



MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT  
HALLE-WITTENBERG

Name, Vorname: Zipke, Jack  
Fachsemester: 2. Fachsemester  
E-Mail: jack.zipke@student.uni-halle.de

Übung im öffentlichen Recht für Anfänger

„Streit über die Lufthoheit in den Schulen“

Prof. Dr. Winfried Kluth

Sommersemester 2022

Hausarbeit

## Sachverhalt

Die Bundesregierung beobachtet mit Sorge und Missfallen, dass die Länder bei der Bekämpfung der Gefahren der COVID-19-Pandemie in den Schulen ganz unterschiedliche Ziele und Strategien verfolgen. Während einige Länder die Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts konsequent umsetzen, beschränken sich andere Länder auf eine Maskenpflicht außerhalb der Unterrichtsräume und gelegentliche Tests.

Da die Infektionsquoten unter den Schülern in den Ländern mit geringen Schutzmaßnahmen deutlich gestiegen sind, beschließt die Bundesregierung ein Viertes Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes, das einen neuen § 28d mit der Überschrift „Infektionsschutz in Schulen“ vorsieht und folgenden Wortlaut hat:

### „§ 28d Infektionsschutz in Schulen

(1) Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 50, so sind die zuständigen Behörden verpflichtet, in den Schulen folgende Maßnahmen anzuordnen:

- a) eine Maskenpflicht in den Unterrichtsräumen,
- b) den Einsatz von Luftfiltern in den Unterrichtsräumen bzw. die Durchführung von Wechselunterricht mit jeweils 50 % der Klassenstärke, wenn keine Luftfilter eingesetzt werden können,
- c) jeden zweiten Schultag PCR-Test für alle Schülerinnen und Schüler,
- d) tägliche Selbsttestpflichten aller in der Einrichtung tätigen Personen und
- d) Betretungsverbote für alle sonstigen Personen, soweit diese nicht dreifach geimpft oder genesen sind.

(2) Die PCR-Tests dürfen nur unter Aufsicht von dafür geschultem Personal in der Schule vorgenommen und dokumentiert werden.

(3) Die Anforderungen an die Schulung legt das Bundesministerium für Gesundheit in einer Rechtsverordnung fest.

(4) Für die Durchführung der Selbsttests dürfen nur Produkte verwendet werden, die das Robert-Koch-Institut auf seiner Homepage unter der Adresse [www.rki.de/covid-19-schnelltests](http://www.rki.de/covid-19-schnelltests) als ‚zuverlässig‘ aufführt.“

Im Laufe der Beratung des Gesetzes im Deutschen Bundestag wird darüber gestritten, ob der Bund über die erforderliche Gesetzgebungskompetenz für derart detaillierte Regelungen in den Schulen verfügt und ob das Gesetz der Zustimmung des Bundesrats bedarf.

Die Bundesregierung ist der Ansicht, dass die Bundeszuständigkeit für den Infektionsschutz alle Lebensräume erfasst. Dass nun für die Schulen besonders detaillierte Regelungen erlassen würden, diene dem bundesweit einheitlichen Gesundheitsschutz junger Menschen. Die Erfahrung der letzten Monate

habe gezeigt, dass die Länder dem nicht alle gerecht wurden und deshalb bundeseinheitliche genaue Vorgaben nötig seien. Aus der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung geht hervor, dass es sich um ein Einspruchsgesetz handeln soll.

Im Rahmen der Beratungen schlägt der Abgeordnete A von der oppositionellen Z-Fraktion vor, im Interesse einer Gleichbehandlung die gleichen strengen Regelungen auch auf die Berufsschulen und Hochschulen anzuwenden, die – das ist unstrittig – von der Regelung bislang nicht erfasst sind. Da die Debattenzeit beschränkt wurde, gibt der Abgeordnete A seine Rede nur zu Protokoll beim Schriftführer ab.

Der Bundestag beschließt das Gesetz mit einfacher Mehrheit in unveränderter Fassung.

Im Bundesrat sieht man die Regelungen mehrheitlich kritisch. Man ist der Ansicht, dass dem Bund für den Schulbereich die Gesetzgebungskompetenz fehle. Davon unabhängig handle es sich um ein zustimmungspflichtiges Gesetz, weil durch die Vorgaben für das Testverfahren und die Schulung des Personals Aspekte des Verfahrens geregelt würden, von denen nach Sinn und Zweck der Regelungen auch nicht abgewichen werden dürfe, weil es dem Bund darauf ankomme, eine einheitlich geltende Regelung zu treffen. Das komme einem ausdrücklichen Abweichungsverbot gleich.

Der Bundesrat ruft den Vermittlungsausschuss an mit dem Ziel, den Ländern zumindest größere Spielräume bei der Gestaltung des Verfahrens zu eröffnen. Während dieser Beratungen kündigt der Bundesfinanzminister an, dass die Kosten für die neuen Testregelungen vom Bund übernommen werden. Daraufhin kommt es zu einem Stimmungswechsel bei den Landesregierungen und der Vermittlungsausschuss unterbreitet den Einigungsvorschlag, die Regelung für die Schulen in unveränderter Form zu belassen, aber mit einem die Berufsschulen und Hochschulen einbeziehenden erweiterten Anwendungsbereich zu beschließen.

Das Gesetz wird in dieser im Anwendungsbereich erweiterten Fassung von Bundestag und Bundesrat beschlossen und tritt kurze Zeit später nach Bekanntmachung im Bundesgesetzblatt in Kraft.

Wenige Monate später ist die Landesregierung von L, die dem Gesetz im Bundesrat zugestimmt hatte, nach zahlreichen Protesten aus den betroffenen Einrichtungen wegen des hohen Zeitaufwands für das Testen der Ansicht, dass die Belastungen durch die Durchführung des Gesetzes trotz der Finanzspritze des Bundes zu hoch sind. Sie macht deshalb erneut geltend, dass dem Bund die Gesetzgebungskompetenz fehle und das Gesetz deshalb verfassungswidrig und nichtig sei. Zudem sei die Regelung zu unbestimmt, weil nicht klar zu erkennen sei, ob die Länder von den Vorgaben für das Testverfahren abweichen dürfen oder der Bund insoweit eine zwingende Vorgabe regeln wollte. Schließlich sei die Aufgabenzuweisung an das Robert-Koch-Institut zu unbestimmt.

Die Landesregierung stellt einen Antrag beim Bundesverfassungsgericht, die Nichtigkeit des Gesetzes festzustellen, hilfsweise die Unverbindlichkeit der verfahrensrechtlichen Regelungen festzustellen.

**Aufgabe:** Erstellen Sie ein Gutachten zur Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags.

Bearbeitervermerk: Grundrechte sind nicht zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass der Antrag an das Bundesverfassungsgericht den Formerfordernissen entspricht.

## Literaturverzeichnis

- Bader, Johann/Ronnellenfitsch, Michael* Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 54. Edition, München 2022, abrufbar im Internet: <<https://beck-online.de>> (Stand: 07.03.2022), zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK VwVfG
- Degenhart, Christoph* Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, Mit Bezügen zum Europarecht, 37. Auflage, Heidelberg 2021, zitiert als: *Degenhart*, Staatsrecht I
- Desens, Marc* Kompetenzgrenzen des Vermittlungsausschusses, NJW 2008, 2892, zitiert als: *Desens*, Kompetenzgrenzen VA, NJW 2008, 2892
- Dietlein, Max Josef* Der Dispositionsrahmen des Vermittlungsausschusses, NJW 1983, 80, zitiert als: *Dietlein*, Dispositionsrahmen VA, NJW 1983, 80
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.)* Beck'scher Online-Kommentar GG, 49. Edition, München 2021, abrufbar im Internet: <<http://beck-online.de>> (Stand: 05.03.2022), zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK GG
- Greve, Holger/Lassahn, Philipp* Die bundeseinheitliche „Notbremse“ - Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz, NVwZ 2021, 665, zitiert als: *Greve/Lassahn*, Die bundeseinheitliche „Notbremse“, NVwZ 2021, 665
- Gröpl, Christoph/Windthorst, Kay/Coelln, Christian von (Hrsg.)* Studienkommentar GG, 5. Auflage, München 2022, zitiert als: *Bearbeiter*, in: StuKo GG
- Herbst, Tobias* Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, Eine Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2014, zitiert als: *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.)* Handbuch des Staatsrechts, der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Demokratie – Bundesorgane, 3. Auflagen, Heidelberg 2005
- Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.)* Gesetzgebung, Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg 2014
- Lenz, Christofer/Hansel, Ronald* Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2015, zitiert als: *Lenz/Hansel*, BVerfGG
- Maurer, Hartmut* Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, JuS 2010, 945, zitiert als: *Maurer*, Ausführung der Bundesgesetze, JuS 2010, 945
- Michael, Lothar* Normenkontrolle - Teil 2, Fragen der Zulässigkeit: Abstrakte Normenkontrolle, ZJS 3/2014, 254
- Robert Koch Institut (Hrsg.)* Risikobewertung zu COVID-19, Berlin 2022, abrufbar im Internet: <[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)> (Stand: 02.03.2022), zitiert als: *RKI*, Risikobewertung, Überschrift

- Robert Koch Institut (Hrsg.)* Täglicher Lagebericht des RKI zur Corona-Virus-Krankheit-2019 (COVID-19), Berlin 2022, abrufbar im Internet: <[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html)> (Stand: 16.03.2022), zitiert als: *RKI*, Lagebericht
- Sachs, Michael* Die dynamische Verweisung als Ermächtigungsnorm, NJW 1981, 1651
- Sangs, André* Das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von Nationaler Tragweite und Gesetzgebung während der Pandemie, NVwZ 2020, 1780, zitiert als: *Sangs*, Schutz der Bevölkerung, NVwZ 2020, 1780
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan* Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 12. Auflage, München 2021, zitiert als: *Schlaich/Korioth*, BVerfG
- Ullmann, Markus* Sachverständige Politikberatung in Zeiten der COVID-19 Pandemie und ihre Vereinbarkeit mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, NJOZ 2021, 1505, zitiert als: *Ullman*, Sachverständige Politikberatung, NJOZ 2021, 1505
- Voßkuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina* Grundwissen - Öffentliches Recht: Demokratische Legitimation, JuS 2009, 803, zitiert als: *Voßkuhle/Kaiser*, Demokratische Legitimation, JuS 2009, 803
- Voßkuhle, Andreas/Wischmeyer, Thomas* Grundwissen - Öffentliches Recht: Gesetzgebungskompetenzen, JuS 2020, 315, zitiert als: *Voßkuhle/Wischmeyer*, Gesetzgebungskompetenzen, JuS 2020, 315

## Gliederung

<b>A. Hauptantrag</b> .....	<b>- 1 -</b>
I. Zulässigkeit .....	- 1 -
1. <i>Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts</i> .....	- 1 -
2. <i>Antragsberechtigung</i> .....	- 1 -
3. <i>Antragsgegenstand</i> .....	- 1 -
4. <i>Antragsgrund</i> .....	- 2 -
a) Wortlaut Art. 93 I Nr. 2 GG und § 76 I BVerfGG.....	- 2 -
b) Beeinträchtigung durch vorherige Zustimmung im Bundesrat .....	- 2 -
5. <i>Form</i> .....	- 3 -
6. <i>Ergebnis Zulässigkeit</i> .....	- 3 -
II. Begründetheit .....	- 3 -
1. <i>Formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes</i> .....	- 3 -
a) Gesetzgebungskompetenz.....	- 4 -
aa) Kompetenztitel des Art. 74 I Nr. 19 GG.....	- 4 -
bb) Reichweite des Kompetenztitels .....	- 5 -
cc) Zuordnung des § 28d IfSG.....	- 5 -
b) Gesetzgebungsverfahren.....	- 6 -
aa) Einleitungsverfahren .....	- 6 -
bb) Hauptverfahren .....	- 7 -
(1) Zustimmungsbedürfnis des Gesetzes.....	- 7 -
(a) Gesetzesausführung .....	- 7 -
(b) Art. 84 I 6 GG .....	- 8 -
(c) Art. 104a IV GG .....	- 10 -
(d) Zwischenergebnis.....	- 10 -
(2) Vermittlungsverfahren.....	- 11 -
(a) Dispositionsrahmen .....	- 11 -
(b) Inhaltliche Zulässigkeit des Einigungsvorschlages.....	- 13 -
(c) Zwischenergebnis .....	- 15 -
(3) Zustandekommen des Gesetzes .....	- 15 -
(4) Zwischenergebnis .....	- 16 -
cc) Abschlussverfahren.....	- 16 -
dd) Zwischenergebnis.....	- 16 -
c) Zwischenergebnis .....	- 16 -

2. <i>Materielle Verfassungsmäßigkeit</i> .....	- 16 -
a) Inzidenz als Anknüpfungspunkt .....	- 16 -
b) Aufgabenzuweisung an das Robert Koch Institut .....	- 18 -
aa) Legitimationsbedürftigkeit.....	- 19 -
bb) Legitimationsniveau .....	- 20 -
cc) Zwischenergebnis .....	- 21 -
c) Zwischenergebnis .....	- 21 -
3. <i>Ergebnis Begründetheit</i> .....	- 22 -
<b>B. Hilfsantrag</b> .....	<b>- 22 -</b>
I. Zulässigkeit .....	- 22 -
II. Begründetheit .....	- 22 -

# **A. Hauptantrag**

## **I. Zulässigkeit**

### **1. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts**

Vorliegend geht es um Streitigkeiten zwischen dem Bund und einem Land. Daher wäre ein Bund-Länder-Streit (Art. 93 I Nr. 3 GG, § 13 Nr. 7 BVerfGG) denkbar. Dieser hätte allerdings gem. §§ 69, 67 BVerfGG lediglich ein Feststellungsurteil zur Folge. Das Begehren der Antragstellerin besteht aber in der Nichtigerklärung des Gesetzes.

Das angerufene Bundesverfassungsgericht ist gem. Art. 93 I Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG für die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zuständig. Im Rahmen dieser abstrakten Normenkontrolle ist gem. § 78 BVerfGG eine Nichtigerklärung des Gesetzes möglich. Die abstrakte Normenkontrolle ist damit die statthafte Verfahrensart.

### **2. Antragsberechtigung**

Die Landesregierung von L müsste antragsberechtigt sein. Gem. Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 I BVerfGG sind nur die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages antragsberechtigt. Der Antrag wurde vorliegend von der Landesregierung von L gestellt. Der Antrag setzt bei einer Landesregierung einen Kabinettsbeschluss voraus.<sup>1</sup> Es ist nicht ersichtlich, dass es an einem solchen mangelte. Die Landesregierung von L ist somit antragsberechtigt.

### **3. Antragsgegenstand**

Es müsste ein zulässiger Antragsgegenstand vorliegen. Ein solcher kann gem. Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 I BVerfGG nur Bundesrecht oder Landesrecht sein.

Vorliegend steht die Verfassungsmäßigkeit des mit dem vierten Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes eingeführten § 28d IfSG in Frage.

---

<sup>1</sup> *Lenz/Hansel*, BVerfGG § 76 Rn. 14.

Dieses Gesetz wurde vom Bundestag und Bundesrat beschlossen und ist bereits inkraftgetreten. Es handelt sich somit um Bundesrecht.

Ein zulässiger Antragsgegenstand liegt damit vor.

#### **4. Antragsgrund**

Es müsste auch ein zulässiger Antragsgrund vorliegen.

##### **a) Wortlaut Art. 93 I Nr. 2 GG und § 76 I BVerfGG**

Dabei ist zunächst festzustellen, dass der Wortlaut von Art. 93 I Nr. 2 GG und § 76 I BVerfGG divergieren. Letzterer fordert ein Für-nichtig-halten beziehungsweise Für-gültig-halten des Antragsgegenstandes durch den Antragsteller, wohingegen ersterer bereits Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten über die Verfassungsmäßigkeit genügen lässt.

Die Landesregierung von L macht vorliegend geltend, dass das Gesetz aufgrund mangelnder Gesetzgebungskompetenz des Bundes verfassungswidrig und damit nichtig sei. Der Antrag der Landesregierung erfüllt damit bereits die Anforderungen des „strengeren“ § 76 I BVerfGG, womit eine weitere Beschäftigung mit dem Wortlaut beider Normen nicht erforderlich ist.

Damit läge ein zulässiger Antragsgrund vor.

##### **b) Beeinträchtigung durch vorherige Zustimmung im Bundesrat**

Fraglich ist allerdings, ob die vorherige Zustimmung zu dem Gesetz durch die Antragstellerin im Bundesrat die Zulässigkeit des Antragsgrundes beeinträchtigt.<sup>2</sup>

Dafür könnte zwar sprechen, dass sich eine Landesregierung dadurch widersprüchlich verhalte, allerdings kann dies nicht überzeugen. Aufgrund des objektiven Charakters der abstrakten Normenkontrolle ist diese gerade losgelöst von den vorherigen Überlegungen während des Gesetzgebungsverfahrens.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Vgl. etwa *Michael*, Normenkontrolle - Teil 2, ZJS 3/2014, 254 (260); BVerfG, Beschl. v. 14.10.2008 - 1 BvF 4/05, BVerfGE 122, 1 (17), Rn. 76.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2008 - 1 BvF 4/05, BVerfGE 122, 1 (17), Rn. 76.

Es kann etwa aus politischen Gründen eine Zustimmung ergehen, obwohl verfassungsrechtliche Zweifel bestehen, deren Klärung aber dem Bundesverfassungsgericht überlassen werden soll.<sup>4</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn der Antrag wegen Erfahrungen mit der Umsetzung eines Gesetzes gestellt wird.<sup>5</sup>

Die Zulässigkeit des Antragsgrundes wird somit nicht durch die vorherige Zustimmung im Bundesrat beeinträchtigt.

Ein zulässiger Antragsgrund liegt also vor.

## **5. Form**

Der Antrag ist gem. § 23 I BVerfGG schriftlich und begründet zu stellen. Von einer formgemäßen Antragstellung ist auszugehen.

## **6. Ergebnis Zulässigkeit**

Der Hauptantrag der Antragstellerin ist damit zulässig.

## **II. Begründetheit**

Der Hauptantrag ist begründet, wenn der mit dem vierten Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes eingeführte § 28d IfSG formell oder materiell nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist (vgl. § 78 S. 1 BVerfGG).

### **1. Formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes**

Das Gesetz ist formell verfassungsgemäß, wenn der Bund das Gesetz im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz unter Einhaltung des durch das Grundgesetz vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahrens erlassen hat.

---

<sup>4</sup> *Michael*, Normenkontrolle - Teil 2, ZJS 3/2014, 254 (260).

<sup>5</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 11.11.1999 - 2 BvF 2/98 u. a., BVerfGE 101, 158 (213), Rn. 288.

## a) Gesetzgebungskompetenz

Dem Bund müsste für das Gesetz die Gesetzgebungskompetenz zugestanden haben.

Die Gesetzgebung liegt gem. Art. 70 I GG grundsätzlich in der Zuständigkeit der Länder. Der Bund hat demnach ausschließlich dann die Kompetenz zur Gesetzgebung, wenn diese ihm durch eine Bestimmung im Grundgesetz positiv verliehen wird.<sup>6</sup> Dies bemisst sich nach den Vorschriften über die ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebung (Art. 70 II GG).

### aa) Kompetenztitel des Art. 74 I Nr. 19 GG

In Betracht kommt dabei eine konkurrierende Kompetenz für den Infektionsschutz gem. Art. 74 I Nr. 19 GG. Dessen Voraussetzungen müssten erfüllt sein.

Es könnte sich bei dem Corona-Virus um eine gemeingefährliche oder übertragbare Krankheit beim Menschen handeln. Eine Krankheit liegt dann vor, wenn der Körper- oder Geisteszustand derart vom Normalzustand abweicht, dass eine ärztliche Behandlung notwendig wird.<sup>7</sup> Gemeingefahr geht von ihr etwa dann aus, wenn von ihr eine erhebliche Anzahl von Personen betroffen sind und diese daran auch sterben könnten.<sup>8</sup> Übertragbarkeit liegt bei Möglichkeit der direkten oder indirekten Übertragung der Krankheitserreger vor, wie etwa bei Infektionskrankheiten.<sup>9</sup>

Eine Infektion mit dem Corona-Virus hat ein negatives Abweichen vom körperlichen Normalzustand zur Folge, und ist nicht selten mit ärztlicher Behandlung verbunden.<sup>10</sup> Eine Übertragung ist über Tröpfchen und Aerosole sehr leicht auf eine Vielzahl von Personen möglich.<sup>11</sup> Es besteht zudem ein Risiko für tödliche Krankheitsverläufe.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 166.

<sup>7</sup> Windthorst, in: StuKo GG, Art. 74 Rn. 56.

<sup>8</sup> Windthorst, in: StuKo GG, Art. 74 Rn. 56a.

<sup>9</sup> Windthorst, in: StuKo GG, Art. 74 Rn. 56b.

<sup>10</sup> RKI, Risikobewertung, Hintergrund.

<sup>11</sup> RKI, Risikobewertung, Hintergrund, Übertragbarkeit.

<sup>12</sup> RKI, Risikobewertung, Krankheitsschwere.

Es handelt sich bei dem Corona-Virus folglich um eine gemeingefährliche und übertragbare Krankheit beim Menschen. Der Bund hat damit grundsätzlich gem. Art. 74 I Nr. 19 GG die Gesetzgebungskompetenz für Maßnahmen gegen das Corona-Virus.

#### bb) Reichweite des Kompetenztitels

Fraglich ist allerdings, inwieweit auf dessen Grundlage Maßnahmen im Bereich der Bildung vorgenommen werden dürfen, da dieser in der Gesetzgebungskompetenz der Länder liegt (Art. 70 I GG).

Der effektive Schutz vor übertragbaren Krankheiten setzt die Ergreifung von Maßnahmen voraus, die eine Übertragung durch die Begegnung von Menschen verhindert.<sup>13</sup> Dies gilt auch dann, wenn damit in solche Begegnungsorte eingegriffen wird, welche sonst in Bereich der Landesgesetzgebung liegen.<sup>14</sup> Von Schulen geht durch den hohen und langandauernden Personenverkehr eine hohe Anzahl von Begegnungen aus. Folglich muss für einen effektiven Infektionsschutz auch in den Bereich Schule als Begegnungsort regulierend eingegriffen werden.

Dies gilt allerdings nur, solange Zweck und Schwerpunkt der Maßnahme dem Infektionsschutz und nicht der Schulgestaltung zuzuordnen sind, indem nur die von der Schule als Begegnungsort ausgehende Infektionsgefahr eingedämmt wird.<sup>15</sup>

#### cc) Zuordnung des § 28d IfSG

Der neu eingeführte § 28d IfSG müsste sich nach Zweck und Schwerpunkt dem Infektionsschutz zuordnen lassen. Eine Zuordnung kann dabei nach dem

---

<sup>13</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, Rn. 86.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, Rn. 86.

<sup>15</sup> Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665; BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, Rn. 86 f.

Ordnungsschwerpunkt der Regelung, insbesondere nach dem Gewicht im jeweiligen Kompetenzbereich, erfolgen.<sup>16</sup> Daneben hängt der Schwerpunkt auch von Regelungsgegenstand, Normzweck, Wirkung und Adressat ab.<sup>17</sup>

Zweck des Gesetzes ist es, effektiv Infektionen an Schulen einzudämmen. Die durch § 28d IfSG anzuordnenden Maßnahmen haben auch Einschränkungen der Schulorganisation zum Gegenstand, wie etwa Masken- und Testpflicht, Betretungsverbote und Wechselunterricht. Diese Maßnahmen entfalten ihre Wirkung zwar auch auf die Bildung, betreffen aber maßgeblich das Infektionsgeschehen in den Schulen. Dabei sind die Schulen nur aufgrund ihres Charakters als Begegnungsorte Adressat dieser Maßnahmen, nicht etwas aus Gründen der inhaltlichen Schul- und Unterrichtsgestaltung.<sup>18</sup> Die Gestaltungsfreiheit der Länder diesbezüglich bleibt vom Gesetz unberührt.<sup>19</sup> Zudem ist Voraussetzung für das Eingreifen der Maßnahmen allein die Sieben-Tage-Inzidenz (§ 28d I IfSG), was unterstreicht, dass die Maßnahmen ausschließlich der Bekämpfung des Corona-Virus dienen.<sup>20</sup>

Folglich lässt sich der neu eingeführte § 28d IfSG nach Zweck und Schwerpunkt dem Infektionsschutz zuordnen. Der Bund hat damit im Rahmen seiner ihm aus Art. 74 I Nr. 19 GG zustehenden Gesetzgebungskompetenz gehandelt.

## **b) Gesetzgebungsverfahren**

Das Gesetzgebungsverfahren müsste den Verfahrensvorschriften der Art. 76 ff. GG entsprechen haben.

### aa) Einleitungsverfahren

Dafür müsste das Gesetz zunächst gemäß Art. 76 GG ordnungsgemäß ein geleitet worden sein. Vorliegend wurde das Gesetz nach Art. 76 I GG durch die

---

<sup>16</sup> *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen, 137 f.

<sup>17</sup> *Vofßkuhle/Wischmeyer*, Gesetzgebungskompetenzen, JuS 2020, 315 (317).

<sup>18</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, Rn. 87.

<sup>19</sup> Vgl. *Greve/Lassahn*, Die bundeseinheitliche „Notbremse“, NVwZ 2021, 665.

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, Rn. 87.

Bundesregierung beim Bundestag eingebracht. Dass dabei Vorschriften des Art. 76 II GG verletzt wurden, ist nicht ersichtlich. Das Gesetz wurde also ordnungsgemäß eingeleitet.

#### bb) Hauptverfahren

Zudem müsste das Hauptverfahren ordnungsgemäß von Statten gegangen sein. Das Gesetz wurde durch den Bundestag gem. Art. 77 I 1 GG beschlossen. Fraglich ist allerdings, ob die Beteiligung des Bundesrates den restlichen Vorschriften des Art. 77 GG entsprochen hat und das Gesetz damit verfassungskonform gem. Art. 78 GG zustande gekommen ist.

#### (1) Zustimmungsbedürfnis des Gesetzes

Fraglich ist dabei zunächst, ob das Gesetz der Zustimmung des Bundesrates bedurfte und somit nur gem. Art. 78 Var. 1 GG zustande kommen konnte.

Gesetze bedürfen zu ihrem Zustandekommen nur im Ausnahmefall der Zustimmung des Bundestages.<sup>21</sup> Im Regelfall hat der Bundesrat nur die Möglichkeit Einspruch gegen ein vom Bundestag beschlossenes Gesetz einzulegen, welchen dieser wiederum, mit entsprechender Mehrheit, zurückweisen kann (Art. 77 III, IV GG). Ein Gesetz bedarf dabei, nach dem sogenannten „Enumerationsprinzip“<sup>22</sup>, nur dann der Zustimmung des Bundesrats, wenn das Grundgesetz dies ausdrücklich vorschreibt.<sup>23</sup>

#### (a) Gesetzesausführung

Für die Beurteilung der Zustimmungsbedürftigkeit kommt es zunächst darauf an, ob es sich bei der Ausführung des Gesetzes um einen Fall der Bundesaufsichtsverwaltung (Art. 84 GG) oder der Bundesauftragsverwaltung handelt (Art. 85 GG). Dabei ist gem. Art. 83 GG grundsätzlich von einer Eigenverwaltung der Länder auszugehen. Die Bundesauftragsverwaltung gem. Art. 85

---

<sup>21</sup> Dietlein, in: BeckOK GG, Art. 77 Rn. 20.

<sup>22</sup> BVerfG, Beschl. v. 04.05.2010 - 2 BvL 8/07, 2 BvL 9/07, BVerfGE 126, 77 (100), Rn. 133.

<sup>23</sup> Dietlein, in: BeckOK GG, Art. 77 Rn. 21.

GG ist dahingegen nur zulässig, wenn dies durch das Grundgesetz bestimmt oder zugelassen wird.<sup>24</sup> Ein solcher Ausnahmetatbestand ist für die vorliegend geregelte Materie nicht ersichtlich. Daher verbleibt es gem. Art. 83 Hs. 1 GG bei einer Eigenverwaltung der Länder unter Aufsicht des Bundes (Art. 84 GG).

*(b) Art. 84 I 6 GG*

Ein Zustimmungsbedürfnis könnte sich nun zunächst aus Art. 84 I 6 GG ergeben. Dafür müsste der Bund durch das Gesetz das Verwaltungsverfahren geregelt haben. Das Verwaltungsverfahren umfasst dabei Art und Weise des Handelns der Verwaltung, unter anderem dessen Form und die Willensbildung innerhalb der Behörde.<sup>25</sup> Ein regelnder Eingriff in das Verwaltungsverfahren liegt dabei nicht schon dadurch vor, dass das Handeln der Länderverwaltung überhaupt ausgelöst wird.<sup>26</sup>

Das Verwaltungsverfahren ist von der Behördeneinrichtung und den materiellen Regelungen eines Gesetzes abzugrenzen. Erstere meint die Organisation der Verwaltung, inklusive der Zuständigkeit.<sup>27</sup> Letztere sind die inhaltlichen Regelungen, um deren Vollzug es geht.<sup>28</sup>

Eine Regelung des Verwaltungsverfahrens könnte in der Verpflichtung der zuständigen Behörden zur Anordnung bestimmter Maßnahmen (§ 28d I a. A. IfSG) vorliegen. Dabei wird die Behördenorganisation der Länder durch die Formulierung „zuständige Behörde“ unberührt gelassen. Vorliegend wird überhaupt erst durch § 28d IfSG das Handeln der Länderverwaltung ausgelöst. Dies allein begründet noch keinen regelnden Eingriff.

Gleichwohl könnte aber durch die Pflicht zum Anordnen von Maßnahmen in die innenbehördliche Willensbildung eingegriffen worden sein. In Fällen von

---

<sup>24</sup> *Gröpl*, in *StuKo GG*, Art. 85 Rn. 1 f.

<sup>25</sup> *Maurer*, *Ausführung der Bundesgesetze*, JuS 2010, 945 (946 f.).

<sup>26</sup> BVerfG, Urteil v. 10.12.1980 - 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, 274 (319).

<sup>27</sup> *Maurer*, *Ausführung der Bundesgesetze*, JuS 2010, 945 (946).

<sup>28</sup> *Maurer*, *Ausführung der Bundesgesetze*, JuS 2010, 945 (947).

gebundener Entscheidung ist allerdings aufgrund der klaren und direkten Zuordnung einer Rechtsfolge zu einem Sachverhalt, und dem daraus resultierenden Mangel an einem ausfüllungsbedürftigen Beurteilungsspielraums, überhaupt keine Willensbildung oder Abwägung innerhalb der Behörde erforderlich.<sup>29</sup>

Die Verwaltung wird vorliegend automatisch beim Überschreiten einer Sieben-Tages-Inzidenz von 50 je 100.000 Einwohnern tätig, indem sie festgeschriebene Maßnahmen anordnet. Einen Ermessensspielraum muss und kann die Behörde dabei gar nicht ausfüllen. Folglich handelt es sich um eine gebundene Entscheidung, bei der es zu keiner behördlichen Willensbildung kommt. Dies entspricht im Wesentlichen auch den Regelungen der früher geltenden Fassung des § 28b IfSG zur sogenannten „Notbremse“, nach welcher ähnliche Maßnahmen automatisch beim Überschreiten eines gewissen Schwellenwertes gegolten haben, ohne dass dabei eine Behörde tätig werden musste; wobei auch dort das Gesetz ohne Zustimmung des Bundesrats erging.<sup>30</sup> Im vorliegenden § 28d IfSG handelt es damit davon abweichend vor allem um einen Mechanismus, der ein Informieren der Schulen zum Zweck hat. Dadurch wird das Verwaltungsverfahren nicht geregelt.

Letztlich könnte das Verwaltungsverfahren noch durch die Vorgaben bezüglich des Testverfahrens und der Schulung des Personals (§ 28d II-III IfSG) geregelt worden sein. Dabei wird der Bund zwar regelnd tätig, allerdings nur im Hinblick auf das Verfahren innerhalb der Schulen.

Das Durchführen der Tests in den Schulen liegt nicht im Bereich der Verwaltung, sondern richtet sich an den Normadressaten, hier Schulen. Es liegt somit im materiell-rechtlichen Bereich des Gesetzes. Die Aufgabe der Verwaltung besteht hingegen darin, dafür zu sorgen, dass dies durchgesetzt wird. Wie sie dieser Aufgabe nachkommt, wird dadurch nicht vorgeschrieben.

Die Anforderungen an das Personal werden nicht durch das Gesetz geregelt. Es findet sich dazu in § 28d III IfSG lediglich eine Verordnungsermächtigung.

---

<sup>29</sup> Vgl. *Prell*, in: BeckOK VwVfG, § 35a Rn. 13.

<sup>30</sup> Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von Nationaler Tragweite vom 22.04.2021, BGBl. I 2021, 802.

Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen wird nicht schon dadurch zustimmungsbedürftig, dass die später zu erlassenden Verordnungen der Zustimmung des Bundesrates bedürfen.<sup>31</sup> Dies wäre nur der Fall, wenn durch die Verordnungsermächtigung, eine spätere Mitwirkung des Bundesrates beim Erlass der Rechtsverordnung ausgeschlossen würde.<sup>32</sup> Dies ist vorliegend nicht der Fall. Daher ist es unerheblich, ob die zu erlassende Rechtsverordnung ihrerseits der Zustimmung des Bundesrates bedürfte. Jedenfalls die Verordnungsermächtigung löst kein Zustimmungserfordernis aus.

Es sind keine weiteren Regelungen des § 28d IfSG ersichtlich, die den Tatbestand einer Regelung des Verwaltungsverfahrens i. S. d. Art. 84 I GG erfüllen. Aus Art. 84 I 6 GG resultiert daher kein Zustimmungsbedürfnis des Gesetzes.

*(c) Art. 104a IV GG*

Ein Zustimmungsbedürfnis könnte sich aber aus Art. 104a IV GG ergeben. Dafür müssten die Länder zur Erbringung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten verpflichtet werden. Zudem ist erforderlich, dass diese Ausgaben von den Ländern getragen werden müssen. Dabei genügt es nicht, dass den Ländern in Ausführung von Bundesgesetzen überhaupt Kosten entstehen.<sup>33</sup> Ein solche zusätzliche Belastung könnte zwar mit der Testpflicht in den Schulen bestehen, allerdings ist dies unerheblich, da die Kosten ohnehin durch den Bund übernommen werden. Damit ist ein Zustimmungsbedürfnis aus Art. 104a IV GG von vornherein ausgeschlossen.

*(d) Zwischenergebnis*

Es sind keine weiteren Gründe ersichtlich, aus welchen ein Zustimmungsbedürfnis des Gesetzes folgen würde. Das Gesetz bedurfte also nicht der Zustimmung des Bundesrats, um zustande zu kommen.

---

<sup>31</sup> Greve/Lassahn, Die bundeseinheitliche „Notbremse“, NVwZ 2021, 665 (666).

<sup>32</sup> Greve/Lassahn, Die bundeseinheitliche „Notbremse“, NVwZ 2021, 665 (666).

<sup>33</sup> Greve/Lassahn, Die bundeseinheitliche „Notbremse“, NVwZ 2021, 665 (666).

## (2) Vermittlungsverfahren

Der Bundesrat hat nach Eingang des Gesetzesbeschlusses den Vermittlungsausschuss gem. Art. 77 II 1 GG angerufen. Da dieser Antrag fristgerecht binnen drei Wochen gestellt wurde ist mangels gegenteiliger Sachverhaltsangaben anzunehmen. Bezüglich des Verfahrens im Vermittlungsausschuss werden keine Aussagen getroffen, weshalb auch dabei von einer Einhaltung des verfassungsgemäßen Verfahrens auszugehen ist. Fraglich ist beim Vermittlungsverfahren daher nunmehr nur noch die Verfassungsmäßigkeit des Einigungsvorschlags.

### *(a) Dispositionsrahmen*

Das Grundgesetz selbst trifft zu den Kompetenzen des Vermittlungsausschusses nur grobe Aussagen. Ferner wird nur seine Zusammensetzung und das Verfahren, ergänzend durch die Geschäftsordnung<sup>34</sup>, grob beschrieben. Seine Kompetenzen ergeben sich allerdings aus Stellung und Funktion des Vermittlungsausschusses im Gesetzgebungsverfahren, nach dem Grundgedanken des Art. 20 II GG, welcher durch Art. 38 I 2, Art. 42 I 1 und Art. 77 ff. GG ausgestaltet wird.<sup>35</sup> Der Vermittlungsausschuss dient der „gemeinsamen Beratung von Vorlagen“ (Art. 77 II 1 GG), um so einen Kompromiss zwischen Bundestag und Bundesrat zu finden.<sup>36</sup> Die zuvor zwischen Bundesrat und Bundestag sichtbar gewordenen Meinungsverschiedenheiten sollen ausgeglichen<sup>37</sup> und so ein Scheitern des Gesetzgebungsverfahrens verhindert werden<sup>38</sup>.

Die genaue Aufgabe des Vermittlungsausschusses ist dabei davon abhängig, ob es sich bei dem Gesetz, welches Gegenstand des Vermittlungsverfahrens

---

<sup>34</sup> Gemeinsame Geschäftsordnung des Bundestages und des Bundesrates für den Vermittlungsausschuss vom. 05.05.1951 (BGBl. II, 103, zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom. 30.04.2003 (BGBl. I, 677)).

<sup>35</sup> BVerfG, Beschluss vom 08.12.2009 - 2 BvR 758/07, BVerfGE 125, 104 (121), Rn. 54; Koggel, in: Kluth/Krings, § 19 Rn. 35.

<sup>36</sup> Dietlein, NJW 1983, 80 (81).

<sup>37</sup> Von Coelln, in: StuKo GG Art. 77 Rn. 15.

<sup>38</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.05.1986 - 1 BvR 99/85, 1 BvR 461/85, BVerfGE 72, 175 (188).

ist, um ein Zustimmungsgesetz oder Einspruchsgesetz handelt.<sup>39</sup> Er soll die Position desjenigen stärken, der im Gesetzgebungsverfahren unterlegen ist; Bundestag bei Zustimmungsgesetzen, Bundesrat bei Einspruchsgesetzen.<sup>40</sup> Der Vermittlungsauftrag ist daher auf die durch das Anrufungsbegehren vorgegebene Regelungen des Gesetzes begrenzt ist.<sup>41</sup> Das Einbeziehen weiterer Regelungen durch den Vermittlungsausschuss ist grundsätzlich unzulässig.<sup>42</sup>

Der Vermittlungsausschuss ist aufgrund seiner Stellung zwar unabhängig und seine Mitglieder nicht an Weisungen gebunden (vgl. Art. 77 II 3 GG), er handelt aber gleichwohl nicht völlig losgelöst, von dem ihn anrufenden Gesetzgebungsorgan. Eine Überschreitung des durch das Anrufungsbegehren vorgegeben Dispositionsrahmens hat somit die Verfassungswidrigkeit des Einigungsvorschlages zur Folge.

Fraglich ist, ob der Vermittlungsausschuss vorliegend seinen Dispositionsrahmen überschritten hat. Er wurde vom Bundesrat mit dem Ziel angerufen, den Ländern zumindest größere Spielräume bei der Gestaltung des Verfahrens zu eröffnen. Da hier von „zumindest“ die Rede ist, ist die Konkretisierung auf das Verfahren lediglich als Priorität des Anrufungsbegehrens auszulegen. Es beschränkt den Dispositionsrahmen nicht ausschließlich auf das Verfahren. Damit war eine Einbeziehung der Berufsschulen und Hochschulen im Einigungsvorschlag zumindest vom Dispositionsrahmen des Vermittlungsausschusses gedeckt.

Fraglich ist dabei noch, ob der Einigungsvorschlag, welcher nicht einmal das durch das Anrufungsbegehren geforderte Minimum beinhaltet hat, überhaupt unterbreitet werden durfte. Man könnte das Anrufungsbegehren dahingehend verstehen, dass der Bundesrat keine Einigung anstrebt, wenn die Minimalforderung nicht umgesetzt wird. Daran könnte dann auch die spätere Meinungsverschiebung im Bundesrat nichts ändern. Aus Art. 77 II 5 GG wird allerdings ersichtlich, dass dem Vermittlungsausschuss durch das Grundgesetz keine

---

<sup>39</sup> Kluth, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 60 Rn. 10.

<sup>40</sup> Kluth, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 60 Rn. 10.

<sup>41</sup> Koggel, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 19 Rn. 35; Dietlein, Dispositionsrahmen VA, NJW 1983, 80 (82).

<sup>42</sup> Koggel, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung § 19 Rn. 35.

Pflicht auferlegt wird, überhaupt einen Einigungsvorschlag zu unterbreiten. Aufgrund seiner selbstständigen Stellung im Gesetzgebungsverfahren kann er zwar durch das ihn anrufende Gesetzgebungsorgan nach oben in seinem Dispositionsrahmen eingeschränkt werden, nicht aber nach unten, dahingehend, dass er verpflichtet wäre, einen, das vorgegebene Minimum beinhalten- den, Einigungsvorschlag zu unterbreiten. Der Einigungsvorschlag des Vermittlungsausschusses durfte folglich ohne dass im Anrufungsbegehren geforderte Minimum unterbreitet werden.

*(b) Inhaltliche Zulässigkeit des Einigungsvorschlages*

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Gesetzes auf Berufsschulen und Hochschulen müsste zulässiger Gegenstand des Einigungsvorschlag gewesen sein. Was zulässiger Gegenstand des Einigungsvorschlags sein kann, lässt sich aus der Stellung und den damit verbundenen Kompetenzen des Vermittlungsausschusses ableiten.

Die Aufgabe des Vermittlungsausschusses besteht darin, die Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundestag und Bundesrat auszugleichen<sup>43</sup> und so das Gesetzgebungsverfahren erfolgreich abzuschließen.<sup>44</sup> Er wird nur nach Gesetzesbeschluss durch den Bundestag gem. Art. 77 I 1 GG und nach Anrufung durch einen gem. Art. 76 I GG Initiativberechtigten (Art. 77 II 1, 4 GG) tätig.<sup>45</sup> Die Kompetenzen des Vermittlungsausschusses erschöpfen sich daher auf die Phase des bereits initiierten Gesetzgebungsverfahrens.<sup>46</sup>

Er soll Änderungsvorschläge auf Grundlage des Gesetzesbeschlusses des Bundestags und der vorher in ihm geführten parlamentarischen Debatte erarbeiten.<sup>47</sup> Er ist also inhaltlich auf jenes beschränkt, was bereits vorher im Gesetzgebungsverfahren durch die Abgeordneten thematisiert wurde. Eigene inhaltliche Vorschläge sind ihm verwehrt, da dies sonst einem indirekten Gesetzesinitiativrecht gleichkäme, welches dem Vermittlungsausschuss nicht

---

<sup>43</sup> Koggel, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 19 Rn. 36.

<sup>44</sup> Kluth, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 60 Rn. 3.

<sup>45</sup> BVerfG, Beschluss vom 15.01.2008 - 2 BvL 12/01, BVerfGE 120, 56 (74), Rn. 60.

<sup>46</sup> Kluth, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 60 Rn. 3.

<sup>47</sup> Koggel, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 19 Rn. 36.

zusteht.<sup>48</sup> Eine Verschiebung des Gesetzgebungsverfahrens in den, nicht öffentlich tagenden, Vermittlungsausschuss würde zudem eine Gefährdung der durch Art. 42 I 1 GG garantierten Öffentlichkeit der Verhandlung im Bundestag darstellen.<sup>49</sup> Zulässiger Gegenstand des Einigungsvorschlages kann also nur sein, was bereits vor Beschluss des Gesetzes Gegenstand der parlamentarischen Debatte im Bundestag war.

Maßstab dabei ist, dass der Gegenstand vor Beschluss des Gesetzes bekannt geworden ist, so dass den Abgeordneten die Möglichkeit eröffnet war, ihre Meinung zu vertreten, alternative Regelungen zu präsentieren und hierfür parlamentarisch eine Mehrheit zu erringen.<sup>50</sup> Der Gegenstand muss dabei zudem bereits im Gesetzgebungserfahren hinreichend bestimmt gewesen sein.<sup>51</sup> Dabei ist eine allgemeine Zielformulierung nicht ausreichend, eine konkrete Ausformulierung aber nicht erforderlich.<sup>52</sup> Für die Abgeordneten musste dabei die grundsätzliche sachliche Tragweite erkennbar gewesen sein.<sup>53</sup>

Der Einigungsvorschlag des Vermittlungsausschusses müsste im vorliegenden Fall diesen Anforderungen genügt haben. Dafür müsste die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Gesetzes auf Berufsschulen und Hochschulen bereits vor Beschluss des Gesetzes Gegenstand der parlamentarischen Debatte im Bundestag gewesen sein. Eine solcher Vorschlag wurde durch die Rede des Abgeordneten A gemacht. Problematisch könnte dabei sein, dass die Rede lediglich beim Schriftführer zu Protokoll gegeben und nicht im Plenum vorgetragen wurde.

Ein jeder Abgeordnete hat ein aus seinem Status gem. Art. 38 I GG resultierendes Rederecht im deutschen Bundestag. Dieses Rederecht eines jeden Abgeordneten wird allerdings durch das der anderen beschränkt. Dies folgt

---

<sup>48</sup> Vgl. Art. 76 I GG; *Koggel*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 19 Rn. 36; *Kluth*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 60 Rn. 3; BVerfG Beschluss vom. 08.12.2009 - 2 BvR 758/07, BVerfGE 125, 104 (121), Rn. 55.

<sup>49</sup> *Von Coelln*, in: StuKo GG Art. 77 Rn. 15.

<sup>50</sup> *Koggel*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 19 Rn. 36.

<sup>51</sup> Vgl. *Desens*, Kompetenzgrenzen VA, NJW 2008, 2892 (2894).

<sup>52</sup> BVerfG, Beschluss vom 15.01.2008 - 2 BvL 12/01, BVerfGE 120, 56 (76), Rn. 62.

<sup>53</sup> *Koggel*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 19 Rn. 36.

schon daraus, dass für die Debatten keine unendlich lange Beratungszeit möglich ist. Daher sind Redebeiträge etwa grundsätzlich auf 15 Minuten beschränkt (§ 35 I 2 GO BT). Dem Abgeordneten aufgrund mangelnder Zeit aber sämtliche Wege zu verschließen, seine Meinungen und Vorschläge zu artikulieren würde seinen Status in verfassungswidriger Weise verkürzen. Daher muss ihm zumindest die Möglichkeit geboten werden, seine Rede beim Schriftführer zu Protokoll zu geben. Dies stellt damit nur ein Substitut für eine mündliche Rede dar. Der Status des Abgeordneten gebietet dabei eine Gleichwertigkeit beider Optionen.

Der Abgeordnete A hat seine Rede vorliegend nur aus dem Grund der begrenzten Redezeit zu Protokoll gegebene und auf eine mündliche Aussprache verzichtet. Da dies im Rahmen der Beratung geschehen ist und das Protokoll den Abgeordneten zugänglich war, ist sein Vorschlag diesen noch vor Beschluss bekannt geworden, es bestand für sie zumindest die Möglichkeit ihn zur Kenntnis zu nehmen. Es war auch möglich über diesen Vorschlag zu debattieren und Gegenvorschläge zu machen. Die Erweiterung im Anwendungsbereich war somit vor Beschluss des Gesetzes Gegenstand der parlamentarischen Debatte im Bundestag. Der Vorschlag war auch mehr als eine allgemeine Zielformulierung, sodass die Tragweite für die Abgeordneten erkennbar war. Er war somit auch zulässiger Gegenstand des Einigungsvorschlages.

### *(c) Zwischenergebnis*

Der Einigungsvorschlag war damit verfassungsgemäß. Das Vermittlungsverfahren ist damit ordnungsgemäß von Statten gegangen.

### (3) Zustandekommen des Gesetzes

Da der Vermittlungsausschuss eine Änderung des Gesetzesbeschlusses vorgeschlagen hat, war eine erneute Beschlussfassung des Bundestags erforderlich (Art. 77 II 5 GG). Dieser hat das Gesetz in veränderter Fassung beschlossen. Daraufhin hat der Bundesrat nicht gem. Art. 77 III 1 GG Einspruch eingelegt. Auch ein Einspruchsgesetz kann gem. Art. 78 Var. 1 GG durch Zu-

stimmung des Bundesrats zustande kommen.<sup>54</sup> Da der der Bundesrat vorliegend zugestimmt hat, kommt es für das Zustandekommen des Gesetzes nicht gem. Art, 78 Var. 3 GG auf das Verstreichen der Frist des Art. 77 III GG an. Das Gesetz ist somit verfassungskonform gem. Art. 78 Var. 1 GG zustande gekommen.

#### (4) Zwischenergebnis

Damit ist das Hauptverfahren ordnungsmäßig von Statten gegangen.

#### cc) Abschlussverfahren

Das Gesetz ist mit Verkündung im Bundesgesetzblatt gem. Art. 82 I 1 GG in Kraft getreten. Mangels gegenteiliger Angaben ist von einem ansonsten auch ordnungsgemäßen Abschlussverfahren auszugehen.

#### dd) Zwischenergebnis

Das Gesetzgebungsverfahren hat somit sämtlichen Verfahrensvorschriften der Art. 76 ff. GG entsprochen.

#### **c) Zwischenergebnis**

Das Gesetz ist somit formell verfassungsmäßig.

## **2. Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Das Gesetz müsste auch materiell verfassungsmäßig sein.

#### **a) Inzidenz als Anknüpfungspunkt**

Das Gesetz sieht vor, dass die Maßnahmen bei Überschreiten einer Sieben-Tages-Inzidenz<sup>55</sup> von 50 je 100.000 Einwohnern anzuordnen sind. Fraglich

---

<sup>54</sup> Von Coelln, in: StuKo GG Art. 78 Rn. 4.

<sup>55</sup> Wird im Folgenden mit „Inzidenz“ abgekürzt.

ist dabei, ob diese Anknüpfung der Maßnahmen an die Sieben-Tages-Inzidenz verfassungsmäßig zulässig ist.

Dabei wird vor allem ihre Effektivität als Anknüpfungspunkt in Frage gestellt, da in ihr nicht die sich wandelnde Teststrategie, die variierenden Testkapazitäten, der Anteil der immunisierten Bevölkerung oder die nicht erfassbare Dunkelziffer an Infektionen zum Ausdruck kommen.<sup>56</sup> Damit wird vor allem kritisiert, dass die Inzidenz der alleinige Anknüpfungspunkt ist. Dadurch würde die Verbreitung der Krankheit nicht zuverlässig abgebildet.<sup>57</sup> Dem wird entgegengehalten, dass die Inzidenz der Indikator sei, der eine Veränderung des Infektionsgeschehens frühestmöglich erkennen lässt.<sup>58</sup> Darüber hinaus sei sie tagesaktuell und beziehe typische Schwankungen nach Wochentag bei der Meldung mit ein.<sup>59</sup>

Die Inzidenz ist ein transparenter Indikator,<sup>60</sup> welcher für die Bevölkerung in seiner Bedeutung gut nachvollziehbar ist. Insbesondere diese Transparenz ist für eine schnelle Anpassung, während eines sich rapide wandelnden Infektionsgeschehens vorzugswürdig, um mit Maßnahmen schnell reagieren zu können.<sup>61</sup> Zudem ist von einer Korrelation zwischen Inzidenz und weiteren Kennzahlen der Pandemie, wie etwa den Sterbezahlen, auszugehen.<sup>62</sup> Die oben aufgeführten weiteren Faktoren würden bei ihrem Einbeziehen diese Klarheit beeinträchtigen. Ein aus ihnen gebildeter Koeffizient wäre nicht so belastbar, wie die Inzidenz.<sup>63</sup> Da es gerade um die Eindämmung von Infektionen in Schulen geht, erscheint zudem eine Anknüpfung an den Fortschritt der Impfkampagne, aufgrund der noch nicht allzu lange und nicht vollständig für Minderjährige verfügbaren Impfangebote, nicht sinnvoll. Die Inzidenz erscheint somit als plausibler Anknüpfungspunkt.

---

<sup>56</sup> *Sangs*, Schutz der Bevölkerung, NVwZ 2020, 1780 (1785).

<sup>57</sup> *Sangs*, Schutz der Bevölkerung, NVwZ 2020, 1780 (1785).

<sup>58</sup> *Greve/Lassahn*, Die bundeseinheitliche „Notbremse“, NVwZ 2021, 665 (666); BT-Drucks.19/28444, 9.

<sup>59</sup> BT-Drucks.19/28444, 9.

<sup>60</sup> *Greve/Lassahn*, Die bundeseinheitliche „Notbremse“, NVwZ 2021, 665 (666).

<sup>61</sup> *Greve/Lassahn*, Die bundeseinheitliche „Notbremse“, NVwZ 2021, 665 (666).

<sup>62</sup> *RKI*, Lagebericht, 1.

<sup>63</sup> *Greve/Lassahn*, Die bundeseinheitliche „Notbremse“, NVwZ 2021, 665 (666).

Möglich wäre aber aufgrund des Zieles, Infektionen in Schulen einzudämmen, auch eine Anknüpfung an die Inzidenz nach Altersgruppen, wie diese ebenfalls durch das Robert-Koch-Institut erhoben und veröffentlicht<sup>64</sup> wird. Allerdings verläuft das Infektionsgeschehen dynamisch und die Infektionen finden nicht nur unter den Schülern, sondern auch zwischen Freunden und Verwandten sowie den Lehrern statt. Daher ist eine gleich hohe Wirksamkeit dieses Anknüpfungspunktes zumindest fraglich.

Insgesamt erscheint die Auswahl des Anknüpfungspunktes damit zumindest nicht willkürlich, was sonst einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) darstellen würde. Sie liegt folglich innerhalb des Beurteilungsspielraums des Bundestags. Die Anknüpfung erscheint nach dem bereits Gesagten als plausibel. Verfassungsmäßig wäre sie nur zu beanstanden, wenn dadurch ein unverhältnismäßiger Grundrechtseingriff vorliegen würde. Eine solche Prüfung wird hier allerdings nicht vorgenommen. Bekräftigt wird die Verfassungsmäßigkeit aber dadurch, dass diese Anknüpfung bisher gerichtlich nicht umfassend beanstandet wurde.<sup>65</sup>

## **b) Aufgabenzuweisung an das Robert Koch Institut**

Die Inzidenz und die zulässigen Tests werden vom Robert Koch Institut<sup>66</sup> veröffentlicht. Es ist fraglich, ob diese Aufgabenzuweisung verfassungsgemäß ist. In Frage steht dabei vor allem, ob dadurch das Demokratieprinzip (Art. 20 II GG), welches für jedes staatliche Handeln eine ausreichende demokratische Legitimation fordert, verletzt wurde.

---

<sup>64</sup> *Robert Koch Institut* (Hrsg.), COVID-19-Fälle nach Altersgruppe und Meldewoche, Berlin 2022, abrufbar im Internet: <[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Altersverteilung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Altersverteilung.html)> (Stand: 16.03.2022).

<sup>65</sup> *Greve/Lassahn*, Die bundeseinheitliche „Notbremse“, NVwZ 2021, 665 (670), Fn. 19; vgl. etwa OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.01.2021 – 13 MN 11/21; OVG Magdeburg, Beschl. v. 25.01.2021 – 3 R 2/21; VGH Mannheim, Beschl. v. 3.12.2020 – 1 S 3737/20.

<sup>66</sup> Wird im Folgenden mit „RKI“ abgekürzt.

### aa) Legitimationsbedürftigkeit

Fraglich ist zunächst, ob das RKI für die Veröffentlichung der Inzidenz und der zulässigen Tests demokratischer Legitimation bedarf. Demokratischer Legitimation bedarf jedenfalls „alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter“<sup>67</sup>. Dabei ist es unerheblich, ob dieses Verwaltungshandeln auch nach außen, oder nur im Inneren der Behörde wirkt.<sup>68</sup> Das RKI bedarf also für die Veröffentlichung demokratischer Legitimation, wenn es dadurch amtlich mit Entscheidungscharakter handelt.

Das RKI ist eine selbständige Bundesbehörde, die dem Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit zugehörig ist (vgl. Art. 87 III 1 GG i. V. m. § 2 I BGA-NachfG<sup>69</sup>)<sup>70</sup>. Zu den Aufgaben des RKI gehört es dabei unter anderem, Daten zu übertragbaren Krankheiten zu sammeln und auszuwerten und auf deren Grundlage Richtlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen abzugeben (vgl. § 2 III Nrn. 1, 2, 4 BGA-NachfG, § 4 II IfSG).<sup>71</sup> Dazu gehört auch die Veröffentlichung der Inzidenz und der zulässigen Tests. Dabei handelt das RKI als Bundesbehörde amtlich.

Dieses amtliche Handeln müsste auch Entscheidungscharakter haben. Dies könnte sich aus einer Bindungswirkung gegenüber den zuständigen Behörden ergeben. Grundsätzlich gibt das RKI nur Empfehlungen ohne Bindungswirkung ab und wird beratend tätig (vgl. § 4 II IfSG). § 28d I, III IfSG verweist dynamisch auf die Feststellung der Inzidenz und der zulässigen Tests durch das RKI. Dadurch entfaltet die an sich rechtlich unverbindliche Stellungnahme des RKI rechtlich relevante Bindungswirkung.<sup>72</sup> Sie hat daher Entscheidungscharakter.

Die Veröffentlichung der Inzidenz und der zulässigen Tests bedarf daher demokratischer Legitimation.

---

<sup>67</sup> BVerfG, Urteil v. 18.01.2012 - 2 BvR 133/10, BVerfGE 130, 76 (123), Rn. 165.

<sup>68</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995 - 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 (68), Rn. 139.

<sup>69</sup> Gesetz über Nachfolgeeinrichtungen des Bundesgesundheitsamtes (BGA-NachfG) v. 24.06.1994 (BGBl. I 1416), zuletzt geändert durch Art. 8 I Gesetz zum Erlass eines Tierarzneimittelgesetzes und zur Anpassung arzneirechtlicher und anderer Vorschriften v. 27.09.2021 (BGBl. I 4530).

<sup>70</sup> Ullmann, Sachverständige Politikberatung, NJOZ 2021, 1505 (1507).

<sup>71</sup> Ullmann, Sachverständige Politikberatung, NJOZ 2021, 1505 (1507 f.).

<sup>72</sup> Ullmann, Sachverständige Politikberatung, NJOZ 2021, 1505 (1510), Fn. 67.

## bb) Legitimationsniveau

Staatliche Handeln bedarf immer der demokratischen Legitimation, muss sich also gem. Art. 20 II GG auf den Willen des Volkes zurückführen lassen.<sup>73</sup> Dabei wird zwischen funktionell-institutioneller, personeller und sachlich-inhaltlicher Legitimation unterscheiden. Erstere findet ihren Ursprung durch die Institutionalisierung der Staatsgewalt (vgl. Art. 20 II 2 GG).<sup>74</sup> Eine Behörde ist also funktionell-institutionell demokratisch legitimiert, wenn ihre Einrichtung durch das Grundgesetz vorgesehen oder zulässig ist. Der jeweilige Amtswalter ist dabei personell demokratisch legitimiert, wenn seine Bestellung durch eine ununterbrochene Legitimationskette auf das Volk zurückzuführen ist.<sup>75</sup> Letztere kommt durch die Bindung an das Gesetz sowie an Aufträge und Weisungen der Regierung zum Ausdruck.<sup>76</sup>

Diese Legitimationsformen stehen derart in einem wechselseitigen Verhältnis, dass eine geringere Legitimation durch die eine, durch eine höhere Legitimation einer anderen ausgeglichen werden kann, solange insgesamt ein ausreichendes Legitimationsniveau erreicht wird.<sup>77</sup>

Das RKI müsste nach den gerade aufgezeigten Maßstäben demokratisch legitimiert sein. Beim RKI handelt es sich um eine Ressortforschungseinrichtung, die unmittelbar in die Staatsorganisation eingegliedert ist.<sup>78</sup> Die Behördeneinrichtung wird durch das Grundgesetz zugelassen (Art. 87 III 1, i. V. m. Art. 74 I Nr. 19 GG). Das RKI ist damit funktionell-institutionell demokratisch legitimiert. Die Aufgabenzuweisung erfolgt mit § 28d I IfSG durch den Bundestag, womit auch eine ununterbrochene Legitimationskette und damit personelle demokratische Legitimation vorliegt.<sup>79</sup>

---

<sup>73</sup> BVerfG, Urteil v. 18.01.2012 - 2 BvR 133/10, BVerfGE 130, 76 (123), Rn. 165.

<sup>74</sup> *Voßkuhle/Kaiser*, Demokratische Legitimation, JuS 2009, 803 (804).

<sup>75</sup> *Voßkuhle/Kaiser*, Demokratische Legitimation, JuS 2009, 803 (804); BVerfGE 130, 76 Rn. 165.

<sup>76</sup> BVerfG, Urteil v. 18.01.2012 - 2 BvR 133/10, BVerfGE 130, 76 (124), Rn. 167.

<sup>77</sup> BVerfG, Urteil v. 18.01.2012 - 2 BvR 133/10, BVerfGE 130, 76 (124), Rn. 167.

<sup>78</sup> *Ullmann*, Sachverständige Politikberatung, NJOZ 2021, 1505 (1507).

<sup>79</sup> Vgl. *Ullmann*, Sachverständige Politikberatung, NJOZ 2021, 1505 (1509).

Zweifel könnten, aufgrund der dynamischen Verweisung, an der inhaltlich-sachlichen Legitimation bestehen. Solche dynamischen Verweisungen bergen die Gefahr, dass der parlamentarische Gesetzgeber sich seiner Normsetzungskompetenz entäußert.<sup>80</sup> Sie sind daher nur zulässig, wenn die Verweisung als Vorbehalts- oder Ermächtigungsnorm formuliert<sup>81</sup> und hinreichend bestimmt<sup>82</sup> ist.

Das RKI wird vorliegend nicht normsetzend tätig. § 28d I, III IfSG verweist lediglich auf die grundsätzlich unverbindliche Bewertung des RKI hinsichtlich des Infektionsgeschehens und der Tests. Die Entscheidung, den § 28d IfSG einzuführen, und gegebenenfalls wieder aufzuheben, liegt letztlich immer noch beim parlamentarischen Gesetzgeber, wodurch sich dieser nicht seiner Normsetzungskompetenz entäußert. Es handelt sich somit um eine Vorbehaltsnorm. Das Aufrufen der durch das RKI veröffentlichten Inzidenz und der zulässigen Tests ist mit keinen Hindernissen verbunden. Zudem obliegt lediglich die Feststellung, ob die Inzidenz den Wert von 50 überschreitet und welche Tests zuverlässig sind, in der Verantwortung des RKI. Die Bestimmung ob und welche Maßnahmen daraus folgen, obliegt dem Gesetzgeber. Damit ist die dynamische Verweisung hinreichend bestimmt. Es liegt somit auch eine inhaltlich-sachliche demokratische Legitimation vor.

#### cc) Zwischenergebnis

Das RKI ist somit umfassend demokratisch legitimiert. Eine Verletzung des Demokratieprinzips liegt nicht vor. Die Aufgabenzuweisung ist damit verfassungsgemäß.

#### **c) Zwischenergebnis**

Das Gesetz ist somit auch materiell verfassungsmäßig.

---

<sup>80</sup> Ullmann, Sachverständige Politikberatung, NJOZ 2021, 1505 (1509).

<sup>81</sup> Sachs, Die dynamische Verweisung als Ermächtigungsnorm, NJW 1981, 1651 (1652).

<sup>82</sup> Ullmann, Sachverständige Politikberatung, NJOZ 2021, 1505 (1509).

### **3. Ergebnis Begründetheit**

Der Hauptantrag ist folglich unbegründet.

## **B. Hilfsantrag**

### **I. Zulässigkeit**

Der Hilfsantrag müsste zulässig sein. Fraglich ist dabei, ob dieser überhaupt auf eine statthafte Verfahrensart gerichtet ist. Der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht wird nur durch eine ausdrückliche Zuweisung der Zuständigkeit eröffnet.<sup>83</sup> Diese Zuweisung findet sich abschließend in der enumerativen Aufzählung des § 13 BVerfGG. Eine sonstige Zuständigkeit über etwaige Generalklauseln lässt sich nicht begründen.<sup>84</sup>

Das Begehren der Antragstellerin besteht vorliegend in der Auslegung des § 28d IfSG, hinsichtlich der Verbindlichkeit von Verfahrensregelungen. Eine entsprechende Verfahrensart sieht § 13 BVerfGG nicht vor. Ferner ist es die Auslegung eines Gesetzes zuvörderst Aufgabe des jeweiligen Rechtsanwenders. Das Bundesverfassungsgericht ist nur für die letztinstanzliche Klärung von Streitigkeiten über die Auslegung des Grundgesetzes zuständig.

Der Antrag ist damit nicht zulässig.

### **II. Begründetheit**

Zur Begründetheit sei auf die Ausführungen unter A. II. 1. b) bb) (1) verwiesen, wo bereits ausgeführt wurde, dass keine Regelung des Verfahrens durch das Gesetz vorgenommen wird. Der Hilfsantrag ist daher von vornherein unbegründet.

---

<sup>83</sup> *Schlaich/Korioth*, BVerfG, Rn. 77.

<sup>84</sup> *Schlaich/Korioth*, BVerfG, Rn. 77.

## **Ehrwörtliche Erklärung**

Ich versichere, die vorliegende Arbeit ohne fremde Hilfe und nur unter Verwendung der angegebenen Hilfsmittel selbständig verfasst zu haben. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäß aus veröffentlichten oder nicht veröffentlichten Arbeiten anderer entnommen sind, vor allem auch die Quellen des Internets, habe ich kenntlich gemacht. Das Merkblatt der Studiendekanin ‚Eckpunkte wissenschaftlichen Arbeitens – Hinweise zur Erstellung von Haus- und Seminararbeiten sowie zur Schwerpunktbereichsarbeit‘ habe ich zur Kenntnis genommen.

Halle (Saale), den 28.03.2022