesehen. Im Fall des § 32 InfSchG sind dem folgend die Landesregierungen (und nicht die Landtage) primärer Adressat der Ermächtigung durch den Bundesgesetzgeber.

Das Grundgesetz sieht allerdings vor, dass an die Stelle einer solchen Rechtsverordnung der Landesregierung durch Entscheidung des Landesgesetzgebers stets auch ein Parlamentsgesetz treten kann, Art. 80 Abs. 4 GG. Man kann in diesen Fällen für eine erste Kennzeichnung von einem „verordnungsvertretenden Gesetz“ sprechen;<sup>2</sup> es bleibt hier vor allem dabei, dass der materielle Rechtsgrund der Normsetzung die Ermächtigung durch den Bund ist (und nicht das eigenständige Gesetzgebungsrecht der Bundesländer). Gleichwohl entstehen durch den Wechsel des Akteurs (Landtag statt Landesregierung) und der Handlungsform (Gesetz statt Verordnung) zusätzliche Gestaltungsmöglichkeiten, weil das Grundmuster des Art. 80 Abs 1 S. 1 GG insoweit bewusst durchbrochen ist. Das ergibt sich aus allgemeinen staatsrechtlichen Vorgaben (2.); dagegen ist ein zusätzliches eigenständiges Zugriffsrecht des Landtags im Bereich der bundesrechtlichen Ermächtigung unzulässig (3.).

---

<sup>1</sup> Die materielle Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Infektionsschutzrecht folgt als Teil der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 70, 72, 74 I Nr. 19 GG. Zum Zusammenhang zwischen grundrechtlicher Freiheit und den exekutiven Handlungsformen im Zuge der Pandemiebekämpfung aus der Fülle der Literatur mit unterschiedlichen Akzenten *Heinig* u.a., *Why Constitution Matters*, JZ 2020, S. 861 (863 ff., 869 ff.); *Rixen/Kersten*, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2020, S. 45 ff., 111 ff.

<sup>2</sup> Zuerst *Wagner/Brockner*, NVwZ 1997, 759; *Maurer*, *Das ordnungsvertretende Gesetz*, FS W. Leisner, 1999, S. 583 ff.; ebenso etwa *Brenner*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 117.

## 2. Verfassungsrechtliche Vorgaben für Gesetze nach Art. 80 Abs. 4 GG

### a) Gesetz und Verordnungen als Normalfall horizontal gestufter Normsetzung

- Das Verfassungsrecht in Bund und Ländern geht grundsätzlich von einer Unterscheidung von Rechtsformen auch im Bereich der Normen aus: Die Parlamente beschließen Gesetze – die Exekutive kann ggfs. Verordnungen erlassen. Dabei besteht im Prinzip ein Exklusivitätsverhältnis, das den Akteuren jeweils eine Handlungsform zuordnet: So wie selbstverständlich die Exekutive keine förmlichen Gesetze verabschieden kann, kann auch das Parlament zumindest keine Exekutiv-Verordnungen erlassen.<sup>3</sup>

Materiell sind Rechtsverordnungen gemäß Art 80 Abs. 1 S. 1 GG gesetzesabhängig. Es müssen „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz“ bestimmt werden. Zu beachten ist weiter der Wesentlichkeitsvorbehalt, nach dem das Parlament die wesentlichen Entscheidungen, insbesondere im Hinblick auf Grundrechtseingriffe, bereits selber treffen muss.<sup>4</sup> Allerdings können Rechtsverordnungen sehr wohl eigenständig Rechtspflichten erzeugen; es wäre ein Missverständnis, sie als reine Ausführungsregeln anzusehen: „Ob“, „Was“ und „Wie“ etwa von Grundrechtseingriffen können je nach Vorgabe des ermächtigenden Gesetzes Gegenstand eigenständiger Entscheidung des Ordnungsgebers sein.<sup>5</sup>

Wenn das jeweilige Stammgesetz dies vorsieht, kann der Ordnungsgeber seine Verordnungsermächtigung auch weiterdelegieren, Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG. In der Staatspraxis geht durch die Verordnungsermächtigung deswegen regelmäßig die weitere legislative Handlungsvollmacht in weitem Umfang an den Ordnungsgeber über.<sup>6</sup>

- Zu beachten ist, dass mit der Unterscheidung von Gesetz und Verordnung von vornherein keine kategorische Trennung der beiden Sphären verbunden wird. Parlamentsgesetze

---

<sup>3</sup> Nierhaus, in: Bonner Kommentar, GG (Bearb. 1998), Art. 80, Rn. 71, 176 ff. Siehe aber gleich zu Mischformen nächste Spiegelstrich.

<sup>4</sup> BVerfGE 84, 212 (226); BVerfGE 116, 24 (58). Aktuelle Gesamtübersicht bei Jarass/Pieroth-Jarass, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 80 Rn. 71 ff.; umfassende Darstellung der Entwicklung bei Nierhaus, in: Bonner Kommentar, GG (Bearb. 1998), Art. 80, Rn. 89 ff.; kritische Revision bei Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 9, Rn. 47 f.

<sup>5</sup> Statt aller Jarass/Pieroth-Kment, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 80, Rn. 30.

<sup>6</sup> Umfassend am Beispiel des Umweltrechts Saurer, Funktionen der Rechtsverordnung, 1999, S. 59 ff. Dort S. 192 ff. Auswertung der differenzierten verwaltungsrechtswissenschaftlichen und verfassungsrechtswissenschaftlichen Literatur zum Verhältnis verschiedener Normtypen im Regulierungsgesamtgefüge.

entstehen im Regierungssystem der Bundesrepublik regelmäßig unter Vorarbeit von Ministerien, ob durch Gesetzesvorlagen der Regierung oder sog. „Formulierungshilfen“.<sup>7</sup> Daher sind Rechtsverordnungen auch kein exekutives Gegenstück zur parlamentarischen Gesetzgebung (wie dies in präsidentiellen Regierungssystemen durchaus üblich ist); vielmehr sind beide Regelungsschichten regelmäßig auf gegenseitige Ergänzung angelegt.<sup>8</sup>

Wegen der regelmäßigen Verbindung von Regelungsräumen trotz formaler Trennung sind in der Staatspraxis auch „verordnungsändernde Gesetze“ grundsätzlich gut zu bewältigen (bei denen der Gesetzgeber durch Parlamentsgesetz Regelungen in Rechtsverordnungen abändert), weil hier das formale Primat des Bundestags durchgreift; gleiches gilt letztlich sogar für „gesetzesverändernde Verordnungen“ (bei denen der Ordnungsgeber gesetzliche Änderungen an Verordnungen seinerseits wieder ändert), wenn dies durch entsprechende gesetzliche Regelungen bereits vorgesehen ist.<sup>9</sup> Das Bundesverfassungsgericht ist für konkrete Konstellationen noch darüber hinausgegangen und hat im Ausnahmefall auch eigenständige Mischformen zugelassen.<sup>10</sup>

- Zusammenfassend kann man für die Frage der Verbindung von Gesetz und Verordnung hinsichtlich der horizontalen Funktionengliederung zwischen Legislative und Exekutive festhalten: In einem Einheitsstaat ist der Eingriff in die Verordnungssphäre durch den Parlamentsgesetzgeber, etwa durch eine Änderung von Verordnungen, schon deshalb kein Problem, weil der Gesetzgeber durch eine Verordnungsermächtigung nicht den Zugriff auf den Regelungsgegenstand verliert.<sup>11</sup> In diesen Fällen ist es eher eine Frage der Regelungsästhetik und Regelungsklugheit, wieweit der Gesetzgeber (auch nachträglich) in den Bereich der Verordnungsgebung eingreift.

---

<sup>7</sup> Zur besonderen Lage der Gesetzgebung im parlamentarischen Regierungssystem und der besonderen Rolle der allgemeinen Handlungsfreiheit knapp *Wißmann*, Grundrechte in der Wirtschafts- und Arbeitsordnung, in: Handbuch des Verfassungsrechts, im Erscheinen 2021, § 23, Rn. 9 ff mit Fußnote 11.

<sup>8</sup> Zu Mitwirkungsvorbehalten der Parlamente bei Verordnungen (in der Form z. B. von Kenntnissgabe-, Zustimmungs-, Aufhebungs-, Änderungsvorbehalten) Übersicht bei *Bauer*, in: Dreier, GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 27 ff. Umfassend in Bezug auf den Bundestag *Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, 1999, S. 199 ff.

<sup>9</sup> Zu Vorgaben für gesetzesändernde Rechtsverordnungen *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar, GG (Bearb. 1998), Art. 80, Rn. 228 ff. Insbesondere zu sog. „Entsteinerungsklauseln“ m.w.N. *Jarass/Piero-Kment*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 80, Rn. 2.

<sup>10</sup> BVerfGE 114, 196 (233 ff.); zur breiten Kritik daran differenzierend *Bauer*, FS R. Schmidt, 2006, S. 237 ff.

<sup>11</sup> In der Lehre wird das auf die Formel gebracht, die Verordnungsermächtigung sei nur „zuschiebend“, aber nicht „abschiebend“, also reversibel, vgl. *Jarass/Piero-Kment*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 80, Rn. 20.

## b) Lösung im Bundesstaat: Ausdrückliche Zugriffsmöglichkeit des Landesparlaments

- Komplexer liegen die Dinge im Bundesstaat, weil hier bei einer ebenenübergreifenden Verordnungsermächtigung neben der horizontalen auch die vertikale Gewaltenteilung zu berücksichtigen ist. Im Ausgangspunkt kannte das Grundgesetz hier nur den Fall, dass mit einer Verordnungsermächtigung des Bundesgesetzgebers nach Art. 80 I 1 GG ein endgültiger Übergang in die Exekutive verbunden war, wenn dabei Landesregierungen ermächtigt wurden – eine Mitwirkung von Landesparlamenten bei der weiteren Umsetzung von gesetzlichen Ermächtigungen war dann (anders als auf Bundesebene, s. o.) ausgeschlossen.<sup>12</sup> Man kann diesen ursprünglichen Regelungszustand als Modell getrennter Sphären bezeichnen: Nach der parlamentarischen Entscheidung durch den Bundestag waren im Fall der Ermächtigung einer Landesregierung von vornherein und abschließend auf der Landesebene nur noch exekutive Stellen mit der Umsetzung befasst.<sup>13</sup>

Aus Sicht der Bundesländer folgte daraus zunächst: Die Landesexekutive benötigt in diesen Fällen keine landesrechtliche Ermächtigung, um eine grundrechtsbeschränkende Rechtsverordnung zu erlassen, vgl. sonst Art. 70 LV (materielle Wirkung). In Abweichung von der grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Handlungsautonomie der Bundesländer legt das – vorrangige – Bundesgesetz in einem solchen Fall auch ausnahmsweise bereits die Handlungsform auf Länderebene fest (rechtsformbezogene Wirkung) und schließt das Parlament von der Ausübung staatlicher Gewalt aus (akteursbezogene Wirkung).

- Diese Ausgangslage hat der verfassungsändernde Gesetzgeber 1994 durch den neuen Art. 80 Abs. 4 GG abgeändert.<sup>14</sup> Danach sollte nun auch die Handlungsform des Gesetzes zum Einsatz kommen können, um eine bundesrechtliche Ermächtigung auf Landesebene umzusetzen. Die Neuregelung ist ausdrücklich erfolgt, um die Handlungsmöglichkeiten der Landesparlamente zu stärken.<sup>15</sup> Insoweit handelt es sich bei Art. 80 Abs. 4 GG letztlich um eine

---

<sup>12</sup> Nierhaus, in: Bonner Kommentar, GG (Bearb. 1998), Art. 80, Rn. 834.

<sup>13</sup> Entsprechend skeptisch werden dann auch die Möglichkeiten der „bundesparlamentarischen Kontrolle“ für diesen Fall betrachtet, vgl. Uhle, Parlament und Rechtsverordnung, 1999, S. 451 f. Die Arbeit beschränkt sich im Übrigen hinsichtlich seiner Fragestellung auf den Bundestag, vgl. i. E. S. 4, und lässt damit die Regelung des Art. 80 IV GG außer Betracht.

<sup>14</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994, BGBl. I, S. 3146 (3147).

<sup>15</sup> So wörtlich BT-Drs. 12/6000, S. 38 (Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission), ebenso dann der Gesetzentwurf in BT-Drs. 12/6633, S. 11.



förmlich gestaltete Parallelentwicklung zu der oben unter a) geschilderten Praxis, die sich auf der Bundesebene im Verhältnis zwischen Bundestag und Bundesregierung entwickelt hat. In der Folge kann das Landesparlament – wie auch der Bundestag es könnte – im Zuständigkeitsbereich der Länder eine Verordnungsregelung in Gesetzesform erlassen. Das Grundgesetz sichert so das parlamentarische Normsetzungsprimat auch für den Fall einer abgeleiteten Regelungskompetenz (aus dem Bundesrecht) ausdrücklich ab.

### c) Abgrenzungsfragen

Mit dieser formellen Einordnung ist der sachliche Anwendungsbereich solcher „verordnungsvertretenden Gesetze“ auf Landesebene noch nicht hinreichend geklärt. Zu klären sind der Umfang und Rechtsgrund der Gesetzgebungskompetenz in diesen Fällen (aa), die Variabilität der entsprechenden verordnungsersetzenden Gesetze im Verhältnis zum Bundesgesetz (bb) und – damit eng verbunden – die Möglichkeiten einer Subdelegation durch den Landesgesetzgeber an Stellen der Landesexekutive (cc).

#### aa) Umfang und Rechtsgrund der Gesetzgebungskompetenz

- Zunächst ist festzuhalten, dass ein Landesgesetz in den Fällen des Art. 80 Abs. 4 GG (nur) eine Ausführungsnorm aufgrund bundesgesetzlicher Ermächtigung bzw. Verpflichtung ist. Es tritt an die Stelle der eigentlich vorgesehenen Rechtsverordnung, zu der das Bundesgesetz die Landesregierung ermächtigt hat. Das hat zur Folge, dass das Landesparlament – anders als der Bundestag – in diesen Fällen nicht seine staatsrechtlich originäre Gesetzgebungsbefugnis aktiviert, sondern sich (nur) in dem Gestaltungsraum bewegt, den genauso auch die Landesregierung beim Erlass einer Rechtsverordnung hätte. Es handelt sich insofern in der Tat um legitimatorisch abgeleitete „Ausführungsgesetzgebung“. Der originäre gesetzgeberische Gestaltungsspielraum kehrt auch bei Anwendung des Art. 80 Abs. 4 GG nicht materiell wieder zum Land zurück.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Statt aller Schütz, NVwZ 1996, S. 37 (38).

- Durch die vorgängige Gesetzgebung des Bundes kann im Übrigen auch jenseits des Art. 80 Abs. 4 GG eine (zusätzliche) eigenständige Landesgesetzgebung ausgeschlossen sein. Dies richtet sich nach allgemeinen Regeln. Zu beachten ist insoweit nur der Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung, Art. 72, 74 GG: Hier ist jeweils zu ermitteln, ob der Landesgesetzgeber trotz bestehender bundesrechtlicher Regelung noch eigene materielle Regelungsmöglichkeiten hat, oder ob der Bund von seiner Regelungskompetenz abschließend Gebrauch gemacht hat – das kann nicht nur abweichende, sondern insbesondere etwa auch weitergehende Regelungen durch das Land ausschließen.<sup>17</sup> In diesen Fällen verbleibt es bei der Ausführungsnormgebung durch Landesregierung (per Rechtsverordnung) oder Landesparlament (durch Gesetz).

#### bb) Gestalt und möglicher Inhalt verordnungseretzender Gesetze

- Eine entscheidende Frage ist, welche Gestalt und welchen genauen Inhalt ein Landesgesetz haben kann, das in Anwendung des Art. 80 Abs. 4 GG erlassen wird. Unstreitig ist zunächst, dass sämtliche Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Gesetzgebungsverfahren zu erfüllen sind: Verabschiedet wird ein förmliches Parlamentsgesetz nach Maßgabe des jeweiligen Landesverfassungsrechts.<sup>18</sup> Zugleich ist wegen der Abhängigkeit vom vorangehenden Bundesgesetz das verordnungsrechtliche Zitiergebot (Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG) zu beachten.<sup>19</sup>

In frühen Stellungnahmen nach Verabschiedung des Art. 80 Abs. 4 GG im Jahr 1994 ist vertreten worden, dass die Vorschrift in der Weise streng zu verstehen sei, dass das Parlament in diesem Fall eine Art „Ersatz-Exekutive“ darstellt und daher ebenso agieren müsse, wie es der Ordnungsgeber auch täte („Ganz oder gar nicht Theorie“).<sup>20</sup> Das könnte konkret vor allem bedeuten, dass der Landesgesetzgeber eine

---

<sup>17</sup> Dazu allgemein Jarass/Pieroth-Kment, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 72 RN. 6 ff. Diese Frage hat beim Erlass des NRW-Pandemie-Gesetzes im April 2020 eine größere Rolle gespielt, weil der Gesetzentwurf der Landesregierung zunächst Maßnahmen vorsah, die über die bundesrechtlichen Regelungen noch hinausgingen.

<sup>18</sup> Unstreitig, vgl. Brenner, in Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 122; ausführlicher zur Rechtsnatur der verordnungsvertretenden Landesgesetzes mit Differenzierungen Nierhaus, in: Bonner Kommentar, GG (Bearb. 1998), Art. 80 Rn. 839 ff.

<sup>19</sup> Herrschende Auffassung, Jarass/Pieroth-Kment, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 80, Rn. 9; Bauer, in: Dreier, GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 68.

<sup>20</sup> Nierhaus, in: Bonner Kommentar, GG (Bearb. 1998), Art. 80 Rn. 840 („Von Gesetzgebung im funktionellen Sinne kann folglich nicht gesprochen werden“); stellvertretend für die skeptische Tonlage etwa auch Schütz, NVwZ 1996, S. 37 (40); Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80, Rn. 201 (2013).

vollständige Rechtsverordnung erlassen müsse, nur eben in Gesetzesform. Die entsprechenden Vorstellungen zielen darauf, dass eine gestufte Wahrnehmung des Verordnungsrechts nicht zulässig ist und insbesondere kein Raum für Besonderheiten parlamentarischer Regelungsansätze bliebe. Damit würde das Instrument des Art. 80 Abs. 4 GG im Ergebnis zu einer weitgehend substanzlosen Hülle, weil die Einschaltung des Gesetzgebers keine praktischen Konsequenzen nach sich zöge.

Eine solche Sichtweise kann aus mehreren durchgreifenden Gründen nicht überzeugen:

- Sie geht schon fehl in der Annahme, dass ein Ordnungsgeber nur einem abstrakten Gesetzesbefehl folge und darauf stets mit einer Vollregelung antworte – Gesetz und Verordnung also etwas wesentypisch Unterschiedliches seien. Insofern liefert schon Art. 80 Abs. 4 GG selbst ein Gegenargument. Denn der Landesverordnungsgeber ist eben keineswegs notwendig nur an einen einzigen (gesetzlichen) Normbefehl gebunden, weil z. B. schon das Grundgesetz ganz ausdrücklich sowohl eine Befugnis durch Gesetz ebenso wie durch nachfolgende Verordnung auf Bundesebene kennt („durch Bundesgesetz oder auf Grund von Bundesgesetzen“). Auch bundesstaatlich ist also die gestufte Ermächtigung und Umsetzung von vornherein ein verfassungsrechtlicher Normalfall, bei der insbesondere neben dem vorgeschalteten Stammgesetz dann auch noch (mindestens) zwei Rechtsverordnungen (auf Bundes- wie auf Landesebene) vorkommen können.<sup>21</sup>

- Weiter ist insbesondere die Fehlvorstellung zu vermeiden, dass beim Erlass von Rechtsverordnungen keine materiellen Gestaltungsräume bestünden. Dies ist schon theoretisch falsch, weil dem ein verfassungsrechtlich falsches Verständnis von der Art der legislativen Ermächtigung zugrundeliegt (s. o. II. 1.). Die deutsche Staatsrechtslehre hat hier eine historisch bedingte Wahrnehmungsschwäche, weil sie sich traditionell vor allem mit dem Parlamentsgesetz und seiner Ausweitung beschäftigt – der Rechtsverordnung wird dann die Rolle bloßer „Detail-“ oder „Ausführungsregeln“

---

<sup>21</sup> Zur Frage der (weiteren) Subdelegation cc.).

zugebilligt;<sup>22</sup> dabei gerät leicht aus dem Blick, in welchem großem Umfang das geltende Recht praktisch erst durch die Umsetzungsnormen der exekutiven Ebene erzeugt wird.<sup>23</sup> Insbesondere genügt es der Wesentlichkeitstheorie, wenn der parlamentarische Gesetzgeber hinreichend bestimmt geregelt hat, unter welchen Voraussetzungen Grundrechtseingriffe stattfinden können – er muss gerade noch nicht selbst entschieden haben, ob diese dann auch stattfinden, sondern kann insoweit ein Mandat an den Ordnungsgeber erteilen.<sup>24</sup> Wenn also dem Verordnungsgeber auch materielle Entscheidungsspielräume zukommen (etwa: ob er Maßnahmen ergreift, welche er ergreift, wann und wie er sie ergreift) – dann kann genau dieser Gestaltungsspielraum eben auch vom Parlament wahrgenommen werden, obwohl es bei der abgeleiteten Regelungszuständigkeit auf der Grundlage des ermächtigenden Bundesrechts bleibt.

- Letztlich ist die „Ganz oder gar nicht“-Sichtweise erkennbar überholten theoretischen Vorannahmen geschuldet: Sie gehen von einem hermetischen Exekutivraum aus, in dem das Parlament sich zwar der Form der Verordnung in Gesetzesform bedienen kann, letztlich aber zum Teil der Exekutive wird. Der Anwendungsbereich des Art. 80 Abs. 4 GG wird so möglichst gering gehalten, indem das Landesparlament als Ersatz für ein Exekutivorgan betrachtet wird. Diese Auffassung geht zunächst am Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers vorbei: Dieser wollte nicht das Instrument des Parlamentsgesetzes stärken, sondern das Parlament – selbstverständlich in dessen eigenen Arbeitsweisen und nicht als bloßes Ersatzorgan für die anders geartete Arbeitsweise der Ministerien.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Bspw. *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar, GG (Bearb. 1998), Art. 80 Rn. 840 („eher technische Details und ephemere Regelungen“). Zum historischen Kontext der „Verordnungssphobie“ *Hill/Martini*, Exekutivische Normsetzung, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Band 2, 2. Aufl. 2012, § 34, Rn. 18. Entsprechend für den Bereich des Art. 80 Abs. 4 GG *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80, Rn. 201 (2013).

<sup>23</sup> Überblick etwa bei *Wagner/Brockner*, NVwZ 1997, 759 (759 f.); *Saurer*, Die Funktionen der Rechtsverordnung, 1999, S. 19.

<sup>24</sup> Zum „Verordnungsermessen“ *Brenner*, in Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 72 ff.

<sup>25</sup> Dies wird man der Intention, die „Handlungsmöglichkeiten der Länderparlamente zu stärken“, als Konsequenz zuweisen dürfen, vgl. BT-Drs. 12/6633, S. 11. Gleichsinnig *Maurer*, Das ordnungsvertretende Gesetz, FS W. Leisner, 1999, S. 583 (597); dort S. 588 ff. auch zu möglichen Kollisionen zwischen ordnungsvertretendem Gesetz und Rechtsverordnung der Landesregierung.

Vor allem wird auch die Entwicklung der Staatspraxis sowohl auf Bundesebene wie auf Landesebene außer acht gelassen, die längst auf eine gegenseitige Koordination von Gesetz und Verordnung unter Beachtung des Parlamentsprimats angelegt ist (s. o. II. 1.). Dies ist für den jeweiligen Verfassungsraum von Bund und Land anerkannt – und es ist schlicht kein Sachgrund erkennbar, warum gleiches nicht auch bei der zusätzlichen Einschaltung des Landesgesetzgebers gelten soll, zumal genau für diesen Fall das Grundgesetz sogar eine ausdrückliche Regelung enthält. Diese Entwicklung ist im Übrigen auch verfassungstheoretisch richtig: Denn durch Verordnungen kann in Rechte von Bürgern eingegriffen werden. Wenn insoweit das Parlament zusätzliche Verantwortung übernimmt, ist dies ein positiver verfassungsrechtlicher Selbstzweck. Es wäre im Gegenteil höchst bedenklich, würde die Landesexekutive bei einer Ermächtigung durch Bundesgesetz zum „Staat im Staat“, auf den das Parlament mit seinem vornehmsten Instrument, dem der Gesetzgebung, keinen Einfluss mehr hat.

#### cc) Subdelegation durch den Landesgesetzgeber

Eine wichtige praktische Überprüfung, wie weit das Gesetzgebungsrecht nach Art. 80 Abs. 4 GG trägt, folgt aus der Frage, wie das Verhältnis von Landesparlament und der Landesregierung bei der Anwendung des Art. 80 Abs. 4 GG gestaltet ist. Konkret geht es um die Frage, ob das Parlament durch sein Gesetz die Landesregierung bzw. Teile der Landesregierung ermächtigen (bzw. verpflichten) kann, weitere Regelungen im Sinne von Ausführungsverordnungen zu erlassen (sogenannte Subdelegation).

- Darauf käme es vor allem dann an, wenn der Landesgesetzgeber eben nicht vollständig an die Stelle der Ordnungsbehörde treten, sondern nur eine spezifische parlamentarische „Zwischenschicht“ erzeugen will. Dort könnten bestimmte hervorgehobene Fragen im Rahmen der Ermächtigung durch den Bund entschieden werden, im Weiteren aber das gewohnte exekutive Ordnungsrecht genutzt werden. Lässt sich diese Frage bejahen, wird die Gesetzgebung nach Art. 80 Abs. 4 deutlich attraktiver, weil der Landesgesetzgeber eben nicht die volle Last des Ordnungsgebers tragen muss, sondern sich auf ausgewählte Fragen beschränken kann.

Den formalen Rahmen bildet insoweit Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG. Danach gilt: „Ist durch Gesetz vorgesehen, daß eine Ermächtigung weiter übertragen werden kann, so bedarf es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung.“

Nach herrschender Auffassung ist damit jedenfalls im Grundsatz festgelegt, dass eine Delegation an weitere Ordnungsgeber einer gesetzlichen Ermächtigung im Ausgangsgesetz bedarf. Dies muss jeweils nach den allgemeinen Maßgaben ermittelt werden: Wenn der Gesetzgeber eine Delegation nicht zugelassen hat und damit abschließend eine klare Zuweisung von Verantwortung an den Primärdelegatar festlegt, kann der ermächtigte Ordnungsgeber diese nicht an Dritte abschieben.<sup>26</sup>

- Weiter muss nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG die Delegation selbst dann durch Rechtsverordnung erfolgen. Nicht ernsthaft bestritten werden kann, dass im Anwendungsfall des Art. 80 Abs. 4 GG auch insoweit die Position der Rechtsverordnung nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG durch das ordnungsvertretende Gesetz eingenommen wird. Ansonsten bestünde eine Sperre möglicher Delegationen von vornherein nur und ausgerechnet für Parlamentsgesetze; eine solche Schlechterstellung lässt sich keinesfalls begründen. Die weitere Delegation müsste also durch das Gesetz im Sinn des Art. 80 Abs. 4 GG vorgenommen werden.<sup>27</sup>

- Die entscheidende Frage ist, ob weitere Einschränkungen des Delegationsrechts zu beachten sind. Insoweit wird in der älteren Literatur vertreten, dass das Parlament jedenfalls nicht (wieder) die Landesregierung zum Erlass weiterer Verordnungen ermächtigen kann (sondern nur etwa einzelne Ministerien).<sup>28</sup> Dafür wird (zunächst

---

<sup>26</sup> Der Regelungsanspruch des Art. 80 I 4 GG ist nicht eindeutig, sofern man annimmt, dass dort nur ein bestimmter Fall der Delegation geregelt wird, eben der einer gesetzlichen Ermächtigung der Delegation. Die Staatspraxis hilft sich über diese Unschärfe hinweg, indem sie auch „unausgesprochene“ gesetzliche Delegationsermächtigungen annimmt, vgl. dazu mit weiteren Nachweisen *Brenner*, in: Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 63. Allgemein großzügig für eine Weiterübertragung der Ermächtigung im Fall des Art. 80 IV GG *Maurer*, Das ordnungsvertretende Gesetz, FS W. Leisner, 1999, S. 583 (590 f.). *Jarass/Pieroth-Kment*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 80, Rn. 9; auch *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80, Rn. 205 (mit Einschränkung in Fn. 3) (2013).

<sup>27</sup> Es liegt insoweit auch kein Fall des sog. „föderativen Delegationsverbots“ (bezogen auf Delegationen zur gesamten Hand zwischen Bund und Ländern) vor, dazu *Brenner*, in: Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 61.

<sup>28</sup> *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar, GG (Bearb. 1998), Art. 80 Rn. 844.

zutreffend) vorgebracht, dass die Landesregierung in jedem Fall der ursprüngliche Delegatar der bundesrechtlichen Ermächtigung war und das Parlament sich durch eigene Entscheidung zum Alternativdelegatar gemacht habe. Der Landtag habe sich damit an die Stelle der Landesregierung gesetzt, die sich schließlich auch nicht selbst ermächtigen könne.

Diese Anschauung ist sophistisch, weil sie einen irrealen Parallelfall konstruiert: Denn in der Tat kann die Landesregierung sich nicht selbst ermächtigen, wenn sie selbst das Verordnungsrecht bereits in Händen hält. Das braucht sie dann ja aber auch nicht, eben weil sie bereits Verordnungsgeber ist. Präziser müsste also gefragt werden, ob die Position der Landesregierung als Primärdelegatar bei einer Übernahme durch das Landesparlament sozusagen verbraucht wird. Das wäre im Ergebnis aber eine unnötige doppelte Schlechterstellung sowohl für die Landesregierung wie auch für den Landtag: Die Landesregierung würde ihren Zugriff auf die Materie vollständig verlieren, obwohl sie ursprünglich dafür zuständig war, und der Landtag könnte sich nicht mehr an seinen primären Ansprechpartner, die Landesregierung als Ganzes, wenden. Die Argumentation erscheint als Teil eines Abschreckungs-Szenarios, mit dem der Landtag gehindert werden soll, im Ordnungswesen eine Rolle zu spielen – eine kleine Schwester der „Ganz oder gar nicht“-Theorie. Eine parlamentsfreundliche Sichtweise, die die Verfassungsautonomie der Länder respektiert und vor allem auch den Grundgedanken des Art. 80 Abs. 4 GG positiv aufnimmt, wird die (Rück-) Übertragung der Verordnungsermächtigung an die Landesregierung als sinnvolle Variante in der Zusammenarbeit der Staatsfunktionen würdigen, gegen die weder der Wortlaut noch die teleologische Auslegung des Grundgesetzes in Stellung gebracht werden kann.<sup>29</sup>

Aber selbst eine engere Auffassung müsste konzедieren, dass jedenfalls die Übertragung an Stellen außerhalb der Landesregierung im Ganzen, also in erster Linie an Fachminister, zweifellos möglich ist: Wenn das Parlament – ohne Rückfahrchein – in die Rolle der Landesregierung einrückt, kann es zumindest ebenso wie die Landesregierung selbst agieren.

---

<sup>29</sup> Ebenso Maurer, Das ordnungsvertretende Gesetz, FS W. Leisner, 1999, S. 583 (591).

### 3. Alternative: Originärer Zustimmungsvorbehalt des Landtags?

Eine alternative Zugriffsmöglichkeit des Landtags könnte sich ergeben, wenn ihm neben oder statt des aktiv-gestaltenden Eintritts in das Verordnungsrecht der Landesregierung auch die Möglichkeit zu Gebote stünde, einen passiven Genehmigungsvorbehalt für Rechtsverordnungen der Landesregierung als Teil seiner originären landesrechtlichen Aufgaben wahrzunehmen. In diesen Fällen wäre keine materielle Vorsteuerung, wohl aber eine Unterbindung von Rechtsverordnungen der Landesregierung denkbar.

Grundsätzlich sind parlamentarische Vorbehalte, die ein Verordnungsrecht einschränken, in vielfältiger Gestalt bekannt und überwiegend auch anerkannt.<sup>30</sup> Insoweit muss allerdings präzise abgeschichtet werden: Einem Parlament steht grundsätzlich die Möglichkeit zu, die von ihm erteilten Verordnungsermächtigungen unter Zustimmungsvorbehalte usw. zu stellen. Dies gilt für den Bundestag ebenso wie für den Fall, dass der Landtag der Landesregierung eine Verordnungsermächtigung nach Art. 70 LV erteilt. In beiden Fällen nimmt der Gesetzgeber insoweit sein originäres Gestaltungsrecht bei der Erteilung von Rechtsverordnungen in Anspruch, die er eben auch relativ oder konditioniert erteilen kann.

Wenn allerdings die Verordnungsermächtigung durch den Bundestag an die Landesregierung erteilt worden ist, besteht überhaupt kein originäres Gesetzgebungsrecht des Landtags. Daher kann sich auch ein möglicher Vorbehalt nicht auf dieses originäre Gesetzgebungsrecht stützen. Es bliebe nur der Ansatz, dass mit dem Übergang in das Landesrecht die allgemeine Aufteilung der Staatsfunktionen (nach Maßgabe des Landesrechts) aktiviert wird: Die Landesregierung ist per se davon abhängig, dass sie vom Vertrauen des Landtags getragen ist, und ist dem Landtag Rechenschaft schuldig. Allerdings muss man konstatieren, dass insoweit ein Sonderfall vorliegt, wenn die Landesregierung auf der Grundlage einer bundesrechtlichen Ermächtigung handelt: Sie ist durch Bundesrecht umfassend legitimiert, Verordnungen zu erlassen. Der Landtag kann zwar wie gesehen in dieses Recht eintreten. Doch bleibt es hier bei einer Ermächtigung durch das vorrangige Bundesrecht, die nicht unter nachlaufende landesrechtliche Vorbehalte gestellt werden kann. Insoweit läge bei einem eigenständigen landesrechtlichen Genehmigungsvorbehalt kein bloßes *Minus* gegenüber dem aktiven

---

<sup>30</sup> Siehe bereits oben bei Fn. 8.



Gesetzgebungsrecht aus Art. 80 Abs. 4 GG vor, sondern ein *Aliud*, das durch vorrangiges Bundesrecht gesperrt ist.<sup>31</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Nach der Untersuchung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe lässt sich als wesentliches Zwischenergebnis festhalten:

- Die gestufte Wahrnehmung von Verordnungsermächtigungen ist im Grundgesetz schon für die Bundesebene selbst vorgesehen und entspricht in vielfältigen Formen ständiger Staatspraxis.
- Die „verordnungsvertretende Gesetzgebung“ nach Art. 80 Abs. 4 GG wurde ausdrücklich in da Grundgesetz aufgenommen, um die Rolle der (Landes-) Parlamente auch im Bereich des Verordnungsrechts zu stärken. Daher ist schon ganz prinzipiell Versuchen entgegenzutreten, diese Gestaltungsmöglichkeit möglichst stark einzuschränken, indem Voraussetzungen maximal ungünstig verstanden werden und das Parlament als bloßer Ersatzakteur der Exekutive aufgefasst wird. Vielmehr ist die positive Kooperation der Staatsfunktionen wie auch sonst die Leitlinie einer adäquaten Verfassungsauslegung.
- Konkret kann das Landesparlament in alle Rechte des Ordnungsgebers eintreten: Nach Maßgabe der bundesrechtlichen Vorgaben kann es über das „ob, was, wann und wie“ von Maßnahmen entscheiden und wie die Exekutive sonst auch selbständiges (Verordnungs-) Recht setzen. Dies geschieht in den Formen der parlamentarischen Gesetzgebung und zugleich unter Beachtung des ordnungsrechtlichen Zitiergebots.
- Insbesondere kann das ordnungsvertretende Gesetz auch nur Teile der Ermächtigung von eigener Hand nutzen und im Übrigen (wiederum nach Maßgabe des Bundesrechts) weitere Stellen des Landes zur Ordnungsgebung ermächtigen bzw. verpflichten, soweit dies die Landesregierung selber auch könnte. Nach zutreffender Auffassung gilt dies auch gegenüber der Landesregierung als Ganzes, unzweifelhaft aber zumindest gegenüber allen anderen Stellen der Landesexekutive, also z. B. Fachministern.

---

<sup>31</sup> Ähnlich in allgemeiner Hinsicht am Beispiel der Bundesebene *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar, GG (Bearb. 1998), Art. 80 Rn. 226: „Dem numerus clausus der Erstdelegatäre entspricht ein numerus clausus der Zustimmungsberechtigten“.

### III. Anwendung: Ordnungsvertretende Gesetzgebung im Infektionsschutzrecht

#### 1. Pandemiebezogene Sonderregelungen

Das Bundesinfektionsschutzgesetz enthält bekanntlich seit dem 18. November 2020 in §§ 28, 28a die aktuellen materiellrechtlichen Vorgaben für einschlägige Gebote und Verbote.<sup>32</sup> In der Staatspraxis ist – in der Konsequenz der Zuständigkeit der Bundesländer für die Ausführung von Bundesgesetzen – vor allem die Ermächtigung nach § 32 InfSchG wichtig:

*Die Landesregierungen werden ermächtigt, 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. Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz), der Freizügigkeit (Artikel 11 Abs. 1 Grundgesetz), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 Grundgesetz), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 Grundgesetz) und des Brief- und Postgeheimnisses (Artikel 10 Grundgesetz) können insoweit eingeschränkt werden.*

Es handelt sich somit um einen typischen Anwendungsfall der unter II. skizzierten Situation:

- Das Bundesgesetz ermächtigt die Landesregierung gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 1 f. GG zum Erlass von Rechtsverordnungen, wobei materiell die Voraussetzungen durch §§ 28, 28a festgelegt werden (§ 32 S. 1 InfSchG). Eine Subdelegation gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG ist ausdrücklich vorgesehen (§ 32 S. 2 InfSchG). Diese ist in NRW durch § 10 des Landespandeemiegesetzes (IfSBG-NRW) vom 14.4.2020 durch Übertragung der Zuständigkeit an das „für Gesundheit zuständige Ministerium“, also das Ministerium für Arbeit und Gesundheit übertragen worden.
- An Stelle dieser Rechtsverordnung kann gemäß Art. 80 Abs. 4 GG ein Parlamentsgesetz treten, wodurch ein Wechsel von Rechtsform und Akteur stattfindet.

---

<sup>32</sup> Letzte Änderung durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. November 2020 (BGBl. I S. 2397).

- Insbesondere sind die Regelungen der §§ 28, 28a InfSchG auch ein besonders deutliches Beispiel für die zutreffende herrschende Auffassung, dass eine bundesrechtliche Ermächtigungsnorm weiten Spielraum für den Verordnungsgeber lassen kann, zu welchen Maßnahmen er sich entschließt und also erhebliches Gestaltungspotential auf der nachgeordneten Normebene verbleibt; wollte man das anders sehen, wären §§ 28, 28a InfSchG mangels hinreichender Bestimmtheit eindeutig verfassungswidrig, weil sie für einzelne Maßnahmen kaum tatbestandliche Voraussetzungen vorsehen und das innere Verhältnis der meisten Maßnahmen nicht vorsteuern. Erst durch den zusätzlichen Normbeitrag des Verordnungsgebers lässt sich überhaupt vertreten, dass es sich aus Sicht des Bürgers insgesamt um hinreichend bestimmte Regelungen handelt.

## **2. Insbesondere: Prozedurale Anforderungen an Verordnungen nach dem InfSchG**

### a) Gesetzliche Bestimmung: Begründung und Befristung

Zu berücksichtigen sind für die Verordnungsgebung (und auch für die ordnungsvertretende Gesetzgebung) die materiellen Vorgaben des InfSchG. Insoweit muss beachtet werden, was nach §§ 28, 28a Abs. 1 f. InfSchG jeweils inhaltlich Voraussetzung für den Erlass von grundrechtsbeschränkenden Regelungen ist; insbesondere ist nach Abs. 2 eine Stufung von Maßnahmen vorgesehen, nach Abs. 6 ist auch die kumulative Anordnung von Maßnahmen möglich.

Besondere Beachtung verdient der im November 2020 neugefasste § 28a Abs. 5 InfSchG:

*(5) Rechtsverordnungen, die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Absatz 1 und § 28a Absatz 1 erlassen werden, sind mit einer allgemeinen Begründung zu versehen und zeitlich zu befristen. Die Geltungsdauer beträgt grundsätzlich vier Wochen; sie kann verlängert werden.*

Wenn ein Parlamentsgesetz an die Stelle der entsprechenden Rechtsverordnung tritt, muss sich das ordnungsvertretende Gesetz wie gesehen auch den hier genannten Anforderungen des Stammgesetzes unterwerfen: Es ist also eine allgemeine Begründung

vorzusehen, was für ein Parlamentsgesetz bereits ungewöhnlich, aber durchaus bekannt ist.<sup>33</sup> Hinzu kommt eine Befristung, die in zwei Schritten geregelt wird: § 28a Abs. 5 S. 1 InfSchG sieht eine obligatorische Befristung vor; S. 2 bestimmt, dass diese „grundsätzlich“ vier Wochen beträgt und verlängert werden kann.

#### b) Insbesondere: Befristung

Mit der Pflicht zur Befristung tritt für das ordnungsvertretende Gesetz ein offenkundiges Problem auf, weil sich nun zwei neuartige Strategien zur Begrenzung exekutiver Macht kreuzen: Die Begründungs- und Befristungspflichten des Ordnungsgebers sind erst im letzten Moment auf Betreiben der Opposition und der Staatsrechtslehre in das InfSchG aufgenommen worden – sie wirken jetzt aber auch in Hinblick auf den anders gearteten Kontrollansatz einer Parlamentarisierung des Ordnungsrechts auf Landesebene nach Art. 80 Abs. 4 GG. Insoweit ist die Rechtslage eindeutig: Ein Parlamentsgesetz, das sich als Ersatz einer Verordnung durch Landesregierungen nach § 32 InfSchG befreit, muss alle Anforderungen erfüllen, die an die Rechtsverordnung gestellt werden. Das bedeutet, dass das Gebot der Befristung sich direkt an das ordnungsvertretende Gesetz richtet und von ihm jedenfalls nicht einfach vollständig weitergereicht werden kann.

- Eine Befristung des ordnungsvertretenden Gesetzes ist also unvermeidbar, § 28a Abs. 5 S. 1 InfSchG. Die entscheidende Frage dürfte allerdings sein, welchen Spielraum es hinsichtlich des vorgegebenen Zeitraums von vier Wochen gibt. Ein gewisser Spielraum kann hier im konkreten Fall insofern erblickt werden, als dass diese Dauer der Befristung abgesetzt in S. 2 nur „grundsätzlich“ auf vier Wochen vorgesehen ist.

Das Ziel der Regelung des § 28a Abs. 5 InfSchG ist nach der Gesetzesbegründung:

*„Mit der Befristungspflicht wird sichergestellt, dass die jeweilige Rechtsverordnung unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen der Corona-Pandemie fortgeschrieben werden muss. Hierbei ist stets unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebots*

---

<sup>33</sup> Vgl. insbesondere die Rechtsprechung des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts zu Begründungspflichten im Bereich der Alimentationsgesetzgebung, vgl. BVerfGE 130, 263 (302); 139, 64 (126 f.); 140 (240 (296)); 149, 382 (395); zuletzt BVerfG BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 04. Mai 2020, - 2 BvL 4/18 -, Rn. 97.

*und unter Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen zu prüfen, ob die getroffenen Maßnahmen noch aufrechterhalten oder eine Lockerung verantwortet werden kann. Bei intensiven Grundrechtseingriffen ist regelmäßig eine kurze Befristung vorzusehen. Die Geltungsdauer beträgt grundsätzlich vier Wochen; sie kann optional verlängert werden.*<sup>34</sup>

- Grundsatzbestimmungen wie die vorliegende erlauben eine Abweichung bei hinreichender Begründung unter Beachtung des konkreten Regelungsziels.<sup>35</sup> Es wäre insoweit ein doppelter Begründungsansatz notwendig:

- Institutionell begründet sich eine längere Befristung des ordnungsvertretenden Gesetzes aus der Besonderheit des Gesetzgebungsverfahrens, die eine dauernde Neuverabschiedung anders als bei Rechtsverordnungen praktisch unmöglich macht. Es ist darauf zu verweisen, dass der einfache Bundesgesetzgeber mit seiner Regelung in § 32 InfSchG schon aus Gründen der Bundestreue die höherrangige Regelung des Art. 80 Abs. 4 GG nicht unterlaufen darf. Insofern wäre der parlamentsfreundliche Grundansatz des Art. 80 Abs. 4 GG zu berücksichtigen: Während die Befristung gegenüber dem Ordnungsgeber angesichts formal leichter Verlängerungsmöglichkeiten eine grundrechtsschützende, aber nicht effektivitätsschädliche Regelung ist, erschwert sie eine parlamentsgesetzliche Umsetzung ganz erheblich. Daher ist die mögliche regulative Besonderheit der parlamentsgesetzlichen „Zwischenschicht“ hier in Anschlag zu bringen, um eine Ausnahme zu rechtfertigen.

- Eine solche institutionelle Begründung ist in Richtung des durch die Befristung primär intendierten Grundrechtsschutzes noch nicht hinreichend. Daher müsste ein ordnungsvertretendes Gesetz in diesem Fall materiell ergänzend vorsehen, dass Grundrechtseingriffe nicht schon isoliert durch das ordnungsvertretende Gesetz allein geregelt sind, sondern solche nur in Verbindung mit Rechtsverordnungen der

---

<sup>34</sup> BT-Drucksache 19/24334, S. 82.

<sup>35</sup> Das Wort „grundsätzlich“ wird hier in der juristisch üblichen Verwendung eingesetzt, die eine normative Regel mit Ausnahmemöglichkeiten bezeichnet, und nicht im Sinn einer ausnahmslosen Pflicht, vgl. zu dieser Unterscheidung Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 281. Das ergibt sich eindeutig aus der Gesetzesbegründung, in der für die Fristdauer die Chiffre „regelmäßig“ verwendet wird.

Landesregierung bzw. des zuständigen Ministeriums zugelassen werden; vorgesehen werden sollte dann im Gesetz, dass die bundesrechtlich vorgeschriebene grundsätzliche Befristung von vier Wochen für die zusätzlichen exekutiven Verordnungen obligatorisch ist. Damit würde sogar eine gesteigerte Absicherung der Bürger verbunden, so dass die Intention des Gesetzgebers in Bezug auf die grundsätzlich kurze Frist gewahrt wäre.

Aus „Empfängerperspektive“ bleibt dann die Befristung materiell erhalten, weil die ausführenden Rechtsverordnungen alle vier Wochen verlängert werden müssen, zugleich wird ein Zugewinn an Legitimation durch Einschaltung des Parlaments erreicht.<sup>36</sup>

- Mit einer solchen Doppelbegründung wäre eine Abweichung von der Vier-Wochen-Frist für das ordnungsvertretende Gesetz zu rechtfertigen. Es muss aber deutlich darauf hingewiesen werden, dass dabei ein verfassungsrechtliches Risiko verbleibt, ob eine solche gesetzliche Regelung im Streitfall Bestand hat. Das ordnungsvertretende Gesetz selbst ist jedenfalls im Grunde strukturell gehindert, selber bereits endgültiges Recht zu setzen, weil dieses der kurzen Frist unterliefe.

### **3. Kontrollüberlegung: Andere Eingriffsrechte des Landtags?**

Wegen der durchaus sichtbaren Herausforderung, Art. 80 Abs. 4 GG im konkreten Fall nach gegenwärtiger Rechtslage zu nutzen, soll abschließend nochmals gesondert überprüft werden, ob dem Landtag neben dem aktiv-gestaltenden ordnungsvertretenden Gesetz auch die Möglichkeit zu Gebote steht, als Teil seiner originären landesrechtlichen Befugnisse einen passiven Genehmigungsvorbehalt für Rechtsverordnungen der Landesregierung wahrzunehmen. In diesen Fällen wäre keine materielle Vorsteuerung, wohl aber eine Unterbindung von Rechtsverordnungen der Landesregierung denkbar. Der praktische Vorzug

---

<sup>36</sup> Kein geeigneter Begründungsansatz ist es, auf eine *materielle* Abweichung von der eigentlich gemeinten Lage abzustellen und damit eine Ausnahme zu rechtfertigen. Denn aus Sicht der Bürgerinnen und Bürger dient die kurze Frist dem Schutz der Grundrechte. In dem hier vorgeschlagenen Modus einer gesetzlichen Regelung würde im Gegenteil die *normativ* zulässige Ausnahme für ein ordnungsvertretendes Gesetz zu einer materiellen Verstärkung der Regel führen.

wäre, dass die Befristung einer solchen Regelung, wie sie sich vorliegend aus § 32 Abs. 5 InfSchG in Verbindung mit Art. 80 Abs. 4 GG ergibt, entfallen würde.

Festgestellt werden kann, dass ein solcher Zugriff auf die bundesrechtliche Regelung in der gegenwärtigen Staatspraxis durchaus einen Ansatzpunkt findet. Immerhin hat der Landtag im § 10 des Landes Pandemiegesetzes (IfSBG-NRW) vom 14.4.2020 ohne viel Federlesens die Zuständigkeit für Rechtsverordnungen nach § 32 durch gesetzliche Regelung von der Landesregierung auf das MAGS übertragen, vgl. § 10. Bei zutreffender Betrachtung hat er damit in einen Bereich eingegriffen, den das Bundesrecht der Landesregierung übertragen hat: Sie hat das Ordnungsrecht, und allein ihr – und nicht dem Landtag – obliegt es, ob sie ihr Ordnungsrecht weiterdelegiert. Die Regelung lässt sich als Versehen aufklären: Der Landtag hat ganz ausdrücklich die §§ 1-10 des IfSBG-NRW bei gleicher Zählung aus der zuvor bestehenden Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz (ZVO-IfSG) übernommen, wo diese Delegation zutreffend durch die Landesregierung geregelt worden war; die Bindung durch Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG, nach der das Subdelegationsrecht der Landesregierung zusteht, ist dabei offensichtlich nicht bedacht worden.<sup>37</sup>

Ungeachtet der Wirkung dieses Fehlers für die Rechtsgültigkeit der Corona-Schutzverordnung sollte aber jedenfalls zukünftiges Gesetzesrecht nicht auf die fehlerhafte Annahme gestützt werden, der Landesgesetzgeber könne über das Anwendungsumfeld einer Rechtsverordnung nach § 32 InfSchG weitergehende Anordnungen treffen. Zusammenfassend muss also festgehalten werden, dass hier kein anders begründetes, originäres Zugriffsrecht des Landtags im Sinn von eigenständigen, landesverfassungsrechtlichen Vorbehaltsrechten des Parlaments gegenüber „seiner“ Regierung besteht und auch nicht durch Gesetz begründet werden kann: Denn der Ordnungsgeber hat durch vorrangiges Bundesrecht bereits eine umfassende Handlungsermächtigung erteilt, die nicht durch Landesrecht relativiert werden kann; insoweit bleibt richtig, dass der Landtag durch Gesetz zwar an die Stelle der Landesregierung treten kann, allerdings den Korridor nicht durchbrechen oder erweitern kann, den das Bundesrecht setzt.

---

<sup>37</sup> Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz – ZVO-IfSG - vom 28. November 2020, GV. NRW. 2020 S. 701. Zur gesetzgeberischen Intention LT-Drs. 17/8920, S. 71. Bei großzügiger Betrachtung kann die Regelung des § 10 IfSBG-NRW vom April als Anwendungsfall des Art. 80 Abs. 4 GG verstanden werden, wodurch der Landtag insoweit (unter Missachtung des Zitiergebots) das Ordnungsrecht an sich gezogen hat und eine Subdelegation ausgesprochen hat. Insoweit würde allerdings durch die Neufassung des § 32 Abs. 5 InfSchG jetzt die schnelle Verfristung des § 10 drohen.

## IV. Ausblick

Die Überlegung, eine Verbesserung der Pandemie-Strategie durch stärkere parlamentarische Verantwortung herzustellen, ist für ein freiheitliches Gemeinwesen angemessen. Dabei sind in den letzten Monaten verschiedene Ansätze zum Teil parallel durchdacht worden.

Die voranstehenden Ausführungen haben in erster Linie das Instrument der verordnungsgebenden Gesetzgebung nach Art. 80 Abs. 4 GG geprüft. Entgegen bestimmter Vorannahmen besteht hier grundsätzlich eine elegante und leistungsfähige Möglichkeit, durch Parlamentsgesetz Einfluss auf das Verordnungswesen zu nehmen, indem sich der Landesgesetzgeber in die Kette von Verordnungsermächtigung und Verordnungserlass einschaltet; insbesondere kann er auch das Instrument der Subdelegation nutzen.

Die in den vergangenen Monaten dazu vorgelegten Gesetzentwürfe etwa in Thüringen, dem Saarland und Hessen geben dazu bereits eine gute Grundlage. Dort wurde zwar jeweils nicht hinreichend aufgearbeitet, welche Vorbedingungen aus der besonderen Rechtsgrundlage des Art. 80 Abs. 4 GG folgen; in der Regel wurde ohne weiteres auf den Regelungsanspruchs des Gesetzgebers in der parlamentarischen Demokratie abgestellt. Zur Recht ist für NRW aber zunächst genauer gefragt worden, wie sich die Dinge verhalten, wenn der Landesgesetzgeber in ein bundesrechtlich bestimmtes Szenario eintritt. In der Tat ist insoweit wie dargelegt (nur) ein Gestaltungsanspruch zweiter Ordnung anzunehmen, der an die Vorgaben für den Verordnungsgeber gebunden ist. Dieser Handlungsrahmen ist allerdings erheblich größer, als diejenigen Darstellungen Glauben machen wollen, die die Ausführungsebene der Verordnung als eine Art Arkanum der Exekutive, zugleich unbedeutend und parlamentsfremd, beschreiben. Hier ist aus verfassungsrechtlicher Sicht die Intuition der Parlamente zu bestärken, dass sie das Instrument des Art. 80 Abs. 4 GG in parlamentspezifischer Weise nutzen können.

Für den konkreten Fall des InfSchG ist durch die Novelle vom 18.11.2020 insoweit allerdings eine Veränderung eingetreten, dass Rechtsverordnungen nach § 32 InfSchG nunmehr obligatorisch zu befristen sind und dafür grundsätzlich eine kurze Frist von jeweils nur vier Wochen vorgesehen ist. Dieser parlamentarische Erfolg auf Bundesebene, eine alternative Kontrollstrategie etabliert zu haben, hat eine nicht zu übersehende Querwirkung auf das Instrument des Art. 80 Abs. 4 GG: Da der Landtag ein verordnungsvertretendes Gesetz erlassen würde, träfen ihn auch sämtliche Pflichten des Verordnungsgebers. Die



Verabschiedung eines längerfristig befristeten ordnungsvertretenden Gesetzes setzt eine hinreichende Begründung voraus, die sowohl die besondere institutionelle Situation wie auch den dadurch sogar nochmals verbesserten Grundrechtsschutz zum Gegenstand haben müsste. Das hat Auswirkungen auf die mögliche Struktur der Regelungen im ordnungsvertretenden Gesetz, die jeweils nur in Kombination mit kurz befristeten Exekutiv-Verordnungen zu Grundrechtseingriffen ermächtigen dürften. Gleichwohl verbliebe ein verfassungsrechtliches Risiko, ob eine prinzipielle Abweichung von der Vier-Wochen-Frist im Rechtsstreit Bestand hätte. Der guten Ordnung halber ist hier jedenfalls festzustellen, dass ein alternativer Zugriff durch originäre Zustimmungsvorbehalte des Landtags nach hier vertretener Auffassung nicht zulässig ist.



**Professor Dr. Hinnerk Wißmann, Münster**

**FDP-Landtagsfraktion  
Nordrhein-Westfalen**

Platz des Landtags 1  
40221 Düsseldorf  
Telefon: 0211 884 4452  
Telefax: 0211 884 3652  
fdp-fraktion@landtag.nrw.de

**fdp.fraktion.nrw**



@FDPFraktionNRW



fdpltf\_nrw



/FDPFraktionNRW



FDPFraktionNRW

Diese Druckschrift ist eine Information über die parlamentarische Arbeit der FDP-Landtagsfraktion NRW und darf nicht zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden.

