

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
19(14)246(20)
zur öffentl Anh am 12.11.2020 -
Drittes Bevölkerungsschutzgesetz
12.11.2020

Schriftliche Stellungnahme

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

**zum Gesetzentwurf
der Fraktionen CDU/CSU und SPD**

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

BT-Drucksache 19/23944

**und zu weiteren Anträgen
der Fraktionen der AfD, DIE LINKE, der FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN**

BT-Drs. 19/22547, 22551, 23689, 23942, 23949 und 23950

am 12. November 2020

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkung.....	4
II. Abstract	4
III. Zusammenfassende Stellungnahme	5
IV. Präzisierung der exekutiven Handlungsermächtigung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 (Einfügung des § 28a IfSG-E).....	8
1. Hintergrund	8
a) Aktueller Rechtsrahmen	8
b) Anfragen an die Bestimmtheit des aktuellen Rechtsrahmens	10
c) Präzisierung der exekutiven Handlungsermächtigung durch § 28a IfSG-E.....	14
2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive.....	15
a) Keine grundgesetzlichen Sonderverordnungsbefugnisse im Falle eines Gesundheitsnotstands.....	15
b) Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Exekutive unter dem Grundgesetz.....	15
aa) Allgemeines.....	15
bb) Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG.....	16
cc) Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit	19
3. Verfassungsrechtliche Bewertung des § 28a IfSG-E	20
a) Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung	20
b) Analyse der Neuregelung durch § 28a IfSG-E – Direktiven des Parlamentsgesetzgebers	22
c) Verfassungsrechtliche Bewertung	28

d) Optimierungspotential	30
aa) Prozeduralisierung der Entscheidungsfindung.....	31
bb) Kriterienkatalog: Positivierung weiterer für das Infektionsgeschehen relevanter Kriterien	32
cc) Nachschärfung des Stufenmodells, allgemeiner Grundsätze und einzelner Maßnahmen	34
dd) Direktiven für die Ausgestaltung der Schutzmaßnahmen.....	38
ee) Definition der epidemischen Lage von nationaler Tragweite	38
ff) Spezialregelung für Lockdown („light“).....	39
gg) Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG).....	39
hh) Einbeziehung des Parlaments in die Verabschiedung des Schutzkonzepts ...	40
ii) Weitere Regulierungsfragen.....	40
V. Änderungen im Bereich der (Verordnungs-)Ermächtigung des § 5 IfSG	41

I. Vorbemerkung

Angesichts der kurzfristig anberaumten Anhörung und der kurzen Stellungnahmefrist kann der Gesetzentwurf nicht im Detail gewürdigt werden. Die vorliegende Kurzstellungnahme beschränkt sich daher auf die im Mittelpunkt des Gesetzentwurfs stehende Frage der hinreichenden parlamentsgesetzlichen Steuerung der Pandemiebekämpfung durch § 28a IfSG-E (IV.)¹ sowie die Änderungen des § 5 IfSG (V.).

II. Abstract

In Erfüllung seiner grundgesetzlichen Schutzpflicht für menschliches Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) hat der Staat zur Bekämpfung der Corona-Pandemie weit reichende Einschränkungen des privaten und öffentlichen Lebens einschließlich des aktuellen „Lockdown light“ angeordnet, mit denen Grundrechtseingriffe von erheblicher Breite und Tiefe einhergehen. Diese Maßnahmen haben nicht die Parlamente verabschiedet, sondern die Exekutive, namentlich die Landesregierungen. Hierfür existiert zwar, wie vom Grundgesetz gefordert, eine (Verordnungs-)Ermächtigung des Deutschen Bundestages zugunsten der Exekutive (§§ 28, 32 IfSG); nachdem diese Ermächtigungsgrundlagen relativ weit gefasst sind, stellt sich allerdings gerade mit zunehmendem Zeitablauf die auch in Schrifttum und Rechtsprechung aufgeworfene **Frage, ob der Deutsche Bundestag die Pandemiebekämpfung (verfassungsrechtlich) hinreichend steuert** oder ein Anforderungen von Gewaltenteilung, Demokratie und Rechtsstaat widersprechendes Übergewicht der Exekutive besteht. Hier setzt der vorliegende Gesetzentwurf an, der mit § 28a IfSG-E eine spezifische exekutive Handlungsermächtigung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 schafft, Handlungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen präzisiert und so die Rolle des Deutschen Bundestages stärkt. Dies stellt – gerade auch mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die exekutive Rechtsetzung – einen **wesentlichen Fortschritt im Vergleich zum Status Quo** dar. Hinsichtlich der nach wie vor weiten Spielräume der Exekutive besteht **Optimierungspotential**; dabei ist die spielraumrechtfertigende Vielgestaltigkeit, Komplexität und Dynamik der Pandemiebekämpfung einschließlich der Notwendigkeit zeitnahen Handelns im Blick zu behalten.

¹ Nicht erörtert werden Fragen der Verwaltungsorganisation (Art. 83 ff. GG).

III. Zusammenfassende Stellungnahme

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ermächtigung zur exekutiven Rechtsetzung ist zunächst festzuhalten, dass das Grundgesetz **keine Sonderverordnungsbefugnisse** für den Fall eines Gesundheitsnotstands vorsieht. Die auch dann einschlägige generelle Regelung des Art. 80 GG gestattet dem Parlament zwar, Rechtsetzungsbefugnisse an die Exekutive zu delegieren, begrenzt dies allerdings zugleich. Zum Ausdruck kommt dies namentlich im Erfordernis einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmten (parlaments-)gesetzlichen Ermächtigung (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) sowie im Erfordernis der Regelung wesentlicher, insbesondere grundrechtswesentlicher Fragen durch das Parlament. Hinter dieser **engen Anbindung der exekutiven Rechtsetzung an das hierzu ermächtigende Parlamentsgesetz** und der damit einhergehenden Absage an eine Selbstentmachtung des Parlaments stehen gewichtige Gründe, nicht nur negative historische Erfahrungen mit zu weit reichenden bzw. in zu weitem Umfang aktualisierten exekutiven Rechtsetzungsbefugnissen zu Weimarer Zeiten, sondern auch verfassungsrechtliche Anforderungen der Gewaltenteilung, der Demokratie und des Rechtsstaates. Gerade die parlamentarische Gesetzgebung ermöglicht ein Entscheidungsverfahren, das „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“.²

Mit Blick auf diese verfassungsrechtlichen Anforderungen ist zu konstatieren, dass die mit der **Einfügung des § 28a IfSG-E** erfolgte Präzisierung der exekutiven Handlungsermächtigung einen **wesentlichen Fortschritt im Vergleich zum Status Quo** darstellt: So beziehen sich die Befugnisse auf eine **spezifische, doppelt begrenzte Situation** (Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag; Bezug ausschließlich auf aktuelle Coronavirus-SARS-CoV-2-Pandemie) und sind dem **spezifischen Ziel** der Eindämmung der Pandemie durch eine Unterbindung der dynamischen Verbreitung des Virus verpflichtet (§ 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG-E). Hinsichtlich der **Rechtsfolgen** bricht die Regelung die abstrakte Ermächtigung der Generalklausel zu „notwendigen Schutzmaßnahmen“ (§ 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG) in **fünfzehn Regelbeispiele** herunter (§ 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG-E), wobei die Gesetzesbegründung deren Beitrag zur Zielerreichung einschließlich daraus folgender Entscheidungskriterien und inhaltlicher Konturierung näher erläutert. Darüber hinaus enthält die Regelung **eingriffslimitierende Kautelen**, so eine Verschärfung der Untersagungsbefugnis für besonders grundrechtssensible

² BVerfGE 150, 1 (96 f.).

Bereiche wie Versammlungen und religiöse Zusammenkünfte oder, in Zusammenspiel mit dem überdies explizit normierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 28a Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 IfSG-E), ein Stufenverhältnis von Beschränkung und Untersagung; weitere limitierende und entscheidungsleitende Aspekte liefert die Gesetzesbegründung. Hinsichtlich des **örtlichen Anwendungsbereichs** normiert § 28a den Grundsatz der regionalen Differenzierung (Abs. 2 Satz 1 IfSG-E) und bestimmt gleichzeitig, wann Bundes- bzw. Landeseinheitlichkeit anzustreben ist (Abs. 2 Satz 6 und 7 IfSG-E). Überdies gilt eine **Hierarchie der Schutzmaßnahmen** mit den drei in der Gesetzesbegründung etwas weiter konkretisierten Kategorien schwerwiegende, stark einschränkende und einfache Schutzmaßnahmen (§ 28a Abs. 2 Satz 2 ff. IfSG-E), wobei diese Stufen an das Infektionsgeschehen, namentlich, aber flexibilisiert an die **rechtssicher feststellbare Schwelle** der Zahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner (ab 50, ab 35, unter 35) innerhalb von sieben Tagen geknüpft sind. Überdies verweist die Gesetzesbegründung auf den **Befristungsaspekt** als Ausdruck der Verhältnismäßigkeit in der Zeit. Schließlich hat der Deutsche Bundestag ausweislich der Gesetzesbegründung die politische Gesamtverantwortung für den Erlass der „erforderlichen Schutzmaßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bis hin zu einem vollständigen Herunterfahren des öffentlichen Lebens und zu weitreichenden Einschränkungen des Privatlebens“ übernommen.

Gleichwohl bestehen **nach wie vor weite Spielräume der Exekutive**. Diesen ist nicht durch einen strikt einzelmaßnahmenbezogenen Ansatz zu begegnen, da sich die Pandemiebekämpfung von der Abwehr punktueller Gefahren im Polizei- und Sicherheitsrecht durch Standardmaßnahmen unterscheidet; vielmehr ist Raum für die Entwicklung eines übergreifenden Schutzkonzepts in Kombination von Einzelmaßnahmen zu belassen. Es besteht indes die Möglichkeit einer weiteren Schärfung der Ermächtigungsgrundlage und damit Optimierungspotential; insoweit seien folgende Modifikationen zumindest zur Prüfung empfohlen, wobei die spielraumrechtfertigende Vielgestaltigkeit, Komplexität und Dynamik der Pandemiebekämpfung einschließlich der Notwendigkeit zeitnahen Handelns im Blick zu behalten ist:

- Prozeduralisierung der Entscheidungsfindung durch Konzept- und Begründungspflicht sowie ein Befristungserfordernis nebst Evaluierungs- und Korrekturpflicht;
- Kriterienkatalog: Positivierung und Gewichtung weiterer für das Infektionsgeschehen relevanter Kriterien;
- Nachschärfung des Stufenmodells, allgemeiner Grundsätze und einzelner Maßnahmen – hier kann der Deutsche Bundestag, auch jenseits der Frage verfassungsrechtlicher Grenzen, Vorgaben hinsichtlich der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einzelner Maßnahmen bzw. bestimmter Ausprägungen derselben aufstellen und damit die Pandemiebekämpfung gestalten.;

- Direktiven für die Ausgestaltung der Schutzmaßnahmen nebst Parlamentsbeteiligung;
- Definition der epidemischen Lage von nationaler Tragweite;
- Spezialregelung für Lockdown/Lockdown „light“.

Schließlich ist das **Zitiergebot** (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG) zu wahren.

IV. Präzisierung der exekutiven Handlungsermächtigung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 (Einfügung des § 28a IfSG-E)

Die Einfügung des § 28a IfSG-E und die damit einhergehende Präzisierung der exekutiven Handlungsermächtigung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 ist vor dem Hintergrund der zunehmenden Diskussion um die (verfassungsrechtlich) hinreichende parlamentsgesetzliche Steuerung der Pandemiebewältigung zu sehen (1.). Auf der Basis einer Entfaltung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive (2.) sei die vorgeschlagene Neuregelung bewertet (3.) und Optimierungspotential aufgezeigt (4.).

1. Hintergrund

Die weit reichenden Einschränkungen des privaten und öffentlichen Lebens einschließlich des jüngsten „Lockdown light“, die zur Bekämpfung der Corona-Pandemie ergriffen wurden, fußen im Wesentlichen auf der relativ weit gefassten Rechtsgrundlage der §§ 28, 32 IfSG (a). Obgleich anerkannt ist, dass Abwehrmaßnahmen bei neuartigen Gefahren auf weit gefasste Generalklauseln gestützt werden können, werfen Rechtsprechung und Schrifttum zunehmend die Frage auf, ob diese Normen angesichts der zwischenzeitlichen Verfestigung der Situation nach wie vor die weit reichenden Grundrechtseingriffe tragen (b). Hierauf reagiert die Einfügung des § 28a IfSG-E, der auf eine Präzisierung der exekutiven Handlungsermächtigung zielt (c).

a) Aktueller Rechtsrahmen

Im Zentrum der Pandemiebekämpfung stehen die §§ 28, 32 IfSG. Ersterer enthält behördliche Anordnungsmöglichkeiten:

- (1) ¹Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. ²Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen. ³Eine Heilbehandlung darf nicht

angeordnet werden. ⁴Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden insoweit eingeschränkt.

Eine Verordnungsbefugnis enthält § 32 IfSG:

¹Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. ²Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. ³Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz), der Freizügigkeit (Artikel 11 Abs. 1 Grundgesetz), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 Grundgesetz), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 Grundgesetz) und des Brief- und Postgeheimnisses (Artikel 10 Grundgesetz) können insoweit eingeschränkt werden.

Diese – nicht spezifisch auf Epidemien des aktuellen Ausmaßes zugeschnittenen³ – Ermächtigungen sind relativ weit gefasst:

Als **Eingriffsschwelle** setzt § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG voraus, dass „Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt [werden] oder [sich] ergibt ..., dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war“; Maßnahmen sind zulässig, „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist“.

Zahlreiche der ergriffenen **Maßnahmen** lassen sich nur unter die Generalklausel der „notwendigen Schutzmaßnahmen“, nicht aber auf spezifische Ermächtigungen stützen. Solche existieren lediglich für die in §§ 29 ff. IfSG geregelten Fälle der Beobachtung (§ 29 IfSG), Absonderung (§ 30 IfSG) und der beruflichen Tätigkeitsverbote (§ 31 IfSG) sowie für die in § 28 Abs. 1 IfSG geregelten Maßnahmen, nämlich „Personen [zu] verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten“ (§ 28 Abs. 1 Satz 1 2. HS IfSG) und „Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen

³ Zur Änderung des § 28 Abs. 1 IfSG im Zuge des (Ersten) Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020 BT-Drs. 19/18111, S. 9 f., 24; A. *Guckelberger*, NVwZ-Extra 9a/2020, S. 9; T. *Siegel*, NVwZ 2020, S. 577 (578).

[zu] beschränken oder [zu] verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon [zu] schließen“ (§ 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG).

Der **Adressatenkreis** ist in den Fällen der §§ 29–31 IfSG auf Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider beschränkt, wohingegen in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG weiter von einer Feststellung von Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern die Rede ist, was dem Wortlaut nach Maßnahmen gegenüber Dritten (Nichtstörer) ermöglicht; überdies bezieht sich die Konkretisierung der Generalklausel in § 28 Abs. 1 Satz 1 2. HS IfSG allgemein auf „Personen“.⁴

b) Anfragen an die Bestimmtheit des aktuellen Rechtsrahmens

Im Polizei- und Sicherheitsrecht ist anerkannt, dass Abwehrmaßnahmen bei neuartigen Gefahren auf weit gefasste Generalklauseln gestützt werden können, um eine effektive Gefahrenabwehr zu ermöglichen.⁵ So heißt es etwa im Beschluss des OVG Münster vom 6.4.2020:

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass es im Rahmen unvorhergesehener Entwicklungen aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohls geboten sein kann, nicht hinnehmbare gravierende Regelungslücken für einen Übergangszeitraum insbesondere auf der Grundlage von Generalklauseln zu schließen und auf diese Weise selbst sehr eingriffsintensive Maßnahmen, die an sich einer besonderen Regelung bedürfen, vorübergehend zu ermöglichen.⁶

Das OVG Münster hat in jenem Beschluss vom 6.4.2020 bejaht, dass die „Voraussetzungen für die Anwendung der infektionsschutzrechtlichen Generalklausel zur Vermeidung nicht mehr vertretbarer Schutzlücken ... aktuell“ gegeben seien.⁷

Die Anerkennung weit reichender Handlungsbefugnisse bei neuartigen Gefahren unter Lockerung von Bestimmtheitsanforderungen impliziert freilich, dass nach Ablauf einer Übergangsfrist eine gesetzgeberische Typisierung und Konkretisierung erforderlich ist.⁸ So heißt es im Beschluss des Verfassungsgerichtshofs des Saarlandes vom 28.8.2020:

⁴ VerfGH des Saarlandes, NVwZ 2020, S. 1513 (1514 f.). Zur Debatte um die Adressatenproblematik A. *Guckelberger*, NVwZ-Extra 9a/2020, S. 5 ff.; T. *Siegel*, NVwZ 2020, S. 577 (578); U. *Volkmann*, NJW 2020, S. 3153 (3155 f.).

⁵ BVerfG (K), ZD 2013, S. 126 (127); L. *Brocker*, NVwZ 2020, S. 1485 (1486); T. *Siegel*, NVwZ 2020, S. 577 (581).

⁶ OVG Münster, COVuR 2020, S. 423 (427); ferner Beschl. v. 6.11.2020, 13 B 1657/20.NE, BeckRS 2020, 29787, Rn. 13.

⁷ OVG Münster, COVuR 2020, S. 423 (427).

⁸ BVerfG (K), ZD 2013, S. 126 (127); L. *Brocker*, NVwZ 2020, S. 1485 (1486 f.). Siehe freilich auch BVerwGE 129, 142 (149 f.).

Daher mag in einer Notsituation, in de[r] kurzfristiges Handeln einer Regierung zwingend erscheint, die Verordnung auf der Grundlage einer hinreichend bestimmten Ermächtigung ein notwendiges und wichtiges Instrument der Staatsleitung sein. Je länger grundrechtliche Belastungen von Bürgerinnen und Bürgern indessen andauern, desto wichtiger wird es indessen, die Regelung ihrer Grundlagen und Grenzen dem ohnehin originär verantwortlichen parlamentarischen Gesetzgeber zu überlassen.⁹

Vor diesem Hintergrund hat der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes die für zu unbestimmt erachtete Verordnungsermächtigung für die Kontaktnachverfolgung nur noch für einen Übergangszeitraum hingenommen.¹⁰

Dieser Ansatz spiegelt sich auch in weiteren Einschätzungen im Schrifttum und der aktuellen Rechtsprechung zur Corona-Pandemie wider.

Die Rechtsprechung hat die Bestimmtheit teils ausdrücklich bejaht, so etwa der VGH Kassel in seinem Beschluss vom 7.4.2020 für weit reichende Beschränkungen der Religionsfreiheit.¹¹ Andere Gerichte haben diese Frage offen gelassen und einer Entscheidung in der Hauptsache überantwortet, so etwa der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 14.7.2020:

Bei summarischer Prüfung der Erfolgsaussichten sieht sich der Senat mit einer Vielzahl komplexer fachlicher und rechtlicher Fragen konfrontiert, die einer abschließenden Klärung in einem Eilverfahren nicht zugänglich sind. Die im Verlauf der COVID-19-Pandemie erlassenen Maßnahmen der Infektionsschutzbehörden werden bislang auf Rechtsgrundlagen – insbesondere die §§ 28, 32 IfSG – gestützt, die trotz punktueller, als „Klarstellung“ bezeichneten Änderungen des § 28 IfSG zum 28. März 2020 (vgl. BGBl. 2020 I S. 587 ff., BT-Drucks 19/18111 S. 25) als Generalklauseln auf eine Pandemie dieser Größenordnung und derart weitreichende Maßnahmen nicht zugeschnitten sind ... Eine etwa dem Art. 40 des Schweizerischen Epidemiegesetzes vom 28.9.2012 (AS 2015, 1435; SR 818.101)¹² oder dem § 15 des Österreichischen Epidemiegesetzes

⁹ VerfGH des Saarlandes, NVwZ 2020, S. 1513 (1518).

¹⁰ VerfGH des Saarlandes, NVwZ 2020, S. 1513 (1519).

¹¹ VGH Kassel, Beschl. v. 7.4.2020, 8 B 892/20.N, juris, Rn. 34 ff. Siehe ferner BayVGH (Beschl. v. 30.3.2020), NVwZ 2020, S. 632 (634): „Für einen Verstoß des § 28 I 1 IfSG gegen den Parlamentsvorbehalt („Wesentlichkeitstheorie“), den der Ast. im Beschwerdeverfahren weiter geltend macht, bestehen angesichts des aktuellen Tätigwerdens des Bundesgesetzgebers keine Bedenken“; OVG Weimar, Beschl. v. 3.7.2020, 3 EN 391/20, juris, Rn. 39.

¹² Dieser lautet (abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20071012/index.html#a40>; 10.11.2020):

1950 vom 8.8.1950 (BGBl. BGBL Jahr 1950 Seite 1950, 839) bzw. den §§ 1 f. des Österreichischen COVID-19-Maßnahmengesetzes vom 15. März 2020 (BGBl. I Nr. 12/2020)¹³ vergleichbare Rechtsgrundlage für allgemeine Maßnahmen gegenüber der Bevölkerung und bestimmten Personengruppen fehlt bislang. Es wird deshalb in einem Hauptsacheverfahren zu klären sein, ob die aufgrund der 6. BayIfSMV getroffenen Maßnahmen mit den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts vereinbar sind, da erhebliche Grundrechtseingriffe über einen längeren Zeitraum allein aufgrund §§ 28, 32 IfSG durch die Exekutive erfolgen ...¹⁴

Judikate zu den jüngsten, seit dem 2.11.2020 geltenden Einschränkungen melden verstärkt, wenn auch nicht durchgängig Zweifel am Vorliegen einer hinreichend bestimmten, den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG und dem Wesentlichkeitsvorbehalt genügenden Rechtsgrundlage an. So heißt es etwa im Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 29.10.2020:

Nach Auffassung des Senats bestehen erhebliche Zweifel, ob die mit dem vorliegenden Eilantrag angegriffenen Maßnahmen noch mit den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts bzw. des Bestimmtheitsgebots aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG vereinbar sind. Mittlerweile erfolgen – jedenfalls im antragsgegenständlichen Bereich der Gastronomie – erhebliche Grundrechtseingriffe über einen längeren Zeitraum allein durch die Exekutive, wobei mit der Dauer der Maßnahmen und der Intensität der mit ihnen verbundenen Grundrechtseingriffe die Frage an Gewicht gewinnt, ob die Verordnungsermächtigung zugunsten der Länder in den §§ 28, 32 IfSG noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG genügt ...

Vorliegend geht es um Grundrechtseingriffe, die nach ihrer Reichweite, ihrer Intensität und ihrer zeitlichen Dauer mittlerweile ohne Beispiel sein dürften. Mit der den streitgegenständlichen Normen zu Grunde liegenden Verordnungsermächtigung der §§ 32, 28

„1 Die zuständigen kantonalen Behörden ordnen Massnahmen an, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten in der Bevölkerung oder in bestimmten Personengruppen zu verhindern. Sie koordinieren ihre Massnahmen untereinander.

2 Sie können insbesondere folgende Massnahmen treffen: a. Veranstaltungen verbieten oder einschränken; b. Schulen, andere öffentliche Institutionen und private Unternehmen schliessen oder Vorschriften zum Betrieb verfügen; c. das Betreten und Verlassen bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmte Aktivitäten an definierten Orten verbieten oder einschränken.

3 Die Massnahmen dürfen nur so lange dauern, wie es notwendig ist, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern. Sie sind regelmässig zu überprüfen.“

¹³ Zur österreichischen Regelung noch unten im Text, IV.3.d.

¹⁴ BayVGh, BeckRS 2020, 16146, Rn. 17. Siehe ferner OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.10.2020, 13 MN 393/20, juris, Rn. 24; OVG Münster, Beschl. v. 18.8.2020, 13 B 847/20.NE, juris, Rn. 81 ff.; Beschl. v. 26.10.2020, 13 B 1581/20.NE, juris, Rn. 32 ff.; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 6.10.2020, 1 S 2871/20, juris, Rn. 30.

IfSG wollte der Gesetzgeber hingegen nur die allgemeinverbindliche Regelung einer lokal begrenzten Gefahrenlage ermöglichen; bezeichnend ist insofern das in der Gesetzesbegründung allein beispielhaft genannte Badeverbot für ein bestimmtes Gewässer (vgl. BT-Drs. 8/2468 S. 21). Eine gesetzgeberische Abwägung der zur Bekämpfung einer Pandemie von bundesweiter Bedeutung erforderlichen Maßnahmen und den betroffenen Schutzgütern liegt der Verordnungsermächtigung nicht zugrunde. Bis zu welchem Ausmaß und für welchen Zeitraum die §§ 32, 28 IfSG möglicherweise noch ausreichend waren, um die mit dem Eintritt einer bislang nicht dagewesenen Pandemie einer zumindest potenziell lebensbedrohlichen Krankheit entstandene Gefahrenlage zu bewältigen, bedarf an dieser Stelle keiner abschließenden Entscheidung und muss den noch anhängigen Normenkontrollverfahren der Hauptsache vorbehalten bleiben ...

Vor diesem Hintergrund hält es der Senat – sowohl im Hinblick auf die hier angegriffenen Bestimmungen als auch (und erst recht) im Hinblick auf künftige Verordnungen – für fraglich, ob die bestehende bundesweit gegebene infektionsrechtliche Gefährdungslage weiterhin allein auf der Grundlage landesrechtlicher Verordnungen ohne vorheriges Tätigwerden des hierzu nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG berufenen Bundesgesetzgebers behandelt werden kann, zumal sich die verfassungsrechtlichen Implikationen – jedenfalls mittlerweile – geradezu aufdrängen.¹⁵

Gleichwohl ist der Bayerische Verwaltungsgerichtshof von offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache ausgegangen, da die Schaffung einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage zu erwarten sei:

Im Hinblick auf die genannten Bestrebungen und auf die sich angesichts der derzeitigen Infektionslage (wohl) bevorstehende zusätzliche Verschärfung der bestehenden Maßnahmen geht der Senat vorläufig davon aus, dass die Voraussetzungen einer ausreichenden gesetzlichen Verordnungsermächtigung demnächst geschaffen werden.¹⁶

Noch strenger urteilte das VG Hamburg in einem Beschluss vom 10.11.2020:

Zwar ermächtigt § 32 Satz 1 IfSG die Landesregierungen, die nach §§ 28 bis 31 IfSG möglichen Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten auch durch Rechtsverordnung zu erlassen. Allerdings findet sich in den §§ 28 bis

¹⁵ BayVGh, BeckRS 2020, 28521, Rn. 28, 30, 35. Siehe ferner Beschl. vom 5.11.2020, 20 NE 20.2468, Rn. 11; VG Mainz, BeckRS 2020, 28713, Rn. 11.

¹⁶ BayVGh, BeckRS 2020, 28521, Rn. 37. Siehe ferner Beschl. vom 5.11.2020, 20 NE 20.2468, Rn. 13.

31 IfSG keine hinreichend konkrete Regelung betreffend die Untersagung unternehmerischer Tätigkeiten von Nichtstörern. Die insofern allein in Betracht kommende Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG, wonach die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen trifft, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden, genügt für einen derart schwerwiegenden Grundrechtseingriff dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gegenwärtig nicht mehr.

Die Kammer geht bei summarischer Prüfung davon aus, dass die infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG als Ermächtigungsgrundlage für (erneute) Untersagungen unternehmerischer Tätigkeiten unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatzes (vgl. etwa Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 91. EL April 2020, Art. 20 Rn. 111 ff.) nicht mehr ausreicht. Die Kammer kann nicht erkennen, dass im Hinblick auf diese – auch in einem Hauptsacheverfahren nicht mehr anders zu bewertende – Rechtsfrage noch Raum für eine Folgenabwägung bleibt.¹⁷

Dementsprechend hat das VG Hamburg auch eine übergangsweise Anwendbarkeit der Generalklausel verneint.¹⁸

Auch das Schrifttum sieht Handlungsbedarf.¹⁹

Das OVG Berlin-Brandenburg ist dieser Einschätzung indes in zwei Beschlüssen vom 4.11.2020 **nicht gefolgt**,²⁰ ebenso wie das OVG Lüneburg in einem Beschluss vom 6.11.2020:

Der Senat ist zu der Überzeugung gelangt, dass diese Ordnungsregelung auf einer tragfähigen und dem Parlamentsvorbehalt genügenden Rechtsgrundlage beruhe.²¹

c) Präzisierung der exekutiven Handlungsermächtigung durch § 28a IfSG-E

Vor diesem Hintergrund ist die Einfügung des § 28a IfSG-E durch den vorliegenden Gesetzentwurf zu sehen, der die exekutive Handlungsermächtigung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 schärft. Die Gesetzesbegründung hält fest:

¹⁷ VG Hamburg, Beschl. v. 10.11.2020, 13 E 4550/20, Umdruck, S. 4.

¹⁸ VG Hamburg, Beschl. v. 10.11.2020, 13 E 4550/20, Umdruck, S. 7 ff.

¹⁹ L. Brocker, NVwZ 2020, S. 1485 (1486 f.); A. Guckelberger, NVwZ-Extra 9a/2020, S. 9; H.-J. Papier, DRiZ 2020, 180 (183); T. Siegel, NVwZ 2020, S. 577 (581 f.); U. Volkmann, NJW 2020, S. 3153 (3154 ff.).

²⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2020, OVG 11 S 101/20, juris, Rn. 36 ff.; Beschl. v. 4.11.2020, OVG 11 S 94/20, juris, Rn. 29 ff. Zurückhaltend auch OVG Magdeburg, BeckRS 2020, 29264, Rn. 18 ff.: „allenfalls offene Erfolgsaussichten in der Hauptsache“; offen gelassen ferner in OVG Münster, Beschl. v. 6.11.2020, 13 B 1657/20.NE, BeckRS 2020, 29787, Rn. 10 ff.

²¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.11.2020, 13 MN 411/20 u.a. – Pressemitteilung.

Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts aus Artikel 80 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 des Grundgesetzes angesichts der länger andauernden Pandemielage und fortgesetzt erforderlichen eingriffsintensiven Maßnahmen zu entsprechen, ist eine gesetzliche Präzisierung im Hinblick auf Dauer, Reichweite und Intensität möglicher Maßnahmen angezeigt. Der Gesetzgeber nimmt vorliegend die Abwägung der zur Bekämpfung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite erforderlichen Maßnahmen und den betroffenen grundrechtlichen Schutzgütern vor und regelt somit die wesentlichen Entscheidungen.²²

Mit der Benennung nicht abschließender Regelbeispiele etwaiger Schutzmaßnahmen gibt der Gesetzgeber in Ausübung seiner Beobachtungs- und Korrekturpflicht Reichweite und Grenzen exekutiven Handelns vor.²³

2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive

Für den Fall eines Gesundheitsnotstands existieren keine grundgesetzlichen Sonderbefugnisse (a). Vielmehr gelten die generellen Anforderungen, die die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive grundsätzlich ermöglichen, zugleich aber begrenzen (b).

a) Keine grundgesetzlichen Sonderverordnungsbefugnisse im Falle eines Gesundheitsnotstands

Das Grundgesetz kennt keine Notstandsklauseln, die für den Fall eines Gesundheitsnotstands, etwa bei Pandemien, besondere Verordnungsbefugnisse für die Exekutive vorsehen oder Abweichungen von den Vorgaben für das Gesetzgebungsverfahren einschließlich der Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Exekutive gestatten. Derartige Krisen sind vielmehr im Rahmen der allgemeinen Verfassungsordnung zu bewältigen.²⁴

b) Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Exekutive unter dem Grundgesetz

aa) Allgemeines

Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG sieht die Möglichkeit vor, die Bundesregierung, einen Bundesminister oder die Landesregierungen durch Gesetz zu ermächtigen, Rechtsverordnungen zu erlassen.

²² Begründung, S. 18.

²³ Begründung, S. 19.

²⁴ Dies betonend *J. Kersten*, ZRP 2020, S. 65: „Covid-19 – Kein Ausnahmezustand!“.

Diese Delegationsbefugnis verfolgt mit *Hartmut Bauer* eine „**Entlastungs- und Flexibilitätswahrungsfunktion**“, mithin das 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.²⁵

Gleichzeitig **begrenzt das Grundgesetz diese Möglichkeit einer Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen** und sichert namentlich eine enge Bindung des Verwaltungs- an den parlamentarischen Gesetzgeber, indem es nach Satz 2 dieser Bestimmung verlangt, dass „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden“. In den Worten des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Zensus vom 19.9.2018

verwehrt das Grundgesetz dem Parlament – in bewusster Abkehr von der Weimarer Staatspraxis –, sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft zu entäußern ... Wenn das Parlament die Exekutive zum Verordnungserlass ermächtigt, soll es die Grenzen der übertragenen Kompetenzen bedenken und diese nach Tendenz und Programm so genau umreißen, dass schon aus der Ermächtigung selbst erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll ... Das Parlament darf sich nicht durch eine Blankoermächtigung an die Exekutive seiner Verantwortung für die Gesetzgebung entledigen und damit selbst entmachten. Es muss – entsprechend dem Grundsatz der Gewaltenteilung – stets Herr der Gesetzgebung bleiben ... Indem Art. 80 GG die Rückbindung exekutiver Rechtsetzung an die Legislative sichert, stellt er sich als bereichsspezifische Konkretisierung des Rechtsstaats-, Gewaltenteilungs- ... und Demokratieprinzips dar.²⁶

bb) Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG

Die **Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG** hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung **konkretisiert**. Zusammenfassend führt das Urteil zum Zensus vom 19.9.2018 aus:

²⁵ *H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 12.

²⁶ BVerfGE 150, 1 (99 f.).

Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Diese Begriffe lassen sich nicht strikt voneinander abgrenzen; ihre Gehalte überschneiden sich und sind insgesamt durch eine gewisse Wertungsoffenheit geprägt. Inhalt, Zweck und Ausmaß einer konkreten Ermächtigungsnorm ergänzen, durchdringen und erläutern einander und ergeben erst auf diese Weise den vollen Sinngehalt der Norm ... Sie sind daher nicht als isoliert nachprüfbar Anforderungen zu verstehen, sondern in ihrer Gesamtheit als Gebot hinreichender Bestimmtheit ...²⁷

Dieses Gebot hinreichender Bestimmtheit i.S.d. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht in **drei Aspekte** aufgespalten, um zu „gewährleisten, dass der parlamentarische Gesetzgeber durch die Ermächtigung selbst entscheidet, welche Fragen durch Rechtsverordnung geregelt werden können oder sollen“:

Erstens impliziert der **Selbstentscheidungsvorbehalt**, „dass der parlamentarische Gesetzgeber durch die Ermächtigung selbst entscheidet, welche Fragen durch Rechtsverordnung geregelt werden können oder sollen. Dazu muss er die Grenzen einer solchen Regelung festlegen und angeben, welchem Ziel sie dienen soll“.²⁸

Zweitens trifft den Gesetzgeber eine **Programmfestsetzungspflicht**: Er „muss der ermächtigten Stelle darüber hinaus ein ‚Programm‘ an die Hand geben, das mit der Ermächtigung verwirklicht werden soll“.²⁹

Drittens soll nach dem **Vorhersehbarkeitsgebot** „bereits aufgrund der Ermächtigung vorhersehbar sein, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können, so dass sich die Normunterworfenen mit ihrem Verhalten darauf einstellen können“.³⁰ Mit anderen Worten „darf“ die „Ermächtigung ... nicht so unbestimmt sein, dass nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können“.³¹

²⁷ BVerfGE 150, 1 (100).

²⁸ BVerfGE 150, 1 (101).

²⁹ BVerfGE 150, 1 (101).

³⁰ BVerfGE 150, 1 (101).

³¹ BVerfGE 139, 19 (47).

Diese **Anforderungen** sind freilich **nicht im Sinne einer maximalen Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm misszuverstehen**:

Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt dagegen nicht, dass die Ermächtigung in ihrem Wortlaut so genau wie nur irgend möglich gefasst ist. Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung müssen auch nicht ausdrücklich im Gesetzestext bestimmt sein; sie müssen jedoch durch Auslegung des ermächtigenden Gesetzes zu ermitteln sein ... Das Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit gesetzlicher Ermächtigungen verwehrt es dem Gesetzgeber daher nicht, in der Ermächtigungsnorm Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden ... Vielmehr genügt es, dass sich die gesetzlichen Vorgaben mit Hilfe allgemeiner Auslegungsregeln erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Vorgeschichte des (gesamten) Gesetzes ... Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verbietet es daher nicht, dass zur näheren Bestimmung einer Verordnungsermächtigung auch Rechtsakte außerhalb der Ermächtigung herangezogen werden, einschließlich der Bestimmungen anderer Normgeber. Inhalt, Zweck und Ausmaß einer gesetzlichen Ermächtigung können daher auch anhand von Rechtsakten außerhalb der eigentlichen Verordnungsermächtigung, insbesondere mit Hilfe von Verweisungen oder Bezugnahmen bestimmt werden ...³²

Des Weiteren lassen sich die **Anforderungen** an den Grad der Bestimmtheit nicht abstrakt, sondern **nur einzelfallbezogen bestimmen**.³³ So hängt mit dem Bundesverfassungsgericht

[d]as im konkreten Fall erforderliche Maß an Bestimmtheit ... von der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts ab, insbesondere davon, in welchem Umfang dieser einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist ... Ist dies nicht der Fall, so kann es geboten sein, die nähere Ausgestaltung des zu regelnden Sachbereichs dem Ordnungsgeber zu überlassen, der die Regelungen rascher und einfacher auf dem neuesten Stand zu halten vermag als der Gesetzgeber ... Bei vielgestaltigen, komplexen Lebenssachverhalten oder absehbaren Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse sind etwa geringere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen als bei einfach gelagerten

³² BVerfGE 150, 1 (101 f.).

³³ *H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 35.

und klar vorhersehbaren Lebenssachverhalten. Dies ermöglicht sachgerechte, situationsbezogene Lösungen bei der Abgrenzung von Befugnissen des Gesetzgebers und der Exekutive.³⁴

Die Bestimmtheitsanforderungen richten sich schließlich und nicht zuletzt nach der **Grundrechtsrelevanz**:

Die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm muss der Grundrechtsrelevanz der Regelung entsprechen, zu der ermächtigt wird: Je erheblicher diese in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift, desto höhere Anforderungen müssen an den Bestimmtheitsgrad der Ermächtigung gestellt werden.³⁵

cc) Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit

Unabhängig von der Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen gilt ein **Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit**, der den parlamentarischen Gesetzgeber verpflichtet, „in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“, was insbesondere, aber nicht nur bei „für die Verwirklichung der Grundrechte“ wesentlichen Fragen gilt.³⁶ Hinter dem Parlamentsvorbehalt stehen **wichtige demokratische und rechtsstaatliche Anliegen**: Entscheidungen von besonderer Tragweite sollen nämlich in einem bestimmten Verfahren, dem Verfahren der parlamentarischen Gesetzgebung, zustande kommen, das

- „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“.³⁷

Nach dem bereits zitierten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Zensus vom 19.9.2018 decken sich die Anforderungen des Parlamentsvorbehalts mit den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG für den Verordnungserlass:

³⁴ BVerfGE 150, 1 (102).

³⁵ BVerfGE 139, 19 (47).

³⁶ BVerfGE 150, 1 (96 ff.).

³⁷ BVerfGE 150, 1 (96 f.). Siehe ferner E 85, 386 (403 f.); E 95, 267 (307 f.); E 120, 378 (408); E 139, 19 (46); VerfGH des Saarlandes, NVwZ 2020, S. 1513 (1518); U. *Volkman*, NJW 2020, S. 3153 (3158 f.).

Eine wesentliche Entscheidung setzt eine hinreichende Regelungsdichte und in der Regel eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Ermächtigung voraus, so dass sich die Anforderungen von Wesentlichkeitsdoktrin und Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG insoweit decken dürften ... Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gilt allerdings auch für Entscheidungen, die nicht unter die Wesentlichkeitsdoktrin fallen.³⁸

Mit Blick auf den **Wesentlichkeitsvorbehalt** hat das Bundesverfassungsgericht schließlich – ähnlich wie für Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG – herausgearbeitet:

Das Grundgesetz kennt allerdings keinen Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts ... Die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG normierte organisatorische und funktionelle Trennung und Gliederung der Gewalten zielt auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen. Vor diesem Hintergrund kann auch die Komplexität der zu regelnden Sachverhalte den Umfang der Regelungspflicht des Gesetzgebers begrenzen.³⁹

3. Verfassungsrechtliche Bewertung des § 28a IfSG-E

Auf der Basis einer Vergewisserung des Rahmens der verfassungsrechtlichen Bewertung (a) sei die Neuregelung des § 28a IfSG-E namentlich mit Blick auf die Direktiven des Parlamentsgesetzgebers analysiert (b), sodann verfassungsrechtlich bewertet (c) und abschließend Optimierungspotential aufgezeigt (d).

a) Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung

Die Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage für ihre Aktualisierung durch den Verordnunggeber sind anhand der in den skizzierten Formeln des Bundesverfassungsgerichts genannten Kriterien zu ermitteln (Selbstentscheidungsvorbehalt, Programmfestsetzungspflicht, Vorhersehbarkeitsgebot).

Sodann ist der erforderliche Grad an Bestimmtheit zu ermitteln. Maßgeblich hierfür ist namentlich die **Intensität der Grundrechtsbetroffenheit**.⁴⁰ Zweifelsohne decken die Ermächtigungen

³⁸ BVerfGE 150, 1 (100).

³⁹ BVerfGE 150, 1 (99); ferner E 139, 19 (46).

⁴⁰ Zur Bedeutung dieses Aspekts *U. Volkmann*, NJW 2020, S. 3153 (3158).

des § 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG-E **auch Grundrechtseingriffe von erheblicher Tiefe** (etwa Ausgangssperren; Kumulationsmöglichkeit gemäß § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG-E) **und Breite**, 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.“⁴¹

Demgegenüber ist freilich auch zu berücksichtigen, dass die Reichweite der Regelungsbefugnisse und damit auch die **Intensität der Betroffenheit drei Umstände mindern**. Erstens sind die Verordnungsbefugnisse mit dem Erfordernis einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 5 Abs. 1 IfSG) und der Beschränkung auf die Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 (§ 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG-E) sachlich und zeitlich begrenzt. Die Feststellung (und Aufhebung) der epidemischen Lage von nationaler Tragweite obliegt überdies zweitens dem Bundestag. Drittens liegt ein vielgestaltiger, komplexer Lebenssachverhalt vor, bei dem angesichts der Dynamik namentlich des Infektionsgeschehens rasche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse absehbar sind, was die Bestimmtheitsanforderungen reduziert. So heißt es etwa auch im Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg vom 4.11.2020:

Wie bereits dargelegt, ermöglicht es Art. 80 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber jedoch auch, von einer detaillierten gesetzlichen Regelung abzusehen und die nähere Ausgestaltung des zu regelnden Sachbereichs dem Ordnungsgeber zu überlassen, der die Regelungen rascher und einfacher auf dem neuesten Stand zu halten vermag als der Gesetzgeber ... Gerade im Bereich des Infektionsschutzes liegt die Erwägung nicht fern, dass der Bundesgesetzgeber von der ihm nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zustehenden konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis dahingehend Gebrauch gemacht hat, den Ordnungsgebern der Länder die Regelung konkreter Maßnahmen zu überlassen, damit einerseits örtlichen Besonderheiten angemessen Rechnung getragen werden kann und andererseits auf sich ändernde Anforderungen zeitnah und flexibel reagiert werden kann. 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 Ordnungswege gegenüber einem vergleichsweise schwerfälligen, längere Zeit in Anspruch nehmenden

⁴¹ Begründung, S. 31.

Gesetzgebungsverfahren als effektiveres Instrumentarium anbieten. Überdies ist zu berücksichtigen, dass § 28 Abs. 1 IfSG auch die (unter anderem örtlich) zuständigen Behörden ermächtigt, die notwendigen Schutzmaßnahmen zu treffen. Ergibt sich ein entsprechender Handlungsbedarf jedoch landesweit, so erscheint es zumindest konsequent, dass der Bundesgesetzgeber in § 32 IfSG die Landesregierungen ermächtigt, entsprechende (keiner Umsetzung bedürftige) Regelungen landeseinheitlich im Verordnungswege zu schaffen.⁴²

Auch im Beschluss des OVG Münster vom 18.8.2020 heißt es:

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.⁴³

Ein hinreichender Spielraum ist auch für die Erstellung eines **grundrechtskonformen Schutzkonzepts** notwendig, da eine kohärente Gesamtentscheidung zu treffen ist. So ist der Verordnungsgeber als Aspekt der Verhältnismäßigkeit gehalten, die ergriffenen Maßnahmen „hinreichend konsequent auf das [mit ihnen verfolgte] legitime Ziel“ auszurichten.⁴⁴ Ein gesetzgeberisches Schutzkonzept muss konsequent umgesetzt werden: „Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahrenschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird“.⁴⁵

Vor diesem Hintergrund sind die Vorgaben der Verordnungsermächtigung auf ihre hinreichende Bestimmtheit hin zu würdigen.

b) Analyse der Neuregelung durch § 28a IfSG-E – Direktiven des Parlamentsgesetzgebers

Zunächst ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber die Verordnungsbefugnisse auf eine **spezifische, doppelt begrenzte Situation** bezieht: Zum einen setzt § 28a IfSG-E die Feststellung einer

⁴² OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2020, OVG 11 S 101/20, juris, Rn. 31. Siehe ferner *L. Brocker*, NVwZ 2020, S. 1485 (1486).

⁴³ OVG Münster, Beschl. v. 18.8.2020, 13 B 847/20.NE, juris, Rn. 83. Siehe ferner OVG Weimar, Beschl. v. 3.7.2020, 3 EN 391/20, juris, Rn. 39.

⁴⁴ BVerfGE 145, 20 (71, Rn. 132; vgl. auch 67 f., Rn. 122; 75 ff., Rn. 141 ff.); ferner E 115, 276 (309 ff.); (K), NVwZ-RR 2008, 1 (3).

⁴⁵ BVerfGE 123, 317 (362 f.); ferner E 107, 186 (197); (K), NVwZ 2011, 355 (357); E 141, 82 (115, Rn. 85).

epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag (§ 5 Abs. 1 IfSG) voraus; diese Feststellung ist, anders als teils vertreten, an materielle (und aktuell vorliegende) Voraussetzungen geknüpft⁴⁶. Zum anderen handelt es sich nicht um eine generelle Regelung für derartige Lagen; vielmehr beschränkt sich der Anwendungsbereich auf die aktuelle Coronavirus-SARS-CoV-2-Pandemie.

Des Weiteren benennt § 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG-E als **Ziel** die „Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2“. 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.“⁴⁷ Vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (spezifisch normiert in § 28a Abs. 1 Satz 2 IfSG-E) 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.⁴⁸ Solange dies der Fall ist, scheiden einschneidende Maßnahmen 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 würde bei Verfügbarkeit einer Impfung und dadurch erreichter Immunisierung gelten.⁴⁹ Eingriffsmöglichkeiten bestehen damit nicht erst, wenn eine Destabilisierung des Gesundheitssystems eingetreten ist oder droht, mag dieser

⁴⁶ Näher dazu meine Stellungnahme im Rahmen der Anhörung vom 9.9.2020, Ausschussdrucksache 19(14)197(13), abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/790906/a68e51c169564f8302c72ed352d7769d/19_14_0197-13-ESV_Wollenschlaeger_Covid19-data.pdf (5.11.2020).

⁴⁷ Begründung, S. 30.

⁴⁸ 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%84nde-rung_des_ifsg_kie%C3%9Fling.pdf; 10.11.2020; 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 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.“

⁴⁹ Vgl. auch Kießling-E, Begründung, S. 8.

Aspekt auch für die Beurteilung des Infektionsgeschehens im Rahmen der Instrumentenauswahl eine Rolle spielen.

Ferner benennen die fünfzehn Regelbeispiele des § 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG-E **spezifische Maßnahmen** und konkretisieren damit den in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG verwendeten abstrakten Begriff der „notwendigen Schutzmaßnahmen“. Die Gesetzesbegründung legt detailliert dar, warum die einzelnen Maßnahmen mit Blick auf das Ziel der Pandemiebekämpfung notwendig sind, welche Aspekte bei der Entscheidungsfindung eine Rolle spielen und welche Konkretisierungen der Maßnahmen für den Inhalt hieraus folgen.⁵⁰ Dies gilt etwa für Beschränkungen und Auflagen für Betriebe, Gewerbe, Einzel- und Großhandel gemäß § 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 IfSG-E, 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; Selbiges gilt für die alkoholbezogenen Verbote⁵¹ sowie die Beschränkungen und Verbote in der Gastronomie⁵².

Indem zahlreiche Ziffern Untersagungs- und Beschränkungsbefugnisse alternativ nebeneinanderstellen (Nr. 4–11, 13), gibt der Gesetzgeber im Zusammenspiel mit dem Erforderlichkeitsgebot als Aspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 28a Abs. 1 Satz 2 IfSG-E) 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. 1). Für **besonders grundrechts-sensible Bereiche** wie Versammlungen und religiöse Zusammenkünfte (Nr. 11) verschärft der Gesetzgeber überdies die Untersagungsbefugnis, indem er sie an das Gebot der zwingenden Erforderlichkeit knüpft, was die Gesetzesbegründung weiter konkretisiert⁵³. Weitere limitierende und entscheidungsleitende Aspekte liefert die Gesetzesbegründung, etwa mit dem Verweis

- auf die Notwendigkeit, den „Bildungsauftrag in der Abwägung“ zu berücksichtigen, wenn über Beschränkungen und Schließungen im Schul- und Kinderbetreuungsbereich zu entscheiden ist;⁵⁴

⁵⁰ Begründung, S. 27 ff.

⁵¹ Begründung, S. 30.

⁵² Begründung, S. 30.

⁵³ Begründung, S. 29 f. Siehe zu Grenzen von pandemiebedingten Versammlungsbeschränkungen BVerfG (K), NJW 2020, S. 1426 (1427); NVwZ 2020, S. 711 (712 f.).

⁵⁴ Begründung, S. 28.

- auf die Möglichkeit von Ausnahmen vom Beherbergungsverbot bei beruflich bedingten Reisen;⁵⁵
- auf den Vorrang „strenge[r] Schutz- und Hygienekonzepte“ bei körpernahen Dienstleistungen, „[s]oweit ... andere hochrangige Schutzgüter, wie die Gesunderhaltung oder Rehabilitation z. B. bei Physio-, Ergo- und Logotherapien, bei der Dienstleistung im Vordergrund stehen“,⁵⁶ oder auf den Ausnahmecharakter einer Untersagung bei nur flüchtigen Berührungen⁵⁷.

§ 28a Abs. 2 IfSG-E gibt überdies Grundsätze für die Aktualisierung der Verordnungsermächtigungen vor. Es gilt zunächst gemäß § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG-E der **Grundsatz der regionalen Differenzierung**:

Die Schutzmaßnahmen sollen unter Berücksichtigung des jeweiligen Infektionsgeschehens regional bezogen auf die Ebene der Landkreise, Bezirke oder kreisfreien Städte an Schwellenwerten ausgerichtet werden, soweit Infektionsgeschehen innerhalb eines Landes nicht regional übergreifend oder gleichgelagert sind.⁵⁸

Gleichzeitig bestimmt § 28a Abs. 2 Satz 6 und 7 IfSG-E, wann **Bundes- bzw. Landeseinheitlichkeit anzustreben** ist, nämlich bei einer bundes- bzw. landesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen.

Überdies formuliert § 28a Abs. 2 Satz 2 ff. IfSG-E eine **Hierarchie der Schutzmaßnahmen**, indem er drei Kategorien bildet, nämlich schwerwiegende (Satz 2), stark einschränkende (Satz 3) und einfache (Satz 4) Schutzmaßnahmen. Etwas konkretisierend ist in der Gesetzesbegründung 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“.

Diese Stufen sind ferner an **rechtssicher feststellbare Schwellen**, nämlich die Zahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner (ab 50, ab 35, unter 35) innerhalb von sieben Tagen geknüpft.

⁵⁵ Begründung, S. 29.

⁵⁶ Begründung, S. 29.

⁵⁷ Begründung, S. 29.

⁵⁸ Siehe auch Begründung, S. 31.

Mit der nicht indikativen Formulierung („kommen ... in Betracht“) und dem Zusatz „insbesondere“ ist die notwendige Flexibilität gesichert. Damit begründet die Überschreitung des Schwellenwertes nicht zwingend die Pflicht, entsprechend gravierende Maßnahmen zu ergreifen, etwa bei einem örtlich beschränkten Ausbruch. Flexibilität ermöglicht des Weiteren die Möglichkeit eines Vorgriffs auf die höhere Stufe bei drohender Überschreitung des Schwellenwertes (Satz 5). Die Gesetzesbegründung verweist auf die (Un-)Möglichkeit der Kontaktnachverfolgung als maßgeblichen Parameter.⁵⁹ Eine derartige Grundentscheidung hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 29.10.2020 gefordert.⁶⁰ Generell gilt, nachdem es sich um eine Schwellenregelung handelt („kommen in Betracht“), § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG-E auf das Infektionsgeschehen Bezug nimmt und vor allem weil der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt greift (spezifisch bekräftigt in § 28a Abs. 1 Satz 2 IfSG-E), dass auch weitere für das Infektionsgeschehen relevante Parameter in Betracht zu ziehen sind.

Hinsichtlich des Verhältnisses der Einzelmaßnahmen bestimmt § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG-E, dass diese „einzeln oder kumulativ angeordnet werden“ können, je nach Erfordernissen und Verhältnismäßigkeit.

Limitierend wirkt der **ausdrücklich betonte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (§ 28a Abs. 1 Satz 2 IfSG-E). § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG-E konkretisiert diesen in gegenständlicher („soweit“) und zeitlicher („solange“) Hinsicht. Überdies erwähnt die Gesetzesbegründung den Befristungsaspekt als Ausdruck der Verhältnismäßigkeit in der Zeit.⁶¹

Schließlich bekräftigt der Gesetzgeber, dass infolge der Kumulationsmöglichkeit (§ 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG-E) umfassende Beschränkungen des öffentlichen und privaten Lebens möglich sind, und übernimmt hierfür die politische Verantwortung:

Absatz 3 verdeutlicht, dass alle nach dem IfSG 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

⁵⁹ Begründung, S. 31.

⁶⁰ BayVGH, BeckRS 2020, 28521, Rn. 31, ferner Rn. 34: „Eine politische Gestaltungsentscheidung im Sinne eines Ausgleichs der widerstreitenden Belange von teilweise erheblichem Gewicht muss hier dem zuständigen Bundesgesetzgeber vorbehalten bleiben.“

⁶¹ Begründung, S. 29 (Beherbergungsverbot).

zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom Willen des Gesetzgebers getragen sind.⁶²

Eine derartige Grundentscheidung hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 5.11.2020 gefordert und bereits hinsichtlich § 5 IfSG – anders als für §§ 28 ff. IfSG – angenommen:

Nach dem Beschluss der „Videokonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder“ vom 28. Oktober 2020 ..., den der Antragsgegner seinem Verordnungserlass zugrunde gelegt hat ..., wird mit den seit dem 2. November 2020 geltenden Eingriffen das Ziel einer allgemeinen „erheblichen“ Kontaktreduzierung verfolgt, um die Zahl der Neuinfektionen auf eine „nachverfolgbare Größenordnung“ zu senken. Es geht somit nicht um eine Verhinderung aller bzw. aller nicht schlechthin (lebens-)notwendigen Kontakte, sondern um eine nur auf bestimmte Lebensbereiche und Wirtschaftszweige begrenzte Kontaktreduzierung unter ausdrücklicher Tolerierung von Kontakten in anderen Situationen. Während insbesondere der Freizeitgestaltung, Kultur und Unterhaltung dienende sowie touristische und gastronomische Einrichtungen geschlossen sind, werden Kontakte etwa in öffentlichen Verkehrsmitteln, Schulen, Kindergärten und Kirchen hingenommen. Zweck des Infektionsschutzgesetzes ist es nach § 1 Abs. 1 IfSG, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. Auf welche Weise unsere Gesellschaft den Gefahren und den Belastungen durch eine bedrohliche übertragbare Krankheit, also einer übertragbaren Krankheit, die auf Grund klinisch schwerer Verlaufsformen oder ihrer Ausbreitungsweise eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen kann (§ 2 Nr. 3a IfSG), begegnen kann, ist bisher im IfSG nur bei den Maßnahmen nach § 5 IfSG aufgezeigt. Der Gesetzgeber hat mit der Schaffung dieser Vorschrift durch das Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27. März 2020 (BGBl. 2020 I S. 587) zwar zum Ausdruck gebracht, dass ein bundesweit auftretendes epidemisches Geschehen wie die COVID-19-Pandemie zusätzliche Kompetenzen auf Seiten des Bundes erfordert, ist aber gleichzeitig noch davon ausgegangen, dass in der „Normallage“ die Befugnisse nach den §§ 28 ff. IfSG ausreichen (BT-Drs. 19/18111 S.11). Ob bzw.

⁶² Begründung, S. 31.

inwieweit diese Einschätzung des Gesetzgebers zutreffend war, bedarf hier keiner Entscheidung. Aus der weiteren Entwicklung des Infektionsgeschehens und der Erkenntnislage bis zum heutigen Tag ergibt sich jedoch, dass die zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie erlassenen Verordnungsbestimmungen das tägliche Leben eines jeden auf noch nicht absehbare Zeit bestimmen werden und dabei teilweise schwerwiegende Grundrechtseingriffe umfassen, für die es bislang keine Grundentscheidung des nach Art.74 Abs.1 Nr.19, Art.72 Abs.1 GG hierzu berufenen Bundesgesetzgebers gibt ...⁶³

c) Verfassungsrechtliche Bewertung

Die mit der Einfügung des § 28a IfSG-E erfolgte Präzisierung der exekutiven Handlungsermächtigung stellt einen **wesentlichen Fortschritt im Vergleich zum Status Quo** dar,⁶⁴ gerade auch gemessen am Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit und an den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Ermächtigung zur exekutiven Rechtsetzung (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG), nämlich dem Selbstentscheidungsvorbehalt (Festlegung von Regelungsgegenstand, Grenzen und Ziel), der Programmfestsetzungspflicht (Festlegung eines Handlungsprogramms) und dem Vorhersehbarkeitsgebot (Anwendungsfälle und -tendenz, Verordnungsinhalt).

⁶³ BayVGH, Beschl. vom 5.11.2020, 20 NE 20.2468, Rn. 13.

⁶⁴ Siehe zum Vergleich §§ 3 f. des **österreichischen Bundesgesetzes** betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG) – zur Ausgangsbeschränkung des § 5 unten, IV.3.d.cc(3)(b):

§ 3 (Betreten und Befahren von Betriebsstätten und Arbeitsorten sowie Benutzen von Verkehrsmitteln)

(1) Beim Auftreten von COVID-19 kann durch Verordnung

1. das Betreten und das Befahren von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen,
 2. das Betreten und das Befahren von Arbeitsorten oder nur bestimmten Arbeitsorten gemäß § 2 Abs. 3 des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes und
 3. das Benutzen von Verkehrsmitteln oder nur bestimmten Verkehrsmitteln
- geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

(2) In einer Verordnung gemäß Abs. 1 kann entsprechend der epidemiologischen Situation festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten und befahren oder Verkehrsmittel benutzt werden dürfen. Weiters kann das Betreten und Befahren von Betriebsstätten oder Arbeitsorten sowie das Benutzen von Verkehrsmitteln untersagt werden, sofern gelindere Maßnahmen nicht ausreichen.

§ 4 (Betreten und Befahren von bestimmten Orten und öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit).

(1) Beim Auftreten von COVID-19 kann durch Verordnung das Betreten und das Befahren von

1. bestimmten Orten oder
2. öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit

geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

(2) In einer Verordnung gemäß Abs. 1 kann entsprechend der epidemiologischen Situation festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen diese Orte betreten und befahren werden dürfen. Weiters kann das Betreten und Befahren bestimmter Orte gemäß Abs. 1 Z 1, nicht aber öffentlicher Orte in ihrer Gesamtheit gemäß Abs. 1 Z 2 untersagt werden, sofern gelindere Maßnahmen nicht ausreichen.

So beziehen sich die Befugnisse auf eine **spezifische, doppelt begrenzte Situation** (Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag; Bezug ausschließlich auf aktuelle Coronavirus-SARS-CoV-2-Pandemie) und sind dem **spezifischen Ziel** der Eindämmung der Pandemie durch eine Unterbindung der dynamischen Verbreitung des Virus verpflichtet (§ 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG-E). Hinsichtlich der **Rechtsfolgen** bricht die Regelung die abstrakte Ermächtigung der Generalklausel zu „notwendigen Schutzmaßnahmen“ (§ 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG) in **fünfzehn Regelbeispiele** herunter (§ 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG-E), wobei die Gesetzesbegründung deren Beitrag zur Zielerreichung einschließlich daraus folgender Entscheidungskriterien und inhaltlicher Konturierung näher erläutert. Darüber hinaus enthält die Regelung **eingriffslimitierende Kautelen**, so eine Verschärfung der Untersagungsbefugnis für besonders grundrechtssensible Bereiche wie Versammlungen und religiöse Zusammenkünfte oder, in Zusammenspiel mit dem überdies explizit normierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 28a Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 IfSG-E), ein Stufenverhältnis von Beschränkung und Untersagung; weitere limitierende und entscheidungsleitende Aspekte liefert die Gesetzesbegründung. Hinsichtlich des **örtlichen Anwendungsbereichs** normiert § 28a den Grundsatz der regionalen Differenzierung (Abs. 2 Satz 1 IfSG-E) und bestimmt gleichzeitig, wann Bundes- bzw. Landeseinheitlichkeit anzustreben ist (Abs. 2 Satz 6 und 7 IfSG-E). Überdies gilt eine **Hierarchie der Schutzmaßnahmen** mit den drei in der Gesetzesbegründung etwas weiter konkretisierten Kategorien schwerwiegende, stark einschränkende und einfache Schutzmaßnahmen (§ 28a Abs. 2 Satz 2 ff. IfSG-E), wobei diese Stufen an das Infektionsgeschehen, namentlich, aber flexibilisiert an die **rechtssicher feststellbare Schwelle** der Zahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner (ab 50, ab 35, unter 35) innerhalb von sieben Tage geknüpft sind. Überdies verweist die Gesetzesbegründung auf den **Befristungsaspekt** als Ausdruck der Verhältnismäßigkeit in der Zeit. Schließlich hat der **Deutsche Bundestag** ausweislich der Gesetzesbegründung die **politische Gesamtverantwortung** für den Erlass der „erforderlichen Schutzmaßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bis hin zu einem vollständigen Herunterfahren des öffentlichen Lebens und zu weitreichenden Einschränkungen des Privatlebens“ **übernommen**.

Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass **relativ weite Spielräume verbleiben**. 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.

Nach Auffassung des Gutachters ist indes **kein strikt einzelmaßnahmenbezogener Ansatz geboten**, da sich die Pandemiebekämpfung von der Abwehr punktueller Gefahren im Polizei- und Sicherheitsrecht durch Standardmaßnahmen unterscheidet. Es sind nämlich einzelne Maßnahmen im Rahmen eines übergreifenden Schutzkonzepts zu kombinieren, sind diese doch im

Zusammenhang zu sehen, 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 Gesamtbeurteilung erfolgen kann. Dies ändert nichts an absoluten Mindestanforderungen in einzelnen Bereichen, denen der Gesetzentwurf etwa durch besonders strenge Anforderungen für besonders grundrechtssensible Bereiche wie Versammlungen und religiöse Zusammenkünfte Rechnung trägt. Im Rahmen des Schutzkonzepts erlaubt die Hierarchisierung der Schutzmaßnahmen in die Kategorien schwerwiegende, stark einschränkende und einfache Schutzmaßnahmen nebst Konkretisierung in der Gesetzesbegründung zumindest eine Grobsteuerung. Im Übrigen erscheint ein Spielraum bei der Entwicklung eines Schutzkonzepts auch mit Blick auf den vielgestaltigen, komplexen und dynamischen Lebenssachverhalt erforderlich.

Unbeschadet dessen besteht hinsichtlich der nach wie vor weiten Spielräume der Exekutive **Optimierungspotential** (dazu sogleich, 3.d).

d) Optimierungspotential

Zur Schärfung der Ermächtigungsgrundlage und damit zur Stärkung der parlamentarischen Steuerung der Pandemiebekämpfung sei empfohlen, folgende Modifikationen in Betracht zu ziehen:

- Prozeduralisierung der Entscheidungsfindung durch Konzept- und Begründungspflicht sowie ein Befristungserfordernis nebst Evaluierungs- und Korrekturpflicht (aa);
- Kriterienkatalog: Positivierung und Gewichtung weiterer für das Infektionsgeschehen relevanter Kriterien (bb);
- Nachschärfung des Stufenmodells, allgemeiner Grundsätze und einzelner Maßnahmen (cc);
- Direktiven für die Ausgestaltung der Schutzmaßnahmen (dd);
- Definition der epidemischen Lage von nationaler Tragweite (ee);
- Spezialregelung für Lockdown/Lockdown „light“ (ff).

Des Weiteren ist das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG) zu wahren (gg). Verwiesen sei ferner auf die Frage einer Einbeziehung des Parlaments in die Verabschiedung des konkreten Schutzkonzepts (hh) und weitere Regulierungsfragen (ii).

Bei den aufgezeigten Maßnahmen ist stets die Vielgestaltigkeit, Komplexität und Dynamik der Pandemiebekämpfung einschließlich der Notwendigkeit zeitnahen Handelns im Blick zu behalten.

aa) Prozeduralisierung der Entscheidungsfindung

Zur Gewährleistung eines Grundrechtsschutzes (auch) durch Verfahren kommt die Normierung folgender – bereits teils in der Gesetzesbegründung erwähnter – prozeduraler Pflichten in Betracht, nämlich einer Konzept- und Begründungspflicht (1) sowie eines Befristungserfordernisses nebst Evaluierungs- und Korrekturpflicht (2). Dies dient auch einer rationalen Entscheidungsfindung, verbessert den Rechtsschutz und erhöht die Akzeptanz getroffener Entscheidungen. Zu berücksichtigen ist schließlich, dass **prozedurale Kautelen spielraumreduzierend** wirken und damit weite materielle Spielräume der Exekutive entschärfen.

(1) Konzept- und Begründungspflicht

§ 28a Abs. 1 IfSG-E nennt eine Vielzahl möglicher Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung, die gemäß § 28 Abs. 3 Satz 1 IfSG-E, „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 erforderlich ist, einzeln oder kumulativ angeordnet werden“ können. Gerade bei einem hochgradigen Infektionsgeschehen bedarf es, wie die Vergangenheit zeigt und wie dies auch in der Entwurfsbegründung zum Ausdruck kommt,⁶⁵ einer Vielzahl an Maßnahmen. Zur Rationalisierung des Entscheidungs- und Auswahlprozesses empfiehlt sich die Erstellung eines Schutzkonzepts durch den Verordnungsgeber (bzw. die zuständige Verwaltungsbehörde), das auf der Basis der gesetzlich vorgezeichneten Ziele und Entscheidungskriterien⁶⁶ die hierzu notwendigen Maßnahmen entwickelt.⁶⁷ Statuiert ist damit ein besonderes Begründungserfordernis, das exekutive Entscheidungsspielräume einzuhegen vermag. Das Begründungserfordernis sollte nochmals separat normiert werden. Bei der Bestimmung der Anforderungen ist der Notwendigkeit einer raschen Entscheidungsfindung Rechnung zu tragen.

Eine Konzeptpflicht findet sich auch in § 31a Abs. 1 Kießling-E:

Hat der Bundestag eine epidemische Lage nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 S. 1 festgestellt, muss die zuständige Behörde die notwendigen Ermittlungs- und Schutzmaßnahmen gegenüber der Bevölkerung oder bestimmten Personengruppen im Rahmen

⁶⁵ Begründung, S. 31.

⁶⁶ Siehe zum Erfordernis eines parlamentsgesetzlichen Rahmenkonzepts auch VG Hamburg, Beschl. v. 10.11.2020, 13 E 4550/20, Umdruck, S. 6: „Die wesentlichen Eingriffsmodalitäten sind aufgrund der Intensität der Maßnahmen für die betroffenen Grundrechtsträger durch den Gesetzgeber zu regeln. Er muss die vielseitigen Wechselwirkungen der infektionsschutzrechtlichen Eingriffsmaßnahmen in einem gesetzlichen Rahmenkonzept abbilden, an dem der Verordnungsgeber sich in der Folge bei dem Erlass von Einzelmaßnahmen zu orientieren hat. Es ist dem Gesetzgeber auch ohne Weiteres möglich, besondere infektionsschutzrechtliche Maßnahmen vergleichbar den Standardmaßnahmen im allgemeinen Polizeirecht gesondert zu regeln.“

⁶⁷ Allgemein zu Konzeptpflichten *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 202 ff.; *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 536 ff.

eines Schutzkonzepts anordnen, soweit und solange es zur Eindämmung der epidemischen Lage erforderlich ist. Das Schutzkonzept muss sich an dem Ziel ausrichten, den zuständigen Behörden die Kontaktnachverfolgung nach § 25 und die Isolierung konkreter Infektionsherde nach den §§ 28 bis 31 zu ermöglichen. Die Aufstellung des Schutzkonzepts hat sich an den Besonderheiten der epidemischen Lage auszurichten; insbesondere folgende Kriterien sind dabei zu berücksichtigen: ...

(2) Befristung, Evaluierung, Korrektur

Überdies sei eine explizite Befristung (zumindest schwerwiegender Maßnahmen) empfohlen.⁶⁸ Eine Befristung hat im Übrigen auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 29.10.2020 gefordert: „Die auf diesen Befugnissen basierenden Maßnahmen müssten außerdem klar befristet werden, um in regelmäßigen Abständen eine Neubewertung der Infektionslage durch den Gesetzgeber zu ermöglichen.“⁶⁹

Das Befristungs- kann mit einem Evaluierungs- und Korrekturerfordernis verbunden werden. Selbstverständlich bleibt eine (wiederum zu befristende) Verlängerung möglich.

bb) Kriterienkatalog: Positivierung weiterer für das Infektionsgeschehen relevanter Kriterien
Hinsichtlich der Auswahl der Maßnahmen erklärt § 28a Abs. 2 IfSG-E primär („insbesondere“) die Zahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner (ab 50, ab 35, unter 35) innerhalb von sieben Tagen für maßgeblich. Nachdem es sich hierbei um eine Schwellenregelung handelt („kommen in Betracht“), § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG-E auf das Infektionsgeschehen Bezug nimmt und vor allem weil der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt gilt (spezifisch bekräftigt in § 28a Abs. 1 Satz 2 IfSG-E), sind ergänzend weitere für das Infektionsgeschehen relevante Parameter in den Blick zu nehmen. Es empfiehlt sich, diese weiteren Parameter zu benennen und zur Hierarchisierung der Schutzmaßnahmen (schwerwiegende, stark einschränkende und einfache Schutzmaßnahmen) in Bezug zu setzen⁷⁰. Damit lässt sich auch die Zielfrage beantworten.⁷¹ Die Grenzen des Normierbaren sind freilich im Blick zu behalten.

⁶⁸ Siehe Begründung, S. 29 (Beherbergungsverbot).

⁶⁹ BayVGH, BeckRS 2020, 28521, Rn. 36.

⁷⁰ Siehe insoweit § 1 Abs. 8 des **österreichischen Bundesgesetzes** betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG): „In einer auf Grundlage dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung können typisierende Abstufungen hinsichtlich der epidemiologischen Situation vorgenommen werden und an unterschiedliche Risikoeinstufungen unterschiedliche Maßnahmen geknüpft werden („Ampelsystem“).“

⁷¹ Eine klare Zielvorgabe fordernd *U. Volkmann*, NJW 2020, S. 3153 (3160).

Bei der Kriterienauswahl handelt es sich um keine primär juristische Frage, als mögliche Kriterien erwähnt seien:

- Diffusität oder Lokalisierbarkeit des Infektionsgeschehens;
- Rückverfolgbarkeit;
- Anstieg der Neuinfektionen (exponentiell?);
- Belastung der Ressourcen des Gesundheitssystems, insbesondere auch stationäre und intensivmedizinische Kapazitäten sowie Testkapazitäten;
- Anzahl stationär/intensivmedizinisch behandlungsbedürftiger Personen bzw. Todesfälle.

Die umfassende Abbildung des Infektionsgeschehens anstatt des isolierten Abstellens auf die 7-Tage-Inzidenz erwies sich auch für die Bestätigung der Betriebsschließungen im Zuge der jüngsten Maßnahmen im Beschluss des OVG Lüneburg vom 6.11.2020 als entscheidend:

Der Ordnungsgeber habe die Erforderlichkeit der Betriebsschließungen – anders als bei den zuvor angeordneten Beherbergungsverboten (siehe Pressemitteilung Nr. 49/20 v. 15.10.2020) und Sperrzeiten im Gastronomiebereich (siehe Pressemitteilung Nr. 51/20 v. 29.10.2020) – nicht nur anhand der 7-Tage-Inzidenz, also der Zahl der Neuinfizierten im Verhältnis zur Bevölkerung je 100.000 Einwohnerinnen und Einwohner kumulativ in den letzten sieben Tagen, beurteilt. Er habe vielmehr, wie in dem von der Niedersächsischen Landesregierung erstellten „Handlungskonzept zur Bekämpfung des Infektionsgeschehens in der COVID 19 Pandemie“ vorgesehen, auch alle anderen für das Infektionsgeschehen relevanten Umstände in seine Bewertung einbezogen. Im Hinblick auf die aktuelle Entwicklung (landesweit diffuses Infektionsgeschehen, mangelnde Rückverfolgbarkeit von Infektionsketten, starker Anstieg der Zahl Neuinfizierter und der Zahl insbesondere intensivmedizinisch behandlungsbedürftiger Erkrankter) durfte der Antragsgegner den vollzogenen Strategiewechsel weg von bisherigen bloßen Betriebsbeschränkungen hin zu weitreichenden Betriebsschließungen und ergänzenden Betriebsbeschränkungen für erforderlich erachten.⁷²

⁷² OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.11.2020, 13 MN 411/20 u.a. – Pressemitteilung.

Auch § 1 Abs. 7 des **österreichischen Bundesgesetzes** betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG)⁷³ enthält einen entsprechend weiten Kriterienkatalog:

Die Bewertung der epidemiologischen Situation hat insbesondere anhand folgender Kriterien zu erfolgen:

1. Übertragbarkeit, gemessen an neu aufgetretenen COVID-19-Fällen und Clustern,
2. Clusteranalyse, gemessen an der Anzahl der Fälle mit geklärter Quelle,
3. Ressourcen und Kapazitäten im Gesundheitswesen unter Berücksichtigung der aktuellen Auslastung der vorhandenen Spitalskapazitäten sowie der aktuellen Belegung auf Normal- und Intensivstationen,
4. durchgeführte SARS-CoV-2-Tests samt Positivrate und
5. regionale Besonderheiten wie ein besonderer Zustrom ortsfremder Personen, insbesondere Tourismus- und Pendlerströme.

Vergleichbar heißt es auch in § 31a Abs. 1 Satz 3 Kießling-E:

Die Aufstellung des Schutzkonzepts hat sich an den Besonderheiten der epidemischen Lage auszurichten; insbesondere folgende Kriterien sind dabei zu berücksichtigen:

Nr. 1: Infektiosität und Kontagiosität des Krankheitserregers, einschließlich der jeweiligen Beiträge unterschiedlicher Personengruppen zum Infektionsgeschehen, und die Schwere der klinischen Verlaufsform der Krankheit, einschließlich der besonderen Betroffenheit bestimmter Personengruppen,

Nr. 2: Clusteranalyse, gemessen an der Anzahl der Fälle mit geklärter Quelle,

Nr. 3: Ressourcen und Kapazitäten im Gesundheitswesen unter Berücksichtigung der aktuellen Auslastung der vorhandenen Krankenhauskapazitäten sowie der aktuellen Belegung auf Normal- und Intensivstationen,

Nr. 4: Anzahl der durchgeführten Tests zum Nachweis der Infektion samt Positivrate.

cc) Nachschärfung des Stufenmodells, allgemeiner Grundsätze und einzelner Maßnahmen

Es ist eine Nachschärfung des Stufenmodells (1), allgemeiner Grundsätze (2) und einzelner Maßnahmen (3) in Betracht zu ziehen. Hier kann der Deutsche Bundestag – auch jenseits der

⁷³ Abrufbar unter: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20011073> (7.11.2020).

Frage verfassungsrechtlicher Grenzen – Vorgaben hinsichtlich der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einzelner Maßnahmen bzw. bestimmter Ausprägungen derselben aufstellen und damit die Pandemiebekämpfung gestalten.

(1) Konkretisierung des Stufenmodells: Hierarchie der Schutzmaßnahmen

§ 28a Abs. 2 IfSG-E sieht eine Hierarchisierung der Schutzmaßnahmen in drei abstrakte, in der Gesetzesbegründung schlagwortartig konkretisierte Stufen vor, nämlich schwerwiegende, stark einschränkende und einfache Schutzmaßnahmen. Hier ist zu prüfen, ob die einzelnen Stufen etwa mit Blick auf die (grundsätzliche) Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einzelner Maßnahmen bzw. bestimmter Ausprägungen derselben weiter konkretisiert werden können.⁷⁴ Denkbar erscheint etwa, Ausgangsbeschränkung nur auf höchster Schutzstufe zuzulassen, ebenso Kontaktbeschränkungen, die eine hohe Intensität erreichen (gemessen an Personenzahl und Haushalte). Dabei darf freilich nicht die für die Konkretisierung des Schutzkonzepts notwendige Flexibilität für die Exekutive verloren gehen.

(2) Normierung allgemeiner Grundsätze

Zur Konturierung der Verordnungsbefugnisse empfiehlt sich eine ausdrückliche Normierung bereits jetzt implizit im Gesetzentwurf angelegter allgemeiner Grundsätze:

- Ausdrückliche Normierung des bereits jetzt implizit angelegten Stufenverhältnisses von Untersagung und Einschränkung/Auflagen (siehe oben, 3.b).
- Ausdrückliche Normierung des bereits jetzt implizit angelegten Vorrangs von Maßnahmen der Gefahrenabwehr, mithin Maßnahmen in Bezug auf Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider, namentlich durch eine Absonderung der Betroffenen (§ 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG); dies setzt u.a. eine funktionsfähige Kontaktverfolgung (§ 25 IfSG) voraus (siehe oben, 3.b).

⁷⁴ Siehe insoweit § 1 Abs. 8 des **österreichischen Bundesgesetzes** betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG): „In einer auf Grundlage dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung können typisierende Abstufungen hinsichtlich der epidemiologischen Situation vorgenommen werden und an unterschiedliche Risikoeinstufungen unterschiedliche Maßnahmen geknüpft werden („Ampelsystem“).“

(3) Einzelmaßnahmen

(a) Allgemein

Der Gesetzentwurf sieht an einigen Stellen bereits jetzt ausdrücklich verschärfte Anforderungen vor, so für besonders grundrechtssensible Bereiche wie Versammlungen und religiöse Zusammenkünfte, deren Untersagung „zwingend erforderlich“ sein muss (§ 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 IfSG-E; dazu und zu weiteren Konkretisierungen in der Gesetzesbegründung oben, 3.b). Es ist für jede einzelne Maßnahme zu prüfen, ob und inwieweit weitere Schärfungen möglich sind, etwa durch die Formulierung von Mindestanforderungen, die etwa

- bei Kontaktbeschränkungen ein Minimum an sozialen Kontakten sicherstellen oder
- bei Besuchsregeln für Krankenhäuser und vergleichbare stationäre Einrichtungen einen Mindeststrahmen gewährleisten (Begleitung Sterbender; Besuch von Kindern; Zugangsmöglichkeiten für Angehörige; Seelsorge; sonstige dringende Anliegen, z.B. Notar/Urkundspersonen; vgl. auch § 30 Abs. 4 IfSG).

(b) Ausgangsbeschränkungen

Angesichts der Eingriffsintensität von Ausgangsbeschränkungen sollten deren Subsidiarität – insbesondere gegenüber Kontaktbeschränkungen – und Ausnahmemöglichkeiten geregelt werden. § 5 des **österreichischen Bundesgesetzes** betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG)⁷⁵ bestimmt etwa:

- (1) Sofern es zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 unerlässlich ist, um einen drohenden Zusammenbruch der medizinischen Versorgung oder ähnlich gelagerte Not-situationen zu verhindern, und Maßnahmen gemäß den §§ 3 und 4 nicht ausreichen, kann durch Verordnung angeordnet werden, dass das Verlassen des privaten Wohnbereichs nur zu bestimmten Zwecken zulässig ist.
- (2) Zwecke gemäß Abs. 1, zu denen ein Verlassen des privaten Wohnbereichs jedenfalls zulässig ist, sind:
 1. Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum,
 2. Betreuung von und Hilfeleistung für unterstützungsbedürftige Personen sowie Ausübung familiärer Rechte und Erfüllung familiärer Pflichten,

⁷⁵ Abrufbar unter: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20011073> (7.11.2020).

3. Deckung der notwendigen Grundbedürfnisse des täglichen Lebens,
4. berufliche Zwecke, sofern dies erforderlich ist, und
5. Aufenthalt im Freien zur körperlichen und psychischen Erholung.

(c) Reisebeschränkungen

Recht pauschal gehalten sind die Reisebeschränkungen; hier ist ggf. eine Präzisierung zu erwägen. Auch stellt sich die Frage nach einer Abgrenzung zu § 36 Abs. 8 ff. IfSG-E.

(d) Kontaktdaten

Mit Blick auf die Kontaktnachverfolgung hat der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes in seinem Beschluss vom 28.8.2020 – bei Fehlen einer spezifischen Rechtsgrundlage – gefordert:

Ein Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der personenbezogenen Daten bedarf einer in der Regel förmlichen, parlamentarischen ... Ermächtigung, die die zu erhebenden personenbezogenen Daten als solche, den Anlass und den spezifischen Zweck der Erhebung, die Art und Dauer der Aufbewahrung sowie ihre Löschung normenklar und bestimmt regelt und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.⁷⁶

(e) Auflagen und Beschränkungen

Denkbar erscheint auch eine regelbeispielhafte Konkretisierung der Auflagen und Beschränkungen, wie dies auch teils in der Gesetzesbegründung anklingt,⁷⁷ etwa hinsichtlich⁷⁸:

- Erstellung eines Hygienekonzepts (Handhygiene, Sanitäranlagen, Desinfektion etc.);
- Mindestabstand;
- Maskenpflicht;
- Personenzahlbegrenzung, auch abhängig von Fläche;
- Schutzkleidung;
- zeitliche Begrenzung (Sperrstunde);
- Publikumsverkehr (Lieferservice).

⁷⁶ VerfGH des Saarlandes, NVwZ 2020, S. 1513 (1518).

⁷⁷ Siehe auch § 31c Abs. 2 Kießling-E.

⁷⁸ Siehe auch § 1 Abs. 5 des **österreichischen Bundesgesetzes** betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG): „Als Auflagen nach diesem Bundesgesetz kommen insbesondere in Betracht: 1. Abstandsregeln, 2. die Verpflichtung zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung, 3. sonstige Schutzmaßnahmen wie organisatorische oder räumliche Maßnahmen und 4. Präventionskonzepte, das sind programmhafte Darstellungen von – dem jeweiligen Angebot angepassten – Regelungen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19.“

dd) Direktiven für die Ausgestaltung der Schutzmaßnahmen

Zu erwägen ist ferner, ob weitere materielle Vorgaben in den Gesetzestext aufgenommen werden sollen, die sich teils bereits in der Gesetzesbegründung finden:

- Priorisierung von Schule und Kinderbetreuung bzw. besondere Berücksichtigung des Bildungsauftrags⁷⁹ und – darüber hinaus – des Kindeswohls (Art. 6 Abs. 2 GG);

Denkbar ist – vorbehaltlich ihrer infektionsschutzrechtlichen Vertretbarkeit – auch eine Priorisierung einzelner Sektoren, etwa im Bereich Soziales, Kunst oder Kultur, oder von solchen Sektoren, die bislang besonders betroffen waren von den Einschränkungen und ihren Wirkungen.

Hinsichtlich der Notwendigkeit einer parlamentsgesetzlichen Entscheidung sei auf den Beschluss des VGH Mannheim vom 6.11.2020 verwiesen, der eine solche für nicht rein infektionsschutzrechtlich begründete Maßnahmen in den Raum gestellt hat:

Der 1. Senat führt zur Begründung in seinen Beschlüssen von heute aus, insbesondere in einer Pandemielage mit diffusem Infektionsgeschehen könne es – zur Vermeidung eines vollständigen „Lockdowns“ – sachliche Gründe für Ungleichbehandlungen geben. Im Eilverfahren offen sei allerdings, ob solche Differenzierungen, für die es keine rein infektionsschutzrechtlichen Gründe gebe, vom Ordnungsgeber oder nur vom parlamentarischen Gesetzgeber vorgenommen werden dürfen. Diese Frage stelle sich umso dringlicher, wenn die Landesregierung Ungleichbehandlungen zu einem Zeitpunkt vornehme, zu dem die Grundrechtsträger bereits über einen längeren Zeitraum erheblichen Grundrechtseingriffen zur Bekämpfung einer Pandemie ausgesetzt gewesen seien.⁸⁰

ee) Definition der epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Es empfiehlt sich, in § 5 Abs. 1 IfSG eine Definition der epidemischen Lage von nationaler Tragweite aufzunehmen. § 5 Abs. 1 IfSG i.d.F. der Formulierungshilfe der Bundesregierung für die Koalitionsfraktionen für einen aus der Mitte des Deutschen Bundestages einzubringenden Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von

⁷⁹ Siehe insoweit Begründung, S. 28.

⁸⁰ VGH Mannheim, Beschl. v. 6.11.2020, 1 S 3388/20 u.a. – Pressemitteilung.

nationaler Tragweite⁸¹ sah – im Folgenden angepasst an eine Entscheidungskompetenz des Bundestages und nicht der Bundesregierung, wie noch im Entwurf bestimmt – vor:

- (1) Eine epidemische Lage von nationaler Tragweite liegt vor, wenn ~~die Bundesregierung~~ der Bundestag eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland festgestellt hat, weil
1. die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland droht oder
 2. die dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht.⁸²

Der Bundestag ist verpflichtet, kontinuierlich zu beobachten, ob die Voraussetzungen weiterhin vorliegen; dies kann ausdrücklich normiert werden. Ebenso kann eine Befristung erwogen werden.

ff) Spezialregelung für Lockdown („light“)

In weiterer Konkretisierung des Stufenmodells [dazu soeben, 3.d.cc(1)] ließe sich erwägen, eine spezifische Regelung für einen Lockdown (light) zu schaffen, der diesen hinsichtlich möglicher Maßnahmen und Voraussetzungen typisiert.

gg) Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG)

Angesichts der strikten Anforderungen an das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG) sind die eingeschränkten Grundrechte in § 28a IfSG-E aufzulisten. In seinem Urteil vom 27.7.2005 hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt:

Das Zitiergebot erfüllt eine Warn- und Besinnungsfunktion ... Durch die Benennung des Eingriffs im Gesetzeswortlaut soll gesichert werden, dass der Gesetzgeber nur Eingriffe vornimmt, die ihm als solche bewusst sind und über deren Auswirkungen auf die betroffenen Grundrechte er sich Rechenschaft ablegt ... Die ausdrückliche Benennung erleichtert es auch, die Notwendigkeit und das Ausmaß des beabsichtigten Grundrechtseingriffs in öffentlicher Debatte zu klären. Diese Warn- und Besinnungsfunktion betrifft

⁸¹ Abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/S/Entwurf_Gesetz_zum_Schutz_der_Bevoelkerung_bei_einer_epidemischen_Lage_von_nationaler_Trageweite.pdf (7.11.2020).

⁸² Siehe mit Abweichung auch § 2 Nr. 3a, § 5 Abs. 1 Kießling-E.

nicht nur eine erstmalige Grundrechtseinschränkung, sondern wird bei jeder Veränderung der Eingriffsvoraussetzungen bedeutsam, die zu neuen Grundrechtseinschränkungen führt.⁸³

hh) Einbeziehung des Parlaments in die Verabschiedung des Schutzkonzepts

Auch bei weiterer Schärfung der exekutiven Handlungsermächtigung ist der Deutsche Bundestag nicht in die Verabschiedung des konkreten Schutzkonzepts eingebunden. Dies kann bei weitreichenden Einschränkungen bzw. bei bundesweit als einheitlich angestrebten Maßnahmen wünschenswert erscheinen. Für diesen Fall muss sich der Deutsche Bundestag Mitwirkungsrechte beim Verordnungserlass einräumen lassen bis hin zu einem Zustimmungsvorbehalt.⁸⁴ Problematisch an deren Realisierung im aktuellen Regelungskonzept ist indes, dass die Ermächtigungsadressaten nicht die Bundesregierung oder ein Bundesminister sind, sondern die Länder, für die mit Blick auf die getrennten Verfassungsräume von Bund und Ländern keine Anforderungen an das Verfahren der (exekutiven) Gesetzgebung formuliert werden können. Dies verweist auf die Frage nach einer Einräumung von Verordnungsbefugnissen für die Bundesebene (dazu sogleich unten, 3.d.ii).

ii) Weitere Regulierungsfragen

Abschließend seien weitere Regulierungsfragen schlagwortartig angerissen:

- Schaffung einer Regelung zur Notbetreuung in Schulen / Kindertagesbetreuung als flankierende Anforderung bei Schließung/Beschränkung entsprechender Einrichtungen;⁸⁵
- Systematische Novellierung der Pandemiebekämpfung,⁸⁶ ggf. auch in einer Novelle nach Ende der Pandemie;
- Prüfung, in welchen Bereichen bundeseinheitliche Regelungen und damit Verordnungsbefugnisse zugunsten der Bundesregierung oder eines Bundesministers notwendig sind. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG enthält eine umfassende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen“, die nicht der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG unterliegt⁸⁷;

⁸³ BVerfGE 113, 348 (366).

⁸⁴ Zu deren grundsätzlicher Zulässigkeit nur *H. Bauer*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *GG*, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 27 ff.

⁸⁵ Siehe § 31i Abs. 2 Satz 2 Kießling-E.

⁸⁶ Siehe Kießling-E, insb. Begründung AT.

⁸⁷ Zu dieser *F. Wollenschläger*, in: *Bonner Kommentar, GG*, Art. 72 GG, Rn. 155 ff. (Stand: 191. Aktualisierung August 2018).

- Frage der Entschädigung bei Betriebsschließungen/-beschränkungen.⁸⁸

V. Änderungen im Bereich der (Verordnungs-)Ermächtigung des § 5 IfSG

Art. 1 Nr. 4 lit. a) aa) des Gesetzentwurfs hebt die in § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1–3 IfSG enthaltenen Anordnungs- und Verordnungsbefugnisse auf.

Diese ermächtigen das „Bundesministerium für Gesundheit ... im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite unbeschadet der Befugnisse der Länder“, Anordnungen hinsichtlich einreisender Personen (Nr. 1) und Reiseunternehmen (Nr. 2) zu treffen sowie „durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Ausnahmen von den Vorschriften dieses Gesetzes sowie der auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen in Bezug auf die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, den Infektionsschutz bei bestimmten Einrichtungen, Unternehmen und Personen und gesundheitliche Anforderungen an das Personal beim Umgang mit Lebensmitteln zuzulassen, um die Abläufe im Gesundheitswesen und die Versorgung der Bevölkerung aufrecht zu erhalten“ (Nr. 3).

Diese **Änderungen entschärfen die Diskussion um die Verfassungskonformität des § 5 IfSG**, wurde doch vielfach ein Verstoß der Anordnungskompetenzen gegen Art. 83 GG⁸⁹ und der weit reichenden, namentlich Abweichungen vom IfSG, einem Parlamentsgesetz, deckenden Verordnungsermächtigung des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 IfSG gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG⁹⁰ geltend gemacht.

Diese **Änderungen sind zu begrüßen**. Bereits in meinen Stellungnahmen zu den vorausgehenden Anhörungen habe ich darauf hingewiesen, dass die Delegation von Handlungsbefugnissen auf die Exekutive für den Fall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite – unabhängig von verfassungsrechtlichen Grenzen – eine vom Gesetzgeber (verfassungs-)politisch zu verantwortenden Delegationsentscheidung darstellt; vor diesem Hintergrund ist die Möglichkeit einer Aufhebung bzw. Änderung einzelner Ermächtigungsgrundlagen und einer Aufhebung bzw. (ggf. modifizierenden) Überführung einzelner auf ihrer Basis erlassener Rechtsnormen in (Parlaments-)Gesetzesrecht im Blick zu behalten. Dem trägt der Gesetzgeber Rechnung, wenn er die nicht (mehr) benötigte Ermächtigungsgrundlage des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 IfSG aufhebt.

⁸⁸ Für eine Regelungspflicht *H.-J. Papier*, DRiZ 2020, S. 180 (183).

⁸⁹ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, Ausarbeitung WD 3-3000-080/20, S. 9 f.

⁹⁰ Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, Ausarbeitung WD 3-3000-080/20, S. 4 ff.

An die Stelle der Anordnungsbefugnisse des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 IfSG treten nunmehr die – mit Blick auf Art. 83 GG unproblematischen – Verordnungsbefugnisse des § 36 Abs. 8 ff. IfSG-E.

München, den 11. November 2020

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger