

Herrn Vorsitzenden  
des Ausschusses für Gesundheit des  
Deutschen Bundestages  
Erwin Rüdgel, MdB  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin  
Per Email

---

**Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger**  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht  
und Öffentliches Wirtschaftsrecht

Universitätsstr. 24  
86159 Augsburg

Tel +49 (0) 821 598-4550  
Fax +49 (0) 821 598-4552

ferdinand.wollenschlaeger@  
jura.uni-augsburg.de  
[https://www.uni-augsburg.de/de/  
fakultaet/jura/lehrende/wollenschlaeger/](https://www.uni-augsburg.de/de/fakultaet/jura/lehrende/wollenschlaeger/)

Augsburg, den 16.4.2021

**Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Gesundheit am 16.4.2021 /  
Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epide-  
mischen Lage von nationaler Tragweite, BT-Drucksache 19/28444 u.a.**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

für die Einladung zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des  
Deutschen Bundestages am 16.4.2021 zu Fragen der Corona-Pandemie danke ich.  
In der Anlage überreiche ich vorab die erbetene schriftliche Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

**Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger**

**Schriftliche Stellungnahme**

**Öffentliche Anhörung  
des Ausschusses für Gesundheit  
des Deutschen Bundestages**

**zum Gesetzentwurf**

**der Fraktionen CDU/CSU und SPD**

**Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung  
bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite**

**BT-Drucksache 19/28444**

**und weiterer Anträge**

**am 16. April 2021**

## **Inhaltsübersicht**

<b>I. Vorbemerkung</b> .....	<b>4</b>
<b>II. Zusammenfassung und Handlungsempfehlungen</b> .....	<b>4</b>
<b>III. Aspekte</b> .....	<b>9</b>
1. Anordnung von Pandemiebekämpfungsmaßnahmen durch Bundesparlamentsgesetz .....	9
2. Umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes .....	10
3. Rechtsschutzverlagerung zum Bundesverfassungsgericht kein Rechtsschutzdefizit.....	11
4. Bund-Länder-Verhältnis .....	15
5. Anknüpfung an die Inzidenz .....	17
a) Regelung des § 28a IfSG .....	17
b) Regelung des § 28b IfSG-E .....	18
c) Umfassendes Entscheidungsprogramm (auch) bei § 28b IfSG-E .....	19
d) Validität des Entscheidungsprogramms, Befristungserfordernis .....	23
6. Befristungserfordernis.....	23
7. Grundrechtliche Aspekte.....	24
a) Grundsätzliches .....	24
b) Nächtliche Ausgangsbeschränkung.....	24
c) Gleichheitsrechtliche Relevanz von Differenzierungen.....	25
8. Ausnahmen für Geimpfte .....	26
9. Rechtsstaatliche Publizität der Über-/Unterschreitung des Schwellenwerts (Bekanntgabeerfordernis).....	27
10. Planungssicherheit und Stabilität im Bildungsbereich.....	28
11. Ausnahmen von der Maskenpflicht .....	28

12. Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung .....	29
a) Verfassungskonformität und Präzisierungsbedarf der Verordnungsermächtigung .....	30
b) Grundrechtsschutz durch Verfahren: Begründungs- und Befristungserfordernis .....	30
c) Zustimmung des Bundestages .....	31
13. Evaluation .....	32
14. Exkurs: Verfassungskonformität der Verordnungsbefugnis der §§ 28, 28a, 32 IfSG .....	33
a) Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung .....	33
b) Analyse und Bewertung des § 28a IfSG .....	34

## I. Vorbemerkung

Angesichts der äußerst kurzfristig anberaumten Anhörung und der kurzen Stellungnahmefrist kann der Gesetzentwurf nicht im Detail gewürdigt werden.

## II. Zusammenfassung und Handlungsempfehlungen

### *Regelungsansatz*

1. Mit § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E ordnet der Bundestag angesichts eines hochgradigen Infektionsgeschehens erstmals selbst Maßnahmen der Pandemiebekämpfung durch Parlamentsgesetz an. Dies verleiht den Maßnahmen nicht nur ein Höchstmaß an demokratischer Legitimation, sondern ermöglicht eine bundeseinheitliche und unmittelbare, d.h. ohne die Notwendigkeit weiterer konkretisierender Akte, Inkraftsetzung von Schutzmaßnahmen. Damit ist weder ein Plädoyer für eine generelle Vollparlamentarisierung i.S.e. parlamentsgesetzlichen Detailsteuerung noch für eine generelle Zentralisierung der Pandemiebekämpfung verbunden.

### *Vereinbarkeit mit der grundgesetzlichen Kompetenzordnung*

2. Die mit § 28b IfSG-E einhergehende **Zentralisierung** steht **in Einklang mit der grundgesetzlichen Kompetenzordnung**, ohne eine Spannungslage namentlich mit der Kultushoheit der Länder in Abrede zu stellen. Raum für Landesregelungen gemäß §§ 28, 28a, 32 IfSG verbleibt überdies generell unterhalb des Schwellenwerts und oberhalb desselben im Rahmen der durch § 28b Abs. 4 IfSG-E zugelassenen weitergehenden Regelungen; ferner impliziert der kreisbezogene Schwellenwert (§ 28b Abs. 1 IfSG-E) eine (auch verfassungsrechtlich gebotene) Regionalisierung.

### *Zentralisierung des Rechtsschutzes beim Bundesverfassungsgericht kein Rechtsschutzdefizit*

3. Die bundesparlamentsgesetzliche Anordnung von Schutzmaßnahmen zieht eine **Konzentration des Rechtsschutzes beim Bundesverfassungsgericht** nach sich. Hierin liegt **kein Rechtsschutzdefizit**. Vielmehr verbürgt die Verfassungsbeschwerde effektiven Individualrechtsschutz gerade mit Blick auf die im Zentrum stehenden Grundrechtsfragen. Überdies korrespondiert die Beschränkung auf verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz mit der Dignität des Parlamentsgesetzes als demokratisch am höchsten legitimerter Handlungsform. Die Statuierung abstrakt-genereller Verhaltenspflichten

in grundrechtssensiblen Bereichen durch den Gesetzgeber entspricht der Handlungsform Parlamentsgesetz und bewegt sich auch nicht, wie Legislativplanungen oder Legislativenteignungen, an der Grenze zu Einzelfallentscheidungen, so dass sich nicht die Problematik einer rechtsschutzverkürzenden „Verwaltung durch Gesetz“ stellt.

*Kein abstraktes Anknüpfen an Inzidenz; Beobachtungs- und Befristungserfordernis*

4. Tatbestandlicher Anknüpfungspunkt des § 28b IfSG-E ist die **Sieben-Tage-Inzidenz**. Das heißt aber nicht, dass an einen abstrakten Inzidenzwert angeknüpft würde. Vielmehr begründet der Gesetzgeber das Abstellen auf den Inzidenzwert dem Grunde und der Höhe nach und nimmt das Infektionsgeschehen auch darüber hinaus in den Blick (Dynamik und Diffusität des Infektionsgeschehens; Belastung des Gesundheitssystems; Zunahme des Positivanteils der Testungen; Vermeidung von escape-Virusvarianten; Vorsorge mit Blick auf mittel- und langfristige gesundheitliche Beeinträchtigungen; Relevanz gefährlicher und infektiöser Virusvarianten; Therapiemöglichkeiten).
5. Der aus einem Vergleich von § 28a IfSG und § 28b IfSG-E gezogene Schluss, die in § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E angeordneten Schutzmaßnahmen orientierten sich einseitig an der **Sieben-Tage-Inzidenz**, verkennt den unterschiedlichen Regelungsgehalt der beiden Normen. § 28a IfSG formuliert ein Entscheidungsprogramm für den Ordnungsgeber zum Erlass von Schutzmaßnahmen, wohingegen § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E unmittelbar Schutzmaßnahmen anordnet, für die das **Entscheidungsprogramm im Gesetzgebungsverfahren abgearbeitet** wurde.
6. Nachdem damit die der Anordnung der Schutzmaßnahmen zugrunde liegende Bewertung des Infektionsgeschehens im Gesetzgebungsverfahren erfolgt ist, bleibt der Gesetzgeber zu einer kontinuierlichen Beobachtung der Lage und ggf. Aktualisierung der Regelung verpflichtet. Daher und im Interesse eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren empfiehlt sich eine **Befristung der Anordnungen des § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E**.
7. Die **Validität eines Abstellens auf die Sieben-Tage-Inzidenz** dem Grunde und der Höhe (100) nach **sowie auf die weiteren für relevant erachteten Aspekte des Infektionsgeschehens** lässt sich aus rechtswissenschaftlicher Perspektive nicht abschließend beurteilen. Unter Berücksichtigung der dem Gesetzgeber auch angesichts der tatsächlichen Unsicherheiten zukommenden Einschätzungs- und Prognoseprärogative erscheinen die in der Gesetzesbegründung insoweit angeführten Aspekte – vorbehaltlich einer

fachwissenschaftlichen Validierung oder Falsifizierung – jedoch plausibel. Diese Feststellung entbindet nicht von einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit jeder Einzelmaßnahme.

#### *Grundrechtliche Aspekte*

8. Mit den angeordneten Schutzmaßnahmen gehen Grundrechtseingriffe von erheblicher Breite, Tiefe und auch Dauer einher. Mit dem Schutz von Leben und Gesundheit einschließlich der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) verfolgen die Pandemiebekämpfungsmaßnahmen freilich gewichtige Ziele. Kein Aspekt kann absoluten Schutz beanspruchen. Aufgabe des Parlaments ist es, in dem durch das Übermaß- und Untermaßverbot eröffneten Korridor **effektiven Gesundheitsschutz bei Wahrung höchstmöglicher Freiheit sicherzustellen**; hierbei können auch im Rahmen von Einschätzungsprärogativen politisch Prioritäten gesetzt werden.
9. Mit Blick auf die besonders kontrovers diskutierten, im Rahmen der kurzfristigen Stellungnahme nicht abschließend auf ihre Verfassungskonformität hin beurteilbaren **nächtlichen Ausgangsbeschränkungen** sei auf folgende Punkte hingewiesen: Die Verhältnismäßigkeit nächtlicher Ausgangsbeschränkungen wird in der Rechtsprechung teils bejaht, teils verneint. Entscheidend ist zunächst die kontrovers diskutierte und rechtswissenschaftlich nicht beurteilbare Wirksamkeit dieser Maßnahme, wofür der Gesetzgeber, dem insoweit eine Einschätzungs- und Prognoseprärogative zukommt, Erfahrungen aus anderen Staaten und wissenschaftliche Studien anführt. Mit Blick auf die Erforderlichkeit der nächtlichen Ausgangsbeschränkung und damit die Frage nach mildereren Mitteln ist zu berücksichtigen, dass diese Maßnahme als Teil der „Notbremse“ im Kontext weiterer äußerst grundrechtsensibler Maßnahmen wie etwa der Schließung von Betrieben, Schulen oder Einrichtungen der Kindertagesbetreuung steht, womit kein prinzipieller Nachrang von nächtlichen Ausgangsbeschränkungen angenommen werden kann.

#### *Notwendigkeit von Ausnahmen bei Immunisierung durch Impfung*

10. Insoweit **Ausnahmen von Schutzmaßnahmen aufgrund einer Immunisierung durch Impfung** verfassungsrechtlich aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten sind, was in tatsächlicher Hinsicht von entsprechenden Erkenntnissen hinsichtlich der

Wirksamkeit des Impfschutzes abhängt, sind diese vorzusehen und liegen nicht im Ermessen des Ordnungsgebers, wie es in § 28b Abs. 6 IfSG-E anklingt. Überdies bedarf es Ausnahmeregelungen auch jenseits der Regelungen für Fälle einer Sieben-Tage-Inzidenz oberhalb des Schwellenwerts von 100. Es empfiehlt sich daher eine alle Konstellationen (Maßnahmen auf Landesebene gemäß §§ 28, 28a, 32 IfSG und auf Bundesebene gemäß § 28b Abs. 1 ff. und Abs. 6 IfSG-E) erfassende Gesamtsregelung der Thematik.

*Weiterer Modifikationsbedarf des § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E*

11. Aus Gründen rechtsstaatlicher Publizität empfiehlt sich eine **Regelung zur Bekanntgabe der Über-/Unterschreitung des Schwellenwerts** entsprechend § 3 der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung.
12. Zur **Gewährleistung von Planungssicherheit im Bildungsbereich** empfiehlt sich, eine § 18 Abs. 1 Satz 4 der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung entsprechende Regelung zu erlassen, die Stabilität mit Blick auf die Folgewoche gewährleistet (Entscheidung am Freitag für die Folgewoche).
13. Der Gesetzentwurf enthält – anders als etwa § 1 Abs. 2 der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung – keine Regelung zu etwaigen **Ausnahmen von der angeordneten Maskenpflicht** (Kinder/medizinische Gründe).

*Verfassungskonformität der Verordnungsermächtigung und Präzisierungsbedarf*

14. Bei der – **grundsätzlich die grundgesetzlichen Anforderungen an den Verordnungserlass wahren** – **Verordnungsermächtigung des § 28b Abs. 6 IfSG-E** empfehlen sich folgende **Präzisierungen/Modifikationen**:
  - a) Inbezugnahme der die Verhältnismäßigkeit sichernden Kautelen des § 28a Abs. 2 und 6 IfSG;
  - b) Angleichung der ausschließlich auf eine Überschreitung des Schwellenwertes von 100 abstellenden Regelung an die weiter zeitlich und örtlich differenzierende Regelung des § 28b Abs. 1 IfSG-E;
  - c) Statuierung eines Befristungs- und Begründungserfordernisses im Interesse eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren (wie bei § 28a Abs. 5 IfSG);
  - d) Präzisierung der Abweichungsbefugnis (Erleichterungen oder Ausnahmen);

- e) Die Statuierung eines Zustimmungsvorbehalt des Bundestags zum Verordnungserlass ist verfassungsrechtlich zulässig, lockert nach der Verfassungsrechtsprechung aber keine Bestimmtheitsanforderungen. Mit Blick auf das Flexibilisierungs- und Beschleunigungsziel einer Delegation ist die Zustimmungsfiktion (§ 28b Satz 3 IfSG-E) zu begrüßen; alternativ kommt eine Eilkompetenz des Ordnungsgebers mit Bestätigungs-/Aufhebungsvorbehalt in Betracht.

### III. Aspekte

#### *1. Anordnung von Pandemiebekämpfungsmaßnahmen durch Bundesparlamentsgesetz*

In Erfüllung seiner grundgesetzlichen Schutzpflicht für menschliches Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)<sup>1</sup> hat der Staat zur Bekämpfung der Corona-Pandemie weit reichende Einschränkungen des privaten und öffentlichen Lebens einschließlich des aktuellen Lockdown angeordnet, mit denen Grundrechtseingriffe von erheblicher Breite, Tiefe und Dauer einhergehen. Die konkreten Schutzmaßnahmen haben bislang nicht die Parlamente verabschiedet, sondern die Exekutive, namentlich die Landesregierungen im Wege des Verordnungserlasses, freilich auf Basis der §§ 28, 28a, 32 IfSG.

Das ist – bei Wahrung der verfassungsrechtlichen (Bestimmtheits-)Anforderungen an Ermächtigungen zur exekutiven Rechtsetzung (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) und des Parlamentsvorbehalts qua Wesentlichkeit<sup>2</sup> – zulässig. Diese verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Delegation wahren – unbeschadet Optimierungspotential<sup>3</sup> – die §§ 28, 28a und 32 IfSG. Auch die Landesverfassungs- und Oberverwaltungsgerichtsbarkeit hat zumindest in Eilverfahren die Verfassungskonformität des § 28a IfSG bestätigt, eine Einschätzung, die sich auch in weiten Teilen des Schrifttums findet (siehe ausführlich mit entsprechenden Nachweisen Exkurs, III.14.).

Mit § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E hat nun erstmals der Deutsche Bundestag Schutzmaßnahmen angeordnet. Dies verleiht der Regelung ein Höchstmaß an demokratischer Legitimation. Es wurde ein Entscheidungsverfahren gewählt, das, was positiv hervorzuheben ist, „der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten“, „die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären“, „sich durch Transparenz auszeichnet“ und „die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet“.<sup>4</sup> Dies spricht freilich nicht für eine – auch verfassungsrechtlich nicht geforderte – Vollparlamentarisierung der Pandemiebekämpfung. Vielmehr muss die Handlungsformenwahl auch die Vorteile des Einsatzes von Rechtsverordnungen im Blick haben (zur

---

<sup>1</sup> Siehe zu dieser VerfGH, Entscheidung vom 22.3.2021, Vf. 23-VII-21, Rn. 21.

<sup>2</sup> Zu diesem BVerfGE 150, 1 (96 ff.).

<sup>3</sup> Siehe dazu bereits meine Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestages zum Dritten Bevölkerungsschutzgesetz (Ausschussdrucksache 19(14)246(20); [https://www.bundestag.de/resource/blob/805844/09aa6cdba9932ca18a4a560e817817b1/19\\_14\\_0246-20-\\_ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger-3-BevSchG-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/805844/09aa6cdba9932ca18a4a560e817817b1/19_14_0246-20-_ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger-3-BevSchG-data.pdf); 13.4.2021), S. 30 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 150, 1 (96 f.).

Rechtsschutzfrage III.3.). Diese erfüllen eine „Entlastungs- und Flexibilitätswahrungsfunktion“, dienen mithin dem Ziel, „den parlamentarischen Gesetzgeber von Detailarbeit [zu] entlasten, ihm dadurch die Möglichkeit [zu] eröffnen, sich auf die wirklich wichtigen grundlegenden Vorhaben zu konzentrieren, und ohne zeitraubendes Gesetzgebungsverfahren eine beschleunigte, kurzfristige Anpassung des Rechts an sich ändernde Verhältnisse [zu] ermöglichen.“<sup>5</sup>

Mag vor diesem Hintergrund auch ein Instrumentenmix als Gesamtkonzept in Betracht zu ziehen sein, spricht für die Anordnung einer auf ein hochgradiges Infektionsgeschehen reagierenden „Notbremse“ durch Bundesparlamentsgesetz die dadurch ermöglichte bundeseinheitliche und unmittelbare, d.h. ohne die Notwendigkeit weiterer konkretisierender Akte, Inkraftsetzung von Schutzmaßnahmen. Überdies besteht das Verordnungsregime fort, ermöglicht § 28b Abs. 4 IfSG-E weitergehende Schutzmaßnahmen aufgrund des IfSG, wozu namentlich die Verordnungsbefugnisse der Landesregierungen gemäß §§ 28, 28a, 32 IfSG und der Bundesregierung gemäß § 28b Abs. 6 IfSG-E rechnen (siehe zur föderalen Dimension noch III.4.).

## **2. Umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes**

Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG enthält eine umfassende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für den Infektionsschutz, mithin für „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen“. Diese unterliegt nicht der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG, mithin besteht das Gesetzgebungsrecht des Bundes nicht nur, „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.“<sup>6</sup> Damit steht dem Bund eine umfassende Regelungsbefugnis zu. Er kann mithin eine Vollregelung erlassen, durch Nichtregelung die Materie vollumfänglich der Landesgesetzgebung überlassen oder eine (nicht abschließende) Teilregelung treffen, die den Ländern Raum für (ergänzende) Landesgesetzgebung gemäß Art. 72 Abs. 1 GG eröffnet.<sup>7</sup> Im Rahmen seiner Regelungsbefugnis kann der Bund auch Verordnungsbefugnisse für die Bundesregierung sowie

---

<sup>5</sup> *H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 12. Ablehnend zur Beschleunigungsfunktion mit Blick auf ebenfalls rasch durchführbare Gesetzgebungsverfahren *K. F. Gärditz/M. K. Abdulsalam*, GSZ 2020, 108 (110).

<sup>6</sup> Zu dieser *F. Wollenschläger*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 72 GG, Rn. 245 ff. (Stand: 191. Aktualisierung August 2018).

<sup>7</sup> Allgemein zur Sperrwirkung gemäß Art. 72 Abs. 1 GG *F. Wollenschläger*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 72 GG, Rn. 164 ff. (Stand: 191. Aktualisierung August 2018). Strikt im hiesigen Kontext *A. Klafki*, NVwZ 2020, S. 1718 (1722).

die Landesregierungen vorsehen (Art. 80 Abs. 1 GG); von letzteren können gemäß Art. 80 Abs. 4 GG auch die Landesparlamente Gebrauch machen.

Vor diesem Hintergrund ist sowohl die unmittelbare Anordnung von Schutzmaßnahmen bei besonderem Infektionsgeschehen gemäß § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E als auch die Ermächtigung der Bundesregierung zum Verordnungserlass gemäß § 28b Abs. 6 IfSG-E von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gedeckt. Angesichts der finalen Fassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG („Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen“) sind auf den Infektionsschutz zielende Regelungen auch für in die ausschließliche Landeskompetenz fallende Bereiche wie das Schulwesen möglich. Gerade bei gravierenden Konsequenzen ist eine kompetentielle Spannungslage nicht in Abrede zu stellen, was verfassungspolitisch eine zurückhaltende Aktualisierung nahelegen mag. Auch vor diesem Hintergrund mag man den höheren Schwellenwert, ab dem eine Untersagung von Präsenzunterricht möglich ist, sehen, was den Ländern Spielräume eröffnet. Jedenfalls muss sich die Regelung auf das für den Infektionsschutz Erforderliche beschränken und darf keine darüber hinausgehenden Vorgaben aufstellen, etwa hinsichtlich der statt des Präsenzunterrichts zulässigen Unterrichtsformen. Diese Grenze wahrt § 28b Abs. 3 IfSG-E.

### ***3. Rechtsschutzverlagerung zum Bundesverfassungsgericht kein Rechtsschutzdefizit***

Mit der Anordnung von Schutzmaßnahmen unmittelbar durch Parlamentsgesetz – statt durch Verordnungserlass – geht eine Verlagerung des Rechtsschutzes zur Verfassungsgerichtsbarkeit einher. Gegen Parlamentsgesetze ist nämlich – anders als gegen Rechtsverordnungen unter den Voraussetzungen des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO bzw. § 43 Abs. 1 VwGO – kein Rechtsbehelf vor den Verwaltungsgerichten statthaft; überdies sind die angeordneten Schutzmaßnahmen, wie etwa Kontaktbeschränkungen (§ 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG-E), nicht vollzugsbedürftig, so dass sich auch keine verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten im Kontext des Gesetzesvollzugs ergeben können. Allein denkbar erscheint der freilich mit Unsicherheiten behaftete, da ein feststellungs-

fähiges Rechtsverhältnis und ein Feststellungsinteresse voraussetzende Weg einer Feststellungsklage,<sup>8</sup> den teils auch das Bundesverfassungsgericht aus Subsidiaritätsgründen vor Erhebung einer Gesetzesverfassungsbeschwerde fordert<sup>9</sup>. Primär statthaft ist die Individualverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG).

Die Konzentration des Rechtsschutzes beim Bundesverfassungsgericht stellt, anders als teils geltend gemacht, kein Rechtsschutzdefizit dar. Vielmehr verbürgt die Verfassungsbeschwerde effektiven Individualrechtsschutz gerade mit Blick auf die im Zentrum stehenden Grundrechtsfragen. Überdies korrespondiert die Beschränkung auf verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz mit der Dignität des Parlamentsgesetzes als demokratisch am höchsten legitimierte Handlungsform. Die Statuierung abstrakt-genereller Verhaltenspflichten in grundrechtssensiblen Bereichen durch den Gesetzgeber entspricht der Handlungsform Parlamentsgesetz und bewegt sich auch nicht, wie Legislativplanungen oder Legislativerteignungen, an der Grenze zu Einzelfallentscheidungen, so dass sich nicht die Problematik einer rechtsschutzverkürzenden „Verwaltung“ durch Gesetz“ stellt.<sup>10</sup> Sähe man in einer parlamentsgesetzlichen Regelung ein generelles Rechtsschutzdefizit, würde man die Wahl der Handlungsform Parlamentsgesetz statt einer Rechtsverordnung unter einen generellen Rechtfertigungsvorbehalt stellen.

Festzuhalten ist, dass das Bundesverfassungsgericht im Pandemie-Kontext die Möglichkeit unmittelbar verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegen Schutzmaßnahmen in Verordnungsform, gegen die der Verwaltungsrechtsweg offen steht, in Durchbrechung des Subsidiaritätsgrundsatzes (§ 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG) in seinem Kammerbeschluss vom 3.6.2020 verneint hat:

Im Übrigen hängt die verfassungsrechtliche Beurteilung der angegriffenen Corona-Verbote nicht allein von spezifisch verfassungsrechtlichen Fragen ab. Auch für die nachträgliche Klärung der Vereinbarkeit außer Kraft getretener Corona-Verbote mit den Grundrechten wird es wesentlich darauf ankommen, welche tatsächlichen Rahmenbe-

---

<sup>8</sup> Vgl. insoweit BVerwG, NVwZ 2017, S. 791 (791); OVG Münster, NVwZ-RR 2018, S. 43 (44).

<sup>9</sup> Siehe insoweit jüngst BVerfGE 145, 20 (54); E 150, 309 (326 f.).

<sup>10</sup> Siehe zu sich dann stellenden Rechtsschutzfragen BVerfGE 24, 367 (401 f.); E 45, 297 (333 ff.); E 75, 108 (165); E 95, 1 (22); E 139, 321 (363 f.).

dingungen der Coronavirus-Pandemie sowie fachwissenschaftliche – virologische, epidemiologische, medizinische und psychologische – Bewertungen und Risikoeinschätzungen während der Geltungsdauer der Normen bestanden. Dabei können sich die maßgeblichen tatsächlichen Umstände in den Ländern auch deutlich unterscheiden. Zudem kann für die Entscheidung die Auslegung der in den Verordnungen enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe maßgeblich sein. Folglich besteht auch mit Blick auf eine nachträgliche Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit außer Kraft getretener grundrechtseinschränkender Bestimmungen in den Corona-Verordnungen der Länder Bedarf an einer fachgerichtlichen Aufbereitung der Entscheidungsgrundlagen. Damit sprechen zugleich gewichtige Gründe gegen eine sofortige Entscheidung über solche Verfassungsbeschwerden vor Erschöpfung des Rechtswegs nach § 90 II 2 BVerfGG wegen allgemeiner Bedeutung.<sup>11</sup>

In der hiesigen Konstellation stellt sich die Frage freilich unter umgekehrten Vorzeichen. Vor allem ermöglicht die unmittelbare Befassung des Bundesverfassungsgerichts die Klärung verfassungsrechtlicher Grundfragen, die die Pandemiebekämpfungsmaßnahmen des § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E in erster Linie aufwerfen. Dagegen hängt die Beschwerde nicht maßgeblich von Fragen der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts ab. Mit dem Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zu Kraftfahrzeugkennzeichenkontrollen vom 18.12.2018 ist für die Subsidiarität der Gesetzesverfassungsbeschwerde

[e]ntscheidend [...], ob die fachgerichtliche Klärung erforderlich ist, um zu vermeiden, dass das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidungen auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage trifft. Ein solcher Fall wird in der Regel dann gegeben sein, wenn die angegriffenen Vorschriften auslegungsbedürftige und -fähige Rechtsbegriffe enthalten, von deren Auslegung und Anwendung es maßgeblich abhängt, inwieweit ein Beschwerdeführer durch die angegriffenen Vorschriften tatsächlich und rechtlich beschwert ist [...]. Anders liegt das, soweit es allein um die sich unmittelbar aus der Verfassung ergebenden Grenzen für die Auslegung der Normen geht. Soweit die Beurteilung einer Norm allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, die das Bun-

---

<sup>11</sup> BVerfG (K), NJW 2020, S. 2326 (2327).

desverfassungsgericht zu beantworten hat, ohne dass von einer vorausgegangenen fachgerichtlichen Prüfung verbesserte Entscheidungsgrundlagen zu erwarten wären, bedarf es einer vorangehenden fachgerichtlichen Entscheidung nicht [...]. Insoweit bleibt es dabei, dass Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen ein Gesetz weithin auch ohne vorherige Anrufung der Fachgerichte zulässig sind.<sup>12</sup>

In diesem Sinne hat auch das Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 6.12.2016 zum Atomausstieg festgehalten:

Eine zumutbare fachgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeit gegen die angegriffenen Bestimmungen der 13. AtG-Novelle besteht für die Beschwerdeführerinnen nicht. Die hier allein in Frage kommende Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten ist im Zusammenhang mit dem Angriff gegen ein Gesetz zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, setzt aber zumindest die Feststellungsfähigkeit eines konkreten Rechtsverhältnisses voraus [...]. Ein sinnvoller Feststellungsantrag, der über die den Verwaltungsgerichten in jedem Fall verwehrte Feststellung der Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Normen hinaus ginge und diese gleichwohl zum Gegenstand der Klärung eines konkreten Rechtsverhältnisses machte, ist hier jedoch nicht erkennbar.

Eine Verweisung der Beschwerdeführerinnen auf den Weg vor die Fachgerichte wäre im Übrigen, selbst wenn es dafür einen zulässigen Rechtsbehelf gäbe, weder zur Klärung einfachrechtlicher Fragen noch zur Aufbereitung des Tatsachenmaterials für die hier zu entscheidenden Fragen sachlich geboten. In Rede steht allein die verfassungsrechtliche Beurteilung der durch die 13. AtG-Novelle getroffenen Regelungen. Dass diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von schwierigen einfachrechtlichen Vorklärungen abhängt, ist nicht ersichtlich. Ob sich weitere Tatsachenfragen stellen, insbesondere im Zusammenhang mit den Prognosen zum zu erwartenden Verbrauch der Reststrommengen innerhalb der den Kernkraftwerken verbleibenden Laufzeiten und zu den Gründen etwa verbleibender Stromreste, hängt untrennbar mit den hier dem Bundesverfassungsgericht zur Klärung aufgegebenen Verfassungsrechtsfragen zusammen und ergibt sich so erst aus einer verfassungsrechtlichen Prüfung.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> BVerfGE 150, 309 (327).

<sup>13</sup> BVerfGE 143, 246 (321 f.).

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass für Rechtsverordnungen der Exekutive, anders als für Parlamentsgesetze, das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts (Art. 100 Abs. 1 GG) nicht greift, die Verwaltungsgerichtsbarkeit für (verfassungs-)rechtswidrig erachtete untergesetzliche Normen mithin im Einzelfall verwerfen darf. Damit verleiht die Wahl der Handlungsform Parlamentsgesetz der Sachregelung eine gewisse Stabilität. Im Pandemiekontext relativiert ist dieser Aspekt freilich dadurch, dass sich Rechtsschutz (zunächst) im Eilverfahren abspielt, in dem aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes von einer Vorlage gemäß Art. 100 Abs. 1 GG abgesehen werden kann.<sup>14</sup>

#### **4. Bund-Länder-Verhältnis**

Bislang erfolgt die Anordnung von Schutzmaßnahmen namentlich im Wege des Verordnungserlasses durch die Landesregierungen auf der bundesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage der §§ 28, 28a, 32 IfSG. Dabei ist den Ländern das Ergreifen von Schutzmaßnahmen – trotz bestehender Regelungsspielräume – nicht freigestellt, vielmehr begründet § 28a Abs. 3 IfSG nach dem Infektionsgeschehen differenzierende Handlungspflichten. Überdies sieht § 28a Abs. 3 Satz 8 IfSG eine länderübergreifende Koordinierung vor: „Bei einer bundesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen sind bundesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen anzustreben“ [Hervorhebung nicht im Original]. Diese führt freilich – unbeschadet der erwähnten Handlungspflichten – nicht zu einer rechtsförmlichen Bindung der Länder an die Ergebnisse der Koordinierungsrunden.<sup>15</sup>

Der vorliegende Gesetzentwurf bedeutet eine darüber hinausgehende, partielle Zentralisierung, sieht er doch bei einer Sieben-Tage-Inzidenz oberhalb des Schwellenwerts von 100 die Geltung von bundesgesetzlich in § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E festgelegten Schutzmaßnahmen vor und eröffnet ergänzend Verordnungsbefugnisse der Bundesregierung gemäß § 28b Abs. 6 IfSG-E.

Kompetentiell lässt das Grundgesetz sowohl eine Zentralisierung als auch eine Dezentralisierung zu (siehe III.2.). Damit verbleibt die rechtspolitische Frage nach der richtigen Regelungsebene für den Erlass von Maßnahmen der Pandemiebekämpfung, die die auch im Übrigen im

---

<sup>14</sup> Hierzu und zu den umstrittenen Details *F. Wollenschläger*, in: K. F. Gärditz (Hrsg.), *VwGO*, 2. Aufl. 2018, § 123 *VwGO*, Rn. 31 ff.

<sup>15</sup> Zur Verfassungswidrigkeit einer derartigen Bindung *BayVerfGH*, Entscheidung vom 22.3.2021, Vf. 23-VII-21, Rn. 19. Vgl. ferner *J. Ipsen*, *DVBt.* 2020, S. 1037 (1038 f.).

Bundesstaat virulente Grundfrage von Einheit und Vielfalt betrifft. Für eine bundeseinheitliche Regelung kann ein bundeseinheitlicher Regelungsbedarf – gerade zur Bekämpfung eines hochgradigen Infektionsgeschehens – sowie durch eine einheitliche Regelung beförderte Rechtssicherheit streiten. Gerade bei regional divergierendem Infektionsgeschehen können Landeslösungen freilich passgenauer wirken.<sup>16</sup> Insoweit ist freilich zu berücksichtigen, dass auch bei einer bundeseinheitlichen Regelung landes- und regionalspezifische Differenzierungen möglich sind, wenn etwa an das (regionale) Infektionsgeschehen angeknüpft wird; solche sind auch verfassungsrechtlich geboten, da die Pandemiebekämpfungsmaßnahmen ihre Rechtfertigung im Infektionsgeschehen finden und damit (etwaigen) Unterschieden insoweit Rechnung tragen müssen. Dem dient der kreisbezogene Schwellenwert (§ 28b Abs. 1 IfSG-E), der eine Regionalisierung bedingt. Auch kann eine Bundesregelung Spielräume für Länder eröffnen. Nicht übersehen werden darf aber auch, dass sich die Einbindung der Länder in die Gesetz- und Verordnungsgebung als Aspekt der vertikalen Gewaltenteilung erweist und die (auch zu einer Verbesserung der Pandemiebekämpfung und des Grundrechtsschutzes beitragende<sup>17</sup>) Erprobung unterschiedlicher Lösungen ermöglicht, Aspekte, hinsichtlich derer sich der Föderalismus in der Pandemie bewährt hat.<sup>18</sup>

Für die Anordnung einer auf ein hochgradiges Infektionsgeschehen reagierenden „Notbremse“ durch Bundesparlamentsgesetz spricht die dadurch ermöglichte bundeseinheitliche und unmittelbare, d.h. ohne die Notwendigkeit weiterer konkretisierender Akte, Inkraftsetzung von Schutzmaßnahmen im Falle eines besonderen Infektionsgeschehens. Die Gesetzesbegründung bringt hierfür Gründe vor, nämlich

- „eine bundesuneinheitliche Auslegung der gemeinsam von den Ländern in der regelmäßig stattfindenden Ministerpräsidentenkonferenz beschlossenen Maßnahmen“;<sup>19</sup>
- die Notwendigkeit, „dass der Bundesgesetzgeber sicherstellt, dass hinreichende Maßnahmen in Kraft treten, um die Senkung des Infektionsgeschehens in der jeweiligen Region wirksam zu erreichen“, sobald mit 100 der doppelte Inzidenzwert von dem Wert (50) erreicht ist, ab dem auf regionaler Maßnahme „besondere Maßnahmen“ gemäß

---

<sup>16</sup> Für regionalspezifische Lösungen *K. F. Gärditz/M. K. Abdulsalam*, GSZ 2020, S. 108 (110); *H. Greve*, NVwZ 2020, S. 1786 (1786).

<sup>17</sup> Siehe nur *O. Lepsius*, RuP 2020, S. 258 (264, 278 f.).

<sup>18</sup> Siehe auch *H. Dreier*, DÖV 2021, S. 229 (237 f.); *K. F. Gärditz/M. K. Abdulsalam*, GSZ 2020, S. 108 (110 f.).

<sup>19</sup> Begründung, S. 9.

§ 28a IfSG zu ergreifen sind. „Dies ist auch deshalb geboten, weil dadurch ein noch höheres, sich überregional ausbreitendes Infektionsgeschehen vermieden wird, zu dessen Eindämmung ein landesweites oder länderübergreifendes Handeln erforderlich werden könnte, wie dies in den vergangenen Monaten der SARS-CoV2-Pandemie wiederholt der Fall war.“<sup>20</sup>

Damit ist aus den genannten Gründen indes kein Plädoyer für eine generelle Zentralisierung der Pandemiebekämpfung verbunden.

Schließlich sei vermerkt, dass die parlamentsgesetzliche Anordnung von Schutzmaßnahmen in § 28b Abs. 1 ff. IfSG kein Handeln der Länder sperrt: Raum für Landesregelungen gemäß §§ 28, 28a, 32 IfSG verbleibt generell unterhalb des Schwellenwerts und oberhalb desselben im Rahmen der durch § 28b Abs. 4 IfSG-E zugelassenen weitergehenden Regelungen.

### ***5. Anknüpfung an die Inzidenz***

Anders als § 28a IfSG, der an das Infektionsgeschehen unter primärer Berücksichtigung der Sieben-Tage-Inzidenz anknüpft (a), knüpft § 28b IfSG-E tatbestandlich ausschließlich an die Sieben-Tage-Inzidenz an (b). Aufgrund des unterschiedlichen Regelungsgehalts beider Normen bedeutet dies jedoch nicht, dass im Rahmen des § 28b IfSG-E ausschließlich die Sieben-Tage-Inzidenz entscheidend sei oder an einen abstrakten Inzidenzwert angeknüpft würde (c). Vorbehaltlich fachwissenschaftlicher Validierung oder Falsifizierung erscheint das Entscheidungsprogramm des Gesetzgebers unter Berücksichtigung gesetzgeberischer Einschätzungs- und Prognoseperspektiven plausibel (d).

#### *a) Regelung des § 28a IfSG*

Hinsichtlich der Intensität zu ergreifender Infektionsschutzmaßnahmen erklärt § 28a Abs. 3 Satz 2 und 4 IfSG primär die Zahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen für maßgeblich. Hieran knüpfen die drei Stufen umfassende (Satz 5; Inzidenz über 50), breit angelegte (Satz 6; Inzidenz über 35) und einfache (Satz 7; Inzidenz unter 35) Schutzmaßnahmen an.

---

<sup>20</sup> Begründung, S. 9.

Wie bereits die allgemeine Bezugnahme auf das Infektionsgeschehen in § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG und die Maßgeblichkeit „insbesondere“ der Inzidenzzahl (§ 28a Abs. 3 Satz 4 IfSG) zeigen, zeichnet § 28a IfSG keine ausschließliche Orientierung der Infektionsschutzmaßnahmen an Inzidenzzahlen vor; vielmehr ist, auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, das Infektionsgeschehen auch darüber hinaus zu berücksichtigen. Die Zielvorgabe des § 28a Abs. 3 Satz 1 1. HS IfSG, die Maßnahmen – neben dem Gesundheitsschutz – auch an „der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems auszurichten“, zeichnet ferner eine Berücksichtigung dieses Aspekts vor.

Die mit dem Fortgeltungsgesetz zum 1.4.2021 erfolgte Änderung des § 28a IfSG hat überdies die Perspektive auch im Wortlaut geweitet: Sie hält zu einer Berücksichtigung der Folgen von Virusmutationen an (siehe § 28a IfSG Satz 1 2. HS und Satz 8 a.E.) und benennt mit der Anzahl der geimpften Personen sowie der zeitabhängigen Reproduktionszahl weitere<sup>21</sup> Entscheidungsparameter (dem Wortlaut nach indes nur) für die Aufhebung oder Einschränkung der Schutzmaßnahmen (§ 28a Abs. 3 Satz 12 IfSG: „Bei der Prüfung der Aufhebung oder Einschränkung der Schutzmaßnahmen nach den Sätzen 9 bis 11 sind insbesondere auch die Anzahl der gegen COVID-19 geimpften Personen und die zeitabhängige Reproduktionszahl zu berücksichtigen“).

Schließlich hat auch die Rechtsprechung verschiedentlich die Notwendigkeit einer umfassenden Abbildung des Infektionsgeschehens anstatt des isolierten Abstellens auf die Sieben-Tage-Inzidenz herausgearbeitet.<sup>22</sup>

#### *b) Regelung des § 28b IfSG-E*

Die Pandemiebekämpfungsmaßnahmen des § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E und die Verordnungsbefugnisse des § 28b Abs. 6 IfSG-E greifen bei einer Überschreitung des Schwellenwerts einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100.

Hinsichtlich des Geltungsbeginns regelt § 28b Abs. 1 IfSG-E:

---

<sup>21</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 3.3.2021, BT-Drs. 19/27291, S. 63, verweist überdies auf die – im Änderungswortlaut nicht ersichtliche – Belastung des Gesundheitssystems.

<sup>22</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.11.2020, 13 MN 411/20, juris, Rn. 51; BeckRS 2021, 1863, Rn. 25. Vgl. auch OVG des Saarlandes, Beschl. v. 9.3.2021, 2 B 58/21, juris, Rn. 29 f.

Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die nach § 28a Absatz 3 Satz 13 durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen [...].

Hinsichtlich des Außerkrafttretens der Schutzmaßnahmen regelt § 28b Abs. 2 IfSG-E:

Unterschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt ab dem Tag nach dem Eintreten der Maßnahmen des Absatzes 1 an fünf aufeinander folgenden Werktagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so treten an dem übernächsten Tag die Maßnahmen des Absatzes 1 außer Kraft.

Auch die Untersagung des Präsenzunterrichts gemäß § 28b Abs. 3 Satz 2 ff. IfSG-E knüpft an einen inzidenzabhängigen Schwellenwert an:

Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 200, so ist ab dem übernächsten Tag für Schulen, Berufsschulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt. [...]. Für Einrichtungen nach § 33 Nummer 1 und 2 gelten Satz 2 und Satz 3 entsprechend. Für das Außerkrafttreten dieser Maßnahmen gilt Absatz 2 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 200 liegt.

*c) Umfassendes Entscheidungsprogramm (auch) bei § 28b IfSG-E*

Das Argument, § 28b IfSG-E orientiere sich im Vergleich zu § 28a IfSG zu einseitig an der Inzidenzzahl, verkennt den **unterschiedlichen Regelungsgehalt der beiden Normen**. § 28a IfSG gibt dem Ordnungsgeber auf, über Schutzmaßnahmen zu entscheiden, wohingegen § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E unmittelbar Schutzmaßnahmen anordnet. Das Entscheidungsprogramm, das § 28a IfSG dem Landesverordnungsgeber für die Entscheidung über Schutzmaßnahmen vorgibt, ist im Fall des § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E bereits im Gesetzgebungsverfahren abgearbeitet worden, an dessen Ende die Schutzmaßnahme steht und nicht wie bei § 28a IfSG-E der Handlungsauftrag, über Schutzmaßnahmen zu entscheiden.

Würdigt man vor diesem Hintergrund die Gesetzesbegründung, so zeigt sich ein entsprechend **weites, das Infektionsgeschehen umfassend in den Blick nehmendes Entscheidungsprogramm.**

Zunächst wird die **Maßgeblichkeit der kreisbezogenen Sieben-Tage-Inzidenz** der Neuinfektionen pro 100.000 Einwohnern **dem Grund nach** damit begründet, dass

die Zahl der Neuinfektionen den frühesten Indikator bei einem zunehmenden Infektionsgeschehen darstellt. Die daraus einige Wochen später resultierende Belastung des Gesundheitssystems und die Todesfälle lassen sich bereits aus der Zahl der Neuinfektionen unter Einbeziehung der Immunitätslage in der Bevölkerung und der Eigenschaften der vorherrschenden Virusvarianten abschätzen und folgen diesem Parameter erst mit erheblichem zeitlichen Verzug.<sup>23</sup>

Überdies stelle die Sieben-Tage-Inzidenz eine rechtssicher feststellbare, aktuelle und stabile Entscheidungsgrundlage dar:

Zum anderen sind die Sieben-Tage-Inzidenzen geeignet, weil sie auf der Grundlage tagesaktueller Meldungen der Gesundheitsämter vom Robert Koch-Institut ermittelt und tagesaktuell veröffentlicht werden, mithin für jeden einfach und nachvollziehbar zur Verfügung stehen. Die Sieben-Tage-Inzidenz der Neuinfektionen mittelt darüber hinaus typische wochentagsbezogene Schwankungen der Meldungen der Gesundheitsämter und andere tagesbezogene Häufungen, die keine Trendaussage bedeuten, aus.<sup>24</sup>

Schließlich spiegele sich in der Entwicklung der Sieben-Tage-Inzidenz der Impffortschritt und der R-Faktor.<sup>25</sup>

Hinsichtlich der **Festlegung des Schwellenwerts der Höhe nach**, damit die unmittelbar bundesparlamentsgesetzlich angeordneten Schutzmaßnahmen gemäß § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E greifen, erachtet die Gesetzesbegründung

---

<sup>23</sup> Begründung, S. 9.

<sup>24</sup> Begründung, S. 9.

<sup>25</sup> Begründung, S. 9.

die Sieben-Tagen-Inzidenz von 100 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner nicht nur deshalb [als] die angemessene Größenordnung, weil sie für einen Verdopplungszeitraum zwischen der Sieben-Tage-Inzidenz von 50 und 100 die Möglichkeit belässt, durch regional definiertes Handeln das Infektionsgeschehen einzudämmen.<sup>26</sup>

Vielmehr drohe bei einer Sieben-Tage-Inzidenz von über 100 – trotz des Impffortschritts bei den besonders vulnerablen Personengruppen und der damit einhergehenden Entlastung des Gesundheitssystems – eine Überlastung des Gesundheitswesens, da aufgrund der

Eigenschaften [der Virusvariante B.1.1.7] mehr Fälle jüngerer Patienten mit schweren Verläufen auf die Intensivstationen aufgenommen werden, die zudem eine deutlich längere durchschnittliche Verweildauer auf der Intensivstation aufweisen als hochbetagte Patienten. Hierdurch ist damit zu rechnen, dass die Belastung für die Intensivstationen durch das Auftreten der Varianten B.1.1.7, trotz Erfolgen bei der Impfung von besonders vulnerablen Bevölkerungsgruppen, insgesamt noch größer wird. Insofern ist auch weiterhin damit zu rechnen, dass bei Neuinfektionszahlen oberhalb einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner eine Überlastung des Gesundheitswesens, zum Beispiel durch die erneute Verschiebung planbarer Behandlungen anderer Krankheitsbilder, eintreten kann. Dies könnte den Anteil der vermeidbaren Todesfälle weiter erhöhen.<sup>27</sup>

Des Weiteren sei

die Eindämmung des Infektionsgeschehens durch Maßnahmen der Nachverfolgung von Kontaktpersonen [...] bei einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 vielfach endgültig nicht mehr möglich. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Dominanz der leichter übertragbaren Virusvariante B.1.1.7. Hierdurch vergrößert sich auch die Wahrscheinlichkeit, dass durch eine infizierte Person nun potentiell mehr weitere Menschen infiziert werden als in vergleichbaren Situationen durch die bisher vorherrschende Virusvariante und somit auch mehr Kontaktpersonen – als potentiell ansteckungsverdächtige Menschen – nachverfolgt werden müssten.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Begründung, S. 9.

<sup>27</sup> Begründung, S. 9 f.

<sup>28</sup> Begründung, S. 10.

Schließlich sei

zu berücksichtigen, dass eine Inzidenz von 100 bei einem zunehmenden Teil der Bevölkerung, der aufgrund der Impfung am epidemischen Geschehen weitgehend nicht mehr beteiligt ist, bezogen auf die Neuinfektionen unter der nicht geimpften Bevölkerung sogar eine höhere Ansteckungswahrscheinlichkeit bedeutet. Sind zum Beispiel 50% der Bevölkerung geimpft, bedeutet eine Inzidenz von 100 in der Gesamtbevölkerung in etwa eine Inzidenz 200 im nicht-geimpften Bevölkerungsbereich.<sup>29</sup>

Hinsichtlich **weiterer das Infektionsgeschehen prägender Aspekte** stellt die Gesetzesbegründung<sup>30</sup> darauf ab, dass

- sich im Vergleich zum Ursprungsvirus gefährlichere und infektiösere Virusvarianten verbreiteten;
- bundesweit ein dynamisches Infektionsgeschehen zu verzeichnen sei;
- ein diffuses Infektionsgeschehen vorliege, „sodass oft keine konkrete Infektionsquelle ermittelt werden kann und von einer anhaltenden Zirkulation in der Bevölkerung auszugehen ist“;
- ein deutlicher Anstieg der Zahl der Intensivpatienten mit COVID 19 zu verzeichnen sei, der mit einer erheblichen Belastung für das Gesundheitssystem einherginge (Umstellung auf Notbetrieb/weiteres Zurückfahren planbarer Eingriffe);
- nach wie vor die „Therapie schwerer Krankheitsverläufe [...] komplex [sei] und [sich] erst wenige Therapieansätze [...] in klinischen Studien als wirksam erwiesen“ haben;
- eine Zunahme des Positivanteils der Testungen zu verzeichnen sei (aktuell 11%);
- „während der in den kommenden Wochen intensiv laufenden Impfkampagne in Deutschland das Auftreten sogenannter escape-Virusvarianten zu vermeiden“ sei und
- es „nach dem Vorsorgeprinzip sinnvoll [sei], das Infektionsgeschehen entschieden zu begrenzen, weil die wissenschaftliche Datenlage zur Häufigkeit von mittel- und langfristigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen bei jüngeren Patienten keinen Grund zur Entwarnung bedeutet.“

---

<sup>29</sup> Begründung, S. 10.

<sup>30</sup> Begründung, S. 8 ff.

*d) Validität des Entscheidungsprogramms, Befristungserfordernis*

Die **Validität eines Abstellens auf die Sieben-Tage-Inzidenz** dem Grunde und der Höhe (100) nach **sowie auf die weiteren für relevant erachteten Aspekte des Infektionsgeschehens** lässt sich aus rechtswissenschaftlicher Perspektive nicht (abschließend) beurteilen. Unter Berücksichtigung der dem Gesetzgeber auch angesichts der tatsächlichen Unsicherheiten zukommenden Einschätzungs- und Prognoseprärogative erscheinen die in der Gesetzesbegründung insoweit angeführten Aspekte – vorbehaltlich einer fachwissenschaftlichen Validierung oder Falsifizierung – jedoch plausibel. Diese **Feststellung entbindet** überdies **nicht von einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit jeder Einzelmaßnahme**.

Nachdem die der Anordnung der Schutzmaßnahmen zugrunde liegende Bewertung des Infektionsgeschehens im Gesetzgebungsverfahren erfolgt ist, bleibt der Gesetzgeber zu einer kontinuierlichen Beobachtung der Lage und ggf. Aktualisierung der Regelung verpflichtet. Daher und im Interesse eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren empfiehlt sich eine **Befristung der Anordnungen des § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E** (dazu auch sogleich, III.6.).

**6. Befristungserfordernis**

Anders als die von den Landesregierungen zu erlassenden Verordnungen (siehe § 28a Abs. 5 IfSG) sind weder die unmittelbar gemäß § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E angeordneten Schutzmaßnahmen bei besonderem Infektionsgeschehen noch die auf der Grundlage des § 28b Abs. 6 IfSG-E zu erlassenden Verordnungen der Bundesregierung (dazu noch III.12.b) zeitlich befristet.

Indes vermag eine Befristung der Regelung Grundrechtsschutz durch Verfahren zu gewährleisten, wirkt dies doch einer überlangen Geltung der Maßnahmen entgegen, hält zu deren kontinuierlicher Überprüfung an und sichert deren Gleichlauf mit dem aktuellen Infektionsgeschehen oder Erkenntnissen hinsichtlich der Wirksamkeit von Schutzimpfungen.<sup>31</sup> Dies gilt gerade mit Blick auf das im Gesetzgebungsverfahren abgearbeitete Entscheidungsprogramm, das kontinuierlich zu beobachten und aktualisieren ist (siehe III.5.c und d). Eine Befristung empfiehlt sich daher. Im Interesse eines effektiven Infektionsschutzes ist eine (wiederum zu befristende) Verlängerung möglich.

---

<sup>31</sup> Für eine solches Erfordernis im IfSG-Kontext BayVGH, BeckRS 2020, 28521, Rn. 36; *H. Greve*, NVwZ 2020, S. 1786 (1791).

## 7. *Grundrechtliche Aspekte*

### a) *Grundsätzliches*

Angesichts der äußerst kurzfristig anberaumten Anhörung und der kurzen Stellungnahmefrist können die materiellen Regelungen des Gesetzentwurfs nicht im Detail gewürdigt werden.

Mit den angeordneten Schutzmaßnahmen gehen Grundrechtseingriffe von erheblicher Breite, Tiefe und auch Dauer einher. Mit dem Schutz von Leben und Gesundheit einschließlich der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) verfolgen die Pandemiebekämpfungsmaßnahmen freilich gewichtige Ziele. Kein Aspekt kann absoluten Schutz beanspruchen. Aufgabe des Parlaments ist es, in dem durch das Übermaß- und Untermaßverbot eröffneten Korridor effektiven Gesundheitsschutz bei Wahrung höchstmöglicher Freiheit sicherzustellen; hierbei können auch im Rahmen von Einschätzungsprärogativen politisch Prioritäten gesetzt werden.

### b) *Nächtliche Ausgangsbeschränkung*

Eine abschließende Beurteilung der Verfassungskonformität von Ausgangsbeschränkungen ist im Rahmen der kurzfristigen Stellungnahme nicht möglich. Auf folgende für die Entscheidung des Gesetzgebers relevante Punkte sei hingewiesen:

- Die Verhältnismäßigkeit nächtlicher Ausgangsbeschränkungen wird in der Judikatur unterschiedlich beurteilt. In Eilverfahren hat ein Teil der Obergerichtsbarkeit diese Maßnahme für verhältnismäßig erachtet,<sup>32</sup> ein anderer Teil diese beanstandet<sup>33</sup>. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat die Maßnahme in einem Eilverfahren bestätigt.<sup>34</sup>
- Entscheidend ist zunächst die Wirksamkeit dieser Maßnahme zur Eindämmung der Verbreitung des Virus. Dies wird kontrovers diskutiert und lässt sich aus rechtswissen-

---

<sup>32</sup> Siehe etwa BayVGh, NJW 2021, S. 178 (179 ff.); BeckRS 2021, 436, Rn. 37 ff.; BeckRS 2021, 5693, Rn. 21 ff.; OVG Magdeburg, BeckRS 2021, 6590, Rn. 8 f.; OVG Weimar, BeckRS 2021, 5303, Rn. 51 ff.; VGh Mannheim, BeckRS 2020, 36334, Rn. 32 ff.

<sup>33</sup> OVG Bautzen, BeckRS 2021, 3398, Rn. 40 ff.; OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 6292, Rn. 9 ff.; VGh Mannheim, KommJur 2021, S. 106 (109 ff.) – freilich bei landesweiter Geltung ohne regionale Differenzierung.

<sup>34</sup> BayVerfGH, COVuR 2021, S. 106 (107 ff.).

schaftlicher Perspektive nicht beurteilen. Die Gesetzesbegründung verweist auf „Erfahrungen aus anderen Staaten wie auch wissenschaftliche Studien“.<sup>35</sup> Bei einer Beurteilung der Eignung ist die Einschätzungs- und Prognoseprärogative des Gesetzgebers zu beachten.

- Mit Blick auf die Erforderlichkeit der nächtlichen Ausgangsbeschränkung und damit die Frage nach milderem Mitteln ist zu berücksichtigen, dass diese Maßnahme als Teil der „Notbremse“ im Kontext weiterer äußerst grundrechtsensibler Maßnahmen wie etwa der Schließung von Betrieben, Schulen oder Einrichtungen der Kindertagesbetreuung steht, womit kein prinzipieller Nachrang von nächtlichen Ausgangsbeschränkungen angenommen werden kann. Zu Recht weist die Gesetzesbegründung darauf hin, dass die Notbremse als Gesamtpaket zu sehen ist und der Verzicht auf einzelne zur Eindämmung des Infektionsgeschehens beitragender Maßnahmen eine unerwünschte Verlängerung der Maßnahmen insgesamt bedeuten kann: „Zugleich verfolgen die Maßnahmen das Ziel, ein möglichst kurzes, weil möglichst effektives Herunterfahren des öffentlichen Lebens und der zwischenmenschlichen Kontakte zu erreichen. Die Intensität der Maßnahmen trägt in diesem Konzept gerade zu ihrer Verhältnismäßigkeit bei, weil nicht das Ziel einer dauerhaften Modellierung des Geschehens, sondern einer möglichst zeitnahen Rückkehr zu Zuständen mit möglichst wenigen Einschränkungen verfolgt wird. Mitentscheidend hierfür ist auch die Gesamtsignalwirkung der Maßnahmen.“<sup>36</sup>

### *c) Gleichheitsrechtliche Relevanz von Differenzierungen*

Differenzierte Regelungen zur Öffnung bestimmter Bereiche in Abweichung der Grundregel, wie für den Handel gemäß § 28b Abs. 1 Nr. 4 IfSG-E, müssen dem allgemeinen Gleichheitssatz genügen, mithin sachlich gerechtfertigt sein.<sup>37</sup> Vermerkt sei etwa eine jüngere Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, der – freilich vor dem spezifischen Hintergrund der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung – eine Öffnung von Schuhgeschäften, da „für die tägliche Versorgung unverzichtbar“, verlangt hat.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Begründung, S. 12.

<sup>36</sup> Begründung, S. 11.

<sup>37</sup> Umfassend zu den Anforderungen *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 66 ff., insb. 84 ff.

<sup>38</sup> BayVGh, Beschl. v. 31.3.2021, 20 NE 21.540, juris.

## **8. Ausnahmen für Geimpfte**

Die Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung stellen Eingriffe in Freiheitsrechte dar, die einer Rechtfertigung bedürfen und namentlich verhältnismäßig sein müssen. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss „[d]er Eingriff [...] zur Erreichung eines legitimen Eingriffsziels geeignet sein und darf nicht weiter gehen, als es die Gemeinwohlbelange erfordern; ferner müssen Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen“.<sup>39</sup>

Rechtfertigt man Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung mit dem Ziel, eine Verbreitung des Virus, (schwere) Erkrankungen und eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern, kommt einer Immunisierung (durch Impfung), die eine (schwere) Erkrankung und Übertragung des Virus verhindert, Bedeutung für die Rechtfertigungsfähigkeit der Eingriffe zu. Sie lassen sich dann nämlich hinsichtlich immunisierter Personen nicht mehr mit diesen Zielen rechtfertigen. Dies setzt in tatsächlicher Hinsicht voraus, dass – was keine juristische Frage ist – eine entsprechende Wirkung der Impfung besteht. Verbleiben insoweit Ungewissheiten, muss über die Hinnahme des (Rest-)Risikos entschieden werden; maßgebliche Parameter sind namentlich das Ausmaß des verbleibenden Risikos und der Grad des Infektionsgeschehens. Überdies kommt eine Rechtfertigung, auch gegenüber immunisierten Personen Beschränkungen aufrechtzuerhalten, aus anderweitigen (verhältnismäßigen) Gründen in Betracht, etwa mit Blick auf Kontrollmöglichkeiten. Dies ist im Einzelfall, auch mit Blick auf die Eingriffsintensität der jeweiligen Maßnahme, zu entscheiden. Die Möglichkeit einer typisierenden Regelung nimmt mit zunehmender Zahl der Immunisierten ab.

Insoweit sich demnach generelle Beschränkungen als nicht rechtfertigungsfähig erweisen, sind entsprechende Ausnahmen vorzusehen. Dies liegt nicht im Ermessen des Ordnungsgebers, wie es in § 28b Abs. 6 IfSG-E anklingt (vgl. Satz 2: „Solche Rechtsverordnungen können insbesondere [...] besondere Regelungen für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist“, vorsehen). Überdies bedarf es Ausnahmeregelungen auch jenseits der Regelungen für Fälle einer Sieben-Tage-Inzidenz oberhalb des Schwellenwerts von 100. Es empfiehlt sich daher eine alle Konstellationen (Maßnahmen auf Landesebene gemäß §§ 28, 28a, 32 IfSG und auf Bundesebene gemäß § 28b Abs. 1 ff. und Abs. 6 IfSG-E) erfassende Gesamtregelung der Thematik.

---

<sup>39</sup> So nur BVerfGE 145, 20 (67).

Am Rande sei schließlich vermerkt, dass eine Immunisierung auch auf überindividueller Ebene für die Rechtfertigungsfähigkeit der Schutzmaßnahmen von Bedeutung ist.

### **9. Rechtsstaatliche Publizität der Über-/Unterschreitung des Schwellenwerts (Bekanntgabepflicht)**

Für die Geltung bzw. Aufhebung der Schutzmaßnahmen der §§ 28b Abs. 1 ff. IfSG-E stellt die Norm auf das Über-/Unterschreiten des Schwellenwertes innerhalb eines bestimmten Zeitraums ab, enthält aber keine Regelung zur förmlichen Bekanntgabe des Über-/Unterschreitens.

Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 28.7.2020 die Inbezugnahme der Veröffentlichung der Sieben-Tage-Inzidenz durch das Robert-Koch-Institut als Verstoß gegen das rechtsstaatliche Publizitäts- und Bestimmtheitsgebot qualifiziert hat.<sup>40</sup>

Daher bietet sich eine Regelung entsprechend der auf den erwähnten Beschluss reagierenden Normierung in § 3 der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung an. Diese sieht insoweit vor:

Soweit nach dieser Verordnung die Geltung von Regelungen in Landkreisen und kreisfreien Städten an die Voraussetzung geknüpft ist, dass im jeweiligen Landkreis oder in der kreisfreien Stadt die nach § 28a Abs. 3 Satz 12 IfSG bestimmte Zahl an Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (7-Tage-Inzidenz) oberhalb oder unterhalb bestimmter Werte liegt, gilt Folgendes:

1. Das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege bestimmt durch Bekanntmachung am 7. März 2021 für alle Landkreise und kreisfreien Städte die für sie ab dem 8. März 2021 maßgebliche Inzidenzeinstufung.
2. Wird ein Wert der 7-Tage-Inzidenz, an dessen Überschreiten oder Nicht-Überschreiten Regelungen dieser Verordnung unmittelbar geknüpft sind, an drei aufeinanderfolgenden Tagen überschritten oder – falls dies für die Einstufung maßgeblich ist – nicht mehr überschritten, hat die zuständige Kreisverwaltungsbehörde dies unverzüglich amtlich bekanntzumachen.

---

<sup>40</sup> BayVGH, Beschl. v. 28.7.2020, 20 NE 20.1609, juris, Rn. 41 ff.

3. Die für den neuen Inzidenzbereich maßgeblichen Regelungen gelten dann für den betreffenden Landkreis oder die kreisfreie Stadt ab dem zweiten Tag nach Eintritt der Voraussetzung nach Nr. 2, frühestens am Tag nach der amtlichen Bekanntmachung nach Nr. 2; in der Bekanntmachung nach Nr. 2 ist der erste Geltungstag anzugeben.

### ***10. Planungssicherheit und Stabilität im Bildungsbereich***

§ 28b Abs. 3 Satz 2 IfSG-E bestimmt aktuell hinsichtlich der Untersagung von Präsenzunterricht:

Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 200, so ist ab dem übernächsten Tag für Schulen, Berufsschulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt.

Es empfiehlt sich, diese Regelung zu modifizieren und zur Gewährleistung von **Planungssicherheit im Bildungsbereich** eine § 18 Abs. 1 Satz 4 und 5 der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung entsprechende Regelung zu erlassen, die Stabilität mit Blick auf die Folgeweche gewährleistet:

<sup>4</sup>Abweichend von § 3 bestimmt die zuständige Kreisverwaltungsbehörde durch amtliche Bekanntmachung jeweils am Freitag jeder Woche die für den betreffenden Landkreis oder die kreisfreie Stadt maßgebliche Inzidenzeinstufung nach dem jeweils aktuellen Stand der Veröffentlichung des Robert Koch-Instituts. <sup>5</sup>Die für den Inzidenzbereich maßgebliche Regelung gilt dann für den betreffenden Landkreis oder die kreisfreie Stadt jeweils für die Dauer der darauffolgenden Kalenderwoche von Montag bis zum Ablauf des folgenden Sonntags.

### ***11. Ausnahmen von der Maskenpflicht***

Einzelne Regelungen des § 28b Abs. 1 IfSG-E ordnen eine Maskenpflicht an, so Nr. 4 (lit. c), Nr. 8 und Nr. 9. Es stellt sich die Frage, ob Ausnahmen hiervon vorzusehen sind. So bestimmt etwa § 1 Abs. 2 der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung:

<sup>1</sup>Soweit in dieser Verordnung die Verpflichtung vorgesehen ist, eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen (Maskenpflicht) oder eine medizinische Gesichtsmaske zu tragen, gilt:

1. Kinder sind bis zum sechsten Geburtstag von der Tragepflicht befreit;
2. Personen, die glaubhaft machen können, dass ihnen das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung aufgrund einer Behinderung oder aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder unzumutbar ist, sind von der Trageverpflichtung befreit; die Glaubhaftmachung erfolgt bei gesundheitlichen Gründen insbesondere durch eine ärztliche Bescheinigung, die die fachlich-medizinische Beurteilung des Krankheitsbildes (Diagnose), den lateinischen Namen oder die Klassifizierung der Erkrankung nach ICD 10 sowie den Grund, warum sich hieraus eine Befreiung der Tragepflicht ergibt, enthält;
3. das Abnehmen der Mund-Nasen-Bedeckung ist zulässig, solange es zu Identifikationszwecken oder zur Kommunikation mit Menschen mit Hörbehinderung oder aus sonstigen zwingenden Gründen erforderlich ist.

<sup>2</sup>Soweit in dieser Verordnung die Verpflichtung vorgesehen ist, eine FFP2-Maske oder eine Maske mit mindestens gleichwertigem genormten Standard zu tragen (FFP2-Maskenpflicht), gilt Satz 1 entsprechend mit der Maßgabe, dass Kinder zwischen dem sechsten und dem 15. Geburtstag nur eine Mund-Nasen-Bedeckung tragen müssen.

## ***12. Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung***

§ 28b Abs. 6 IfSG-E sieht – ergänzend zu den unmittelbar gemäß § 28b Abs. 1 ff. IfSG-E geltenden Schutzmaßnahmen – eine Verordnungsermächtigung der Bundesregierung vor,

Gebote und Verbote nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und § 28a Absatz 1 zur Bekämpfung von Krankheiten, die durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursacht werden, zu erlassen. Solche Rechtsverordnungen können insbesondere weitergehende Vorschriften und Maßnahmen des Infektionsschutzes, Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen vorsehen sowie besondere Regelungen für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können.

Neben einer inhaltlichen Schärfung der grundsätzlich verfassungskonformen Verordnungsermächtigung (a) empfiehlt sich die Statuierung eines Begründungs- und Befristungserfordernisses (b). Ein Zustimmungserfordernis des Bundestags kann angeordnet werden (c).

*a) Verfassungskonformität und Präzisierungsbedarf der Verordnungsermächtigung*

Die Verordnungsermächtigung des § 28b Abs. 6 IfSG-E ermöglicht der Bundesregierung – analog zu den Verordnungsbefugnissen der Landesregierungen gemäß §§ 28, 28a, 32 IfSG – den Erlass von Ge- und Verboten, wie sie § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 und § 28a Abs. 1 IfSG vorsehen. Genauso wie die Verordnungsbefugnisse der Landesregierungen wahrt eine entsprechende Verordnungsbefugnis der Bundesregierung grundsätzlich die grundgesetzlichen Anforderungen an den Verordnungserlass (Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG; Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit; umfassend dazu III.14.). Folgender Präzisierungsbedarf besteht:

- Es empfiehlt sich, die die Verhältnismäßigkeit sichernden Kautelen des § 28a Abs. 2 und 6 IfSG in Bezug zu nehmen.
- Anders als die differenzierte Regelung des § 28b Abs. 1 IfSG-E stellt § 28b Abs. 6 Satz 1 IfSG-E ausschließlich auf eine Überschreitung des Schwellenwertes von 100 ab ohne weitere zeitliche und örtliche Konkretisierung. Eine Angleichung empfiehlt sich.
- Es empfiehlt sich eine Präzisierung der relativ offenen Abweichungsbefugnis<sup>41</sup> (Erleichterungen oder Ausnahmen).
- Siehe schließlich zur Frage der Immunisierung durch Impfschutz III.8.

*b) Grundrechtsschutz durch Verfahren: Begründungs- und Befristungserfordernis*

Eine Begründung staatlicher Entscheidungen erläutert, wie andernorts herausgearbeitet,<sup>42</sup> deren Inhalt sowie die für sie maßgeblichen Gründe und vermag so nicht nur deren Akzeptanz sowie

---

<sup>41</sup> Siehe zur grundsätzlichen Zulässigkeit und zu Grenzen von Verordnungsermächtigungen, die Abweichungen von (parlaments-)gesetzlichen Regelungen ermöglichen, meine Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestages zum Zweiten Bevölkerungsschutzgesetz (Ausschussdrucksache 19(14)160(31); abrufbar unter [https://www.bundestag.de/resource/blob/695488/05bdee056d1184319c993e30e313a2f9/19\\_14\\_0160-31-ESV-Prof-Dr-Wollenschlaeger\\_2-Bevoelk-schutzg--data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/695488/05bdee056d1184319c993e30e313a2f9/19_14_0160-31-ESV-Prof-Dr-Wollenschlaeger_2-Bevoelk-schutzg--data.pdf); 15.4.2021), S. 15 ff.

<sup>42</sup> Hierzu und zum Folgenden *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 584 f.; siehe zu den Funktionen der Begründung ferner *U. Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 39 ff., und im Kontext der Novelle Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 81; *H. Greve*, NVwZ 2020, S. 1786 (1790 f.); *H. M. Heinig/T. Kingreen/O. Lepsius/C. Möllers/U. Volkmann/H. Wißmann*, JZ 2020, S. 861 (871); ferner *A. Pautsch/V. M. Haug*, NJ 2020, S. 281 (285).

Legitimation zu befördern, sondern gleichzeitig eine Basis für deren (gerichtliche) Kontrolle zu schaffen. Indem das Begründungserfordernis die Exekutive zudem zu einer reflektierten und damit rationalen Entscheidungsfindung anhält sowie eine Selbstkontrolle verlangt, dient es zugleich der Herstellung einer den materiell-rechtlichen Vorgaben entsprechenden Entscheidung und damit dem Grundrechtsschutz durch Verfahren; zugleich hegt dies Entscheidungsspielräume der Verwaltung ein. Daher kann sich die Statuierung eines Begründungserfordernisses für Rechtsverordnungen, das für diese Handlungsform, anders als für Verwaltungsakte (siehe Art. 39 VwVfG) nicht generell vorgesehen ist (vgl. Art. 80 GG),<sup>43</sup> empfehlen. Bei der Bestimmung der Anforderungen ist freilich auch der Notwendigkeit einer raschen Entscheidungsfindung Rechnung zu tragen.

Spezifisch für die Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen bestimmt § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG: „Rechtsverordnungen, die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Absatz 1 und § 28a Absatz 1 erlassen werden, sind mit einer allgemeinen Begründung zu versehen [...]“. Erläuternd führt die Gesetzesbegründung aus:

Innerhalb der Begründung ist zu erläutern, in welcher Weise die Schutzmaßnahmen im Rahmen eines Gesamtkonzepts der Infektionsbekämpfung dienen. Eine empirische und umfassende Erläuterung ist nicht geschuldet. Die Begründung ist möglichst zeitnah nach Erlass der Rechtsverordnung zu veröffentlichen.<sup>44</sup>

Es empfiehlt sich, dieses Erfordernis auch für die Rechtsverordnungen gemäß § 28b Abs. 6 IfSG-E anzuordnen, ebenso wie im Übrigen ein Befristungserfordernis (dazu auch III.6.). Der Einfachheit halber kann § 28a Abs. 5 IfSG für anwendbar erklärt bzw. übernommen werden.

Positiv hervorzuheben ist, dass sich das Evaluationserfordernis des § 5 Abs. 9 IfSG auch auf Rechtsverordnungen gemäß § 28b Abs. 6 IfSG-E erstreckt.

### *c) Zustimmung des Bundestages*

§ 28b Abs. 6 Satz 2 und 3 IfSG-E sieht nicht nur ein Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates vor, sondern auch des Bundestages. Eine Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an

---

<sup>43</sup> Siehe allgemein dazu und zum Verfahren des Verordnungserlasses *F. Ossenbühl*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 29 ff.

<sup>44</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 81. Siehe ferner *H. Greve*, NVwZ 2020, S. 1786 (1791).

die Exekutive schließt nicht aus, dass sich der Deutsche Bundestag eine Beteiligung an der exekutiven Rechtsetzung sichert. Diese kann neben Unterrichtungspflichten und Aufhebungs- sowie Änderungsvorbehalten auch ein Zustimmungsrecht umfassen.<sup>45</sup> Im Grundgesetz ist diese Möglichkeit nicht explizit vorgesehen; sie hat indes sowohl in der Staatspraxis als auch in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>46</sup> als auch in weiten Teil des Schrifttums<sup>47</sup> Anerkennung gefunden. Im aktuellen Pandemie-Kontext erfolgt eine derartige Parlamentsbeteiligung vielfach und in unterschiedlicher Ausgestaltung auf Landesebene im Kontext des Verordnungserlasses gemäß §§ 28, 28a, 32 IfSG. Auf diese Weise können qua parlamentarischer Beteiligung die demokratische Legitimation der exekutiven Rechtsetzung und deren inhaltliche Beeinflussung und Kontrolle durch den Bundestag erhöht und (weite) exekutive Regelungsspielräume eingeehrt werden, ohne dass damit freilich Bestimmtheitsdefizite (mit verfassungsrechtlicher Relevanz) kompensiert werden könnten<sup>48</sup>.

Im Blick zu behalten ist, dass eine Parlamentsbeteiligung mit dem Flexibilisierungs- und Beschleunigungsziel einer Delegation konkurrieren kann. Vor diesem Hintergrund ist die Zustimmungsfiktion gemäß § 28b Satz 3 IfSG-E zu begrüßen. Alternativ (und weiter beschleunigend) könnte eine Eilkompetenz zugunsten des Ordnungsgebers mit nachträglichem Bestätigungs-/Aufhebungsvorbehalt vorgesehen werden.<sup>49</sup>

### **13. Evaluation**

Positiv hervorzuheben ist, dass sich das Evaluationserfordernis des § 5 Abs. 9 IfSG auch auf die Regelung des § 28b IfSG-E erstreckt.

---

<sup>45</sup> Siehe im Überblick *H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 28; *W. Schwanengel*, Einwirkungen der Landesparlamente auf die Normsetzung der Exekutive, 2002, S. 38 ff.; *A. Uhle*, in: BeckOK-GG, Art. 80, Rn. 54.

<sup>46</sup> Siehe zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Zustimmungsvorbehalten BVerfGE 8, 274 (321), mit Anforderung eines legitimen Interesses; ferner BayVerfGHE 37, 59 (68 f.); Entscheidung vom 17.7.2018, Vf. 28-IX-18, juris, Rn. 100.

<sup>47</sup> Zu deren (umstrittener) verfassungsrechtlicher Zulässigkeit im Überblick nur *H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 30 f.; *W. Schwanengel*, Einwirkungen der Landesparlamente auf die Normsetzung der Exekutive, 2002, S. 60 ff.; *A. Schwerdtfeger*, Krisengesetzgebung, 2018, 309 ff.; *A. Uhle*, in: BeckOK-GG, Art. 80, Rn. 55 ff.

<sup>48</sup> Siehe insoweit BVerfGE 8, 274 (323); BayVerfGH, Entscheidung vom 17.7.2018, Vf. 28-IX-18, juris, Rn. 101 f. Ebenso bereits BayVerfGHE 7, 113 (121 f.); E 37, 59 (69); *W. Brechmann*, in: T. Meder/ders. (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, 6. Aufl. 2020, Art. 55, Rn. 18; *W. Schwanengel*, Einwirkungen der Landesparlamente auf die Normsetzung der Exekutive, 2002, S. 98 ff. m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

<sup>49</sup> Vgl. zu einer Eilkompetenz im Zuleitungskontext etwa § 3 Abs. 1 Satz 3 f. des baden-württembergischen Gesetzes über den Erlass infektionsschützender Maßnahmen. Siehe auch *A. Klafki*, NVwZ 2020, S. 1718 (1721).

#### **14. Exkurs: Verfassungskonformität der Verordnungsbefugnis der §§ 28, 28a, 32 IfSG**

Nachdem im vorliegenden Kontext verschiedentlich relevant, sei als Exkurs festgehalten, dass die zentrale, mit dem Dritten Bevölkerungsschutzgesetz geschaffene Befugnis zum Erlass von Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung im Verordnungswege (§§ 28, 28a, 32 IfSG) den Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive genügt. Nach einer Entfaltung des verfassungsrechtlichen Rahmens (a) sei die Verordnungsermächtigung namentlich mit Blick auf die Direktiven des Parlamentsgesetzgebers analysiert sowie gewürdigt (b).

##### *a) Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung*

Die mit der Einfügung des § 28a IfSG erfolgte Präzisierung der exekutiven Handlungsermächtigung stellt einen wesentlichen Fortschritt im Vergleich zur früheren Rechtslage dar, gerade auch gemessen am Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit und an den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG).

Mit Blick auf die Intensität der Grundrechtsbetroffenheit, ein zentraler Aspekt für das erforderliche Maß an Bestimmtheit der Ermächtigung,<sup>50</sup> ist festzuhalten, dass § 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG auch zu Grundrechtseingriffen von erheblicher Tiefe (etwa Ausgangssperren; Kumulationsmöglichkeit bis hin zum Lockdown gemäß § 28a Abs. 6 Satz 1 IfSG) und Breite ermächtigt, können sie doch die ganze Bevölkerung erfassen. Auch die Gesetzesbegründung betont, dass die „erforderlichen Schutzmaßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bis hin zu einem vollständigen Herunterfahren des öffentlichen Lebens und zu weitreichenden Einschränkungen des Privatlebens angeordnet werden können.“<sup>51</sup>

Gegenläufig ist indes wiederum zu berücksichtigen, dass die Reichweite der Regelungsbefugnisse und damit auch die Intensität der Betroffenheit zwei Umstände mindern. Erstens gelten die Verordnungsbefugnisse nur für eine spezifische, sachlich und zeitlich in zweifacher Hinsicht begrenzte Situation: zum einen setzt § 28a Abs. 1 IfSG die Feststellung einer nunmehr parlamentsgesetzlich explizit definierten epidemischen Lage von nationaler Tragweite voraus; zum anderen handelt es sich nicht um eine generelle Regelung für derartige Lagen, sondern um

---

<sup>50</sup> Zur Bedeutung dieses Aspekts *U. Volkmann*, NJW 2020, S. 3153 (3158).

<sup>51</sup> BT-Drs. 19/23944, S. 35. Siehe auch BayVGh, Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 27.

eine auf die Bekämpfung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) beschränkte.<sup>52</sup> Zweitens liegt die Feststellung (und Aufhebung) der epidemischen Lage von nationaler Tragweite in den Händen des Bundestags und ist kontinuierlich zu erneuern. Hinzu kommt, dass ein vielgestaltiger, komplexer Lebenssachverhalt zu bewältigen ist, bei dem angesichts der Dynamik namentlich des Infektionsgeschehens rasche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse absehbar sind, was die Bestimmtheitsanforderungen reduziert.<sup>53</sup> Spielraum erfordert auch die Erstellung eines grundrechtskonformen Schutzkonzepts<sup>54</sup>, da eine kohärente Gesamtentscheidung zu treffen ist.<sup>55</sup>

#### *b) Analyse und Bewertung des § 28a IfSG*

Eine Analyse des § 28a IfSG im Lichte der verfassungsrechtlichen Anforderungen, namentlich des Selbstentscheidungsvorbehalts, der Programmfestsetzungspflicht und des Vorhersehbarkeitsgebots, ergibt zunächst, dass mit dem Anliegen, eine „Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“ zu verhindern (§ 28a Abs. 1 IfSG), ein spezifisches Ziel vorgegeben ist. Ansatzpunkt ist, wie sich aus den Maßnahmen und der Gesetzesbegründung ergibt, eine Eindämmung der Pandemie durch eine Unterbindung der dynamischen Verbreitung des Virus: „Die Maßnahmen nach Absatz 1 finden ihre Rechtfertigung in dem sehr dynamischen Infektionsgeschehen dieser Pandemie mit einem äußerst infektiösen Virus, das insbesondere über Aerosole verbreitet wird.“<sup>56</sup> § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG verdeutlicht überdies, dass Maßnahmen nicht nur dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems dienen, sondern dem Ziel, Leben und Gesundheit zu schützen; Eingriffsmöglichkeiten bestehen damit nicht erst, wenn eine

---

<sup>52</sup> Siehe auch BayVGh, Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 27.

<sup>53</sup> Siehe auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2020, OVG 11 S 101/20, juris, Rn. 31: „Gerade die Verhältnismäßigkeit der zur Eindämmung der gegenwärtigen Pandemie getroffenen Maßnahmen hängt vom jeweiligen, sich teilweise schnell ändernden Stand des Infektionsgeschehens ab und erfordert Instrumentarien, die eine schnelle und zielgenaue Intervention ermöglichen. Diesbezüglich könnte sich eine Regelung im Verordnungswege gegenüber einem vergleichsweise schwerfälligen, längere Zeit in Anspruch nehmenden Gesetzgebungsverfahren als effektiveres Instrumentarium anbieten“; OVG Münster, Beschl. v. 18.8.2020, 13 B 847/20.NE, juris, Rn. 83: „Angesichts der Dynamik des Infektionsgeschehens, das sich zudem je nach Örtlichkeit wesentlich unterscheiden kann, sind dem Bundesgesetzgeber vorausschauend alle Konstellationen erfassende gesetzliche Regelungen aber kaum möglich“; BeckRS 2020, 36417, Rn. 24; ferner OVG Weimar, Beschl. v. 3.7.2020, 3 EN 391/20, juris, Rn. 39 f.; L. Brocker, NVwZ 2020, S. 1485 (1486); H. Greve, NVwZ 2020, 1786 (1788); M. Martini/B. Thiessen/J. Ganter, NJOZ 2020, S. 929 (930). Kritisch unter Verweis auf eine rasche Reaktionsmöglichkeit auch des Parlaments V. Boehme-Neßler, DÖV 2021, S. 243 (244). Differenziert A. Guckelberger, DVBl. 2020, S. 1441 (1443).

<sup>54</sup> Zu dieser Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 81 und 82.

<sup>55</sup> Zum Kohärenzgebot BVerfGE 145, 20 (71; vgl. auch 67 f., 75 ff.); ferner E 107, 186 (197); E 115, 276 (309 ff.); (K), NVwZ-RR 2008, S. 1 (3); E 123, 317 (362 f.); (K), NVwZ 2011, S. 355 (357); E 141, 82 (115).

<sup>56</sup> BT-Drs. 19/23944, S. 34.

Destabilisierung des Gesundheitssystems eingetreten ist oder droht, mag dieser Aspekt auch für die Beurteilung des Infektionsgeschehens im Rahmen der Instrumentenauswahl eine Rolle spielen.<sup>57</sup>

Hinsichtlich der Rechtsfolgen bricht die Regelung die abstrakte Ermächtigung der Generalklausel zu „notwendigen Schutzmaßnahmen“ (§ 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG) in siebzehn Regelbeispiele herunter (§ 28a Abs. 1 IfSG), wobei die Gesetzesbegründung deren Beitrag zur Zielerreichung einschließlich daraus folgender Entscheidungskriterien und inhaltlicher Konturierung näher erläutert.<sup>58</sup> Dies gilt etwa für Beschränkungen und Auflagen für Betriebe, Gewerbe, Einzel- und Großhandel gemäß § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG, für die Entscheidungsparameter (Kunden- oder Besucherverkehr; enger körperlicher Kontakt; Dauer des Kontakts) und der Inhalt möglicher Maßnahmen (Mindestabstände, Beschränkung der Kundenzahl abhängig von Verkaufsfläche, Verbot) konkretisiert werden<sup>59</sup>; Selbiges gilt für die alkoholbezogenen Verbote<sup>60</sup>, die Beschränkungen und Verbote in der Gastronomie<sup>61</sup> oder die Hygienekonzepte<sup>62</sup>.

Vor dem Hintergrund des – überdies in gegenständlicher („soweit“) und zeitlicher („solange“) Hinsicht konkretisierten – Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 28 Abs. 1 Satz 1 1. HS, § 28a Abs. 6 Satz 1 IfSG) ergibt sich in Konkretisierung der angesprochenen Dynamik eine allgemeine Eingriffsschwelle, nämlich dass eine effektive Bekämpfung des Virus nicht durch Maßnahmen der Gefahrenabwehr, mithin durch Maßnahmen in Bezug auf Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider möglich sein darf, etwa durch eine Absonderung der Betroffenen (§ 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG); dies setzt u.a. eine funktionsfähige Kontaktverfolgung (§ 25 IfSG) voraus.<sup>63</sup> Solange dies der Fall ist, scheiden einschneidende Maßnahmen

---

<sup>57</sup> Eine klare Zielvorgabe fordernd *U. Volkmann*, NJW 2020, 3153 (3160).

<sup>58</sup> BT-Drs. 19/23944, S. 31 ff.

<sup>59</sup> BT-Drs. 19/23944, S. 33.

<sup>60</sup> BT-Drs. 19/23944, S. 34.

<sup>61</sup> BT-Drs. 19/23944, S. 34.

<sup>62</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 79.

<sup>63</sup> Vgl. auch den von *A. Kießling* erarbeiteten Gesetzentwurf zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 4.11.2020 (abrufbar unter [https://www.oer.ruhr-uni-bochum.de/oer/mam/content/gesetzentwurf\\_zur\\_%C3%84nderung\\_des\\_ifsg\\_kie%C3%9Fling.pdf](https://www.oer.ruhr-uni-bochum.de/oer/mam/content/gesetzentwurf_zur_%C3%84nderung_des_ifsg_kie%C3%9Fling.pdf); 16.4.2021; im Folgenden: Kießling-E), § 31a Abs. 1 Satz 2 Kießling-E, dazu Begründung, S. 9: „Abs. 1 bestimmt zunächst die qualifizierte Gefahrenlage (Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite durch den Bundestag) und legt das Ziel dieser Maßnahmen fest. Da der Ansatz, der dem Gefahrenabwehrrecht im engeren Sinne folgt – d.h. Nachverfolgung der Infektionsketten gem. § 25 und Isolierung der Infizierten, Kranken, Krankheits- und Ansteckungsverdächtigen nach § 30 –, grundsätzlich Vorrang haben muss vor der Inanspruchnahme der Bevölkerung, muss Ziel der Maßnahmen nach den §§ 31a ff. sein, den zuständigen Behörden die Kontaktnachverfolgung und die Isolierung konkreter Infektionsherde zu ermöglichen. Auf diese Weise koppelt man den Einsatz des

gegenüber der Allgemeinheit mangels Erforderlichkeit aus, wobei es nicht primär auf die Funktionsfähigkeit der Kontaktverfolgung und die Möglichkeit, Absonderungsmaßnahmen einzuleiten, ankommt, sondern auf die dadurch ermöglichte effektive Eindämmung der Pandemie. Vergleichbares gilt mit Blick auf eine durch zunehmenden Impffortschritt erreichte Immunisierung.<sup>64</sup> Indem zahlreiche Ziffern Untersagungs- und Beschränkungsbefugnisse alternativ nebeneinanderstellen (Nr. 5–8, 10–16), gibt der Gesetzgeber im Zusammenspiel mit dem Erforderlichkeitsgebot als Aspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein Stufenverhältnis vor; demnach darf der Verordnungsgeber etwa Übernachtungsangebote nicht untersagen, wenn auch eine Beschränkung zur Zielerreichung genügt. Dies gilt auch für die Alternativität von Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen (Nr. 3) oder für das Alkoholverbot (Nr. 9). Darüber hinaus enthält die Regelung in § 28a Abs. 2 IfSG eingriffslimitierende Kautelen für besonders grundrechtssensible Maßnahmen wie die Untersagung von Versammlungen und religiösen Zusammenkünften oder Betretungs- und Besuchsverbote in Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens,<sup>65</sup> ebenso in § 28a Abs. 4 IfSG für die Kontaktdatenerhebung; weitere limitierende und entscheidungsleitende Aspekte liefert die Gesetzesbegründung<sup>66</sup>. Generell hält § 28a Abs. 6 Satz 2 IfSG die Exekutive an, „soziale, gesellschaftliche und wirtschaftliche Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit einzubeziehen und zu berücksichtigen, soweit dies mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vereinbar ist.“ Bei entsprechender Rechtfertigung auch mit Blick auf das Infektionsgeschehen können überdies Ausnahmen für „[e]inzelne soziale, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bereiche, die für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind“, vorgesehen werden (§ 28a Abs. 6 Satz 3 IfSG).<sup>67</sup>

---

flächendeckenden Ansatzes an die Wirkung des punktuellen Ansatzes in der Praxis: Solange die Gesundheitsämter in der Lage sind, die Infektionsketten nachzuvollziehen und einzelne Infizierte zu isolieren, ist ein flächendeckendes Vorgehen nicht erforderlich.“

<sup>64</sup> Vgl. auch Kießling-E, Begründung, S. 8.

<sup>65</sup> Siehe für eine Konkretisierung Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 80; ferner BT-Drs. 19/23944, S. 33; *H. Greve*, NVwZ 2020, S. 1786 (1789 f.). Siehe zu Grenzen von pandemiebedingten Versammlungsbeschränkungen BVerfG (K), NJW 2020, S. 1426 (1427); NVwZ 2020, S. 711 (712 f.).

<sup>66</sup> Siehe BT-Drs. 19/23944, S. 32 f.; ferner – für die Kunstfreiheit – Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 80.

<sup>67</sup> Siehe zu einem insoweit bestehenden Gesetzesvorbehalt VGH Mannheim, BeckRS 2020, 29929, Rn. 25.

§ 28a Abs. 3 Satz 2 und 4 IfSG erklären das Infektionsgeschehen, namentlich die Sieben-Tage-Inzidenz, zum maßgeblichen Entscheidungsparameter.<sup>68</sup> Hieran knüpft eine Hierarchie der Schutzmaßnahmen mit den drei Kategorien umfassende (Satz 5), breit angelegte (Satz 6) und einfache (Satz 7) Schutzmaßnahmen an, für die jeweils ein Ziel festgelegt wird<sup>69</sup>. Diese Stufen sind an rechtssicher feststellbare Schwellen, nämlich die Zahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner (ab 50, ab 35, unter 35) innerhalb von sieben Tagen geknüpft, wobei Flexibilität unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts (Satz 11) besteht<sup>70</sup>. Die mit dem Fortgeltungsgesetz erfolgte Änderung des § 28a IfSG hält überdies zu einer Berücksichtigung der Folgen von Virusmutationen an (siehe § 28a IfSG Satz 1 2. HS und Satz 8 a.E.) und benennt mit der Anzahl der geimpften Personen sowie der zeitabhängigen Reproduktionszahl weitere<sup>71</sup> Entscheidungsparameter für die Aufhebung oder Einschränkung der Schutzmaßnahmen. Hinsichtlich des örtlichen Anwendungsbereichs normiert § 28a Abs. 2 Satz 2 IfSG den Grundsatz der regionalen Differenzierung,<sup>72</sup> wobei bei hoher bundes- bzw. landesweiter Inzidenz Bundes- bzw. Landeseinheitlichkeit anzustreben ist (§ 28a Abs. 2 Satz 9 und 10 IfSG).

---

<sup>68</sup> Zur Notwendigkeit einer umfassenden Abbildung des Infektionsgeschehens anstatt des isolierten Abstellens auf die Sieben-Tage-Inzidenz OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.11.2020, 13 MN 411/20, juris, Rn. 51; BeckRS 2021, 1863, Rn. 25. Vgl. auch OVG des Saarlandes, Beschl. v. 9.3.2021, 2 B 58/21, juris, Rn. 29.

<sup>69</sup> Umfassende Schutzmaßnahmen lassen „eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten“, breit angelegte „eine schnelle Abschwächung des Infektionsgeschehens“ und einfache unterstützen „die Kontrolle des Infektionsgeschehens“. Weiter konkretisierend ist in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/23944, S. 34) die Rede von „schwerwiegende[n] Einschränkungen des öffentlichen Lebens“, „starke[n] Einschränkungen“ bei Möglichkeit eines Offenhaltens „bestimmte[r] Bereiche des öffentlichen Lebens [...], insbesondere bei Vorliegen von Schutz- und Hygienekonzepten“ und des Wegfalls „weitere[r] Einschränkungen [...], so dass eine größere ökonomische und soziale Entfaltung und Normalisierung des öffentlichen Lebens möglich wird“. Siehe zum Begriff der Schutzmaßnahmen, „die die Kontrolle des Infektionsgeschehens unterstützen“ (§ 28a Abs. 3 Satz 7 IfSG bei unter 35), OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 1863, Rn. 15: „Einschränkungen [...], die deutlich unter der Eingriffstiefe flächendeckender Betriebsverbote und -beschränkungen liegen.“

<sup>70</sup> Restriktiv hierzu OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 1863, Rn. 15: „[Aufrechterhaltung] flächendeckender Betriebsverbote und -beschränkungen [...] auch nicht durch § 28a Abs. 3 Satz 11 IfSG gerechtfertigt, solange die Nachverfolgbarkeit gewährleistet und damit eine unkontrollierte Verbreitung von COVID-19 nicht zu befürchten ist.“

<sup>71</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 3.3.2021, BT-Drs. 19/27291, S. 63, verweist überdies auf die – im Änderungswortlaut nicht ersichtliche – Belastung des Gesundheitssystems.

<sup>72</sup> Siehe auch BT-Drs. 19/23944, S. 34 f. Eine regionale Differenzierung anmahnd OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 1863, Rn. 10: Hohe Inzidenz „rechtfertigt es aber nicht ohne Weiteres, für alle Personen in einem solchen Gebiet eine einheitliche Gefahrenlage anzunehmen und diesen gegenüber unterschiedslos generalisierende infektionsschutzrechtliche Maßnahmen zu treffen. Vielmehr können vorhandene oder zumutbar zu ermittelnde tatsächliche Erkenntnisse zum Infektionsgeschehen in dem betroffenen Gebiet zu einer differenzierten Betrachtung und zu unterschiedlichen infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen zwingen, etwa bei zu lokalisierenden und klar eingrenzbaeren Infektionsvorkommen“ (siehe auch Rn. 25). Siehe freilich auch BayVGH, Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 25: Mit Abstimmungs- und Einheitlichkeitsgebot „will der Gesetzgeber bei einem Infektionsgeschehen von bundes- bzw. landesweit über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen eine Infektionsbekämpfung nach einer bundes- bzw. landesweit möglichst einheitlichen Strategie erreichen, um mögliche infektiologische Wechselwirkungen und Verstärkungen zwischen einzelnen Regionen auszuschließen und die Akzeptanz der erforderlichen schwerwiegenden Maßnahmen in der Bevölkerung zu erhöhen (vgl. BT-Drs. 19/23944 S. 35).“

Ferner bekräftigt der Gesetzgeber, dass infolge der Kumulationsmöglichkeit (§ 28a Abs. 6 Satz 1 IfSG) umfassende Beschränkungen des öffentlichen und privaten Lebens möglich sind, und übernimmt hierfür, wie vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 5.11.2020 gefordert,<sup>73</sup> die politische Verantwortung: „Absatz 6 Satz 1 verdeutlicht, dass alle nach dem Infektionsschutzgesetz und anderen einschlägigen Gesetzen zur Bekämpfung einer Krankheit, hier der SARS-Cov-2-Pandemie, erforderlichen Schutzmaßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bis hin zu einem vollständigen Herunterfahren des öffentlichen Lebens und zu weitreichenden Einschränkungen des Privatlebens angeordnet werden können. Damit wird klargestellt, dass nicht nur einzelne, begrenzte Maßnahmen, sondern auch weitreichende und langandauernde Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom Willen des Gesetzgebers getragen sind.“<sup>74</sup>

Mit dem – im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens eingeführten – Begründungs- und Befristungserfordernis (§ 28a Abs. 5 IfSG) setzt die Novelle schließlich auf Grundrechtsschutz durch Verfahren.<sup>75</sup>

Vor diesem Hintergrund wahrt die Verordnungsermächtigung der die §§ 28, 28a und 32 IfSG die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Delegation. Auch die Landesverfassungs- und Oberverwaltungsgerichtsbarkeit hat zumindest in Eilverfahren die Verfassungskonformität

---

<sup>73</sup> BayVGH, Beschl. vom 5.11.2020, 20 NE 20.2468, Rn. 13; ferner BeckRS 2020, 28521, Rn. 34; Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 27.

<sup>74</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 82. Ebenso bereits BT-Drs. 19/23944, S. 35.

<sup>75</sup> Näher Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 81

des § 28a IfSG bestätigt,<sup>76</sup> eine Einschätzung, die sich auch in weiten Teilen des Schrifttums findet<sup>77</sup>.

Trotz der mit § 28a IfSG erfolgten Schärfung der Ermächtigungsgrundlage für Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie – schon durch den ursprünglichen Entwurf des Dritten Bevölkerungsschutzgesetzes, sodann auch im Zuge der Beratungen<sup>78</sup> sowie, in begrenztem Umfang, durch das Fortgeltungsgesetz – verbleiben relativ weite Spielräume. Diese betreffen vor allem die Instrumentenwahl, mithin die Entscheidung, welche Maßnahmen aus dem (nicht abschließenden) Katalog mit welchem spezifischen Inhalt in welcher Kombination im Rahmen des flexibilisierten und nur grob steuernden stufenbezogenen Schutzkonzepts zu ergreifen sind.

Gleichwohl ist kein strikt einzelmaßnahmenbezogener Ansatz geboten, da sich die Pandemiebekämpfung von der Abwehr punktueller Gefahren im Polizei- und Sicherheitsrecht durch Standardmaßnahmen unterscheidet.<sup>79</sup> Es sind nämlich einzelne Maßnahmen im Rahmen eines übergreifenden Schutzkonzepts zu kombinieren, sind diese doch im Zusammenhang zu sehen,

---

<sup>76</sup> Siehe etwa BayVerfGH, BeckRS 2020, 35808, Rn. 13; BeckRS 2020, Entscheidung vom 29.1.2021, Vf. 96-VII-20, Rn. 27 ff.; Entscheidung vom 22.3.2021, Vf. 23-VII-21, Rn. 18 (bei reduziertem Prüfungsmaßstab auf Offensichtlichkeit); BayVGh, NJW 2021, 178 (179); COVuR 2021, S. 46 (47 ff.); Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 19 f.; HessVGh, BeckRS 2020, 37107, Rn. 18 ff.; OVG Bautzen, BeckRS 2020, 32146, Rn. 14; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 8.1.2021, OVG 1 S 156/20 – Pressemitteilung; OVG Bremen, BeckRS 2020, 37740, Rn. 30; OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 36338, Rn. 6; BeckRS 2020, 35567, Rn. 15 ff.; BeckRS 2021, 1863, Rn. 6; OVG Magdeburg, BeckRS 2020, 37571, Rn. 12 ff.; OVG Münster, BeckRS 2020, 36417, Rn. 11 ff.; OVG Weimar, BeckRS 2020, 34542, Rn. 22; VGh Mannheim, BeckRS 2020, 36336, Rn. 21 ff.; BeckRS 2020, 36334, Rn. 23 ff. Etwas zurückhaltender VGh Mannheim, BeckRS 2020, 36332, Rn. 24: „Die Vorschrift des § 28a IfSG mag daher im Grundsatz geeignet sein, eine tragfähige Rechtsgrundlage für eine Schließung von Betrieben darzustellen [...]. Ob die Norm in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, wird jedoch in einem Hauptsacheverfahren zu klären sein.“ Reserviert auch OVG des Saarlandes, Beschl. v. 9.3.2021, 2 B 58/21, juris, Rn. 16. Offen gelassen für Datenschutzfragen OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2021, 2, Rn. 18. Zweifelnd VG Hamburg, BeckRS 2020, 34044, Rn. 10.

<sup>77</sup> *H. Greve*, NVwZ 2020, S. 1786 (1792); *A. Klafki*, NVwZ 2020, S. 1718 (1719, 1722); *A. Leisner-Egensperger*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortgeltung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite (abrufbar unter [https://www.bundestag.de/resource/blob/823104/6bea0e81b5b411f21c3c45bfd7c7caea/19\\_14\\_0288-9-\\_ESV-Prof-Dr-Anna-Leisner-Egensperger\\_EpiLage-Fortgeltungsgesetz-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/823104/6bea0e81b5b411f21c3c45bfd7c7caea/19_14_0288-9-_ESV-Prof-Dr-Anna-Leisner-Egensperger_EpiLage-Fortgeltungsgesetz-data.pdf); 13.4.2021), S. 32 ff. (mit geringfügigen Modifikationsempfehlungen); *M. Ludwigs*, DVBl. 2021, S. 353 (359 f.); ferner *H. Dreier*, DÖV 2021, S. 229 (234, 241 f.). Kritisch zur Steuerungskraft ohne verfassungsrechtliche Bewertung *A. Sangs*, NVwZ 2020, S. 1780 (1783 ff.). *A.A. V. Boehme-Neßler*, DÖV 2021, S. 243 (245 ff.); *H. Eibenstein*, COVuR 2020, S. 856 (856 ff.); *S. Kluckert*, DVBl. 2021, S. 96 (101 f.).

<sup>78</sup> In Stichworten seien erwähnt (Nachweise jeweils auf die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334): Nachschärfung des Maßnahmenkatalogs (§ 28a Abs. 1 IfSG; S. 79 f.), explizite Zieldefinition (§ 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG; S. 81), Einführung eines Begründungs- und Befristungserfordernisses (§ 28a Abs. 5 IfSG; S. 81 f.), Nachschärfung der Kautelen für besonders eingriffsintensive Maßnahmen (§ 28a Abs. 2 und 4 IfSG; S. 80 f.), Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 28a Abs. 6 IfSG; S. 82), Bekräftigung der Notwendigkeit eines Gesamtkonzepts (S. 81 und 82).

<sup>79</sup> So aber *U. Volkmann*, NJW 2020, 3153 (3157). Ablehnend auch *H. Greve*, NVwZ 2020, 1786 (1788 f.), unter Verweis vor allem auf Flexibilitätserfordernisse und eine für eine Typisierung noch nicht hinreichend gefestigte Lage.

was einer Einzelsteuerung entgegensteht. Priorisiert man etwa einzelne Bereiche – wie Schulen oder Einrichtungen der Kindertagesbetreuung –, kann dies strengere Standards in anderen Bereichen verlangen, was nur im Rahmen einer relativen Gesamtbetrachtung erfolgen kann; Selbiges gilt für Experimentierklauseln. So betont auch die Gesetzesbegründung, dass mit den Ausnahmeregelungen „dem Erfordernis einer notwendigen Differenzierung in einem Gesamtkonzept von Schutzmaßnahmen Rechnung getragen [wird]. Die sachliche Rechtfertigung und Differenzierung einzelner Schutzmaßnahmen ist daher nicht allein anhand des infektionsschutzrechtlichen Gefahrengrades der betroffenen Tätigkeit zu beurteilen. Vielmehr sind auch alle sonstigen relevanten Belange zu berücksichtigen, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und Dritte und auch öffentliche Interessen an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten.“<sup>80</sup>

Freilich verbleibt Optimierungspotential,<sup>81</sup> um die Ermächtigungsgrundlage zu schärfen und damit die parlamentarische Steuerung der Pandemiebekämpfung zu stärken, was hier nicht vertieft werden kann. Überdies hat der Bundestag die Entwicklung zu beobachten und (nach-)steuernd einzugreifen, womit auch nach Verabschiedung des § 28a IfSG ein kontinuierlich zu erfüllender Auftrag an den Gesetzgeber formuliert ist. Dies gilt namentlich mit Blick auf sich verfestigende und zu festigende Entwicklungen, etwa neue Inzidenzmarken (100/200), und Steuerungsimpulse für die weitere Pandemiebekämpfung, etwa hinsichtlich Öffnungsschritten oder der Relevanz von Schnelltestmöglichkeiten. Mit dem aktuellen Gesetzentwurf steuert der Bundestag nach.

München, den 16. April 2021

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

---

<sup>80</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 82.

<sup>81</sup> Siehe dazu bereits meine Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestages zum Dritten Bevölkerungsschutzgesetz (Ausschussdrucksache 19(14)246(20); [https://www.bundestag.de/resource/blob/805844/09aa6cdba9932ca18a4a560e817817b1/19\\_14\\_0246-20-\\_ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger-3-BevSchG-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/805844/09aa6cdba9932ca18a4a560e817817b1/19_14_0246-20-_ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger-3-BevSchG-data.pdf); 13.4.2021), S. 30 ff.