



Sachstand

Grundsatzfragen zu den §§ 28 ff. Infektionsschutzgesetz

Grundsatzfragen zu den §§ 28 ff. Infektionsschutzgesetz

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 243/20
Abschluss der Arbeit: 26. Oktober 2020 (auch letzter Abruf der Internet-Quellen)
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Vereinbarkeit der Corona-Maßnahmen mit dem Gesetzesvorbehalt	4
3.	Tauglichkeit der Generalklausel, § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG	5
4.	Vereinbarkeit der Verordnungsermächtigung in § 32 S. 1 IfSG mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG	7
5.	Zulässigkeit von Allgemeinverfügungen	10
6.	Mögliche Maßnahmen gegen verfassungsrechtliche Bedenken	11

1. Fragestellung

Der Sachstand befasst sich mit grundlegenden Fragen zu den §§ 28 ff. Infektionsschutzgesetz (IfSG)¹, die die Grundlage für die staatlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie darstellen. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG bildet die **Generalklausel** für „die notwendigen Schutzmaßnahmen“ zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten. Die notwendigen Maßnahmen können nach § 32 S. 1 IfSG auch durch **Rechtsverordnungen** der Landesregierungen geregelt werden. Die Ansichten darüber, ob diese Rechtsgrundlagen die weitreichenden Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie tragen, gehen inzwischen in der juristischen Literatur und der Rechtsprechung auseinander. Während die **Literatur** den Maßnahmen zunehmend **kritisch** gegenübersteht, werden sie in der **Rechtsprechung** in weiten Teilen noch **bestätigt**.² Eine stärkere Beteiligung des Bundestages an den Maßnahmen steht aktuell zur Diskussion.³

2. Vereinbarkeit der Corona-Maßnahmen mit dem Gesetzesvorbehalt

In der Literatur wird unter anderem die Vereinbarkeit der Corona-Maßnahmen, die im Wesentlichen mittels **Rechtsverordnung** normiert werden, mit dem **Vorbehalt des Gesetzes** diskutiert. Die Frage der Notwendigkeit eines parlamentarischen Gesetzes bestimmt sich nach der durch das Bundesverfassungsgericht geprägten sog. Wesentlichkeitstheorie.⁴ Diese besagt, dass der parlamentarische Gesetzgeber die **wesentlichen Entscheidungen** nicht der Exekutive überlassen darf, sondern diese selbst zu treffen hat.⁵ Mit dem Begriff „wesentlich“ ist in diesem Sinne „wesentlich für die Grundrechtsverwirklichung“ gemeint.⁶ In der Literatur wird verstärkt argumentiert, dass die Bekämpfung der Corona-Pandemie im Ordnungswege nicht dem Parlamentsvorbehalt entspreche.

Pautsch/Haug gehen etwa davon aus, dass die Verordnungsermächtigung in § 32 S. 1 IfSG dem Wesentlichkeitsvorbehalt nicht genüge, da sie an Intensität und Umfang **beispiellose Grundrechtseingriffe** ermögliche.⁷ So schafften die Länder ein eigenständiges Sonderrechtsgebiet, indem sie mit den Corona-Verordnungen zahlreiche Lebensbereiche neu erfassten, regelten und gestalteten. Dies widerspreche dem Zweck von Rechtsverordnungen, der auf die bloße **Umsetzung** und Konkretisierung von Details eines vom Gesetzgeber **vorgegebenen Regelungsprogramms** beschränkt sei.

1 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1385).

2 Volkmann, Heraus aus dem Ordnungsregime – Die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage, in: NJW 2020, 3153 (3154).

3 Siehe etwa Frankfurter Rundschau, Mitsprache fehlt, 21.10.2020, S. 4.

4 Vgl. Mann, in: Sachs (Hrsg.) GG, 8. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 21 f.

5 Ständige Rechtsprechung, siehe etwa BVerfGE 80, 1 (20), 139, 19 (45 f.) m.w.N.

6 BVerfGE 95, 267 (308) m.w.N.

7 Pautsch/Haug, Parlamentsvorbehalt und Corona-Verordnungen – ein Widerspruch, in: NJ 2020, 281 (282); so auch bezüglich Ausgangsverboten Schmitt, Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote, in: NJW 2020, 1626 (1629).

Auch *Volkman*n spricht die Problematik des Parlamentsvorbehalts an.⁸ Er weist darauf hin, dass der Bundestag mittlerweile mehrere kleinteilige Novellen des IfSG beschlossen habe. Dabei habe sich gezeigt, dass das parlamentarische Verfahren in Notsituationen kaum weniger schnell und effektiv sei als das exekutive. In den Monaten seit dem Beginn der Pandemie sei **genügend Zeit** gewesen, die Maßnahmen auf ein gesetzliches Standbein zu stellen.

Der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim beschäftigte sich mit der Frage des Parlamentsvorbehalts im Zusammenhang mit Betriebsschließungen.⁹ Der Gerichtshof ließ die Frage im Ergebnis offen, äußerte aber folgende Erwägungen: Die **Vielfältigkeit von Infektionsgeschehen** durch unterschiedliche Krankheitserreger könne dafür sprechen, dass eine **genaue Bestimmung** der zur Verhütung und Bekämpfung geeigneten und notwendigen Maßnahmen durch den Gesetzgeber kaum oder gar **nicht möglich** sei.¹⁰ Sei eine Gesetzesmaterie einer detaillierten Normierung nicht zugänglich, so scheide eine Verletzung des Wesentlichkeitsgebots aus.

Der VGH München mahnte allerdings bereits im April 2020 an:

„Der Senat ist im Rahmen seiner bisherigen Eilentscheidungen vorläufig davon ausgegangen, dass die bislang auf die §§ 32, 28 IfSG gestützten Maßnahmen mit dem Vorbehalt des Gesetzes vereinbar sind. Sollte sich aufgrund der Fortentwicklung der Pandemielage jedoch zeigen, dass die grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahmen **nicht mehr nur kurzfristiger Natur** sind, sondern längere Zeit fort dauern, erscheint **zweifelhaft**, ob der Vorbehalt des Gesetzes als wesentlicher Grundsatz einer parlamentarischen Staatsform ohne den Erlass eines Maßnahmegesetzes durch den parlamentarischen Bundesgesetzgeber als Rechtsgrundlage für mittelfristig und langfristig wirkende Maßnahmen gewahrt werden kann.“¹¹

3. Tauglichkeit der Generalklausel, § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG

Kritik wird insbesondere in Bezug auf die **Generalklausel** des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG geäußert, auf die der Großteil der Corona-Maßnahmen gestützt wird. Auch die Verordnungsermächtigung des § 32 S. 1 IfSG bezieht sich auf die nach der Generalklausel zulässigen Maßnahmen. Die Ausgestaltung von § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ist daher für die Verfassungsmäßigkeit der Corona-Maßnahmen von besonderer Bedeutung.

Insbesondere in der **Anfangsphase der Pandemie** wurde die Generalklausel für ausreichend erachtet, um den völlig neuen Umständen hinreichend Rechnung zu tragen und flexibel darauf zu reagieren. So erachtete *Bethge* Generalklauseln als notwendig, um „in unvorhergesehenen Situationen zu

8 Volkman, Heraus aus dem Ordnungsregime – Die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage, in: NJW 2020, 3153 (3159).

9 VGH Mannheim, Beschluss vom 9.4.2020, 1 S 925/20, BeckRS 2020, 6351.

10 VGH Mannheim, Beschluss vom 9.4.2020, 1 S 925/20, BeckRS 2020, 6351 Rn. 35.

11 VGH München, Beschluss vom 27.4.2020, 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630 Rn. 45. Hervorhebung nur hier.

Unvorhergesehenem“ zu ermächtigen.¹² Er verwies auf die Gesetzesbegründung zur Vorgängervorschrift von § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG (§ 34 Bundes-Seuchengesetz)¹³, die hierzu ausführt: „Die Fülle der Schutzmaßnahmen, die bei Ausbruch einer übertragbaren Krankheit in Frage kommen können, lässt sich von vorneherein nicht übersehen. Man muss eine generelle Ermächtigung in das Gesetz aufnehmen, will man für alle Fälle gewappnet sein“.¹⁴

Inzwischen mehren sich allerdings kritische Stimmen. Diese beziehen sich zum einen auf die **Eingriffsintensität** einiger auf die Generalklausel gestützter Maßnahmen. Unter Berufung auf das Beispiel der Ausgangssperre verweisen *Klafki* und *Edenharter* auf die Gesetzesbegründung zu § 34 Bundes-Seuchengesetz.¹⁵ Diese erläuterte, dass Maßnahmen auch gegenüber sog. Nichtstörern (also nicht erkrankten oder krankheitsverdächtigen Personen) ergehen könnten.¹⁶ Als Beispiel wurden Besuchsverbote von Nichtstörern bei Kranken genannt. Daraus schließen die Autoren, dass es keine Hinweise darauf gebe, dass auch Maßnahmen von so hoher Eingriffsintensität wie Ausgangssperren umfasst seien sollten. Zudem seien bestimmte Maßnahmen, wie etwa das Verbot von Ansammlungen, in § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG ausdrücklich benannt. Es sei systemwidrig, eingriffsintensivere Maßnahmen als die ausdrücklich genannten auf eine Generalklausel zu stützen.

Kritisiert wird die umfangreiche Anwendung der Generalklausel zudem aufgrund des **Zeitablaufs**. *Volkman* sieht es als bedenklich an, ein halbes Jahr nach Beginn des Infektionsgeschehens weiterhin auf § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG abzustellen.¹⁷ Deshalb spricht er sich für die Einführung von Standardmaßnahmen im Infektionsschutzrecht – ähnlich wie im Polizei- und Ordnungsrecht – aus.¹⁸ Auch *Kießling* sieht ein vorübergehendes Abstellen auf die Generalklausel nur so lange als vertretbar an, bis der Gesetzgeber Zeit hatte, eine Maßnahme als Standardmaßnahme zu regeln.¹⁹

-
- 12 Bethge, Ausgangssperre, Verfassungsblog vom 24.3.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/ausgangssperre/>.
- 13 Das Bundes-Seuchengesetz wurde mit Wirkung vom 1.1.2001 aufgehoben durch Art. 5 Gesetz zur Neuordnung seuchenrechtlicher Vorschriften (Seuchenrechtsneuordnungsgesetz – SeuchRNeuG) vom 20.7.2000 (BGBl. I S. 1045).
- 14 BT-Drs. 8/2468, S. 27.
- 15 Klafki, Corona-Pandemie: Ausgangssperre bald auch in Deutschland?, in: JuWissBlog Nr. 27/2020 vom 18.3.2020, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/27-2020/>; Edenharter, Freiheitsrechte ade?, Verfassungsblog vom 19.3.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/freiheitsrechte-ade>.
- 16 BT-Drs. 8/2468, S. 27.
- 17 Volkman, Heraus aus dem Verordnungsregime – Die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage, in: NJW 2020, 3153 (3157).
- 18 Volkman, Heraus aus dem Verordnungsregime – Die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage, in: NJW 2020, 3153 (3160).
- 19 Kießling, Infektionsschutzgesetz, 1. Aufl. 2020, § 28 Rn. 64; so auch Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, in: NVwZ 2020, 577 (581); in diese Richtung auch Gärditz/Abdusalam, Rechtsverordnungen als Instrument der Epidemie-Bekämpfung, in: GSZ 2020, 108 (112 f.).

Der Großteil der **Rechtsprechung** hat hingegen die Generalklausel bislang als taugliche Rechtsgrundlage angesehen.²⁰ So hat etwa das OVG Berlin-Brandenburg betont, dass der Begriff der „Schutzmaßnahmen“ in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG umfassend zu verstehen sei und der Infektionsschutzbehörde ein möglichst breites Spektrum an geeigneten Schutzmaßnahmen eröffne, welches durch die Notwendigkeit der Maßnahme im Einzelfall begrenzt werde.²¹ Die Verwendung einer Generalklausel sei gerechtfertigt, „weil sich die Fülle der Schutzmaßnahmen, die bei Ausbruch einer übertragbaren Krankheit in Frage kommen können, nicht von vornherein übersehen lässt [...]“.²²

Eine Ausnahme bildet die Entscheidung des **Saarländischen Verfassungsgerichtshofs** von Ende August 2020.²³ In Art. 2 § 3 der Saarländischen Verordnung zur Änderung infektionsrechtlicher Verordnungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 21. August 2020 (CP-VO)²⁴ wurde die Pflicht für Betreiber von Gastronomiebetrieben und bestimmten weiteren Gewerben zum Führen von Listen mit Kontaktdaten ihrer Gäste normiert. Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass die Vorschrift mit dem saarländischen Grundrecht auf Datenschutz (Art. 2 S. 2 Verfassung des Saarlandes) unvereinbar sei.²⁵ Die §§ 28, 32 IfSG seien keine taugliche Ermächtigungsgrundlage. Die sich aus der Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ergebende Befugnis, „die notwendigen Schutzmaßnahmen zu treffen“, sei jedenfalls für den Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu unbestimmt. Die Datenerhebung sei auch nicht durch eine etwaige Einwilligung der Grundrechtsträger gerechtfertigt. Eine Rechtfertigungswirkung der Einwilligung sei mangels freier Willensbildung nicht denkbar, denn die Einwilligung könne nur um des Preises der Versagung einer Teilhabe am gesellschaftlichen, politischen und religiösen Leben verweigert werden.

4. Vereinbarkeit der Verordnungsermächtigung in § 32 S. 1 IfSG mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Die Corona-Verordnungen der Länder werden auf die **Verordnungsermächtigung** in § 32 S. 1 IfSG i.V.m. den §§ 28 ff. IfSG gestützt. § 32 S. 1 IfSG ermächtigt die Landesregierungen, „unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 [IfSG] maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen“. Fraglich ist, ob die Verordnungsermächtigung mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vereinbar ist. Dieser schreibt vor, dass **Inhalt, Zweck und Ausmaß** einer erteilten Verordnungsermächtigung im

20 Siehe zum Beispiel OVG Münster, Beschluss vom 6.4.2020, 13 B 398/20.NE, COVuR 2020, 423; VGH München, Beschluss vom 30.3.2020, 20 NE 20.632, NJW 2020, 1236.

21 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.4.2020, 11 S 25/20, BeckRS 2020, 6642 Rn. 9.

22 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.4.2020, 11 S 25/20, BeckRS 2020, 6642 Rn. 9.

23 VerfGH Saarland, Beschluss vom 28.8.2020, Lv 15/20, BeckRS 2020, 21205; siehe hierzu bereits Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Verpflichtung zur Datenerhebung zum Zwecke der Kontaktverfolgung nach den Corona-Verordnungen der Länder, WD 3 - 3000 - 228/20, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/798242/33369cd226b041c3e8746d6fd22076e7/WD-3-228-20-pdf-data.pdf>.

24 ABl. 2020, S. 768.

25 VerfGH Saarland, Beschluss vom 28.8.2020, Lv 15/20, BeckRS 2020, 21205 Rn. 67 ff.

Gesetz bestimmt werden müssen. Das Bundesverfassungsgericht prüft diese Voraussetzung insbesondere anhand der folgenden drei Kriterien:²⁶

- **„Selbstentscheidungsformel“**: Der Gesetzgeber muss selbst die Entscheidung treffen, „dass bestimmte Fragen geregelt werden sollen, [...] muss die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen und [...] angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll“.²⁷
- **„Programmformel“**: Aus dem Gesetz muss sich ermitteln lassen, „welches vom Gesetzgeber gesetzte ‚Programm‘ durch die Verordnung erreicht werden soll“.²⁸
- **„Vorhersehbarkeitsformel“**: Es fehlt an der nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG notwendigen Beschränkung, „wenn die Ermächtigung so unbestimmt ist, 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“.²⁹

Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung sind unter Heranziehung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze aus dem Gesetz zu ermitteln.³⁰ Grundsätzlich ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe in der Ermächtigungsnorm zu verwenden. Die Bestimmtheitsanforderungen sind

„von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie der Intensität der Maßnahme abhängig [...]. Geringere Anforderungen sind vor allem bei vielgestaltigen Sachverhalten zu stellen [...] oder wenn zu erwarten ist, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse alsbald ändern werden [...]. Greift die Regelung erheblich in die Rechtsstellung des Betroffenen ein, so müssen höhere Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad der Ermächtigung gestellt werden, als wenn es sich um einen Regelungsbereich handelt, der die Grundrechtsausübung weniger tangiert.“³¹

Pautsch/Haug sind der Ansicht, dass die Verordnungsermächtigung den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht genüge.³² Die Verordnungsermächtigung erfülle dabei insbesondere die Voraussetzungen der „Programmformel“ nicht. Eine Generalklausel impliziere bereits, dass dem Verordnungsgeber ein **konkretes Programm nicht vorgegeben** sei. Zudem erfülle sie auch nicht

26 Hierzu ausführlich Bauer, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 32 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

27 BVerfGE 2, 307 (334).

28 BVerfGE 5, 71 (77).

29 BVerfGE 1, 14 (60).

30 Bauer, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 35, siehe dort auch zum Folgenden.

31 BVerfGE 58, 257 (277 f.)

32 Pautsch/Haug, Parlamentsvorbehalt und Corona-Verordnungen – ein Widerspruch, in: NJ 2020, 281 (282 f.); explizit zu Betriebsuntersagungen so auch Antweiler, Betriebsuntersagung durch Covid-19-Rechtsverordnungen: Eigentumsgriff und Entschädigung, in: NVwZ 2020, 584 (586).

die „Vorhersehbarkeitsformel“. Zwar seien Zweck und Inhalt aus der Zusammenschau von § 32 und §§ 28 ff. IfSG ersichtlich, aber das Ausmaß etwaiger Verordnungsregelungen sei **nicht mehr hinreichend bestimmt** vorgegeben.

Zu einem anderen Ergebnis kommen *Martini/Thiessen/Ganter*.³³ Das gebotene Maß der legislativen Regelungsdichte sinke mit der Komplexität des Regelungsgegenstandes.³⁴ Das **Infektionsrecht** zeichne sich durch **hohe Vielgestaltigkeit** aus und erfordere in besonderer Weise weite Handlungsspielräume. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG sei nicht so zu verstehen, dass die Verordnungsermächtigung so bestimmt wie irgend möglich formuliert sein müsse. Vielmehr müsse sie in der Gesamtschau, also zusammen mit den sonstigen Normen des Gesetzes, ein hinreichendes Maß an Bestimmtheit aufweisen. Der Gesetzgeber habe zumindest **zeitliche und inhaltliche Anforderungen** („solange“, „soweit“, „notwendige Schutzmaßnahmen“) in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG aufgenommen. Diese beschränkten die Handlungsmacht der Exekutive nach Inhalt, Zweck und Ausmaß in **noch hinreichend überprüfbarer** Weise. Die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Bestimmtheit seien zudem wenig streng und schlossen nur Globalermächtigungen aus.

Die **Rechtsprechung** hat bisher keinen Verstoß der Verordnungsermächtigung gegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG festgestellt. Die Gerichte haben dabei wiederholt insbesondere betont, dass **keine unzulässige Global- oder Blankettermächtigung** für den Verordnungsgeber bestehe.³⁵ Das OVG Greifswald führte aus:

„Aus dem Verweis auf die §§ 28 bis 31 IfSG ergibt sich für das Ausmaß der Ermächtigung, dass nur solche Maßnahmen vom Verordnungsgeber angeordnet werden können, die nach diesen Vorschriften rechtlich zulässig sind. § 28 Abs. 1 IfSG seinerseits sieht konkrete Maßnahmen vor und erlaubt darüber hinaus solche, die in Zielsetzung, Geeignetheit und Erforderlichkeit diesen Schutzmaßnahmen entsprechen. Inhalt, Zweck und Ausmaß der Schutzmaßnahmen dürften damit in Anwendung der herkömmlichen Auslegungsmethoden noch ermittelbar sein. Angesichts der historischen Erfahrungen mit Epidemien, der Erkenntnisse der einschlägigen Fachwissenschaften im Umgang mit solchen Epidemielagen und aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen zum konkreten Erreger/Auslöser der zu bekämpfenden Epidemie findet die Verordnungsermächtigung bestimmbare Grenzen, ohne dass der Gesetzgeber der Exekutive eine Blankettermächtigung erteilt und damit aus der politischen Verantwortung geflüchtet ist.“³⁶

33 Martini/Thiessen/Ganter, Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Corona-Pandemie, NJOZ 2020, 929.

34 Martini/Thiessen/Ganter, Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Corona-Pandemie, NJOZ 2020, 929 (930).

35 VGH München, Beschluss vom 9.4.2020, 20 NE 20.663, BeckRS 2020, 5446 Rn. 37; OVG Münster, Beschluss vom 6.4.2020, 13 B 398/20.NE, COVuR 2020, 423 Rn. 32.

36 OVG Greifswald, Beschluss vom 8.4.2020, 2 KM 236/20, BeckRS 2020, 5637 Rn. 20.

5. Zulässigkeit von Allgemeinverfügungen

Einige Bundesländer haben zumindest kurzzeitig Corona-Maßnahmen (insbes. Versammlungsverbote) nicht mittels Rechtsverordnung, sondern durch **Allgemeinverfügung** angeordnet.³⁷ Fraglich ist, ob diese Handlungsform der Länder in Betracht kommt. Die Frage ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil in Bezug auf Allgemeinverfügungen **nur die Anfechtungsklage möglich** ist, die ausschließlich zwischen den Parteien Wirkung entfaltet.³⁸

Allgemeinverfügungen dürfen gemäß § 35 S. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz³⁹ nur erlassen werden, wenn der **adressierte Personenkreis nach allgemeinen Merkmalen bestimmt oder bestimmbar** ist. Rechtsverordnungen beziehen sich dagegen auf eine unbestimmte Anzahl von Personen in einer unbestimmten Zahl von Fällen.⁴⁰ In der Praxis wird oft eine „je-desto-Formel“ angewandt, wonach eine Maßnahme umso eher als Allgemeinverfügung zu bewerten ist, je enger sie räumlich und zeitlich gefasst ist.⁴¹

Ein infektionsschutzrechtliches Beispiel war der Fall einer in einem begrenzten Gebiet mit Typhusbakterien verseuchten Salatsorte, deren Verkauf verboten wurde.⁴² Das Bundesverwaltungsgericht hat dieses Verbot als Allgemeinverfügung eingestuft:

„Gegenstand des Verkaufsverbots war ein **einzelnes reales Vorkommnis**, die konkrete Seuchengefahr, in deren Regelung es sich erschöpfte [...]. Der Charakter des Verkaufsverbots als Allgemeinverfügung wird auch nicht dadurch berührt, daß es nicht nur gegen die Verbreitung der Epidemie in den schon betroffenen Kreisen, sondern auch gegen das Übergreifen auf bisher noch nicht befallene Gebiete Vorsorge treffen sollte. Das Schwergewicht des behaupteten Verbots als einer Notmaßnahme lag zunächst in der **Fürsorge der einwandfrei befallenen Bezirke von Baden-Württemberg**. Von hier aus erhielt die Maßnahme ihr Gepräge. Im übrigen schrieb das Verkaufsverbot auch den Groß- und Einzelhändlern in den bisher noch nicht betroffenen Bezirken bereits jetzt vor, wie sie sich zu verhalten hätten, wenn die Seuche ihr Gebiet ergreifen sollte. Dies war kein ‚gedachter Fall‘, wie er für eine Rechtsnorm charakteristisch und erforderlich ist. Hier war eine **spezielle Typhusepidemie bereits im Anzug**, die jederzeit auch die bisher noch verschont gebliebenen Bezirke ergreifen konnte. Diese konkrete Gefahr bestimmte

37 Martini/Thiessen/Ganter, Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Corona-Pandemie, in: NJOZ 2020, 929 (933).

38 Martini/Thiessen/Ganter, Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Corona-Pandemie, in: NJOZ 2020, 929 (933)

39 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Artikel 5 Absatz 25 des Gesetzes vom 21. Juni 2019 (BGBl. I S. 846).

40 Vgl. Guckelberger, Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote anlässlich der Corona-Pandemie, in: NVwZ-Extra 9a/2020, 1 (14).

41 Guckelberger, Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote anlässlich der Corona-Pandemie, in: NVwZ-Extra 9a/2020, 1 (14).

42 Martini/Thiessen/Ganter, Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Corona-Pandemie, in: NJOZ 2020, 929 (933).

einheitlich den Charakter des Verkaufsverbots auch hinsichtlich der noch seuchenfreien Gebiete.“⁴³

In Bezug auf die **Corona-Maßnahmen** wird in der Literatur eingewandt, dass die Gefahr der Übertragung des Virus nicht auf bestimmte Lebenssituationen wie den Genuss bestimmter Lebensmittel beschränkt sei, sondern vielmehr bei **jeder Form des menschlichen Kontakts** bestehe.⁴⁴ Die Maßnahmen erfassten daher grundsätzlich alle Lebensaspekte. Da es sich um eine globale Pandemie handle, richteten sich die Maßnahmen an die **gesamte Bevölkerung**. Es handle sich somit nicht um ein konkretes Vorkommnis. Für **flächendeckende Maßnahmen**, etwa Versammlungsverbote, müsse daher die Rechtsform der **Rechtsverordnung** gewählt werden.

Das Verwaltungsgericht München stufte entsprechend eine für ganz Bayern geltende Regelung, wonach **physische Kontakte zu vermeiden** und ein **Mindestabstand von 1,5 Metern** einzuhalten war, als **nicht** durch eine **Allgemeinverfügung** regelbar ein.⁴⁵ Die Vorschrift richte sich an alle Personen, die in Bayern ihren Wohnsitz hätten oder sich dort aufhielten. Adressat sei damit ein unbestimmter Personenkreis.

Die **Anordnung der Schließung von Einzelhandelsgeschäften** im Wege der **Allgemeinverfügung** wurde hingegen durch den VGH München als **zulässig** erachtet.⁴⁶ Es handle sich um „die Regelung eines Einzelfalls für den bestimmten Personenkreis der Inhaber von Ladengeschäften des Einzelhandels, mithin um eine konkret-generelle Regelung [...]. Ihr Regelungsgehalt bezieht sich ausschließlich auf die infektionsschutzrechtlich notwendige Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2, das sich seit Februar 2020 epidemisch in Deutschland verbreitet und mithilfe der Regelungen in der streitgegenständlichen Allgemeinverfügung an einer raschen Ausbreitung gehindert werden soll [...]“. Zudem wurde auf die Befristung der Regelung hingewiesen.

6. Mögliche Maßnahmen gegen verfassungsrechtliche Bedenken

Es gibt inzwischen eine Reihe von Vorschlägen, wie verfassungsrechtlichen Bedenken in Bezug auf die §§ 28 ff. IfSG effektiv begegnet werden kann.

In Bezug auf § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG wird vor allem die bereits erwähnte Einführung von **Standardmaßnahmen** empfohlen.⁴⁷ Zum Teil wird zumindest eine Konkretisierung der Generalklausel

43 BVerwG, Urteil vom 28.2.1961, I C 54/57, NJW 1961, 2077 (2078). Hervorhebung nur hier.

44 Martini/Thiessen/Ganter, Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Corona-Pandemie, in: NJOZ 2020, 929 (933). Siehe dort auch zum Folgenden.

45 VG München, Beschluss vom 24.3.2020, M 26 S 20.1255, BeckRS 2020, 4632 Rn. 22.

46 VGH München, Beschluss vom 30.3.2020, 20 CS 20.611, NJW 2020, 1240 (1241).

47 Volkmann, Heraus aus dem Verordnungsregime – Die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage, in: NJW 2020, 3153 (3160); Kießling, Infektionsschutzgesetz, 1. Aufl. 2020, § 28 Rn. 64.

durch Regelbeispiele vorgeschlagen.⁴⁸ Durch die Konkretisierung der Eingriffsvoraussetzungen würde auch die Verordnungsermächtigung nach § 32 S. 1 IfSG inhaltlich beschränkt werden, da sie sich tatbestandlich auf § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG bezieht.

Diskutiert wird auch eine **Befristung** der Maßnahmen.⁴⁹ Dabei könnte zum einen festgelegt werden, dass die nach den §§ 28 ff. IfSG möglichen Maßnahmen nur für einen bestimmten Zeitraum angeordnet werden dürfen. Zum anderen könnte auch die Ermächtigung der Länder zum Erlass von Corona-Verordnungen zunächst beschränkt werden. Auf diese Weise hätte der Bundestag die weitere Entscheidung in der Hand, ob Verordnungen der Landesregierungen über den Zeitraum der Befristung hinaus zur Eindämmung der Pandemie weiterhin notwendig sind.

In Bezug auf die Rechtsverordnungen wird für einen **Zustimmungsvorbehalt** des Bundestages plädiert.⁵⁰ Zum Teil wird auch eine **Begründungspflicht** für die Corona-Verordnungen gefordert.⁵¹

Des Weiteren werden **Transparenz- und Berichtspflichten** gegenüber dem Bundestag und den Landesparlamenten vorgeschlagen.⁵² So könnte etwa eine Pflicht zur Unterrichtung des Bundestages durch die Bundesregierung eingeführt werden.

Papier plädiert für die Schaffung eines eigenständigen **Corona-Maßnahmengesetzes**.⁵³ Das Infektionsschutzgesetz sei für regional und personell begrenzte Infektionsgeschehen geschaffen worden. Für flächendeckende Maßnahmen sei es nicht ausgelegt. Nachdem mehrere Monate vergangen seien, müsse nun ein Maßnahmen-gesetz für den epidemischen Notstand geschaffen werden. Um regionalen Unterschieden Rechnung zu tragen, könne das Gesetz Öffnungsklauseln für die Landesregierungen enthalten.

* * *

48 Brouck, Exekutive versus parlamentarische Normsetzung in der Corona-Pandemie – Sind verordnungsvertretende Gesetze nach Art. 80 IV GG geeignet, den Parlamentsvorbehalt in der Krise zu gewährleisten?, in: NVwZ 2020, 1485 (1488).

49 So etwa Klafki, Neue Rechtsgrundlagen im Kampf gegen Covid-19, Verfassungsblog vom 25.3.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/neue-rechtsgrundlagen-im-kampf-gegen-covid-19/>.

50 So Martini/Thiessen/Ganter, Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Corona-Pandemie, NJOZ 2020, 929 (931).

51 Pautsch/Haug, Parlamentsvorbehalt und Corona-Verordnungen – ein Widerspruch, NJ 2020, 281 (285).

52 Vgl. Volkmann, Heraus aus dem Verordnungsregime – Die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage, in: NJW 2020, 3153 (3158, 3160).

53 NZZ Online, Der ehemalige Bundesverfassungsrichter Hans-Jürgen Papier warnt: „Auch wer die Gesundheit der Bevölkerung schützen will, darf nicht beliebig in die Grundrechte eingreifen“, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/international/hans-juergen-papier-warnt-vor-aushoehlung-der-grundrechte-ld.1582544>.