

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Verordnungsermächtigungen

Dipl.-Jur. Rocky Glaser, LL.B. – Öffentliche Verwaltung

Der Autor ist Rechtsreferendar am OLG Celle und Doktorand an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover (Prof. Dr. Veith Mehde).

Der Beitrag behandelt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Gesetze, die die Exekutive zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen. Nach einer Darstellung der Grundlagen der entsprechenden Rechtsetzungsdelegation wird der Fokus zunächst auf den bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigungen liegen. Abschließend wird auf die landesrechtliche Situation eingegangen.

A. Einleitung

Gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG gilt für die Ausübung der staatlichen Gewalt des Bundes der Grundsatz der Gewaltenteilung. Dieser verwirklicht rechtsstaatliche Machtbegrenzung sowie demokratische Repräsentation und gewährleistet eine rationale Aufgabenerfüllung.¹ Dem Parlament obliegt als Träger der Legislative die Gesetzgebung, also der Erlass formeller Gesetze nach den verfassungsrechtlichen Regeln der Ausübung gesetzgebender Gewalt. Jedoch ist die Gewaltenteilung des Grundgesetzes nicht absolut, insbesondere können gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen durch Parlamentsgesetz zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt werden. Die Rechtsverordnung wurde herkömmlich materiell als untergesetzlicher und allgemeinverbindlicher Rechtssatz definiert, der von der Exekutive auf der Grundlage einer parlamentsgesetzlichen Delegation der Rechtsetzungsbefugnis erlassen wird.² Nach dem heute vorherrschenden formalisierten Verordnungsbegriff ist jedoch nicht nach dem Inhalt der Norm abzugrenzen, stattdessen ist die Erfüllung formaler Kriterien hinsichtlich des rechtsetzenden Organs

sowie des Verfahrens und der Form bei Verordnungserlass maßgeblich.³

B. Grundlagen

Streitig war, ob für exekutive Rechtsverordnungen ein gesetzlicher Totalvorbehalt aus Art. 80 GG folgt oder der Exekutive eine eigenständige verfassungsrechtliche Kompetenz zum Verordnungserlass zukommen kann.⁴ In Anbetracht des Wortlauts des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG und der Historie des Grundgesetzes ist diese Frage heute zulasten der Exekutive beantwortet.⁵ Der grundgesetzliche Totalvorbehalt ist vor dem Hintergrund der Endphase der Weimarer Republik zu verstehen, welche durch eine faktische Verlagerung der Rechtsetzungshoheit vom Parlament hin zur Exekutive gekennzeichnet war.⁶ Das Parlament darf sich heute gerade nicht durch eine Art „Blankoermächtigung“ an die Exekutive seiner Verantwortung für die Gesetzgebung entledigen und damit selbst entmachten.⁷ Die Verordnungsermächtigungen sind vor diesem Hintergrund als abgeleitete Rechtsetzungskompetenz zu verstehen, der Legislative verbleibt das Zugriffsrecht auf die Regelungsmaterie.⁸ Demgemäß setzt der Erlass einer Rechtsverordnung spätestens zur Zeit ihrer Ausfertigung grundsätzlich eine in Kraft getretene Verordnungsermächtigung in Form eines formellen Gesetzes voraus.⁹ Fehlt eine solche oder ist die Ermächtigung verfassungswidrig und nichtig, so ist die Rechtsverordnung verfassungs- und rechtswidrig.¹⁰ Von der damit verbundenen Nichtigkeitsfolge wird nur dann abgesehen, soweit erhebliche Rechtsunsicherheit eintreten würde oder der sonst eintretende Zustand

¹ Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, § 10 III Rn. 49; Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 12 Rn. 2ff.

² Uhle in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 24 Rn. 1 m.w.N.

³ Vgl. Bauer in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 16 m.w.N.

⁴ Überblick bei Uhle in: Kluth/Krings (Fn. 2), § 24 Rn. 18ff.; Schmidt-Aßmann, Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschrift, in: Kirchhof/Lehner/Raupach/Rodi (Hrsg.), Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, 470 (480ff.).

⁵ Ossenbühl in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 16.

⁶ Voßkuhle/Wischmeyer, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Rechtsverordnung, JuS 2015, 311 (312).

⁷ BVerfGE 150, 1 (99f.) = NVwZ 2018, 1703.

⁸ Vgl. BVerfGE 114, 196 (232) = NVwZ 2006, 191; Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 29; zur problematischen Frage parlamentarischer Teilhabe an der Ordnungsgebung durch Gesetz Uhle in: Epping/Hillgruber, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 Rn. 54ff.

⁹ BVerfGE 34, 9 (21ff.) = VerwRspr 1973, 391; Nierhaus in: Bonner Kommentar, Grundgesetz, 214. EL 2021, Art. 80 Rn. 411; beachte für vorkonstitutionelle Gesetze Art. 123ff. GG und die Übergangsregelungen der Art. 119 S. 1, 127, 132 Abs. 4 GG.

¹⁰ Vgl. Uhle in: Epping/Hillgruber (Fn. 8), Art. 80 Rn. 29; ausführlich zu Rechtsverordnungen etwa Krüger, Die Rechtsverordnung – eine Handlungsform der Verwaltung mit hoher Relevanz im Studium, VR 2015, 342; Meßerschmidt, Rechtsverordnungen: Rechtmäßigkeit und Rechtsschutz, JA 2016, 747; Hollo, Rechtsverordnungen, JURA 2022, 42.

der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der bisherige.¹¹

Fall 1 (Abw. zu BVerwGE 164, 290): Eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums der Verteidigung macht Soldatinnen und Soldaten abhängig vom Geschlecht unterschiedliche Vorgaben zum äußeren Erscheinungsbild. Eine geeignete gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ist nicht vorhanden. Trotz der Rechtswidrigkeit der Rechtsverordnung ist diese für eine Übergangsfrist wie bis dahin praktiziert anzuwenden, um dem Gesetzgeber genügend Zeit für eine Neuregelung zu geben. Die Vorgabe hat unerlässliche Bedeutung für die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte, da das erfolgreiche Auftreten der Bundeswehr im In- und Ausland auch von ihrem Aussehen abhängt und ein einheitliches Aussehen als sichtbares Zeichen der Einbindung in die militärische Gemeinschaft als auch der inneren Geschlossenheit dient. Im Übrigen ist sorgfältig zu prüfen, inwieweit eine Geltung aus verfassungsrechtlichen Gründen eingeschränkt werden muss. Im vorliegenden Fall wurden derartige Gründe verneint.

C. Verfassungsmäßigkeit einer bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigung

Vor diesem Hintergrund werden zunächst die besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen an bundesgesetzliche Verordnungsermächtigungen erörtert.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht ergeben sich keine Besonderheiten. Es gelten die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gesetze. Aus der Gesetzgebungskompetenz fließt gleichzeitig die Kompetenz zum Erlass von Verordnungsermächtigungen.¹²

III. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht treten neben die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen spezielle Vorgaben. Zu denken ist zunächst an Parlamentsvorbehalte. Darüber hinaus werden die Vorgaben des Art. 80 GG zu

Verordnungsermächtigungen relevant.

1. Keine verfassungsrechtliche Delegationssperre außerhalb des Art. 80 GG

Es darf keine Delegationssperre außerhalb des Art. 80 GG einschlägig sein. Das Grundgesetz weist gewisse Entscheidungen dem Parlament zu, wobei ein umfassendes Verbot der Rechtsetzungsdelegation nicht in jedem Fall nachfolgt. Inwieweit die Rechtsetzungsdelegation durch grundgesetzliche Parlamentsvorbehalte gesperrt ist, richtet sich nach dem Einzelfall. Zunächst ist ein Parlamentsvorbehalt ggf. in der Form eines Gesetzesvorbehalts festzustellen. Anschließend bedarf es der Auslegung, ob und inwieweit die Rechtsetzungsdelegation tatsächlich gesperrt ist.¹³ So folgert das BVerfG beispielsweise aus Art. 82 Abs. 2 GG, dass der Ordnungsgeber über das Inkrafttreten eines formellen Gesetzes nicht disponieren dürfe (sog. Inkraftsetzungsermächtigung).¹⁴ Problematisch erscheint die Behandlung der Wesentlichkeitsdoktrin. Zwar sei nicht jede Rechtsetzungsdelegation derart wesentlich, dass stets ein Parlamentsvorbehalt ausgelöst werde.¹⁵ Bei Bejahung des Parlamentsvorbehalts sollen sich die darüber hinaus ergebenden Anforderungen an die Regelungsdichte jedoch mit dem noch zu erörternden Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG decken.¹⁶ Die dogmatischen Schlussfolgerungen bleiben vor der historischen Linie des BVerfG unklar, in der Literatur findet sich eine Vielzahl an Auffassungen.¹⁷ Unter der Annahme eines separaten Inhalts der Institute müssen bei Wesentlichkeit einer Entscheidung die daraus folgenden Anforderungen an die Regelungsdichte an dieser Stelle geprüft werden. Im Folgenden wird hinsichtlich der Wesentlichkeitsdoktrin und des Bestimmtheitsgebotes des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG hingegen ein einheitlicher Ansatz bezüglich der Anforderungen an die Regelungsdichte gewählt, der nicht nur aus Effizienzgesichtspunkten heraus vorzugswürdig erscheint. Beide Institute dienen letztlich demselben Ziel, nämlich der Legislative unter der Gewaltenteilung des Grundgesetzes entsprechende Geltung zu verschaffen. Eine adäquate Berücksichtigung aller Aspekte erfordert

¹¹ Vgl. BVerfGE 41, 251 (259ff.) = NJW 1976, 1309; 79, 245 (250f.) = BeckRS 1988, 3625 Rn. 22; zur dahinterstehenden Wertung auch die Weitergeltungsanordnung des BVerfG bei Nichtigkeit formeller Gesetze vgl. Bethge in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 61. EL 2021, § 31 Rn. 227ff.

¹² BVerfGE 101, 1 (31) = NJW 1999, 3253.

¹³ Vgl. Bauer in: Dreier (Fn. 3), Art. 80 Rn. 21 Fn. 100 m.w.N.

¹⁴ BVerfGE 42, 263 (283) = NJW 1976, 1783; 45, 297 (326) = NJW 1977, 2349; vgl. auch Lepa, Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtssetzung durch Rechtsverordnung, AöR 105 (1980), 337 (355f.); Salzwedel, Das Inkrafttreten von Gesetzen unter aufschiebender Bedingung, in: Carstens (Hrsg.), Festschrift für Hermann Jahrreiß zum 80. Geburtstag, 1974, 195 (195ff.).

¹⁵ Vgl. BVerfGE 150, 1 (100) = NVwZ 2018, 1703; Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 8), Art. 80 Rn. 37.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 150, 1 (99) = NVwZ 2018, 1703.

¹⁷ Vgl. Nierhaus in: Bonner Kommentar (Fn. 9), Art. 80 Rn. 93ff.; Cremer, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Parlamentsvorbehalt – Dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), 248 (255ff.).

die wechselseitige Inbezugnahme.¹⁸

2. Keine Delegationssperre durch Art. 80 GG

In Art. 80 GG finden sich besondere Voraussetzungen für die Rechtsetzungsdelegation in Form der Verordnungsermächtigung.

a) Richtiger Ermächtigungsadressat, Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG

Gemäß der enumerativen Aufzählung des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG kann die Erstermächtigung nur gegenüber der Bundesregierung, einem Bundesminister oder den Landesregierungen als Erstdelegatar erfolgen.¹⁹ Im Übrigen kann eine Weiterermächtigung vorgesehen sein, die den Subdelegatar aufgrund abschließender Aufzählung in Absatz 1 jedoch nicht vorwegnehmen darf, vgl. Art. 80 Abs. 1 S. 4, Abs. 4 GG.²⁰ Die gesetzlich vorgesehene Beteiligung Dritter an der Ordnungsgebung ist grundsätzlich zulässig, soweit sie unter der Schwelle eines Mitentscheidungsrechts bleibt.²¹ Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage bei Mitwirkungsvorbehalten zugunsten des Parlaments, hier sind jedenfalls Zustimmungs- und Vetovorbehalte denkbar.²²

b) Bestimmtheitsgebot, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung müssen im Gesetz bestimmt sein, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG. Die Anforderungen sind nicht separat, sondern in ihrer Gesamtheit als Gebot hinreichender Bestimmtheit zu verstehen, welches sich auch durch Auslegung aus dem Kontext des gesamten Gesetzes ergeben kann.²³ Das BVerfG neigt demgemäß zu einer einheitlichen Prüfung im Rahmen einer Einzelfallauslegung und zieht in deren Rahmen unterstützend drei Konkretisierungsformeln heran. Demnach hat das Parlament über den Inhalt und die Grenzen einer späteren Rechtsverordnung zu entscheiden und festzulegen, welchem Ziel die Rechtsetzungsdelegation dient (Selbstentscheidungsvorbehalt).²⁴ Aus dem Gesetz heraus muss sich zudem bestimmen lassen, welches Programm verordnungsrechtlich umgesetzt bzw. erreicht werden soll (Programmfestsetzungspflicht) und es muss vorhersehbar sein, wann von der Ermächtigung Gebrauch gemacht

und welchen Inhalt eine auf dieser Grundlage ergehende Rechtsverordnung haben wird (Vorhersehbarkeitsformel).²⁵ Die Bestimmtheit kann generell fehlen, andererseits kann eine grundsätzlich bestimmte Ermächtigung auch gewisse Regelungsinhalte von ihrer Reichweite her wegen gesteigerter Anforderungen im Einzelfall schlicht nicht abdecken. Im Folgenden sollen im Rahmen der Abwägung besonders zu berücksichtigende Umstände gesondert hervorgehoben werden.

aa) Eigenart der Regelungsmaterie

Maßgeblich ist zunächst die Eigenart des jeweiligen Regelungsgegenstands.²⁶ Gerade bei komplexen Lebenssachverhalten oder absehbaren Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse sind geringere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen.²⁷ Eine Regulierung unter Berücksichtigung aller Umstände würde ggf. an einer komplexen Realität vorbeiführen und der Bestimmtheit der Regelungsmaterie entgegenlaufen.²⁸

Fall 2 (vgl. BVerwGE 89, 121): *Der Außenwirtschaftsverkehr darf kraft bundesgesetzlicher Ermächtigung durch Rechtsverordnung beschränkt werden, um u.a. eine Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder eine erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik zu verhüten. Derartig abstrakte Tatbestandsmerkmale in Form unbestimmter Rechtsbegriffe sind zulässig, da der Staat andernfalls partiell handlungsunfähig wäre. Die denkbaren Sachverhalte sind derart vielgestaltig und schnelllebig, dass eine präzisere Fassung nicht möglich erscheint.*

bb) Wesentlichkeit der Regelungsmaterie

Die wesentlichen Entscheidungen muss das Parlament selbst treffen, die daraus resultierenden Anforderungen an die Regeldichte müssen spätestens an dieser Stelle besonders berücksichtigt und zu den übrigen Erwägungen in ein entsprechendes Verhältnis gebracht werden. Soweit das formelle Gesetz die wesentlichen Entscheidungen enthält, sind ergänzende Regelungen durch Rechtsverordnungen nicht schlechthin ausgeschlossen

¹⁸ Vgl. Voßkuhle, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, JuS 2007, 118 (119).

¹⁹ BVerfGE 8, 155 (163) = NJW 1959, 235; Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 8), Art. 80 Rn. 53.

²⁰ Zu den weitergehenden Problemen Remmert in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 95. EL 2021, Art. 80 Rn. 82ff.

²¹ BVerfGE 28, 66 (83f.) = BeckRS 1970, 104599, Rn. 62ff.

²² Überblick bei Bauer in: Dreier (Fn. 3), Art. 80 Rn. 28; Uhle in: Epping/Hillgruber, (Fn. 8), Art. 80 Rn. 54ff.

²³ Vgl. BVerfGE 38, 348 (357ff.) = NJW 1975, 727; Uhle, Parlament und Rechtsverordnung, 1999, 87f.: „Untermaßverbot“; krit.: von Danwitz, Rechtsverordnungen, JURA 2002, 93 (98).

²⁴ BVerfGE 2, 307 (334) = NJW 1953, 1177; 5, 71 (76f.) = NJW 1956, 1065.

²⁵ Vgl. BVerfGE 1, 14 (60) = NJW 1951, 877; Remmert in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 20), Art. 80 Rn. 67 zu Widersprüchlichkeiten.

²⁶ BVerfGE 150, 1 (101f.) = NVwZ 2018, 1703.

²⁷ BVerfGE 150, 1 (102) = NVwZ 2018, 1703.

²⁸ BVerfGE 49, 89 (137) = NJW 1979, 359.

und grundsätzlich möglich.²⁹ Dies gilt selbst dann, soweit ein Einfluss der zu erlassenden Rechtsverordnung auf höherrangiges Recht vorgesehen ist (sog. gesetzesändernde Rechtsverordnung). Derartige Ermächtigungen sind zulässig, soweit das formelle Gesetz nur subsidiären Geltungsanspruch hat und hierfür ein sachlicher Grund gegeben ist sowie der Parlamentsvorbehalt wegen Wesentlichkeit im Übrigen geachtet wird.³⁰

Fall 3 (vgl. BVerfGE 123, 39): Bei der Bundestagswahl sollen elektronische Wahlgeräte eingesetzt werden. Die Regelung der wesentlichen Voraussetzungen für den Einsatz von Wahlgeräten kann dem Ordnungsgeber verfassungsrechtlich nicht übertragen werden. Die näheren Vorgaben bedürfen hingegen keiner parlamentarischen Detailregelung. Die jeweiligen Anforderungen an die Wahlgeräte hängen in starkem Umfang von der Art des jeweiligen Wahlgerätes ab. So unterscheiden sich beispielsweise die Anforderungen für den Einsatz elektronisch gesteuerter Wahlgeräte von den Anforderungen, die an den Einsatz von ausschließlich mechanischen Wahlgeräten zu stellen sind.

cc) Grundrechtseingriffe

Je intensiver durch die Ermächtigung in Grundrechte eingegriffen wird, desto detaillierter muss die Verordnungsermächtigung inhaltlich ausfallen.³¹ Die Grundrechte reichen insoweit in die besonderen Anforderungen an Verordnungsermächtigungen hinein.

Fall 4 (vgl. BVerfGE 58, 257): Bei der Nichtversetzung von Schülerinnen und Schülern in die nächsthöhere Klassenstufe ist zumindest bei den weiterführenden Schulen nach einer damit einhergehenden leistungsbedingten Schulentlassung zu differenzieren. Der zwangsweise Ausschluss ist eine einschneidende Maßnahme für den weiteren Berufs- und Lebensweg und besonders grundrechtsensibel, der die Bestimmtheitsanforderungen bei der Rechtssetzungsdelegation umfänglich steigert. Dagegen erhöht die Nichtversetzung ohne Ausscheiden aus der Schule lediglich die Ausbildungszeit der Betroffenen um ein Jahr und kann sogar einen positiven Einfluss auf diese haben. Vor dem Hintergrund der

praktischen Ausformung der Versetzung ist die Delegation ihrer näheren Voraussetzungen ohne Schulentlassung an den Ordnungsgeber zulässig.

Besonders problematisch sind Grundrechtseingriffe durch generalklauselartige Ermächtigungen. Soweit die Möglichkeit der Präzisierung in ihrem sachlichen Gehalt gegeben ist, sollen jedoch auf ihrer Grundlage zumindest Eingriffe geringerer Intensität in Betracht kommen.³²

Fall 5 (vgl. BVerfGE 54, 143): Die zuständige Behörde erlässt ein Taubenfütterungsverbot als Gefahrenabwehrverordnung, so wie es bereits vielfach andersorts zum Schutz von Eigentum und vor Verunreinigungen praktiziert wird. Sie stützt den Erlass auf die entsprechende Rechtsgrundlage des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts in Form einer Generalklausel. Man könnte hier vertreten, dass bei typischen und typisierbaren Maßnahmen die Pflicht zur Standardisierung im Gesetz greift und Generalklauseln als Ermächtigung auscheiden müssen.³³ Die Qualität des Grundrechtseingriffs ist jedoch zu beachten.³⁴ Die zum Erlass von Gefahrenabwehrverordnungen ermächtigenden Landesgesetze wurden durch jahrzehntelange Anwendung entsprechend der vorhanden gewesen Möglichkeit in ihrem Gehalt präzisiert und weisen daher zumindest bei Eingriffen geringer Intensität die notwendige Regelungsdichte auf.³⁵

Bei neuartigen und unvorhergesehenen Sachlagen dürfen eingriffsintensive Maßnahmen für einen Übergangszeitraum auf Generalklauseln gestützt werden, um dem Gesetzgeber die Zeit für den Erlass spezieller Eingriffsgrundlagen zu verschaffen.³⁶ Im Ergebnis werden die Bestimmtheitsanforderungen vorübergehend abgesenkt. Freilich sind in diesem Zusammenhang viele Fragen unbeantwortet und daher unterschiedliche Ansichten vertretbar, insbesondere hat das BVerfG noch keine abschließende Stellungnahme abgegeben. Man kann unter Verweis auf die Entscheidung des BVerfG zum allgemeinen Gefahrenabwehrrecht bezweifeln, ob ein derartiger Übergangszeitraum ein Hauptsacheverfahren abdecken würde.³⁷ Die Annahme eines zeitabhängigen Umschlagens bei

²⁹ BVerfGE 136, 69 (114ff.) = NVwZ 2014, 1219.

³⁰ Vgl. BVerfG NJW 1998, 669 (670) m.w.N.; s. auch Lepa (Fn. 14), AöR 105 (1980), 337 (352ff.) m.w.N.

³¹ BVerfGE 58, 257 (277f.) = NJW 1982, 921.

³² Vgl. BVerfGE 38, 61 (84) = NJW 1975, 31; 54, 143 (144f.) = NJW 1980, 2572; 101, 1 (31ff.) = NJW 1999, 3253; 106, 1 (19) = NVwZ 2003, 595.

³³ Butzer, Flucht in die polizeiliche Generalklausel?, VerwArch 93 (2002), 506 (523), Kießling, Die dogmatische Einordnung der polizeilichen Gefährdungsansprüche in das allgemeine Polizeirecht, DVBl 2012, 1210 (1270).

³⁴ Vgl. BVerfGE 110, 33 (55) = NJW 2004, 2213; BVerwGE 129, 142 (148ff.) = NVwZ 2007, 1439.

³⁵ BVerfGE 54, 143 (144f.) = NJW 1980, 2572.

³⁶ Vgl. BVerfGK 20, 128 = ZD 2013, 126; vgl. auch BVerwGE 164, 290 = NJW 2019, 1291; OVG Münster COVuR 2020, 423 (427).

³⁷ Vgl. Brocker, Exekutive versus parlamentarische Normsetzung in der Corona-Pandemie, NVwZ 2020, 1485 (1486f.) in Bezug auf BVerfGK 20, 128 = ZD 2013, 126.

der Beurteilung von Maßnahmen in der Vergangenheit erscheint jedoch widersprüchlich, der zufällige Zeitpunkt des Rechtsschutzbegehrens würde maßgeblich werden. Anderes kann sich aus den unterschiedlichen Prüfungsmaßstäben im Eilrechtsschutz und Hauptsacheverfahren ergeben. Für die Bestimmung des Übergangszeitraums empfiehlt sich nach bisheriger Konstruktion eine umfassende Einzelfallabwägung unter Berücksichtigung der Kriterien der hinreichenden Bestimmtheit. Nach Abschluss der Übergangszeit reichen Generalklauseln für tiefgreifende Grundrechtseingriffe grundsätzlich jedenfalls nicht mehr aus. Während im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht bei Typisierung und erhöhter Eingriffsintensität regelmäßig standardisierte Eingriffsgrundlagen mit speziellen Tatbeständen und Rechtsfolgen geschaffen werden müssen, kommen im Einzelfall aber wohl auch anderweitige Möglichkeiten der Schärfung in Betracht. Es verbleibt insoweit bei den allgemeinen Ausführungen.

Fall 6: Zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie haben die Länder in ihrer grundgesetzlichen Vollzugskompetenz auf die Generalklauseln des IfSG zurückgegriffen und vielfältige Grundrechtseingriffe auch durch Rechtsverordnung vorgenommen. Nach Verstreichen eines gewissen Übergangszeitraums sah sich der Bundesgesetzgeber verfassungsrechtlich in der Pflicht, die Eingriffstatbestände zu schärfen. Er flankierte die Generalklauseln unter anderem durch an die Pandemie gebundene Regelbeispiele, Befristungs- und Begründungspflichten. Angesichts der funktionalen Gewaltenteilung des Grundgesetzes ist zur Beurteilung der Generalklauseln als Verordnungsermächtigung eine umfassende Einzelfallauslegung bezüglich der hinreichenden Bestimmtheit vorzunehmen. Während der Maßstab zu Beginn der Pandemie aufgrund des Konstrukts des Übergangszeitraums erheblich abgesenkt war, gilt dies für deren weiteren Verlauf nicht mehr. Die Eigenart der Regelungsmaterie dürfte aufgrund des Erfordernisses schneller Interventionen im Ungewissen aber niedrigere Anforderungen als beispielsweise im Polizei- und Ordnungsrecht durchaus rechtfertigen und eine Schärfung der Generalklauseln genügen lassen. Letztlich ist dies für den Einzelfall gesondert zu prüfen.

dd) Absenkung des Bestimmtheitsmaßstabs aufgrund Parlamentsbeteiligung

Regelmäßig wird in Erwägung gezogen, den Bestimmtheitsmaßstab aufgrund weitergehender Regelung einer Parlamentsbeteiligung abzusenken. Das BVerfG stand derartigen Vorstößen bislang ablehnend gegenüber. Ein grundsätzlich zulässiger Zustimmungsvorbehalt des Bundestags bei Verordnungserlass soll an den Bestimmtheitsanforderungen nichts ändern.³⁸ Bei Vollzug einer bundesgesetzlichen Ermächtigung durch die Länder stellt sich die Frage, ob der parlamentarische Landesgesetzgeber durch ordnungsvertretende Gesetze gem. Art. 80 Abs. 4 GG die Bestimmtheitsanforderungen senken kann bzw. sogar muss.³⁹ Ein Minus an Demokratie und Rechtsstaat bei Erlass ermächtigender Gesetze lässt sich jedoch nicht durch ein Plus an Stelle des Vollzugs beheben.

D. Besonderheiten bei landesgesetzlicher Ermächtigungsgrundlage

Die dargestellten Erwägungen sind größtenteils auf landesrechtliche Ermächtigungen zu übertragen. Die rechtliche Grundlage bildet das Homogenitätsprinzip gem. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaats- bzw. Demokratieprinzip, soweit nicht ohnehin entsprechende landesverfassungsrechtliche Regelungen bestehen.⁴⁰ Das Homogenitätsprinzip überträgt die wesentlichen Strukturmerkmale des Art. 20 Abs. 1 GG, die also einer Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 3 GG entzogen sind, auf die verfassungsgemäße Ordnung der Länder.⁴¹ Hierzu gehören jedenfalls der gesetzliche Totalvorbehalt sowie das Bestimmtheitsgebot.⁴² In der Literatur wird mit Ausnahme der Weiterermächtigung ein vollständiger Gleichlauf der Anforderungen an die Verordnungsermächtigung postuliert.⁴³ Darüber hinaus sind ggf. zusätzliche Anforderungen der einschlägigen Landesverfassung zu beachten. Problematisch erscheinen die Bestimmungen der vor Inkrafttreten des Grundgesetzes entstandenen Länderverfassungen des Freistaates Bayern (Art. 55 Nr. 2) und des Landes Hessen (Art. 118) jeweils mangels einer der Bestimmtheitstrias entsprechenden Klausel sowie der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen (Art. 124) mangels

³⁸ BVerfGE 8, 274 (322f.) = BeckRS 1958, 236 Rn. 193.

³⁹ Dafür etwa Pautsch/Haug, Parlamentsvorbehalt und Corona-Verordnungen – ein Widerspruch, NJ 2020, 281 (282, 285f.); Sannwald in: Schmidt/Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, GG, 14. Aufl. 2017, Art. 80 Rn. 132; dagegen Brocker (Fn. 37), NVwZ 2020, 1485 (1488); Dette/Burfeind, Ordnungsvertretende Gesetze nach Artikel 80 Abs. 4 GG – Ein größerer Gestaltungsspielraum für die Landesparlamente?, ZG 1998, 257 (268); Nierhaus in: Bonner Kommentar (Fn. 9), Art. 80 Rn. 826.

⁴⁰ Voßkuhle/Wischmeyer (Fn. 6), JuS 2015, 311 (313).

⁴¹ Ipsen, Staatsrecht I, 33. Aufl. 2021, § 13 Rn. 712.

⁴² BVerfGE 41, 251 (265f.) = NJW 1976, 1309; 73, 388 (400) = NJW 1987, 943.

⁴³ Vgl. Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 8), Art. 80, Rn. 25.

eines ausdrücklichen Gesetzesvorbehalts.⁴⁴ Die Normenhierarchie ist insoweit zu beachten.

E. Fazit

Den Schwerpunkt der besonderen Voraussetzungen an eine Verordnungsermächtigung bildet regelmäßig die notwendige Bestimmtheit. Die Handlungsfähigkeit der Exekutive ist diesbezüglich mit der Gesetzgebungsfunktion der Legislative in einen angemessenen verfassungsrechtlichen Ausgleich zu bringen. Dabei darf die Reichweite organisatorischer und funktioneller Gewaltenteilung unter dem Grundgesetz nicht verkannt werden. Die in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG normierte organisatorische und funktionelle Trennung und Gliederung der Gewalten zielt auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen zur Aufgabenerfüllung verfügen.⁴⁵ Daher verbleibt es der Judikative, das Verhältnis und die Befugnisse gesetzgebender und vollziehender Gewalt unter Berücksichtigung dargestellter Erwägungen im Einzelfall zu bestimmen und insbesondere den Drahtseilakt zu meistern, die Exekutive einerseits kurzfristig zur Aufgabenerfüllung handlungsfähig zu halten sowie andererseits nicht den Pfad zur Notverordnungscompetenz zu ebnen.

⁴⁴ Remmert in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 20), Art. 80 Rn. 41; die hessische Regelung soll jedoch mit dem GG vereinbar sein, vgl. BVerfGE 34, 52 = NJW 1973, 451.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 68, 1 (86) = NJW 1985, 603; 95, 1 (15) = NJW 1997, 383; 98, 218 (251f.) = NJW 1998, 2515.