

## Fachbereich Rechtswissenschaft

### Arbeitspapier Nr. 6/2021

---

# Leviathan mit Schnabelmaske Gefahrenabwehr und Infektionsschutz als Treiber autoritärer Rechtsentwicklungen<sup>1</sup>

*Günter Frankenberg* \*

Erscheint in: Treiber und Pfade autoritärer Entwicklungen im 21. Jahrhundert,  
Günter Frankenberg/Wilhelm Heitmeyer (Hg.)  
Campus-Verlag: Frankfurt/New York

Zitiervorschlag: Frankenberg, Leviathan mit Schnabelmaske. Gefahrenabwehr und Infektionsschutz als Treiber autoritärer Rechtsentwicklungen, Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 6/2021, Rn.

**Zusammenfassung:** In diesem Text werden, ausgehend von der Unterscheidung von Autorität und Autoritarismus, zunächst Entwicklungen im Gefahrenabwehrrecht (Polizeirecht) rekonstruiert, die sich autoritär kennzeichnen lassen. Die Entfesselung des (rechtsstaatlich gebändigten) Leviathan wird dann weiterverfolgt im Recht des Infektionsschutzes. Der Fokus liegt hier auf den anti-corona Gesetzen zum Schutz der Bevölkerung der Jahre 2020 und 2021. In einer Art Gegenprobe wird der infektionsschutzrechtliche Autoritarismus daraufhin überprüft, ob er alternativlos war, problemlos auf die rechtsstaatliche Spur zurückgeführt werden oder sich als demokratisches Gemeinschaftsprojekt interpretieren lassen könnte.

---

\* Prof. Dr. Dr., Professur für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

<sup>1</sup> Für Hinweise und Kritik einer früheren Fassung, auch für Ermutigung danke ich Alexander Blankenagel, Wilhelm Heitmeyer, Tim Wolf und Uwe Volkmann.

## I. Autorität und Autoritarismus des Rechts

- 1 In Gesetzen und Urteilen äußert Recht seinen Anspruch auf Geltung und Befolgung und *signalisiert* damit zugleich seine Autorität. Diese *entsteht* in der reziproken Beziehung zwischen einerseits den Institutionen und Akteuren, die legitimiert sind, von Rechtswegen Normen zu setzen oder Entscheidungen zu fällen, um dann für ihre Befehle Nachachtung zu erwarten, und andererseits denjenigen, die ihnen diese Legitimation vermitteln und in einem doppelten Sinne als Rechtssubjekte, als Adressaten und Autoren von Recht anerkannt werden. In diesem Wechselbezug *gründet* die Autorität von Recht.
- 2 Diese Symmetrie wird durch (autoritäre) Rechtsakte verzerrt, die aus der Struktur der Reziprozität ausbrechen. Gemeint sind Rechtsakte, die die Rechtssubjekte auf den Status von Objekten staatlicher Regelung herunterbringen. Das geschieht durch Maßnahmen, die (a) die Subjekte nur mehr als durchlaufende Posten registrieren (und etwa wie Verkehrszeichen als Allgemeinverfügung die Teilnehmer am Straßenverkehr wahrnehmen), oder (b) die grundrechtliche Verklammerung der Wechselbeziehung zwischen Freiheitssicherung und Freiheitseingriffen auflösen, oder aber (c) die Autorschaft der Subjekte im Ausnahmezustand gänzlich suspendieren.
- 3 Dass Pandemien autoritäre politische Reflexe auslösen und im Recht Treiber des Autoritarismus freisetzen, ist eine Annahme, der jedes Überraschungsmoment fehlt. Wem auch immer aufgegeben ist, sich flächendeckend ausbreitende, alle Grenzen überschreitende Infektionen zu unterbinden, der/die wird bei der Wahl der (rechtlichen) Mittel kaum wählerisch sein, wenn es gilt, schwere oder schwerste gesundheitliche Schäden mit unter Umständen tödlichen Folgen zu verhindern. So treiben Pandemien autoritäre Werte und Strukturen (und eher nicht Solidarität oder Fürsorge) im Gefahrenabwehr- und Infektionsschutzrecht gleichsam als ihre zweite Natur hervor, die sich wie Mehltau über das virologisch-epidemiologische und medizinische Wissen und die Routinen eines rechtsstaatlichen Regelsystems legen.
- 4 Mag diese Feststellung auch eher unstrittig sein<sup>2</sup>, so ist doch unklar, erstens, wie und wo die autoritären Treibsätze in den rechtlichen Strukturen verankert sein könnten und,

---

<sup>2</sup> Angesichts der Stimmen in der Literatur, die in Zeiten der Pandemie die - oder sogar jede - Kritik am staatlichen Infektionsschutz zurückweisen, bin ich nicht sicher, ob man das so sagen kann. Dazu

zweitens, womit und wodurch sie normativ aufgeladen werden. Die nachfolgenden Überlegungen versuchen, diese Unklarheit ein wenig aufzuhellen. Nach einer kursorischen Erörterung der Einbruchstellen für autoritäre Entwicklungen im Gefahrenabwehrrecht (II.) konzentriere ich mich aus gegebenem Anlass auf das früher Seuchenrecht genannte, heute als Infektionsschutzrecht firmierende Regelwerk und die diesem zugrundeliegenden Bekämpfungsstrategien (III.).

## II. Leviathans Entfesselung im Recht der Gefahrenabwehr



### 1. Bändigung des Gefahren abwehrenden Leviathan

- 5 Das idealtypische Grundmuster rechtsstaatlicher Gefahrenabwehr soll die polizeiliche Maßnahme auf sicherem Kurs zwischen der *Notwendigkeit* von Freiheitseingriffen und der Wahrung von freiheitssichernden Prinzipien und Rechten halten, die die

---

H. Dreier, „Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie“, DÖV 2021, 229 ff.; J. Kersten/ S. Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, (C.H.Beck: 2020; G. Krings, *Kritik ist kein Selbstzweck*, *VerfBlog*, 2021/4/02, <https://verfassungsblog.de/kritik-ist-kein-selbstzweck/>, DOI: 10.17176/20210402-194846-0; M. Jestaedt/A.B. Kaiser, *Das staatliche Pandemiemanagement im Lichte des Verfassungsrechts*, *VerfBlog*, 2021/3/31, <https://verfassungsblog.de/kritik-ja-verfassungskrise-nein/>, DOI: 10.17176/20210331-195214-0; und die Gegendarstellung von U. Volkmann, *Herbeireden einer Verfassungskrise oder „Es läuft doch alles prima“?: Eine Erwiderung auf Matthias Jestaedt, Anna-Bettina Kaiser, Günter Krings und einige andere*, *VerfBlog*, 2021/4/03, <https://verfassungsblog.de/herbeireden-einer-verfassungskrise-oder-es-laufft-doch-alles-prima/>, DOI: 10.17176/20210403-194856-0.

Verfassung vorgibt.<sup>3</sup> Wiederum idealtypisch heißt das: Nur eine (konkrete oder abstrakte) Gefahr<sup>4</sup> kann die zu ihrer Abwehr erforderlichen (den Zustand der Sicherheit bewahrenden oder herstellenden) Maßnahmen auslösen. *Ex post facto* können dann Rechtmäßigkeit, Ermessensbetätigung und Verhältnismäßigkeit eines polizeilichen Eingriffs gerichtlich überprüft werden. Übermaß lässt sich auf diese Weise, wenn nicht (immer) unterbinden, so doch wenigstens im Nachhinein korrigieren und notfalls entschädigen.<sup>5</sup> *Ausbrechende* Maßnahmen der Exekutive (gemeint sind damit Eingriffe, die sich über die Grenzen der Verfassung hinwegsetzen und sich von ihr nicht einhegen lassen) können also, wenn alles gut geht, *lege artis* im besten Fall strukturell verhindert oder aber justiziell „zurückgeholt“ werden. Im Ergebnis wäre der Gefahren abwehrende Leviathan, wie es einer der Verfechter eines demokratischen Polizeirechts, Erhard Denninger, formulierte, rechtsstaatlich „gebändigt“.<sup>6</sup>

- 6 Notwendige Bedingungen einer gelingenden Bändigung im Polizeirecht sind insbesondere eine Kompetenzordnung, die die Arbeits- und Gewaltenteilung zwischen Sicherheitsbehörden berechenbar gewährleistet, ein für das präventiv-polizeiliche Handeln verfügbares, ausreichendes Wissensreservoir, konturierte, die Anwendung bestimmende Standardbefugnisse und schließlich die effektive, justizielle Kontrolle der getroffenen Maßnahmen. Diese Bedingungen konkretisieren für den Bereich der Gefahrenabwehr die oben erörterten Voraussetzungen der Reziprozität rechtlicher Autorität.

## 2. Wie das „Sonderpolizeirecht“ den Leviathan entfesselt

- 7 Die Reziprozitätsbedingungen werden im Gefahrenabwehrrecht (und, wie zu zeigen sein wird, mehr noch im Infektionsschutzrecht) insbesondere durch folgende Phänomene und Problemlagen unterlaufen:

---

<sup>3</sup> Siehe aber dazu und zum Folgenden die skeptische Einschätzung von F. Rachor, in: Lisken/Denninger (Hg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 7. Aufl. (Beck: München 2021) [im Folgenden: *Handbuch*], Kap. E (Maßstäbe polizeilichen Handelns).

<sup>4</sup> Nach der Standarddefinition setzt eine Gefahr eine Sachlage oder ein Verhalten voraus, die/das bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein polizeiliches Rechtsgut im einzelnen Fall (konkrete Gefahr) oder allgemein (abstrakte Gefahr) schädigen wird. Zu Gefahr und Gefahrenabwehr: E. Denninger, *Handbuch*, Kap. D I; Pieroth et al., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9. Aufl. (Beck: 2016), § 4.

<sup>5</sup> Rachor, *Handbuch*, Kap. L II und M III-V. Zur Entschädigung nach Impfschutzmaßnahmen und bei Impfschäden siehe §§ 56 ff. und 60 IfSG (iVm Bundesversorgungsgesetz - BVG). Bei Grundrechtseingriffen führt der Weg zur Entschädigung zum EGMR - Art. 41 EMRK.

<sup>6</sup> E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan* (Nomos: Baden-Baden 1990), bes. 408 ff.

(a) auf der Seite der Gefahrenprognose durch eine *gesteigerte Ungewissheit*, d.h. einen Mangel an handlungsleitenden Informationen, der die jeder Gefahrenabwehr (bezüglich gefährlicher Technologien, aber auch dem Infektionsschutz) zugrundeliegende prognostische Einschätzung (Gefahrerforschung) verunsichert;

(b) auf der Seite der Befugnisnormen durch eine *gesteigerte Porosität* und *Strukturlosigkeit* der Tatbestände, die Räume öffnet für ausbrechende Maßnahmen der Exekutive und ihrer nachgeordneten Behörden und damit für autoritäre Rechtsentwicklungen;

(c) auf der Seite der freiheitssichernden Grundsätze, insbesondere der Verhältnismäßigkeit, durch einen *Ausfall der dogmatischen Präzisierung* und/oder *Gewissheitsverluste*, für die auch eine methodisch wenig gesteuerte Kasuistik und eine Wissenschaft, die sich auf Zuarbeit zur Exekutive statt kritischer Begleitung versteht, verantwortlich zu machen sind.

(d) Auf der Ebene der Gefahrenabwehr im Ganzen wird der Leviathan auf breiter Front von Bindungen freigesetzt, wenn Kontrollverluste eine Verschiebung dieser Aufgabe diktieren, genauer: sie ins Gefahrenvorfeld vorverlegen und sie ausweiten von *präventivem* zu *hyperpräventivem* Handeln. Gefahrenabwehr mutiert so zum *Risikomanagement*.

- 8 Die hier nur angedeuteten Bruchstellen, Spurwechsel und autoritären Schübe wurden, wie an anderer Stelle ausführlich dargelegt,<sup>7</sup> nicht zuletzt durch den Kampf gegen Terrorismus und „organisierte Kriminalität“ sowie die Regulierung riskanter Technologien<sup>8</sup> verursacht bzw. angetrieben. In der Folge fanden die tatbestandliche Unbestimmtheit des rechtsstaatlichen Polizeirechts, die Gewissheitsverluste der polizeirechtlichen Dogmatik und der Übergang von Gefahrenabwehr zu Risikomanagement ihren Niederschlag in allen Polizeigesetzen: Diese weisen der Polizei, mit dem Segen der „herrschenden Meinung“ in Lehre und Rechtsprechung,<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> E. Denninger, „Der Präventionsstaat“, in: ders., *Der gebändigte Leviathan*, 33 ff.; G. Frankenberg, *Staatstechnik* (Suhrkamp 2010), bes. Kap. V.-VI mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>8</sup> R. Damm/D. Hart, „Rechtliche Regulierung riskanter Technologien“, in: *KritV* (1987), 183 ff.; P. Hiller/G. Krücken (Hg.), *Risiko und Regulierung* (Suhrkamp: 1997).

<sup>9</sup> Nachweise bei T. Barczak, *Der nervöse Staat: Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts der Sicherheitsgesellschaft* (Mohr Siebeck: 2020), 373 ff.; e.g. BVerfGE 113, 348/369 ff.; 150, 244.

die Aufgabe der Gefahren- und Risikovorsorge<sup>10</sup> zu; insbesondere dekonstruieren sie mit der „Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten“<sup>11</sup> das rechtsstaatliche Handlungsmodell. Besonders die Tatbestandsattrappen dieses „Sonderpolizeirechts“ (von Lauschangriffen, Rasterfahndung, Schleierfahndung, Online-Durchsuchung) erstrecken die ausgreifenden, informationellen Eingriffe bis weit in das Gefahren*vorfeld* hinein, werten die polizeilichen Lagebeurteilungen und „Erkenntnisse“ zu einem „Gefahrerfindungsrecht“ auf und unterminieren damit zugleich das für die nachgehende Verhältnismäßigkeitskontrolle notwendige Zweck-Mittel-Schema.<sup>12</sup>

- 9 Man kann diese Rechtsstaatsverluste (in der polizeilichen Praxis und auch im juristischen Denken) wollen oder gar für notwendig erachten, nur sollten dann wenigstens die Folgen in den Blick genommen werden: Die aus dem rechtsstaatlichen Korsett herausdrängenden Befugnisse registrieren sich als eine Art *Notstandsrecht*<sup>13</sup> in das polizeirechtliche Regelsystem ein. Das gilt insbesondere für das Ensemble von informationellen Eingriffen, das sich als schrittweise Veralltäglicung oder *Normalisierung*<sup>14</sup> des Ausnahmezustandes rekonstruieren lässt. Vor allem die Datenverbünde von Geheimdiensten und Polizeien sowie die anlasslosen Informationseingriffe an Orten ohne „kriminogene Valenz“ (etwa die Schleierfahndung) sind instruktiv, soweit sie auf der Grundlage einer generellen Unredlichkeitsvermutung operieren<sup>15</sup> und darauf angelegt sind, etwa durch Video-Überwachung, Raster- oder Schleierfahndungen, im Einzelnen „anlasslos“ Gefahr und Verdacht zu „erfinden“ und rechtsstaatswidrige Alltagspraktiken (inkl. *racial profiling*)<sup>16</sup> zu legalisieren. Identitätsfeststellung von „Personen in Einrichtungen des internationalen Verkehrs ... aufgrund von Lageerkenntnissen oder polizeilicher Erfahrung“, wenn „anzunehmen ist,

---

<sup>10</sup> U.K. Preuß, „Risikovorsorge als Staatsaufgabe“, in: D. Grimm (Hg.), *Staatsaufgaben* (Nomos: 1996), 523 ff.

<sup>11</sup> E.g. § 4 IV HSOG, § 1 I 2 PolG-NRW oder § 2 I 2 ThürPolG.

<sup>12</sup> Vom ehemaligen BKA-Präsidenten Herold legendär auf den Begriff gebracht: „Die Polizei muss vor dem Täter am Tatort sein.“ Dazu A. Schmidt, „Terrorabwehr durch das Bundeskriminalamt: Anmerkungen zu einem Funktionswandel“, *Kritische Justiz* 43 (2010), 307 ff.; M. Albers, *Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge* (Duncker & Humblot: Berlin 2001), 116 ff.; Rachor, *Handbuch*, E Rn. 150 ff.

<sup>13</sup> Das Notstandsrecht umfasst das Ensemble der für Ausnahmelagen (Naturkatastrophen, Aufruhr etc.) vorgehaltenen Normen.

<sup>14</sup> Frankenberg, *Staatstechnik*, 36 ff.; U. Volkmann, „Der alltägliche Ausnahmezustand oder: Not kennt viele Gebote“, in: *Merkur* 708 (2008), 369 ff.; dazu materialreich Barczak, *Der nervöse Staat*.

<sup>15</sup> Vgl. etwa § 18 I Nr. 6 HSOG. Weitere Nachw. bei F. Rachor, *Handbuch*, E Rn. 355 ff.

<sup>16</sup> T. Petri, in: Lisken/Denninger, *Handbuch*, G 528 ff.

dass diese von erheblicher Bedeutung für die grenzüberschreitende Kriminalität sind“  
- zu deren „vorbeugender Bekämpfung“.

### III. Leviathan mit Schnabelmaske



- 10 Die wohl bekannteste Version von Hobbes' Leviathan-Frontispiz lässt am unteren Rand der Weltlandschaft in der menschenleeren Stadt zwei Pestärzte mit Schnabelmaske zu erkennen. Angeregt von Francesca Falks Entdeckung und von Thomas Pooles Essay „Leviathan in Lockdown“,<sup>17</sup> kleide ich hier die These vom Autoritarismus des pandemischen Infektionsschutzrechts in die Metapher vom Leviathan mit Schnabelmaske.



<sup>17</sup> F. Falk, „Hobbes' Leviathan und die aus dem Blick gefallenen Schnabelmasken“, in: 39 *Leviathan* (2011), 247 ff. Vgl. auch T. Poole, „Leviathan in Lockdown“, in: *London Review of Books* v. 01.05.2020.

## 1. Seuchenrecht als Gefahrenabwehr

- 11 Der Schutz vor Infektionen und ihrer Ausbreitung fügt sich als gesondertes Gebiet trotz seiner Spezifika systematisch in das Gefahrenabwehrrecht ein. Deutlicher als das traditionelle Seuchenrecht, das sich bis zu den mittelalterlichen Pestordnungen zurückverfolgen lässt und lange Zeit geprägt war vom Paradigmenstreit zwischen Miasmatologie und Kontagionismus,<sup>18</sup> lässt sich das Infektionsschutzrecht, in Deutschland unter der Schirmherrschaft der nationalen Präventionsbehörde des Robert-Koch-Instituts (RKI) (§ 4 IfSG), zwar von den Fachwissenschaften (Virologie, Epidemiologie, Medizin und neuerdings auch der Aerosolforschung)<sup>19</sup> informieren, operiert jedoch maßnahmentechnisch im Rahmen der auf Ansteckung(sverhütung) zugeschnittenen Kategorien und Strukturen des insofern modifizierten Polizei- und Ordnungsrechts.<sup>20</sup> In der Nachfolge des Reichsseuchengesetzes von 1900 und des Bundesseuchengesetzes von 1961 weist das Infektionsschutzgesetz (IfSG) seit 2001 den allgemeinen Aufgaben (Überwachung, Verhütung, Bekämpfung) sowie den speziellen Aufgaben des Infektionsschutzes in Einrichtungen, hinsichtlich Wasser sowie des Umgangs mit Lebensmitteln und Krankheitserregern die jeweils für notwendig erachteten Befugnisse zu.
- 12 Im Maßnahmenkatalog des IfSG zeigt sich, zunächst in Anknüpfung an das Seuchenrecht, mit der Isolierung der Ansteckungsverdächtigen und Infizierten sowie den Maßnahmen, das Infektionsgeschehen durch Überwachung einzudämmen, die präventive Rolle der Gesundheitspolizei.<sup>21</sup> Meldepflichten, Datenerfassung, Verfolgung von Ansteckungsketten, Tätigkeitsverbote, Beobachtung und

---

<sup>18</sup> Die Anhänger der Miasma-Theorie machen üble Dünste und faulige Prozesse in Luft und Wasser oder aus dem Erdreich für die Krankheit verantwortlich; die Kontagionisten gehen davon aus, dass Krankheitserreger übertragen werden (Ansteckung). Dazu W. Wegner, „Miasma“, in: W.E. Gerabek et al., *Enzyklopädie der Medizingeschichte* (De Gruyter: Berlin 2005), 985 f.; R. Mead, *A short discourse concerning pestilential contagion, and the methods to be used to prevent it* (Samuel Buckley & Ralph Smith: London 1720); O.J. Benedictow, *The Complete History of the Black Death*, 2. Aufl. (The Boydell Press: Woodbridge 2020).

<sup>19</sup> E.g. insbesondere die Publikationen des Robert-Koch-Instituts und der Fachzeitschriften wie vor allem *The Lancet*, *The New England Journal of Medicine* und *JAMA*. Vgl. das Positionspapier der Gesellschaft für Aerosolforschung zum Verständnis der Rolle von Aerosolpartikeln beim SARS-CoV-2 Infektionsgeschehen. Quelle: GAeF 2021.

<sup>20</sup> Dazu A. Kießling (Hg.), *IfSG* (Beck: München 2021); S. Huster/T. Kingreen, *Handbuch zum Infektionsschutzrecht* (Beck: München 2021); H.H. Heinig et al., „Why Constitution Matters. Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise“, in: *JuristenZeitung* 2020, 861 ff.; J. Kersten/S. Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2. Aufl. (Beck: München 2021).

<sup>21</sup> Dazu historisch J. Attali, *Die kannibalische Ordnung. Von der Magie zur Computermedizin* (Campus: Frankfurt am Main 1979), 79 ff., der diese Rolle therapeutisch nennt.

Absonderung (vgl. §§ 6 ff., 25, 29 ff. IfSG) halten sich dem Grunde nach im rechtsstaatlichen Rahmen, auch wenn sie mit nicht geringer Intensität in Grundrechte eingreifen.

## 2. Bruchstellen im Infektionsschutzrecht - Treiber des Autoritarismus

- 13 Während der Corona-Wellen haben sich eine Reihe von Novellierungen des IfSG im Verlauf der Corona-Pandemie vom rechtsstaatlichen Modell verabschiedet. Die eingriffsintensiven Befugnisse signalisieren, dass Corona und COVID-19 nach der Einschätzung von Gesetzgeber und Regierung<sup>22</sup> (wohl auch einiger Expert:innen aus den Fachwissenschaften) mit den geläufigen (rechtsstaatlichen) Bordmitteln nicht einzudämmen sind. Zugleich verweisen sie auf erhebliche Kontrollverluste der Infektionsschutzpolitik und (verzweifelte und nervöse<sup>23</sup>) Versuche des Gesetzgebers, der Ausbreitung von COVID-19 und der Mutanten Herr zu werden. Allein vier Gesetze zum „Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ (nach der Vorgabe von § 5 IfSG),<sup>24</sup> zahlreiche weitere Anpassungen und Modifikationen sowie nach wie vor nicht beseitigte Wertungswidersprüche<sup>25</sup> und uneinheitliche Schwellenwerte<sup>26</sup> in kaum mehr als einem Jahr illustrieren einen beachtlichen Mangel an belastbaren, handlungsleitenden Informationen zur Beherrschung des „Infektionsgeschehens“ und einen Mangel an Routine und Expertise. Die diesem hektischen, von gesichertem Wissen nicht gesteuerten, legislativen Prozess zugrundeliegende, operative Ungewissheit zwangen die Gesetzgeber und Regierung in Bund und Ländern seit dem Frühjahr 2020, nicht nur das Infektionsschutzrecht immer wieder nachzubessern, sondern zugleich die Leitindikatoren für Schutzmaßnahmen (Herdenimmunität, Mortalität, 7-Tage-Inzidenz, Hospitalisierung, Zahl der Intensivbetten und Beatmungsgeräte etc.) zu novellieren,<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> Der Gesundheitsföderalismus jedenfalls in der pandemischen Ausgangslage macht es notwendig, „Regierung“ als Kollektivsingular zu lesen, der Bund und Länder einschließt.

<sup>23</sup> Dazu Barczak, *Der nervöse Staat*, 2. Aufl. (Mohr Siebeck: Tübingen 2021), Supplementum - Der Pandemiestaat, 685 ff. Ich bin nicht sicher, ob

<sup>24</sup> Zwischen dem 27.03. 2020 und dem 22.04. 2021.

<sup>25</sup> Etwa zwischen § 28a II und § 28b I IfSG oder zwischen § § 28a II Nr. 2 iVm § 28 I Nr. 3 (Ausgangsbeschränkungen als ultima ratio); § 28a Nr. 16 und § 28b I und II IfSG (Kita- und Schulschließungen ohne weitere Voraussetzungen).

<sup>26</sup> Vgl. § 28a III IfSG (7-Tage-Inzidenzschwelle: 50) und § 28b IfSG (Schwellenwert von 100, bei Maßnahmen nach Abs. 3: Schwellenwert 165), Dazu die akribische Rekonstruktion der Regelungen und Brüche von Kießling in den Kommentierungen zu §§ 28a und 28b IfSG, dies., *IfSG*, a.a.O.

<sup>27</sup> Nun soll ein Mix von Indikatoren die Dominanz der 7-Tage-Inzidenz ablösen; wiederum wären §§ 28a und 28b IfSG entsprechend zu ändern.. Zuletzt das RKI - <https://www.stern.de/gesundheit/corona-lage->

die Priorisierung der Impfgruppen zu modifizieren<sup>28</sup> und die offizielle Einstufung von Maßnahmen (Maskenpflicht, Tests) von der bloßen Empfehlung bis zur „Bundesnotbremse“ zu abzuändern, etc. Was aus der Distanz - in idealisierender Verklärung - als Praxis eines lernenden Gesetz- und Verordnungsgebers erscheinen könnte, offenbart bei Lichte besehen Bruchstellen des rechtsstaatlichen Infektionsschutzes, die Treiber autoritärer Entwicklungen im IfSG freisetzen.

*Im unechten Ausnahmezustand: § 5 I 1, II IfSG*

- 14 In einer Pandemie kann der Deutsche Bundestag „eine epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellen“ (so der mehrfach geänderte § 5 I 1 IfSG). Während ein Teil der Kommentarliteratur und vor allem der Rechtsprechung einer solchen Feststellung nichts, das für eine Kritik von Belang sein könnte, abzugewinnen vermögen, werden andere an das Vokabular und die Grammatik des Ausnahmezustandes erinnert.<sup>29</sup> Nach den Regeln eines (konstitutionalisierten) Ausnahmezustandes wird die epidemische Lage förmlich erklärt, verlängert und bei Wegfall der Voraussetzungen aufgehoben. Materiell setzt sie eine bedrohliche Ausnahmesituation voraus: „eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“ oder die „dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland“. Der Hinweis, ein solcher Ausnahmezustand sei vom Grundgesetz nicht vorgesehen, ist überflüssig und, sollte damit gemeint sein, es könne ihn nicht „geben“, töricht.<sup>30</sup> Auch der Hinweis, auf ein „diffuses Infektionsgeschehen“ werde mit „diffusen Eingriffen“ reagiert<sup>31</sup>, geht fehl.

---

-rki-will-offenbar-klinikeinweisungen-als-zusaetzlichen-leitindikator-einfuehren-30611554.html/ (Zugriff 19.07.2021).

<sup>28</sup> Stufenplan der STIKO - [https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/ImpfungenAZ/COVID-19/Stufenplan.pdf?\\_\\_blob=publication/](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/ImpfungenAZ/COVID-19/Stufenplan.pdf?__blob=publication/) (Zugriff 17.07.2021); die Bundesregierung, Corona - Informationen: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/corona-informationen-impfung/corona-impfverordnung-1829940/> (Zugriff 19.07.2021).

<sup>29</sup> Barczak, *Der nervöse Staat*; Frankenberger, „Im Ausnahmezustand“, *KJ* 2017, 3 ff.; U. Volkmann, *Der Ausnahmezustand*, *VerfBlog*, 2020/3/20, <https://verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand/>, DOI: 10.17176/20200320-122803-0; O. Lepsius, *Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie*, *VerfBlog*, 2020/4/06, <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>, DOI: 10.17176/20200406-131152-0; C. Möllers, *Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus*, *VerfBlog*, 2020/3/26, <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>, DOI: 10.17176/20200326-123121-0.

<sup>30</sup> Hat allerdings die Logik für sich, dass nicht sein kann, was nicht sein darf. Dreier, a.a.O.; Jestaedt/Kaiser, a.a.O.; Krings, a.a.O., 689.

<sup>31</sup> Barczak, a.a.O.

- 15 Wenn man § 5 I 1 IfSG in seiner alten Fassung daher nicht zur bloßen rechtlichen Bestätigung eines vom RKI oder von der WHO erklärten, epidemischen oder pandemischen Zustandes verharmlost, ist der notstandsrechtliche Charakter kaum zu übersehen. Darauf deutet auch die Art der Mitwirkung des Bundestages hin: wie bei den „echten“, vom Grundgesetz zertifizierten Notstandslagen des Gesetzgebungsnotstands (Art. 91 GG), Spannungsfalls (Art. 80a GG) und des Verteidigungsfalls (Art. 115a GG) bewegt sich § 5 I 1 IfSG (vorsichtig formuliert) im Einzugsbereich von Normen mit Notstandscharakter.<sup>32</sup> Wichtig: in der Feststellung der epidemischen Notlage erschöpft sich die Mitwirkung des Parlaments. Danach geht die Verordnungs- und Anordnungskompetenz auf die Exekutive über. Genauer: den mit Kompetenzen reichlich bescherten Bundesgesundheitsminister (BGM). Nicht einmal das Bundeskabinett profitiert also von der Selbstentmachtung des Parlaments (§§ 5 II, 28 ff. IfSG)<sup>33</sup> im Zeichen des pandemischen Notstandes.
- 16 Nach *Art* eines Ausnahmezustandes hat die festgestellte, epidemische Lage von nationaler Tragweite also nicht nur deklaratorische Bedeutung, sondern öffnet die Einstiegsluke in den Raum von zum Teil notstandsgleichen Verordnungsermächtigungen und Anordnungsbefugnissen, mit denen erhebliche Teile nicht nur des Infektionsschutzrechts, sondern auch des Gesundheitsrechts im weiteren Sinne in den Kompetenzbereich des BMG verschoben werden. Zwar mag man ein „Notverordnungsrecht zum Gesundheitsschutz“ in Corona-Zeiten für „nachvollziehbar“<sup>34</sup> halten. Das ändert nichts daran, dass mit § 5 I 1 IfSG ein Treiber für eine autoritäre, infektionsschutzrechtliche Entwicklung gesetzt wurde. Mit dem Spurwechsel von gesetzesausführenden zu *gesetzesvertretenden* Verordnungen des BMG (§ 5 II IfSG) wird ein Großteil des Infektionsschutzrechts (auch nach der Novellierung vom 18.11.2020)<sup>35</sup> unter einen weit gefassten Exekutivvorbehalt gestellt. Zu Recht wird daher in der Literatur darauf hingewiesen, dass Art. 80 GG (die

---

<sup>32</sup> Vgl. auch Art. 81 GG (Gesetzgebungsnotstand) und Art. 91 GG (Innerer Notstand). Siehe dazu Poscher, „Das Infektionsschutzgesetz als Gefahrenabwehr“, in: Huster/Kingreen (Hg.), *Handbuch Infektionsschutzrecht* (München 2021), Kap. IV Rn. 27.

<sup>33</sup> Möllers, a.a.O.

<sup>34</sup> Poscher, a.a.O.; ähnlich wohl Jestaedt/Kaiser, a.a.O. *Das staatliche Pandemiemanagement im Lichte des Verfassungsrechts*, *VerfBlog*, 2021/3/31, <https://verfassungsblog.de/kritik-ja-verfassungskrisenein/>, DOI: 10.17176/20210331-195214-0:

<sup>35</sup> Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung, 18.11.2020, BGBl. I S. 370. Dazu A. Sangs, „Infektionsschutzrecht in der Pandemie - Der neue § 28a IfSG“, *NVwZ* 2020,1786 ff.; A. Blankenagel, „Did Constitution Matter?“, 76 *Juristenzeitung* (2021), 628 ff.

verfassungsrechtliche Grundlage für die Ermächtigung zum Erlass von gesetzesakzessorischen<sup>36</sup> Rechtsverordnungen) „diese Notstandslast nicht tragen“<sup>37</sup> kann - und, mit Verlaub, nach den Erfahrungen mit dem berüchtigten Art. 48 II WRV, erst Recht mit dem Ermächtigungsgesetz<sup>38</sup>, auch nicht tragen sollte. Das gilt auch für die neue Fassung von 5 II IfSG. Sie lässt noch immer nicht erkennen, welche Materien bzw. Inhalte in den Rechtsverordnungen geregelt werden können. Folglich hat der Gesetzgeber, unter Verstoß gegen Art. 80 GG, nach wie vor die „Programmverantwortlichkeit“ an den BMG delegiert.<sup>39</sup>

### *Das Seuchenausnahmerecht*

- 17 In den Ermächtigungen und den dann ergangenen Verordnungen kommt der autoritäre Charakter des Impfschutzrechts zu Lasten der Grundrechte operativ uneingeschränkt zur Geltung. Tatbestandliche Porosität (Tatbestandsattrappen) illustriert die Generalklausel des § 28 I IfSG (zuvor ohne pandemischen Zuschnitt); tatbestandliche Strukturmängel finden sich primär in den §§ 28a, 28b IfSG (dazu gleich mehr). Seit den hektischen Novellierungen des IfSG wird die Generalklausel mit einem „nach oben“ offenen Maßnahmenkatalog, der „weitergehende Schutzmaßnahmen auf Grundlage dieses Gesetzes ...unberührt“ sein lässt, (§ 28b V), verkoppelt (dabei nicht wirklich durch Standardmaßnahmen des Infektionsschutzes „konkretisiert“)<sup>40</sup>. Sowohl das Dritte wie auch das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung öffnet das Feld für Maßnahmen wie *insbesondere* die in §§ 28a - 31 IfSG benannten.<sup>41</sup> Grenzen des

---

<sup>36</sup> § 5 II Nr. 3 IfSG in der ursprünglichen Fassung: „Das Bundesgesundheitsministerium wird ... ermächtigt, ... durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Ausnahmen von den Vorschriften dieses Gesetzes sowie der auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen ... zuzulassen, um die Abläufe im Gesundheitswesen und die Versorgung der Bevölkerung aufrecht zu erhalten.“

<sup>37</sup> Poscher, ebd.; vgl. auch Heinig/Kingreen/Lepsius et al. *JZ* 2020, 861 ff. und der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages, WD 3 - 3000 - 080/20. Zur (teilweisen) Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungen in § 5 II IfSG: Dingemann/Gausig, in: Eckart/Winkelmüller, *BeckOK IfSG* § 5 Rn. 13 (Stand 1.7.2021).

<sup>38</sup> Kritisch zu dieser Assoziation: Jestaedt/Kaiser, a.a.O. „Man kann mit Fug und Recht die Frage aufwerfen, ob der Bundesgesetzgeber, gemessen an Art. 80 GG, derlei weitreichende Ermächtigungen an die Exekutive vorsehen durfte.“ Immerhin dies.

<sup>39</sup> Dazu BVerfGE 133, 277/356; BVerfG NJW 1998, 669/670

<sup>40</sup> Siehe §§ 5 II und 5a IfSG.

<sup>41</sup> Siehe dazu die kritischen Kommentare von Kießling, in: Kießling, *IfSG*, 2. Aufl. (Beck: München 2021), § 28a Rn. 2 ff.; Poscher, a.a.O., 143 ff.; K.F. Gärditz/M. K. Abdulsalam, *GSZ* 2020, 108 ff./113.

weiten Regelungsbereichs, Abwägungskriterien und Programmverantwortung sind nicht wirklich erkennbar.<sup>42</sup>

- 18 Dass einer Pandemie ohne grundrechtliche Einschränkungen nicht wirksam entgegenzutreten ist, steht außer Frage. Für sich genommen, rechtfertigen Einschränkungen etwa der Bewegungs-, Versammlungs- und Berufsfreiheit nicht das Gerede und die Verschwörungsnarrative von einer Corona-Diktatur.<sup>43</sup> Das gilt insbesondere für die erste Corona-Phase, in der den staatlichen Entscheidungsträgern unter den Bedingungen gesteigerter Ungewissheit eine erhebliche Einschätzungsprärogative, ja, Experimentierfreiheit einzuräumen war.<sup>44</sup> Ob Corona/COVID-19 allerdings im weiteren Verlauf rechtfertigte, zum Nutzen des Infektionsschutzes neben dem Parlamentsvorbehalt (siehe oben) auch die Wesensgehaltsgarantie und den Bestimmtheitsgrundsatz als Opfer einzufordern und dazu nötigte, das Handwerkszeug der Gesetzgebung aus der Hand zu legen, darf füglich bezweifelt werden.<sup>45</sup>
- 19 Es geht hier weniger darum, die Verfassungsmäßigkeit der Schlüsselnormen des Infektionsschutzrechts in Zweifel zu ziehen, als vielmehr darum, deren Ausnahmecharakter hervorzuheben. Dieser stellt beachtliche autoritäre Reflexe unter Beweis, soweit (a) sich das Parlament von der Normierungshetik des BMG anstecken lässt und trotz mehrerer Novellierungen und Anpassungen am Ende nur legislatives Stückwerk abliefert,<sup>46</sup> (b) sich Gesetz- und Verordnungsgeber gegenüber dem Wissenschaftlichen Dienst des Bundestages, Gutachtern und Standardkommentaren als überwiegend beratungsresistent erweisen, und (c) die Rechtsprechung, von

---

<sup>42</sup> BGBl. I 2020, S. 2397 ff. Dazu Volkmann, Heraus aus dem Verordnungsregime; A. Kießling, BT-Ausschuss-Drs. 19(14)246(7); Möllers, BT-Ausschuss-Drs. 19(14)323(2).

<sup>43</sup> Corona-Diktatur? Zum Umgang mit Verschwörungsliegenden und Geschichtsrevisionismus unter „Corona-Kritikern“. In: *H-Soz-Kult*, 21.04.2021, <[www.hsozkult.de/event/id/event-97163](http://www.hsozkult.de/event/id/event-97163)>; G. Frankenberg, „Negative Globalität der Angst“, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (2021 - im Erscheinen).

<sup>44</sup> G. Frankenberg, *COVID-19 und der juristische Umgang mit Ungewissheit*, *VerfBlog*, 2020/4/25, <https://verfassungsblog.de/covid-19-und-der-juristische-umgang-mit-ungewissheit/>, DOI: 10.17176/20200425-164854-0.

<sup>45</sup> So wohl u.a. auch Lepsius, a.a.O.; Volkmann, *Der Ausnahmezustand*, a.a.O.; A.K. Mangold, Kurztgutachten: „Grundrechtliche Bewertung der Ausgangssperre“ (2021) - <https://freiheitsrechte.org/home/wp-context/uploads/2021/04/GFF-Gutachten-Ausgangssperre.pdf> - zu § 28b IfSG; Kießling, *IfSG* zu §§ 28a, 28b.

<sup>46</sup> Zahlreiche Nachweise finden sich vor allem im Kommentar von Kießling u.a. zum IfSG; im Handbuch von Huster/Kingreen, bes. Kap. I Rn. 79 ff., IV Rn. 66 ff.

Ausnahmen<sup>47</sup> abgesehen, der ernsthaften Prüfung des notstandsgleichen Charakters der §§ 28 ff. IfSG aus dem Wege geht, als handele es sich beim IfSG um Regelungen des Normalrechts.<sup>48</sup> So kann der vom Gesetzgeber ermächtigte BMG mit flächendeckenden Maßnahmen (nach dem Vorbild des informationellen Sonderpolizeirechts) Risikovorsorge nach der Logik des für notwendig Erachteten betreiben, ohne sich zuvor eines angemessenen Risikohorizonts vergewissert zu haben.<sup>49</sup>

- 20 Wenn das BVerfG „Nachvollziehbarkeit“ genügen lässt (statt eine einigermaßen strenge Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durchzuführen), fällt weder auf noch bei den allfälligen Abwägungen ins Gewicht, dass für die Anwendung präzise Steuerungskriterien fehlen und Zielvorgaben (außer allgemein in § 1 IfSG) für die Anti-Corona-Maßnahmen in § 28a III IfSG, also erst im Anschluss an die Ermächtigungen, nachgereicht werden. Bei intensiven Grundrechtseingriffen wie den in § 28a I IfSG vorgesehenen Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen, Untersagungen von Veranstaltungen, Schließung von Betrieben, Gewerben und (kulturellen und Ausbildungs-) Einrichtungen, Reiseverboten etc. wären mehr legislative Präzision und Vorgaben für eine effektive gerichtliche Kontrolle vonnöten gewesen.<sup>50</sup> Die bei der Novellierung des IfSG beteiligten Akteure könnten sich vermutlich gesagt haben, der Katalog in § 28a iVm 28 IfSG registriere ohnehin im Wesentlichen nur die (kaum zu überschauende) Vielzahl an (zum Teil notstandsgleichen) Maßnahmen, die im Verlauf der Corona-Krise bereits zur Anwendung kamen. Sie werden allerdings kaum zugeben wollen, dass es sich, streng genommen, nicht um eine Novellierung, sondern um das Nachschieben von Legalität handelt<sup>51</sup> - eine in Notstandslagen nicht unübliche Praxis. Alternativ lassen sich die hektischen Novellierungen und Kurskorrekturen um die von der Pandemie aufgenötigte Routine eines autoritären Entscheidungsprogramms

---

<sup>47</sup> Insbesondere SaarVerfGH Beschl. v. 28.04.2020 - *juris*: CoronaVV SL 2020; VGH München Beschl. v. 27.04.2020 - 20 NE 20.793. Vgl. dazu BVerfGE 133,241/271 zu § 28 IfSG.

<sup>48</sup> Nachweise bei Kießling, a.a.O., § 28a Rn. 3.

<sup>49</sup> Allgemein zum Übergang von Gefahr zu Risiko: A. Klafki, *Risiko und Recht* (Mohr Siebeck: Tübingen 2017); zum IfSG: H.H. Trute, „Ungewissheit in der Pandemie als Herausforderung“, GSZ 2020, 93 ff. Kingreen, in Huster/Kingreen, *Handbuch*, Kap. I Rn. 79 ff.; Kießling, a.a.O., § 28a Rn. 4; Frankenberg, *Staatstechnik*, 248 ff. Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 5. Mai 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 41 ff.

<sup>50</sup> Die Untersagung des Betretens von Einrichtungen des Gesundheits- oder Sozialwesens wird immerhin an die Bedingung geknüpft, dass ein Mindestmaß an sozialen Kontakten gewährleistet sein muss, um die „vollständige soziale Isolation“ zu verhindern (§ 28a I Nr. 15 iVm II 2 IfSG).

<sup>51</sup> Ausführlich Frankenberg, *Staatstechnik*, Kap. V.

kennzeichnen, „das seine Grenzen gegenüber der Umwelt invariant hält“.<sup>52</sup> Und dem die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit<sup>53</sup> inzwischen lästig geworden ist.

### *Die „Bundesnotbremse“ - notstandsgleich*

- 21 Während der dritten Corona-Welle wurde die sog. „Bundesnotbremse“ vorübergehend angezogen, um der Konferenz der Ministerpräsident:innen der Länder das Heft des Handelns endlich aus der Hand zu nehmen. Die „Bundesnotbremse“ setzte der von außen betrachtet: gescheiterten Selbstkoordinierung der Länderregierungen in der Corona-Krise ein Ende und versprach Distanz zu Profilneurosen und Wahlkampfgebaren der Akteure (die 2020 stets zu Lasten des effektiven Infektionsschutzes gingen).
- 22 Der neue § 28b IfSG listete für die Dauer seiner Geltung weitere Maßnahmen auf, sollte „in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die ... Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen ... den Schwellenwert von 100 überschreiten“.<sup>54</sup> Umstritten waren vor allem die Restriktionen für private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum, die Ausgangssperre (für die Zeit von 22 Uhr bis 5 Uhr), die Schließung von Freizeit- und Kultureinrichtungen<sup>55</sup> und Gaststätten, die Beschränkung der Ausübung von Sport auf „die kontaktlose Ausübung von Individualsportarten“ (allein, zu zweit oder mit den Angehörigen des eigenen Hausstands), die Inanspruchnahme körpernaher Dienstleistungen (Ausnahme solche zu medizinischen, therapeutischen, pflegerischen oder seelsorgerischen Zwecken) sowie „die Zurverfügungstellung von Übernachtungsangeboten zu touristischen Zwecken“.
- 23 Konnte das BVerfG mit dürftiger Plausibilität eben noch die Schließung der Kultureinrichtungen rechtfertigen, so stieß vor allem die Ausgangssperre, in ländlichen

---

<sup>52</sup> N. Luhmann, „Lob der Routine“, in: 55 *VwArch* (1964), 1 ff.

<sup>53</sup> Bei Luhmann war es die Frage nach der Rationalität.

<sup>54</sup> Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 23.04.2021 (BGBl I S. 802). Dazu BVerfG Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 20. Mai 2021 - 1 BvR 928/21.

<sup>55</sup> Das BVerfG (a.a.O.) befand: „Die Schließung von Kultureinrichtungen für den Publikumsverkehr bei einem Inzidenzwert von 100 erscheint nicht als von vornherein ungeeignet, menschliche Kontakte zu reduzieren und damit zu einer Verlangsamung des Infektionsgeschehens beizutragen, da der Besuch kultureller Einrichtungen in besonderer Weise auch dem Austausch und der Kommunikation zwischen den Besuchern dient.“

Gebieten als Präventionsmaßnahme völlig abwegig, trotz der Befristung (längstens bis zum 30.06.2021) als einer „der wohl intensivsten jemals in gesamtgesellschaftlicher Breite angeordneten Grundrechtseingriffe“<sup>56</sup> auf massive Kritik<sup>57</sup>, zumal der Gesetzgeber im Verfahren einmal mehr Art. 76 II GG umging, es in der Eile versäumte, an das Verbot der sozialen Isolation (§ 28a II 2 IfSG) zu erinnern, und mit dieser „als Gesetz kostümierten Polizeiverfügung“ auch noch den Rechtsschutz verkürzte.<sup>58</sup>

- 24 Im Kontext der Treiber und Entwicklungen des Autoritären ist die Ausgangssperre hervorzuheben. Ihre Verteidigung unter Rückgriff auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit scheitert: Nach den Kriterien dieses Prinzips ist sie als Infektionsschutzmaßnahme bereits *ungeeignet*, weil sich kaum dartun lässt, dass Verlassen der Wohnung für die Erhöhung des Infektionsrisikos kausal ist. Viel weniger ist sie *erforderlich*, weil Kontaktbeschränkungen bei SARS-CoV-2 durch „passgenauere“ (wirksamere) und mildere Maßnahmen bewirkt werden können.<sup>59</sup> Mithin lässt sich die Ausgangssperre bestenfalls als symbolische<sup>60</sup> Pandemieabwehr mit unverhältnismäßiger Grundrechtseinschränkung, realistischer Weise als Verzweiflungsakt bei hoheitlichem Kontrollverlust (den die Bundeskanzlerin eingestand) bezeichnen.
- 25 Die Insolvenz der Verhältnismäßigkeit gibt den Blick frei auf die überschießende autoritäre Tendenz (und Tradition) von Ausgangssperren (wer mag, darf, wozu § 28b IfSG ermächtigt, wegen der Anerkennung von Ausnahmen aus triftigen Gründen gern *Ausgangsverbot*<sup>61</sup> nennen). Eine nächtliche Ausgangssperre, wenn sie nicht darauf angelegt ist, eine Gesellschaft zu Zwecken der Machtsicherung aus dem öffentlich

---

<sup>56</sup> So der im Übrigen sonst im Urteil eher zurückhaltende Poscher, in: Huster/Kingreen, Kap. 4 Rn. 122. Erstaunlich unkritisch: Ziekow, *DVBl* 2020, 732 ff.

<sup>57</sup> Nachw. bei Kießling, a.a.O., § 28a Rn. 40 ff.; Mangold, Kurzgutachten, a.a.O.; Uwe Volkmann, „Das Parlament als Polizeibehörde“, *FAZ online* v. 20.04.2021; Blankenagel, a.a.O.; Möllers, a.a.O.; J. Ipsen, „Notstandsverfassung und Corona-Virus“, 56 *RuP* (2020), 118 ff.; K.F. Gärditz/F. Meinel, „Unbegrenzte Ermächtigung?“, *FAZ* v. 26.03.2020, 6.

<sup>58</sup> Volkmann, ebd.

<sup>59</sup> VerFGH Saarl. Beschl. v. 28.04.2020; Kießling, *IfSG*, § 28a Rn. 43 und § 28b Rn. 25 ff.

<sup>60</sup> Ebenso Kießling, *IfSG* § 28b Rn. 31 („Symbolpolitik“); siehe auch Mangold, Kurzgutachten, a.a.O.; Möllers, BT-Ausschuss-Drs., a.a.O.

<sup>61</sup> Das gilt auch für *Ausgangsverbote* gemäß der feinen Unterscheidung des VGH München - Beschl. v. 14. 12. 2020, Az. 20 NE 20.2907 Rn. 28, *NJW* 2021, 178: „Für den Wortsinn einer ‚Sperre‘ ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch prägend, dass ein Handeln unmöglich gemacht oder unterbunden wird. Die Untersagung des Verlassens der privaten Wohnung, die dennoch jede berufliche oder dienstliche Tätigkeit und zum Beispiel auch Handlungen zur Versorgung von Tieren zulässt, kann nach diesem Wortsinn nicht als ‚Ausgangssperre‘ im Rechtssinn begriffen werden.“ (zu § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG).

Raum fernzuhalten und zu Hause zu kasernieren, wird regelmäßig im Kontext der Gefahrenabwehr verhängt, um „gemeingefährliche Zustände“ zu unterbinden oder bei Gefahr im Verzug über die Bevölkerung den Belagerungszustand zu verhängen. Die gute Nachricht für die Apologeten des eingerichteten und ausgeübten Infektionsschutzbetriebes: Weder die Ausgangsbeschränkung gem. § 28a I Nr. 3 IfSG noch die Ausgangssperre nach § 28b I Nr. 2 IfSG ist „bei Trommelschlag oder Trompetenschall zu verkünden“.<sup>62</sup> Sie dürften daher die Annahme, die Ausgangssperre nach § 28b I Nr. 2 IfSG sei - vergleichbar - einer Art von Belagerungszustand, widersprechen, zumal sich die herrschende (nicht nur juristische) öffentliche Meinung in Corona-Zeiten lange Zeit darauf verständigte, den durch Lockdown erzwungenen, häuslichen Daueraufenthalt für eher unschädlich und rechtlich nicht bedeutsam, sprich: verhältnismäßig, zu halten.<sup>63</sup>

- 26 Unabhängig von Phantasien eines Belagerungszustandes ist daran zu erinnern, dass die unterschiedlichen Formen sozialer Isolation und Kontrolle des öffentlichen Raumes seit eh und je das Signum von Strategien sind, die bei der Bekämpfung pandemischer oder epidemischer Notlagen auf Reziprozität (wie oben eingeführt) keine Rücksicht nehmen. Seit der wiederkehrenden Pest (nicht erst 1348), der Cholera Pandemie nach 1817, den in ihrer Verbreitung begrenzten Lepra-Erkrankungen<sup>64</sup> und den Influenza-Pandemien im Nachgang zur verheerenden Spanischen Grippe kommt die autoritäre Schubkraft von Maßnahmen räumlicher und sozialer Isolation von Epidemien und Pandemien immer wieder zur vollen Entfaltung. In Lepra-Stationen für Aussätzigte, Pesthäusern, Typhusspitälern und ähnlichen Einrichtungen der Isolation sind nicht Rechtssubjekte anzutreffen, sondern Objekte hoheitlicher Seuchenpolitik. Diese Isolierstationen sind mit häuslicher Quarantäne und nächtlicher Ausgangssperre nicht zu vergleichen, weil, erstens, nicht einmal „triftige Gründe“ (wie von § 28b I Nr. 2 IfSG vorgesehen) das zeitweilige Verlassen der Station oder der Wohnung rechtfertigen und, zweitens, rechtlicher Schutz, wie der Rekurs zu den Gerichten, nicht zur

---

<sup>62</sup> So das Preußische Gesetz über den Belagerungszustand vom 04.06. 1851.

<sup>63</sup> Vgl. auch § 28b VII IfSG. „Home office“, „home schooling“ und dergl. wären daher eher auf ihre die Probleme narkotisierende Wirkung zu befragen, denn als Errungenschaften gelungener Ansteckungsvermeidung zu feiern. Dazu M. Priebe/ I. Lockhart, „Wir müssen zuhause bleiben - wie halten Sie durch?“, *FAZ.net* 21.01.2021.

<sup>64</sup> Noch 2019 wurden weltweit mehr als 200.000 Neuerkrankungen registriert. O. Riha, „Aussatz als Metapher. Aus der Geschichte einer sozialen Krankheit“, in: D. Groß/ M. Reiniger (Hg.), *Medizin in Geschichte, Philologie und Ethnologie. Festschrift für Gundolf Keil* (Königshausen & Neumann: Würzburg 2003), 89 ff.

Verfügung stand. Freilich möchte man sich bei der Identifizierung autoritärer Bruchstellen im Infektionsschutzrecht nicht an mittelalterlichen Rechtsordnungen oder solchen des 19. Jahrhunderts orientieren wollen. Daher bleibt am vorläufigen Ende der Versuche, das Infektionsschutzrecht an die Entwicklung der Pandemie anzupassen (insbesondere mit § 5 I, II, § 28b Nr. 2 und § 28a Nr. 3 IfSG) nochmals - vorsichtshalber - zu fragen, ob diese sich in das rechtsstaatliche Regelsystem einfügen oder ob ihnen ohne Übertreibung eine autoritäre Tendenz attestiert werden kann.

#### IV. Anti-autoritäre Gegenproben

27 Der Aufweis von autoritären Treibern und Entwicklungen im Infektionsschutzrecht (wie auch im Recht der Gefahrenabwehr) dürfte in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht kaum auf weithin geteilte Gegenliebe stoßen. In der Tat lässt sich eine Reihe von Argumenten ins Feld führen, die, wären sie stichhaltig, die hier erläuterte These des Autoritarismus entkräften müssten.

##### 1. Alternativlos - also nicht autoritär?

28 Kommentare zu den staatlichen Anti-Corona-Maßnahmen, die darauf abzielen, übertriebene Kritik abzuwehren und Störungen des laufenden Betriebs zu verhindern<sup>65</sup>, folgen unter anderem dem TINA-Prinzip: *There is no alternative*.<sup>66</sup> Alternativlosigkeit suggeriert zum Beispiel die Feststellung, ein diffuses Infektionsgeschehen rechtfertige diffuse Maßnahmen des Infektionsschutzes,<sup>67</sup> oder der Staat habe gehandelt, wie er nun einmal hatte handeln müssen. Also keine Grundrechtsquarantäne, kein Ausnahmezustand, keine partielle Suspendierung der Verfassung, keine Virokratie<sup>68</sup> - nichts Autoritäres wäre am IfSG zu bemängeln.

29 Abgesehen davon dass sich die Suchbewegungen staatlicher Corona-Politik während der unterschiedlichen Phasen schwerlich als alternativlos ausweisen lassen<sup>69</sup>, zumal dann nicht, wenn die Strategien anderer Länder in den Blick kommen<sup>70</sup>, wäre die

---

<sup>65</sup> Kritisch zu den apologetischen Kommentaren: Volkmann, „Herbeireden einer Verfassungskrise, „Es läuft doch alles prima“, a.a.O.

<sup>66</sup> C. Berlinski, *There Is No Alternative: Why Margaret Thatcher Matters* (New York 2010).

<sup>67</sup> Barczak, Supplementum, a.a.O.

<sup>68</sup> Barczak, a.a.O. mit Nachweisen.

<sup>69</sup> Ähnlich C. Möllers, *Freiheitsgrade* (Suhrkamp: Berlin 2020), 270 ff.

<sup>70</sup> H. Alviar/G. Frankenberg, „Paying for the Consequences. How Privatization and Austerity Disabled Infections Protection Law“, in: 54 *VRÜ/WCL* (2021), 27ff. mit zahlr. Hinweisen auf komparative Analysen.

These der (angeblichen) Alternativlosigkeit für sich genommen ein Indiz für den Autoritarismus<sup>71</sup> technokratischen oder autokratischen Denkens.

## 2. Möglichkeit des „Reset“?

- 30 Die Einschätzung der Corona-Maßnahmen als autoritär ließe sich trotz der hier angeführten Belege und Überlegungen schwer verteidigen, wenn man ohne weiteres davon ausgehen könnte, dank seiner Resilienz werde der Rechtsstaat am Ende, nach getaner Arbeit, über den Pandemiestaat triumphieren und das IfSG einer energischen Revision unterziehen. Angesichts der Geschichte der Influenza-Pandemien,<sup>72</sup> der Risiken und Dynamik der Zoonose<sup>73</sup> und des Verlaufs von Corona/COVID-19<sup>74</sup> möchte man von „getaner Arbeit“ ungern sprechen und wenig auf die Wahrscheinlichkeit setzen, nach Lockdown-Politik und Impfkampagne sei mit einer Fortsetzung der Pandemie (oder einer Neuauflage) nicht mehr zu rechnen.
- 31 Andererseits lassen sich die Befristung der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 5 I 2) und die Bindung des Schicksals von Rechtsverordnungen (etwa in §28a iVm §§ 32 und 28 I IfSG) an die Feststellung (§ 28b X) als Indizien für eine Entschärfung des IfSG anführen. Dabei ist freilich nicht das Elend der Ausnahmen und der „Brückennormen“ zu übersehen, die die Geltungsdauer verlängern (etwa § 28a V und VII IfSG).
- 32 Die Reaktionen der Regierung auf kritische Einwände gegen ihre Pläne und Maßnahmen (siehe oben) sprechen ebenfalls nicht für ein zeitnahes, rechtsstaatliches Reset des IfSG. Für ein solches Reset fehlt überdies ein starkes Motiv, wenn Kritik am

---

<sup>71</sup> H. Dubiel, „Die Stunde der Verführer“, in: *Die Zeit*, Nr. 37/2002.

<sup>72</sup> E.g. M. Vasold, *Grippe, Pest und Cholera - Eine Geschichte der Seuchen in Europa*, 2. Aufl. (Franz Steiner Verlag: Stuttgart 2015), 241 ff.; J. Vögele et al., *Epidemien und Pandemien in historischer Perspektive* (SpringerVS: Wiesbaden 2016); D.H. Crawford, *Deadly Companions. How Microbes shaped our History*, 2. Aufl. (Oxford University Press: Oxford 2018).

<sup>73</sup> J.C. Scott, *Against the Grain* (Yale Univ. Press: New Haven 2017), 93 ff.; Crawford, *Deadly Companions*, 54 ff.; Z.L. Grange et al., „Ranking the risk of animal-to-human spillover for newly discovered viruses“, in: 118 *Proceedings of the National Academy of Sciences* (2021) - <https://www.pnas.org/content/pnas/118/15/e2002324118.full.pdf> (Zugriff: 08.08.2021).

<sup>74</sup> BMG (Hg.), *Coronavirus, Stand August 2021* - <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/chronik-coronavirus.html/> (Zugriff: 08.08.2021); R. Radtke, „Dossier: Statistiken und Zahlen zur Corona-Pandemie“, in: *statista* - <https://de.statista.com/themen/6018/corona/> (Zugriff: 08.08.2021).

Leviathan hinter der Schnabelmaske ausfällt<sup>75</sup> oder von Querdenkern mit Verschwörungsmindset desavouiert wird.

### 3. Das IfSG als demokratisches Gemeinschaftsprojekt?

- 33 Die Autoritarismus-These würde vollends kollabieren, ließen sich die getroffenen Corona-Maßnahmen als demokratisches Gemeinschaftsprojekt verstehen, gleichsam als gewollte „Gemeinsamkeit in der Unfreiheit“.<sup>76</sup> Dafür könnte die Zustimmung der Bevölkerung zu den Corona-Maßnahmen in Deutschland herangezogen werden. Obwohl nicht frei von Schwankungen, war sie durchgängig relativ hoch.<sup>77</sup> Insgesamt folgte die Akzeptanz des staatlichen Infektionsschutzes allerdings tendenziell den Wellenbewegungen der Pandemie und fiel hinsichtlich der einzelnen Maßnahmen durchaus unterschiedlich aus.<sup>78</sup> Insbesondere Ausgangssperren und Schulschließungen erhielten nicht die gleichen Zustimmungswerte wie (grundrechtsschonendere) Hygieneregeln, Maskenpflicht und Abstandsgebot. Überdies schließen die Ergebnisse der Umfragen nicht aus, dass sie insgesamt der Angst<sup>79</sup> vor Ansteckung geschuldet waren, dass also die Corona-Maßnahmen eher wie ein blindes Schicksal als unabänderlich ertragen, denn als demokratisches Projekt getragen und erlebt wurden.
- 34 Für „Zwangssolidarität“<sup>80</sup> (statt Partizipation und Demokratie) spricht die Art und Weise, wie die Corona- Maßnahmen jeweils zustande kamen: Alternativen zu dem hierzulande eingeschlagenen Weg der Lockdown-Politik, inklusive Ausgangssperren wurde nie ernsthaft öffentlich vorgeschlagen. Die durchaus erfolgreiche,

---

<sup>75</sup> Weil die dazu berufene Wissenschaft Zurückhaltung übt, um ihren Ruf nicht zu gefährden oder dem Staat in schwieriger Zeit nicht in den Rücken zu fallen.

<sup>76</sup> Vgl. Möllers, *Freiheitsgrade*, 271 f. Den Hinweis hierauf verdanke ich Uwe Volkmann.

<sup>77</sup> Bundesinstitut für Risikobewertung, Corona Monitor 7.-8. Juli 2020 - <https://www.bfr.bund.de/cm/343/200707-bfr-corona-monitor.pdf/> (Zugriff: 07.08.2021); ifo-Institut/forsa, BMG-„Corona-Studie“, 10. Juli 2020 - <https://www.ifo.de/DocDL/bmg-corona-bund-studie-erste-ergebnisse.pdf/> (Zugriff: 10.08. 2021); M. Brandt, *statista* v. 14.6.2021 - <https://de.statista.com/infografik/23810/umfrage-zur-angemessenheit-der-aktuellen-corona-massnahmen/> (Zugriff: 11. 08. 2021).

<sup>78</sup> COSMO COVID-10 Monitoring: <https://projekte.uni-erfurt.de/cosmo2020/web/topic/politik/20-akzeptanz/> (Zugriff: 11.08. 2021).

<sup>79</sup> Ausführlich dazu Frankenberg, „Negative Globalität der Angst“, a.a.O. Zur Empirie: Statista Research Department, Umfrage v. 15.07.2021 - <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1179965/umfrage/angst-vor-der-ansteckung-mit-dem-coronavirus-in-deutschland/> (Zugriff: 07.08.2021).

<sup>80</sup> Den Begriff entnehme ich Möllers, *Freiheitsgrade*, 272.

datengestützte Strategie des Tracking und Tracing (plus Testing) in Südkorea<sup>81</sup> (auch in Singapur und Taiwan) wurde nicht öffentlich<sup>82</sup> diskutiert, sondern weithin als übermäßiger Eingriff in die Privatsphäre perhorresziert. Neben Zwang wurde kaum auf Freiwilligkeit und Bürgerverantwortung gesetzt.<sup>83</sup> Die Lockdown-Politik wurde informell von den Regierungsspitzen in Bund und Ländern unter Ausschluss der Öffentlichkeit beraten, die Entscheidungen in Pressekonferenzen „ohne formalisierte Begründung“ vorgestellt. „Was diskutiert wurde, blieb Gegenstand von Spekulationen.“<sup>84</sup> Gesetzgebungsverfahren wurden nachgeschaltet. Abgeordnete beklagten einen krassen Mangel an Beteiligung. In der Tat muss man diesen Informalismus, dieses exekutivlastige, zum Teil klandestine Vorgehen, die „Sonderbefugnisse“ sowie den Geist der Alternativlosigkeit nicht für eine „autoritäre Machtergreifung“<sup>85</sup> halten. Viel weniger noch geht es freilich an, das novellierte IfSG, das dazu ermächtigte, die Foren öffentlicher Diskussion zu schließen, als ein unter schwierigen Bedingungen gelungenes, demokratisches Gemeinschaftsprojekt zu feiern.

- 35 Statt auf die Corona-Politik und die §§ 5, 5a, 28a, 28b etc. IfSG mit Verstörung oder (als Parlamentarier) gekränkt zu reagieren, statt vor übertriebener Kritik zu warnen und eine pandemiestaatstragende Haltung einzufordern, wäre es durchaus angemessen, die Politik - bei Würdigung der schwierigen Lage und der unbestreitbaren Erfolge der Entscheider - *auch* die Elemente einer autoritären Staatstechnik<sup>86</sup> haftbar zu machen und dem BMG die Schnabelmaske abzunehmen. In der Pandemie mag „die Stunde der Exekutive schlagen“. Nur sollte der demokratische Rechtsstaat - nicht der Leviathan - den Takt vorgeben.

---

<sup>81</sup> J.P. DiMoia, „Contact-Tracing and COVID-19: The South Korean Context for Public Health Enforcement“, in: 14 *East Asian Science, Technology and Society - An International Journal* (2020), 657 ff.

<sup>82</sup> Wohl in einem vertraulichen Strategiepapier des BGM.

<sup>83</sup> Näher dazu Frankenberg, Ungewissheit, Verfassungsblog, a.a.O.

<sup>84</sup> Möllers, *Freiheitsgrade*, 272 f.

<sup>85</sup> So Möllers, a.a.O., 273, der dies „verstörend“ findet.

<sup>86</sup> Dazu G. Frankenberg, *Staatstechnik* (Suhrkamp: Berlin 2010), Kap I; ders., *Autoritarismus*, a.a.O.