

## KRITIK

### Rechtsskolumne

*Parlament und Regierung im  
notstandsverwalteten Deutschland*

Von Florian Meinel

Die Epidemie der Spanischen Grippe endete mit dem Abklingen der dritten Infektionswelle im Lauf des Jahres 1920. Max Weber, der die Deutschen während des Kriegs auf die parlamentarisch verantwortliche Regierung eingeschworen hatte,<sup>1</sup> wurde am 14. Juni in München eines ihrer letzten Opfer. Eben zu dieser Zeit beendete Carl Schmitt, der in Webers Dozentenkolloquium geschulte, damals noch recht unbekannt Dozent der Rechtslehre, eine Studie, in der er die Grundbegriffe seiner späteren Verfassungstheorie entwickelte: *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* ging Anfang Oktober 1920 in den Satz und erschien vor genau hundert Jahren, im Frühjahr 1921, in Webers Hausverlag Duncker & Humblot.<sup>2</sup> Schmitt hatte während des Kriegs in München als Praktiker der bürokratischen Diktatur gearbeitet, im Generalkommando des I. Bayerischen Armeekorps als Leiter des Referats P6 mit der

Zuständigkeit für die Überwachung der Friedensbewegung und die Beschlagnahme von Druckschriften. Der Ausnahmezustand prägte das Bild der Politik: Oktoberrevolution, Räterepublik, Arbeiteraufstände, Friedrich Eberts Notstandsmaßnahmen mithilfe der Reichswehr. Das Regieren mit Sondervollmachten wurde zu einer demokratischen Normalität.

Schmitt widersprach Weber nirgends direkt, setzte ihm aber ein anderes Paradigma politischen Handelns entgegen. Max Webers parlamentarisch kontrollierte Regierung führt der bürokratischen Maschine auch in Krisenzeiten Legitimität zu, weil sie sich der öffentlichen Konkurrenz in Wahlen stellt, der parlamentarischen Konkurrenz um Regierungssämter und der öffentlichen parlamentarischen Kontrolle. Carl Schmitt dagegen löste den Ausnahmezustand von der parlamentarischen Verantwortung. Mittel der verfassungsmäßigen Bewältigung des Ausnahmezustands ist die Ermächtigung, die Freistellung des Trägers der Diktatur von rechtlichen Bindungen bei gleichzeitiger Bindung an die politische Grundentscheidung, die Verfassung (eine Vorstellung die bei Weber ganz fehlt).

So präsentierte Schmitt die verfassungsmäßige Diktatur, die Herrschaft mit außerordentlichen Vollmachten in außergewöhnlichen Lagen, als die eigentliche Form der verantwortlichen Regierung. Dafür gab es in den Diktatoren der römischen Republik, die für eine kurze Zeit vom Senat mit einem begrenzten Mandat ausgestattet wurden, ein klassisches Vorbild,

1 Max Weber, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens*. München: Duncker & Humblot 1918.

2 Carl Schmitt/Ludwig Feuchtzwanger, *Briefwechsel 1918–1935*. Hrsg. v. Rolf Rieß. Berlin: Duncker & Humblot 2007.

freilich ohne eine irgendwie vergleichbare Vorstellung von Verfassung. Von dieser rechtsstaatlichen oder »kommissarischen« Diktatur unterschied Schmitt die souveräne Diktatur, die an keine Ordnung mehr gebunden ist, sondern revolutionär eine neue schaffen kann: einst Cromwell, damals Lenin.<sup>3</sup>

### *Demokratische und undemokratische Ermächtigungen*

Beide Spielarten der Diktatur – so Schmitts berühmte These – sind keine Gegensätze zur Demokratie, sondern nur unterschiedliche Möglichkeiten der Demokratie im Ausnahmezustand. Entweder führt die Diktatur den Ausnahmezustand auf den verfassungsmäßigen Zustand zurück – dann ist sie kommissarisch –, oder sie errichtet eine neue Ordnung – dann ist sie souverän. Das Problem liegt darin, dass man immer erst im Nachhinein weiß, mit welcher Form man es zu tun hatte. In der deutschen Geschichte brach die juristische Unterscheidungskraft dieser Verfassungskonstruktion mit dem Ermächtigungsgesetz vom März 1933 zusammen, als mit der parlamentarischen Ermächtigung einer Regierung ohne parlamentarische Mehrheit die souveräne Diktatur begann.

Seit 1949 denkt das deutsche Verfassungsrecht die Regierung im Ausnahmezustand konsequent mit Schmitt gegen Schmitt und sichert die parlamentarische Demokratie durch eine Reihe von Ermächtigungsverboten und Ermächtigungskau-

telen. Es denkt sie aber nicht mit Weber, weil es die institutionellen Beziehungen zwischen Regierungen und Parlamenten, auf die es gerade in Notstandslagen ankommt, weithin offenlässt. Grundrechte können auch im Ausnahmezustand nicht förmlich aufgehoben werden, und vor das Regieren durch Verordnungsermächtigungen schiebt Artikel 80 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes eigentlich einen dicken Riegel. Diese Norm verlangt von Gesetzen, die die Regierung zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen, selbst alles Wesentliche schon zu regeln: den Zweck der Ermächtigung, das Regelungsprogramm und die Reichweite. Parlamentarisierung heißt im Verfassungsrecht der Bundesrepublik deswegen: möglichst enge Bindung der Regierung an das materielle Gesetz.

Diese verfassungsrechtliche Technik der Parlamentarisierung funktioniert vor allem, wo sie von außen angetrieben wird. Das geschieht im Normalfall durch die Rechtsprechung. Sie kontrolliert Rechtsverordnungen daraufhin, ob sie den gesetzlichen Ermächtigungen, und diese, ob sie den Anforderungen des Artikels 80 GG genügen. Dabei gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Je schwerwiegender ein Grundrechtseingriff, desto detaillierter muss die gesetzliche Regelung sein. Die Justiz formuliert auf diese Weise also indirekt parlamentarische Handlungsprogramme, indem sie administrativen Maßnahmen ohne parlamentarische Grundlage die Anerkennung verweigert.

### *Die Pandemie als Ausnahmezustand*

Die Diskussion um die Corona-Pandemie als verfassungsrechtlicher Ausnahmezu-

stand und um die prekäre Rolle der Parlamente tritt seit einiger Zeit auf der Stelle, obwohl der gegenwärtige Zustand des Infektionsschutzrechts verfassungsrechtlich nach allen herkömmlichen Maßstäben defizitär ist.<sup>4</sup> Die gesetzlichen Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen durch das Bundesgesundheitsministerium und die Landesregierungen sind ausgesprochen weitreichend und unbestimmt. Zwar werden die Verordnungen der Landesregierung seit der Änderung des Infektionsschutzgesetzes im November 2020 nicht mehr allein auf dessen Generalklauseln (§§ 28, 32) gestützt. Ein neuer § 28a sieht seitdem eine Reihe von Einzelmaßnahmen vor, die während einer vom Bundestag festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite »insbesondere« angeordnet werden können.

Den üblichen Standards von Verordnungsermächtigungen genügt aber auch diese Norm keineswegs, schon weil sie gar keine Tatbestände definiert, also nicht festlegt, unter welchen Bedingungen, etwa ab welcher Inzidenz, diese und jene Maßnahme zulässig sein soll. Den Landtagen, die schon vor der Pandemie in einem langanhaltenden Niedergang begriffen waren, ist es auch nach fast einem Jahr nicht gelungen, die Versammlungsgesetze um eine differenzierte Regelung zu Verboten im Zusammenhang mit der Pandemie zu ergänzen oder in den Schulgesetzen Regelungen über Schulschließungen zu treffen.

Doch worin liegt eigentlich das Problem des parlamentslosen Regierens in der Pandemie? Sicher ist es nicht der Föderalismus als solcher. Sind es die Minis-

terpräsidenten, die ihre Entscheidungen in informellen Runden mit der Kanzlerin koordinieren? Verfassungsrecht ist keine einfache Kompetenzarithmetik: Dass die Verständigung in diesem Format passiert, heißt nicht, dass sie ohne dieses Format den Parlamenten gelänge. Ist es die einmütige Großzügigkeit der Gerichte in der Pandemie beim Umgang mit rechtsstaatlichen Standards und gesetzlichen Grundlagen? Ist es die Zögerlichkeit der Mehrheitsfraktionen, sich der Verordnungspraxis ihrer Regierungen entgegenzustellen und auf gesetzlicher Regelung zu bestehen?

Sicher erscheint jedenfalls, dass die Interaktion von gerichtlichem Rechtsschutz und parlamentarischer Gesetzgebungshoheit in der Pandemie weitgehend aufgehoben ist. Das ist aber kaum die Schuld der Gerichte, denen das wichtigste verfassungsrechtliche Kontrollinstrument – das Verhältnismäßigkeitsprinzip – genommen ist. Wo der Zweck staatlicher Maßnahmen zugleich äußerst abstrakt und überragend wichtig ist (Verhinderung massenhaften Sterbens), über die Wirkungsweise der Mittel im Einzelfall aber kaum Aussagen möglich sind, hat das zur Folge, dass die Gerichte, wenn überhaupt, eher bei überschaubaren Aspekten wie Beherbergungsverboten, Corona-Leine oder der Maskenpflicht in Grundschulen intervenieren, nicht aber bei den großen und weitreichenden Einschränkungen.

Bei den großen Freiheitsbeschränkungen des allgemeinen Lockdowns hat sich die Rechtsprechung einschließlich des Bundesverfassungsgerichts entschieden, der Politik ein bis vor kurzem undenkbares Maß an verfassungsrechtlicher Beifreiheit zu gewähren. Die Begründung

<sup>3</sup> Dazu jetzt Jörg Baberowski, *Der bedrohte Leviathan. Staat und Revolution in Rußland*. Berlin: Duncker & Humblot 2021.

<sup>4</sup> Uwe Volkmann, *Heraus aus dem Verordnungsregime*. In: NJW 2020, 3153.

liegt auf der Hand: Diese Maßnahmen haben eine solche Tragweite und eine solche Unsicherheitsdimension, dass sie verfassungsrechtlich nicht festgelegt sind, sondern politisch begründet und verantwortet werden müssen.

Die mangelnde Einbeziehung der Parlamente liegt nicht an fehlenden Mehrheiten. Sie sind im Gegenteil völlig unangefochten; weit über die jeweiligen Regierungskoalitionen hinaus. Das zeigt sich überall dort, wo die Regierungen für ihre Krisenpolitik, insbesondere ihre ökonomischen und sozialen Maßnahmen, auf parlamentarische Rechtsetzung zwingend angewiesen sind, etwa bei der raschen Änderung des Miet-, Sozial-, Arbeits- und Insolvenzrechts oder der Bewilligung von Krediten. Bei der Bewältigung der Gesetzgebungsagenda der Regierungen haben sich die Parlamente keine Blöße gegeben. Auch in die auf die Pandemie unvermeidlich folgenden Verteilungskämpfe werden sie unvermeidlich hineingezogen werden, ohne sich nach irgendeiner Seite entlasten zu können.

#### *Parlamentarische Kontrolle und die Rolle der Länder*

Das Problem der Parlamente in der Pandemie könnte also weniger daran liegen, dass Regierungen überhaupt durch Verordnungen handeln, als darin, wie sie dabei parlamentarisch kontrolliert werden. Die parlamentarische Kontrolle ist noch stärker als das Gesetzgebungsverfahren auf die Artikulation von Kritik angelegt und zugleich auf die institutionelle Unterscheidung von Regierung und Opposition bezogen. Erst die parlamentarische Kontrolle macht die Regierung als politische

Mehrheit und nicht nur als eine unpolitische Bürokratie erkennbar.

Deswegen ist die Rückendeckung der parlamentarischen Mehrheiten für das Regierungshandeln auch dort demokratisch wichtig, wo sie sich nicht in Gesetzesform artikuliert. Denn die Regierung, die von der Opposition zur Rechenschaft im Parlament gezwungen wird, muss sich damit auch vor ihren eigenen Mehrheitsfraktionen rechtfertigen, und wenn sie dabei keine gute Figur macht, hat sie in der Regel ein Problem. Defizite der öffentlich sichtbaren parlamentarischen Kontrolle sind aber auch deswegen ein großes Problem, weil es für die Integrationsfähigkeit des politischen Systems fundamental wichtig ist, dass gegensätzliche Standpunkte und politische Alternativen nicht nur auf der Straße, sondern innerhalb der parlamentarischen Institutionen vertreten werden und Mehrheiten ihren Standpunkt gegenüber Minderheiten begründen müssen.

Wie schwach die parlamentarischen Oppositionen in der Pandemie sind, zeigt, wie schwierig es ist, das expertokratische Regieren zu politisieren. Versucht die Opposition, aus den Parlamenten heraus eine Auseinandersetzung über den richtigen Kurs zu organisieren und die Regierungen im wörtlichen Sinne zur Verantwortung zu ziehen, kann sie sich schnell in die Nähe von lebensgefährlichen Verschwörungstheorien gerückt sehen. Zugleich aber ist die fehlende Praxis parlamentarischer Kontrolle exekutiver Rechtsetzung die institutionelle Kehrseite der engen Ermächtigungssperre des Artikels 80 Grundgesetz: Gerade weil das Parlament im Regelfall bereits mit dem Gesetz, das die Regierung zu Verordnungen ermäch-

tigt, alles Wesentliche selbst festlegt, gibt es keinen Grund, dass es sich später intensiv mit der Verwaltungspraxis befasst.

Das zeigt sich vor allem an dem in der Pandemie so zentralen Verhältnis von Bund und Ländern. Einerseits sind die Länder nach Artikel 83 des Grundgesetzes zuständig für den Vollzug des Infektionsschutzgesetzes des Bundes, weshalb nahezu sämtliche Maßnahmen auf Ausnahmungsprozessen in der Ministerpräsidentenkonferenz beruhen. Andererseits macht das Infektionsschutzgesetz von der Möglichkeit des Artikels 80 Gebrauch, anstelle der Bundesregierung die Landesregierungen zu ermächtigen (§ 32), und weist ihnen die Regelung von Einschränkungen durch Verordnung zu. So handelt es sich bei den Corona-Schutzverordnungen durchweg um Landesverordnungen auf bundesgesetzlicher Grundlage.

In solchen Fällen funktioniert nun die parlamentarische Kontrolle besonders schlecht, weil es an einer parlamentarischen Verantwortlichkeit zwischen Rechtsetzung und Vollzug fehlt. Die Bundesregierung, die dem Bundestag parlamentarisch verantwortlich ist, ist nicht zuständig. Der Bundestag kann aus guten Gründen auch keine parlamentarische Kontrolle gegenüber den Landesbehörden ausüben. Die Landesregierungen sind zwar ihrerseits den Landtagen parlamentarisch verantwortlich, aber gerade die Kontrolle des Handelns der Landesregierungen beim Erlass von Rechtsverordnungen aufgrund Bundesrechts ist notorisch defizitär.

Das liegt nicht nur daran, dass die Landesregierungen ihre Krisenpolitik innerhalb der Ministerpräsidentenkonferenz und mit dem Bund relativ eng koordinie-

ren und wenig Neigung haben, die Ergebnisse anschließend parlamentarisch zu vertreten. Es ist auch nicht allein mit der Introvertiertheit von Landtagen zu erklären, die die Verantwortlichkeit dort nicht ausreichend geltend machen, wo es nicht um den Vollzug »ihrer« Landesgesetze geht, sondern hängt wiederum mit Artikel 80 Grundgesetz zusammen: Im Regelfall steht das politisch Wichtige ja schon im Gesetz, Parlamente haben da wenig zu gewinnen.

#### *Politisierung der Expertokratie?*

Im Grundsatz ist an diesem komplizierten Verhältnis von Parlamentarismus und Föderalismus, das Deutschland seit der Reichseinigung beschäftigt, schwer etwas zu ändern. Politik ist aber nach Max Weber ein starkes, langsames Bohren von harten Brettern mit Leidenschaft und Augenmaß zugleich. Fortschritte gegenüber dem bisherigen Zustand sind auch ohne weitreichende Verfassungsänderungen zu erreichen. Das Regieren durch Rechtsverordnungen muss nicht unparlamentarisch bleiben. Das Problem, das sich hier stellt, ist allerdings neu. Solange die Bestimmtheitsanforderungen des Artikels 80 galten und von der Rechtsprechung durchgesetzt wurden, war das nicht erforderlich. In der Corona-Krise hat sich das geändert. Das zeigt sich vor allem an dem ganz unscheinbaren vierten Absatz jenes Artikels, den es seit 1994 gibt, der aber in der Staatspraxis der Bundesrepublik bisher keine Rolle gespielt hat.

Er sieht vor, dass in den Fällen, in denen Bundesgesetze die Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen, wie derzeit beim Infektions-

schutz, die Länder stattdessen auch durch Gesetze handeln können. Wenn Bundesgesetze selbst präzise Regelungsprogramme formulieren müssen, hat diese Norm keine Funktion. Anders ist es, wenn in den Ländern ein Mangel an gesetzgeberischer Steuerung auf Bundesebene, wie er sich im Recht der Pandemiebekämpfung zeigt, aufgefangen werden kann. Baden-Württemberg hat in einem Landesgesetz über den Erlass infektionsschützender Maßnahmen vom Juli 2020 von der Möglichkeit des Art. 80 Abs. 4 GG in sehr interessanter Weise Gebrauch gemacht.<sup>5</sup>

Durch das Gesetz der Landtag die Ermächtigung an sich, um sie sogleich wieder der Landesregierung zu übertragen. Das ist aber nur scheinbar ein Trick, denn nunmehr untersteht die Landesregierung den Bedingungen des Landtags: Rechtsverordnungen, die länger als zwei Monate gelten sollen, bedürften zu ihrer Fortgeltung der Zustimmung des Landtags, die alle zwei Monate erneuert werden muss. Erteilt der Landtag sie nicht, treten sie außer Kraft.

Auch im Bund wäre eine solche Regelung möglich. Es ist in der Rechtsprechung und der Staatspraxis anerkannt, dass der Gesetzgeber sich nicht darauf beschränken muss, der Bundesregierung Verordnungsermächtigungen zu erteilen. Er kann den Erlass von Rechtsverordnungen etwa von einem bestimmten Verfahren abhängig machen. (Im Infektionsschutzrecht ist beispielweise die Anhörung der Ständigen Impfkommission und des Spitzenverbands Bund der Krankenkassen zur

Impfverordnung durch § 20i SGB V vorgeschrieben.)

Der Bundestag kann sich aber selbstverständlich auch selbst die Zustimmung zu Rechtsverordnungen vorbehalten, generell oder in bestimmten Fällen. Solche Zustimmungsvorbehalte gibt es unter anderem im Steuerrecht, im Infektionsschutzrecht hat der Bundestag auf sie verzichtet. Selbst eine so erstrangige Frage wie die Impfstoffpriorisierung und den Umgang mit Geimpften hat er weitgehend (§ 20i SGB V) dem Bundesgesundheitsminister überlassen, ohne auf der eigenen Befassung mit der Sache – sei es durch ein Zustimmungserfordernis oder ein Vetorecht – zu bestehen.<sup>6</sup> Die politischen Folgen waren zwangsläufig: Die medizinische Begründung durften Impfkommision und Krankenkassenverband dem Minister noch liefern, die politische Entscheidung, die das Parlament hätte tragen müssen, konnten sie ihm nicht abnehmen. In die Bresche sprang der Nationale Ethikrat, dessen Stellungnahme in der Angelegenheit in ihrer Mischung aus Pragmatismus und Durchhalteappellen freilich auch dem Bundespresseamt gelungen wäre.<sup>7</sup>

Die Chance parlamentarischer Zustimmungsvorbehalte zum Regieren mit Verordnungen liegt also gerade darin, dass sie es ermöglichen, das expertokratische Regieren, das die Pandemiebekämpfung notwendig prägt, in Maßen zu politisie-

ren, ohne andererseits die zeitlichen und institutionellen Ressourcen voller parlamentarischer Gesetzgebungsverfahren aufzuwenden. Eine verstärkte parlamentarische Kontrolle des Regierens durch Verordnungen hieße auch, Gesetzgebung und parlamentarische Kontrolle stärker zusammenzudenken. Im britischen Regierungssystem bezeichnet man diese Form der Gesetzgebung als *secondary legislation*, als eine Form der Gesetzgebung, für die sich die Regierung im Parlament auch ohne förmliches Gesetzgebungsverfahren Mehrheiten suchen muss.

Das Tauschgeschäft hieße dann: Absenkung der Anforderungen an die Detailliertheit von Ermächtigungen gegen mehr parlamentarische Mitentscheidung bei der Verordnungsgebung. Darin könnte auch nach dem Ende der Pandemie eine Möglichkeit liegen, die Abwärtsspirale aus Irrelevanz und Niveauverlust zu durchbrechen, in der sich die Landtage befinden. Ermächtigungen der Landesregierungen aufgrund von Bundesgesetzen gibt es schließlich beileibe nicht nur im Infektionsschutz. Ob das gelingt, wird am Ende davon abhängen, ob die parlamentarischen Oppositionen im Bundestag und in den Landtagen bereit sind, sich mit der Verordnungspraxis der Regierungen streitig auseinanderzusetzen, die Mehrheits-

basis der parlamentarischen Regierung also laufend zu testen.

Carl Schmitt hat es 1921 als »innere Dialektik« des Ausnahmezustands beschrieben, dass »gerade die Norm negiert wird, deren Herrschaft durch die Diktatur in der geschichtlich-politischen Wirklichkeit gesichert werden soll«. Will heißen: Im Ausnahmezustand enthüllt sich der politische Kern einer Verfassung. Oder nüchterner: Die politische Ordnung definiert sich am besten, wenn sie ungeschützt handelt. Mit Schmitt gegen Schmitt denken, hieße daher anzuerkennen, dass die Beherrschung des gegenwärtigen Ausnahmezustands keine Frage von Polizei, Militär und Sondervollmachten ist, sondern eine Frage von Infrastruktur, Beschaffung, Versorgung, Planung und Kontrolle der öffentlichen Meinung.

Die Pandemie ist vielleicht überhaupt kein verfassungsrechtlicher Ausnahmezustand, sondern ein Ausnahmezustand der Verwaltung, was sich an der regierungsähnlichen Rolle zeigt, die Institutionen wie der Ministerpräsidentenkonferenz, dem Robert-Koch-Institut oder der Impfkommision zufällt. Dass die Krise die Stunde der Exekutive ist, ist daher nicht mehr als ein Gemeinplatz. Die Frage ist, ob sie als parlamentarische Regierung handelt oder nicht.

6 Andrea Kießling/Thorsten Kingreen/Anna Leisner-Egensperger, *Keine Priorität für die Rechtswissenschaft*. In: *Verfassungsblog* vom 2. Februar 2021 ([verfassungsblog.de/keine-prioritat-fur-die-rechtswissenschaft/](http://verfassungsblog.de/keine-prioritat-fur-die-rechtswissenschaft/)).

7 Deutscher Ethikrat, *Besondere Regeln für Geimpfte?* Pressemitteilung vom 4. Februar 2021 ([www.ethikrat.org](http://www.ethikrat.org)).

5 Gesetzblatt Baden-Württemberg 2020, Nr. 27, S. 649. Ähnliche Gesetzesinitiativen sind in anderen Ländern beraten worden, aber erfolglos geblieben.