

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
19(14)368(7)
gel VB zur öffentl Anh am
31.08.2021 - Aufbauhilfegesetz
31.08.2021

Schriftliche Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

des Ausschusses für Gesundheit

des Deutschen Bundestages

zu Artikel 12 des Gesetzentwurfs

der Fraktionen CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 – AufbhG 2021)

– Anpassung des § 28a IfSG –

BT-Drucksache 19/32039

und weiterer Anträge

am 31. August 2021

Angesichts der kurzfristig anberaumten Anhörung, der kurzen Stellungnahmefrist und der äußerst kurzfristigen Übermittlung des Änderungsantrags kann die geplante Anpassung des § 28a IfSG nur in Kurzthesen und nicht erschöpfend schriftlich gewürdigt werden; weitere Ausführungen bleiben der mündlichen Stellungnahme vorbehalten.

Hintergrund

1. Der mit dem Dritten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020¹ eingeführte **§ 28a IfSG** ermächtigt – i.V.m. §§ 28, 32 IfSG – die Landesregierungen, durch Rechtsverordnung besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) zu erlassen. Hiervon haben die Landesregierungen Gebrauch gemacht. Die auf dieser Ermächtigungsgrundlage erlassenen Rechtsverordnungen der Landesregierungen ordnen die zentralen Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie an, wie etwa die Maskenpflicht.
2. Die Einfügung des § 28a IfSG reagierte auf den Umstand, dass das Infektionsschutzrecht keine spezifische Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Schutzmaßnahmen im Kontext von Pandemien enthielt.² Vor diesem Hintergrund hat der Deutsche Bundestag eine **spezifische exekutive Handlungsermächtigung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2** geschaffen (§ 28a IfSG), die Handlungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen präzisiert. Die Gesetzesbegründung bekräftigt ausdrücklich das Anliegen, „den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts [...] angesichts der länger andauernden Pandemielage und fortgesetzt erforderlichen eingriffsintensiven Maßnahmen zu entsprechen“, und erachtet hierfür „eine gesetzliche Präzisierung im Hinblick auf Dauer, Reichweite und Intensität möglicher Maßnahmen angezeigt.“³
3. Dass die Schutzmaßnahmen – mit Ausnahme der bis zum 30.6.2021 geltenden sog. „Notbremse“ (§ 28b IfSG a.F.) – nicht der Bundestag bzw. die Landtage verabschiedet

¹ BGBl. 2020 I, 2397.

² Näher dazu *F. Wollenschläger*, Die COVID-19-Pandemie als Stunde der Exekutive und die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes, in: A. Koch/M. Kubiciel/W. Wurmnest/F. Wollenschläger (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Juristische Fakultät der Universität Augsburg, Tübingen 2021 (Mohr Siebeck), i.E., II.2.

³ BT-Drs. 19/23944, 21.

haben, sondern die Landesregierungen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Denn die §§ 28, 28a und 32 IfSG stellen – unbeschadet Optimierungspotential – eine den **grundgesetzlichen Anforderungen** an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Exekutive (Art. 80 Abs. 1 GG; Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit) **genügende Ermächtigungsgrundlage** dar (siehe Anhang).

4. Die Aktualisierung des § 28a IfSG durch die Landesregierungen setzt die **Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite** durch den Deutschen Bundestag gemäß § 5 Abs. 1 IfSG voraus (§ 28a Abs. 1 IfSG). Eine solche Lage liegt gemäß § 5 Abs. 1 Satz 6 „vor, wenn eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht, 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. eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht oder stattfindet.“ Dabei stellt eine bedrohliche übertragbare Krankheit gemäß der Legaldefinition des § 2 Nr. 3a IfSG „eine übertragbare Krankheit [dar], die auf Grund klinisch schwerer Verlaufsformen oder ihrer Ausbreitungsweise eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen kann“. Mit Blick auf diese Tatbestandsvoraussetzung kann eine epidemische Lage von nationaler Tragweite, anders als teils vertreten, nicht erst dann bejaht werden, wenn eine Destabilisierung des Gesundheitssystems droht.⁴ Der Deutsche Bundestag hat die gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 IfSG periodisch zu erneuernde Feststellung zuletzt am 25.8.2021 getroffen.⁵
5. Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag zieht, was besonders betont sei, nach der Regelungssystematik des IfSG nicht automatisch die Geltung von Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der CO-

⁴ Vgl. auch *F. Wollenschläger*, Stellungnahme Covid-19 Rechtsverordnungsweitergeltungsgesetz v. 9.9.2020, Ausschussdr. 19(14)197(13), https://www.bundestag.de/resource/blob/790906/a68e51c169564f8302c72ed352d7769d/19_14_0197-13-_ESV_Wollenschlaeger_Covid19-data.pdf (abgerufen am 28.8.2021).

⁵ Siehe BT-PIPr 19/238, 31076C; Antrag BT-Drs. 19/32091.

VID-19-Pandemie nach sich. Schutzmaßnahmen müssen vielmehr aufgrund einer entsprechenden Ermächtigungsgrundlage – wie §§ 28, 28a, 32 IfSG – und unter Beachtung der in dieser normierten Voraussetzungen separat angeordnet werden.

Anpassung der Entscheidungsparameter durch den vorliegenden Gesetzentwurf

6. Für die Anordnung von Schutzmaßnahmen erklären § 28a Abs. 3 Satz 2 und 4 IfSG in ihrer aktuell geltenden Fassung das **Infektionsgeschehen, namentlich die Sieben-Tage-Inzidenz**, zum **maßgeblichen Entscheidungsparameter**.⁶ Hieran knüpft eine Hierarchie der Schutzmaßnahmen mit den drei Kategorien umfassende (Satz 5), breit angelegte (Satz 6) und einfache (Satz 7) Schutzmaßnahmen an, für die jeweils ein Ziel festgelegt wird⁷. Diese Stufen sind an rechtssicher feststellbare Schwellen, nämlich die Zahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner (ab 50, ab 35, unter 35) innerhalb von sieben Tagen geknüpft, wobei Flexibilität unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts (Satz 11) besteht⁸. Die mit dem Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29.3.2021⁹ erfolgte Änderung des § 28a IfSG hält überdies zu einer Berücksichtigung der Folgen von Virusmutationen an (siehe § 28a Abs. 3 Satz 1 2. HS und Satz 8 a.E.) und benennt mit der Anzahl der geimpften Personen sowie der zeitabhängigen Reproduktionszahl weitere¹⁰ Entschei-

⁶ Zur Notwendigkeit einer umfassenden Abbildung des Infektionsgeschehens anstatt des isolierten Abstellens auf die Sieben-Tage-Inzidenz OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.11.2020, 13 MN 411/20, juris, Rn. 51; BeckRS 2021, 1863, Rn. 25. Vgl. auch OVG des Saarlandes, Beschl. v. 9.3.2021, 2 B 58/21, juris, Rn. 29.

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

⁸ Restriktiv hierzu OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 1863, Rn. 15: „[Aufrechterhaltung] flächendeckender Betriebsverbote und -beschränkungen [...] auch nicht durch § 28a Abs. 3 Satz 11 IfSG gerechtfertigt, solange die Nachverfolgbarkeit gewährleistet und damit eine unkontrollierte Verbreitung von COVID-19 nicht zu befürchten ist.“

⁹ BGBl. 2021 I, 370.

¹⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 3.3.2021, BT-Drs. 19/27291, 63, verweist überdies auf die – im Änderungswortlaut nicht ersichtliche – Belastung des Gesundheitssystems.

dungsparameter für die Aufhebung oder Einschränkung der Schutzmaßnahmen. Hinsichtlich des örtlichen Anwendungsbereichs normiert § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG den Grundsatz der regionalen Differenzierung,¹¹ wobei bei hoher bundes- bzw. landesweiter Inzidenz Bundes- bzw. Landeseinheitlichkeit anzustreben ist (§ 28a Abs. 3 Satz 9 und 10 IfSG).

7. Mit der hier zu begutachtenden **Anpassung des § 28a IfSG** hat der Deutsche Bundestag in Erfüllung seines Auftrags, die pandemische Entwicklung zu beobachten und ggf. (nach-)steuernd einzugreifen, die Entscheidungsparameter für Schutzmaßnahmen modifiziert:

- a) Zum einen verzichtet der Gesetzentwurf auf eine primäre Orientierung an der Sieben-Tage-Inzidenz, sondern bestimmt: „Wesentlicher Maßstab für die zu ergreifenden Schutzmaßnahmen ist insbesondere die Anzahl der stationär zur Behandlung aufgenommenen Patienten, die an der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erkrankt sind, je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen. Weitere Indikatoren wie die nach Altersgruppen differenzierte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohnern innerhalb von sieben Tagen, die verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten und die Anzahl der gegen die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) geimpften Personen sollen bei der Bewertung des Infektionsgeschehens berücksichtigt werden. Die Landesregierungen können im Rahmen der Festlegung der Schutzmaßnahmen unter Berücksichtigung der jeweiligen stationären Versorgungskapazitäten durch Rechtsverordnung Schwellenwerte für die Indikatoren nach den Sätzen 4 und 5 mit dem Ziel festsetzen, eine drohende Überlastung

¹¹ Siehe auch BT-Drs. 19/23944, 34 f. Eine regionale Differenzierung anmahnd OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 1863, Rn. 10: Hohe Inzidenz „rechtfertigt es aber nicht ohne Weiteres, für alle Personen in einem solchen Gebiet eine einheitliche Gefahrenlage anzunehmen und diesen gegenüber unterschiedslos generalisierende infektionsschutzrechtliche Maßnahmen zu treffen. Vielmehr können vorhandene oder zumutbar zu ermittelnde tatsächliche Erkenntnisse zum Infektionsgeschehen in dem betroffenen Gebiet zu einer differenzierten Betrachtung und zu unterschiedlichen infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen zwingen, etwa bei zu lokalisierenden und klar eingrenzenden Infektionsvorkommen“ (siehe auch Rn. 25). Siehe freilich auch BayVGh, Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 25: Mit Abstimmungs- und Einheitlichkeitsgebot „will der Gesetzgeber bei einem Infektionsgeschehen von bundes- bzw. landesweit über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen eine Infektionsbekämpfung nach einer bundes- bzw. landesweit möglichst einheitlichen Strategie erreichen, um mögliche infektiologische Wechselwirkungen und Verstärkungen zwischen einzelnen Regionen auszuschließen und die Akzeptanz der erforderlichen schwerwiegenden Maßnahmen in der Bevölkerung zu erhöhen (vgl. BT-Drs. 19/23944 S. 35).“

der regionalen und überregionalen stationären Versorgung zu vermeiden; entsprechend können die Schutzmaßnahmen innerhalb eines Landes regional differenziert werden.“

- b) Zum anderen gestattet die Verordnungsermächtigung die Anordnung bestimmter niedrighschwelliger Schutzmaßnahmen unabhängig von der Hospitalisierungsinzidenz (vorsorglicher Infektionsschutz). Dies betrifft die Anordnung eines Abstandsgebots im öffentlichen Raum (§ 28a Abs. 1 Nr. 1 IfSG), die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (Maskenpflicht) (§ 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG), die Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises (§ 28a Abs. 1 Nr. 2a IfSG-E), die Verpflichtung zur Erstellung und Anwendung von Hygienekonzepten für Betriebe, Einrichtungen oder Angebote mit Publikumsverkehr (§ 28a Abs. 1 Nr. 4 IfSG) und die Kontaktdatennachverfolgung (§ 28a Abs. 1 Nr. 17 IfSG).
8. Darüber hinaus wird der Katalog der Schutzmaßnahmen um eine Nr. 2a erweitert: „Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises“.

Bewertung

9. Der Bundestag ist verpflichtet, die pandemische Entwicklung zu beobachten und das Pandemiebekämpfungsregime an veränderte Gegebenheiten anzupassen. Vor diesem Hintergrund ist die **Modifikation des § 28a Abs. 3 IfSG zu begrüßen**.
- a) Bilden die gesetzlichen Entscheidungsparameter für Schutzmaßnahmen das Infektionsgeschehen nicht mehr hinreichend ab, hat eine Anpassung zu erfolgen. Dies gilt für die in der Antragsbegründung betonte Relativierung der Sieben-Tage-Inzidenz aufgrund des Impffortschritts.
- b) Mit Blick auf die Anpassung der Entscheidungskriterien sei auch daran erinnert, dass das OVG Lüneburg in seinem Beschluss vom 3.8.2021 ein dauerhaftes Festhalten an der Maßgeblichkeit der Sieben-Tage-Inzidenz in Zweifel gezogen hat:
- „Ob darüber hinaus für die Gesamtheit der in der Niedersächsischen Corona-Verordnung angeordneten Schutzmaßnahmen die konkrete Erreichung einer 7-Tage-Inzidenz (Zahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von

sieben Tagen) von 50 oder gar 35 legitim ist, erscheint zweifelhaft [...], insbesondere angesichts der steigenden Impfquote und der damit voraussichtlich einhergehenden niedrigeren Belastung des Gesundheitssystems trotz höherer Infektionszahlen, bedarf in diesem Verfahren aber keiner abschließenden Entscheidung. [...] Allerdings wird der Normgeber dem Fortschreiten der Immunisierung der Bevölkerung und der damit verbundenen weitgehenden Beschränkung des Infektionsgeschehens auf weniger vulnerable (jüngere) Gruppen Rechnung tragen und die ursprünglich zur Bewältigung der sog. zweiten und dritten Welle geschaffenen Vorschriften den veränderten Umständen anpassen müssen. Dies kann durch eine Änderung der Inzidenzwerte oder durch stärkere Berücksichtigung anderer Indikatoren, wie der Zahl der (auch schwer) symptomatisch an COVID-19 Erkrankten, der deswegen Hospitalisierten, intensivmedizinisch behandelten oder gar künstlich Beatmeten sowie der an oder im Zusammenhang mit dieser Krankheit Verstorbenen geschehen, wobei diese Parameter allerdings den Nachteil der späteren Erkennbarkeit haben. Erforderlichenfalls werden Rückschlüsse aus der Situation anderer europäischer Staaten gezogen werden müssen, die bereits längere Zeit deutlich höhere Inzidenzwerte aufweisen. Welches der in der Öffentlichkeit diskutierten Modelle zu bevorzugen ist, bedarf hier keiner Erörterung. Auf Grundlage der derzeit geltenden Schwellenwerte können bei Berücksichtigung des auch den Gesetzgeber bindenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit schwerwiegende Grundrechtseingriffe jedenfalls nur noch für einen kurzen Übergangszeitraum gerechtfertigt werden.“¹²

- c) Betont sei, dass sich die Validität der für relevant erklärten Aspekte des Infektionsgeschehens aus rechtswissenschaftlicher Perspektive nicht abschließend beurteilen lässt.

10. Das **Bestimmtheitsgebot für die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive** (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG; Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit) verlangt, dass die Ermächtigungsgrundlage die Entscheidungsparameter für die Anordnung von Schutzmaßnahmen durch die Landesregierungen hinreichend bestimmt vorgibt.¹³

¹² OVG Lüneburg, COVuR 2021, S. 555 (558 f., Rn. 25).

¹³ Näher zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen unten, Anhang 1.

Erforderlich ist demnach u.a. neben der Vorgabe von Entscheidungskriterien die Vorgabe einer Eingriffsschwelle (z.B., vereinfacht, umfassende Schutzmaßnahmen bei Sieben-Tage-Inzidenz von mehr als 50), was hier näher betrachtet sei. Es empfiehlt sich, die Zielsteuerung anzupassen.

- a) Entscheidungskriterien benennt § 28a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG-E.
- b) Die Eingriffsschwelle ließe sich – so vom Gesetzgeber bezweckt, was Satz 6 des Entwurfs nahelegen könnte – mittels der Zielvorgabe, dass die maßgeblichen Entscheidungskriterien auf eine **drohende Überlastung der stationären Versorgung** hinweisen, bestimmen. Insoweit problematisch wäre dann, dass sich diese Zielbestimmung nur in Satz 6 findet, der die Festsetzung von an diesem Ziel orientierten Schwellenwerten in das Ermessen der Länder stellt.
- c) Daher hätte die Festlegung der Maßnahmen auf das Ziel, eine drohende Überlastung der stationären Versorgung zu verhindern, anderweitig in der Norm zu erfolgen, etwa in Satz 3: „Weitergehende Schutzmaßnahmen werden unter Berücksichtigung des jeweiligen regionalen und überregionalen Infektionsgeschehens mit dem Ziel getroffen, eine drohende Überlastung der regionalen und überregionalen stationären Versorgung zu vermeiden“ (zum weiteren Vorteil dieser Fassung mit Blick auf Satz 3 unten). Alternativ käme eine indikative Formulierung des Satzes 6 in Betracht („Die Landesregierungen legen [...] fest [...]“), wobei dann die Länder auf die Vorgabe von Schwellenwerten festgelegt wären.
- d) Sollten **Maßnahmen auch mit Blick auf weitere Aspekte** – unabhängig von der drohenden Überlastung des Gesundheitssystems – **ergriffen werden können**, empfiehlt sich, dies zu verdeutlichen; auf eine derartige Intention könnten die Verweise in der Antragsbegründung auf die Hospitalisierungs-Inzidenz als Indikator für „die Schwere der dem Infektionsgeschehen zu Grunde liegenden Krankheit“, auf die Sieben-Tages-Inzidenz als Indikator für die Dynamik des Infektionsgeschehens oder auf besondere altersspezifische Inzidenzen hindeuten. Die Eingriffsschwelle ließe sich in Satz 3 dann wie folgt präzisierend fassen: „Weitergehende Schutzmaßnahmen werden unter Berücksichtigung des jeweiligen regionalen und überregionalen Infektionsgeschehens [ggf. primär] mit dem Ziel getroffen, eine drohende Überlastung der regionalen und überregionalen

stationären Versorgung zu vermeiden; darüber hinaus kann einem aus den Entscheidungskriterien nach den Sätzen 4 und 5 folgenden besonderen Infektionsgeschehen entgegengewirkt werden [ggf. weiter qualifizieren, etwa: wenn dies für den Schutz von Leben und Gesundheit unerlässlich ist]“. Ggf. wäre die Möglichkeit der Landesregierungen, Schwellenwerte insoweit festzusetzen (Satz 6), auf diesen Aspekt zu erweitern. Unabhängig davon sei betont, dass für diese Variante – sowohl hinsichtlich der gesetzlichen Verankerung als auch hinsichtlich ihrer Aktualisierung durch den Verordnungsgeber – eine erhebliche materielle Rechtfertigungslast besteht, was hier nicht vertieft werden kann.

- e) In beiden Varianten ist schließlich zu prüfen, ob eine weitere Feinsteuerung erfolgen kann (z.B. weitere Stufung; Knüpfung einzelner Maßnahmen an bestimmte Voraussetzungen).

11. Angesichts der Vorgabe eines wesentlichen Entscheidungskriteriums und weiterer Entscheidungskriterien einerseits und der Dynamik und Komplexität des Infektionsgeschehens andererseits ist es zulässig, weitere Entscheidungskriterien lediglich zu benennen und zudem exemplarisch vorzugehen. Mit der Abstufung zwischen Maßnahmen des vorsorglichen Infektionsschutzes und weitergehenden Maßnahmen sieht § 28a Abs. 3 IfSG-E überdies eine Stufung vor.
12. § 28a IfSG ermöglicht die Anordnung von Schutzmaßnahmen, die mit Grundrechtseingriffen von erheblicher Breite, Tiefe und auch Dauer einhergehen. Mit dem Schutz von Leben und Gesundheit einschließlich der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) verfolgen die Pandemiebekämpfungsmaßnahmen freilich gewichtige Ziele. Kein Aspekt kann absoluten Schutz beanspruchen. Aufgabe des Parlaments ist es, in dem durch das Übermaß- und Untermaßverbot eröffneten Korridor effektiven Gesundheitsschutz bei Wahrung höchstmöglicher Freiheit sicherzustellen; hierbei können auch im Rahmen von Einschätzungsprärogativen politisch Prioritäten gesetzt werden.
13. Angesichts einer Verschärfung der Eingriffsschwelle erscheint es sinnvoll, bestimmte relativ weniger belastende Schutzmaßnahmen von einem besonderen Infektionsgeschehen zu entkoppeln, so dass diese, so zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie geeig-

net, erforderlich und angemessen, unabhängig von einem besonderen Infektionsgeschehen, namentlich einer drohenden Überlastung der stationären Versorgung angeordnet werden können.

14. Vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots für die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG; Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit) zu begrüßen ist, dass mit § 28a Abs. 1 Nr. 2a IfSG-E nunmehr eine spezifische Grundlage für die „Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises“ geschaffen werden soll.
15. Die Möglichkeit der Landesparlamente, bei Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019 in einem Land die Absätze 1 bis 6 des § 28a IfSG auch nach Ende einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite für anwendbar zu erklären, davon zu entkoppeln, ob sich diese Krankheit „nur in einzelnen Ländern ausbreitet“, ist im Interesse einer effektiven Pandemiebekämpfung auf Landesebene zu begrüßen. Zu begrüßen ist auch, dass die Norm im Interesse eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren ein periodisches Erneuerungserfordernis vorsieht.

Änderungsvorschläge

16. Wie unter Nr. 10 ausgeführt, ist insbesondere das Ziel weitergehender Maßnahmen festzulegen, um eine Eingriffsschwelle vorzugeben (siehe Formulierungsvorschläge dort).
17. Bei der Erklärung der Hospitalisierungs-Inzidenz zum wesentlichen Maßstab erscheint der Zusatz „insbesondere“ entbehrlich.
18. Unter welchen Voraussetzungen Maßnahmen zum vorsorglichen Infektionsschutz zulässig sind, könnte noch deutlicher herausgestrichen werden; insbesondere ist Satz 3 umzuformulieren, da dieser den (ausweislich der Antragsbegründung nicht bezweckten) Eindruck erwecken könnte, für die vorsorglichen Schutzmaßnahmen käme es nicht auf das Infektionsgeschehen an. Formulierte man Satz 3 wie unter Nr. 10 vorgeschlagen um, ließe sich dieses Problem vermeiden.
19. Die im politischen Raum geforderte Priorisierung von Schule und Kinderbetreuung beim Ergreifen von Schutzmaßnahmen lässt sich rechtlich dadurch flankieren, dass in den Katalog der nur subsidiär zulässigen Schutzmaßnahmen des § 28 Abs. 2 IfSG die

Schließung entsprechender Gemeinschaftseinrichtungen i.S.d. § 33 (Nr. 1–3) IfSG aufgenommen wird.

Anhang: Verfassungskonformität der Verordnungsbefugnis der §§ 28, 28a, 32 IfSG

Die zentrale, mit dem Dritten Bevölkerungsschutzgesetz geschaffene Befugnis zum Erlass von Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung im Verordnungswege (§§ 28, 28a, 32 IfSG) genügt den Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive.¹⁴ Nach einer Entfaltung des verfassungsrechtlichen Rahmens (a) sei die Verordnungsermächtigung namentlich mit Blick auf die Direktiven des Parlamentsgesetzgebers analysiert sowie gewürdigt (b).

1. Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung

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

Mit Blick auf die Intensität der Grundrechtsbetroffenheit, ein zentraler Aspekt für das erforderliche Maß an Bestimmtheit der Ermächtigung,¹⁵ ist festzuhalten, dass § 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG auch zu Grundrechtseingriffen von erheblicher Tiefe (etwa Ausgangssperren; Kumulationsmöglichkeit bis hin zum Lockdown gemäß § 28a Abs. 6 Satz 1 IfSG) und Breite ermächtigt, können sie doch die ganze Bevölkerung erfassen. Auch die Gesetzesbegründung betont, dass die „erforderlichen Schutzmaßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bis hin zu einem vollständigen Herunterfahren des öffentlichen Lebens und zu weitreichenden Einschränkungen des Privatlebens angeordnet werden können.“¹⁶

Gegenläufig ist indes wiederum zu berücksichtigen, dass die Reichweite der Regelungsbefugnisse und damit auch die Intensität der Betroffenheit zwei Umstände mindern. Erstens gelten

¹⁴ Siehe bereits *F. Wollenschläger*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes vom 16.4.2021, Ausschussdr. 19(14)323(21), https://www.bundestag.de/resource/blob/835164/c7062527e14f960fefe4c71a0aa4a164/19_14_0323-21-_ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger_-_viertes-BevSchG-data.pdf (abgerufen am 27.8.2021), S. 33 ff.

¹⁵ Zur Bedeutung dieses Aspekts *U. Volkmann*, NJW 2020, S. 3153 (3158).

¹⁶ BT-Drs. 19/23944, S. 35. Siehe auch BayVGh, Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 27.

die Verordnungsbefugnisse nur für eine spezifische, sachlich und zeitlich in zweifacher Hinsicht begrenzte Situation: zum einen setzt § 28a Abs. 1 IfSG die Feststellung einer nunmehr parlamentsgesetzlich explizit definierten epidemischen Lage von nationaler Tragweite voraus; zum anderen handelt es sich nicht um eine generelle Regelung für derartige Lagen, sondern um eine auf die Bekämpfung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) beschränkte.¹⁷ Zweitens liegt die Feststellung (und Aufhebung) der epidemischen Lage von nationaler Tragweite in den Händen des Bundestags und ist kontinuierlich zu erneuern. Hinzu kommt, dass ein vielgestaltiger, komplexer Lebenssachverhalt zu bewältigen ist, bei dem angesichts der Dynamik namentlich des Infektionsgeschehens rasche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse absehbar sind, was die Bestimmtheitsanforderungen reduziert.¹⁸ Spielraum erfordert auch die Erstellung eines grundrechtskonformen Schutzkonzepts¹⁹, da eine kohärente Gesamtentscheidung zu treffen ist.²⁰

2. Analyse und Bewertung des § 28a IfSG

Eine Analyse des § 28a IfSG im Lichte der verfassungsrechtlichen Anforderungen, namentlich des Selbstentscheidungsvorbehalts, der Programmfestsetzungspflicht und des Vorhersehbarkeitsgebots, ergibt zunächst, dass mit dem Anliegen, eine „Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“ zu verhindern (§ 28a Abs. 1 IfSG), ein spezifisches Ziel vorgegeben ist. Ansatzpunkt ist, wie sich aus den Maßnahmen und der Gesetzesbegründung ergibt, eine Eindämmung der Pandemie durch eine Unterbindung der dynamischen Verbreitung des Virus:

¹⁷ Siehe auch BayVGh, Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 27.

¹⁸ Siehe auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2020, OVG 11 S 101/20, juris, Rn. 31: „Gerade die Verhältnismäßigkeit der zur Eindämmung der gegenwärtigen Pandemie getroffenen Maßnahmen hängt vom jeweiligen, sich teilweise schnell ändernden Stand des Infektionsgeschehens ab und erfordert Instrumentarien, die eine schnelle und zielgenaue Intervention ermöglichen. Diesbezüglich könnte sich eine Regelung im Ordnungswege gegenüber einem vergleichsweise schwerfälligen, längere Zeit in Anspruch nehmenden Gesetzgebungsverfahren als effektiveres Instrumentarium anbieten“; OVG Münster, Beschl. v. 18.8.2020, 13 B 847/20.NE, juris, Rn. 83: „Angesichts der Dynamik des Infektionsgeschehens, das sich zudem je nach Örtlichkeit wesentlich unterscheiden kann, sind dem Bundesgesetzgeber vorausschauend alle Konstellationen erfassende gesetzliche Regelungen aber kaum möglich“; BeckRS 2020, 36417, Rn. 24; ferner OVG Weimar, Beschl. v. 3.7.2020, 3 EN 391/20, juris, Rn. 39 f.; *L. Brocker*, NVwZ 2020, S. 1485 (1486); *H. Greve*, NVwZ 2020, 1786 (1788); *M. Martini/B. Thiessen/J. Ganter*, NJOZ 2020, S. 929 (930). Kritisch unter Verweis auf eine rasche Reaktionsmöglichkeit auch des Parlaments *V. Boehme-Neßler*, DÖV 2021, S. 243 (244). Differenziert *A. Guckelberger*, DVBl. 2020, S. 1441 (1443).

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

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

„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.“²¹ § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG verdeutlicht überdies, dass Maßnahmen nicht nur dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems dienen, sondern dem Ziel, Leben und Gesundheit zu schützen; Eingriffsmöglichkeiten bestehen damit nicht erst, wenn eine Destabilisierung des Gesundheitssystems eingetreten ist oder droht, mag dieser Aspekt auch für die Beurteilung des Infektionsgeschehens im Rahmen der Instrumentenauswahl eine Rolle spielen.²²

Hinsichtlich der Rechtsfolgen bricht die Regelung die abstrakte Ermächtigung der Generalklausel zu „notwendigen Schutzmaßnahmen“ (§ 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG) in siebzehn Regelbeispiele herunter (§ 28a Abs. 1 IfSG), wobei die Gesetzesbegründung deren Beitrag zur Zielerreichung einschließlich daraus folgender Entscheidungskriterien und inhaltlicher Konturierung näher erläutert.²³ Dies gilt etwa für Beschränkungen und Auflagen für Betriebe, Gewerbe, Einzel- und Großhandel gemäß § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG, für die Entscheidungsparameter (Kunden- oder Besucherverkehr; enger körperlicher Kontakt; Dauer des Kontakts) und der Inhalt möglicher Maßnahmen (Mindestabstände, Beschränkung der Kundenzahl abhängig von Verkaufsfläche, Verbot) konkretisiert werden²⁴; Selbiges gilt für die alkoholbezogenen Verbote²⁵, die Beschränkungen und Verbote in der Gastronomie²⁶ oder die Hygienekonzepte²⁷.

Vor dem Hintergrund des – überdies in gegenständlicher („soweit“) und zeitlicher („solange“) Hinsicht konkretisierten – Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 28 Abs. 1 Satz 1 1. HS, § 28a Abs. 6 Satz 1 IfSG) ergibt sich in Konkretisierung der angesprochenen Dynamik eine allgemeine Eingriffsschwelle, nämlich dass eine effektive Bekämpfung des Virus nicht durch Maßnahmen der Gefahrenabwehr, mithin durch Maßnahmen in Bezug auf Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider möglich sein darf, etwa durch eine Abson-

²¹ BT-Drs. 19/23944, S. 34.

²² Eine klare Zielvorgabe fordernd *U. Volkmann*, NJW 2020, S. 3153 (3160).

²³ BT-Drs. 19/23944, S. 31 ff.

²⁴ BT-Drs. 19/23944, S. 33.

²⁵ BT-Drs. 19/23944, S. 34.

²⁶ BT-Drs. 19/23944, S. 34.

²⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 79.

derung der Betroffenen (§ 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG); dies setzt u.a. eine funktionsfähige Kontaktverfolgung (§ 25 IfSG) voraus.²⁸ 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 gilt mit Blick auf eine durch zunehmenden Impffortschritt erreichte Immunisierung.²⁹ Indem zahlreiche Ziffern Untersagungs- und Beschränkungsbefugnisse alternativ nebeneinanderstellen (Nr. 5–8, 10–16), gibt der Gesetzgeber im Zusammenspiel mit dem Erforderlichkeitsgebot als Aspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein Stufenverhältnis vor; demnach darf der Ordnungsgeber etwa Übernachtungsangebote nicht untersagen, wenn auch eine Beschränkung zur Zielerreichung genügt. Dies gilt auch für die Alternativität von Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen (Nr. 3) oder für das Alkoholverbot (Nr. 9). Darüber hinaus enthält die Regelung in § 28a Abs. 2 IfSG eingriffslimitierende Kautelen für besonders grundrechtssensible Maßnahmen wie die Untersagung von Versammlungen und religiösen Zusammenkünften oder Betretungs- und Besuchsverbote in Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens,³⁰ ebenso in § 28a Abs. 4 IfSG für die Kontaktdatenerhebung; weitere limitierende und entscheidungsleitende Aspekte liefert die Gesetzesbegründung³¹. Generell hält § 28a Abs. 6 Satz 2 IfSG die Exekutive an, „soziale, gesellschaftliche und wirtschaftliche Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit einzubeziehen und zu berücksichtigen, soweit dies mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-

²⁸ Vgl. auch den von A. Kießling erarbeiteten Gesetzentwurf zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 4.11.2020 (abrufbar unter https://www.oer.ruhr-uni-bochum.de/oer/mam/content/gesetzentwurf_zur_%C3%84nderung_des_ifsg_kie%C3%9Fling.pdf; 16.4.2021; im Folgenden: Kießling-E), § 31a Abs. 1 Satz 2 Kießling-E, dazu Begründung, S. 9: „Abs. 1 bestimmt zunächst die qualifizierte Gefahrenlage (Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite durch den Bundestag) und legt das Ziel dieser Maßnahmen fest. Da der Ansatz, der dem Gefahrenabwehrrecht im engeren Sinne folgt – d.h. Nachverfolgung der Infektionsketten gem. § 25 und Isolierung der Infizierten, Kranken, Krankheits- und Ansteckungsverdächtigen nach § 30 –, grundsätzlich Vorrang haben muss vor der Inanspruchnahme der Bevölkerung, muss Ziel der Maßnahmen nach den §§ 31a ff. sein, den zuständigen Behörden die Kontaktnachverfolgung und die Isolierung konkreter Infektionsherde zu ermöglichen. Auf diese Weise koppelt man den Einsatz des 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.“

²⁹ Vgl. auch Kießling-E, Begründung, S. 8.

³⁰ Siehe für eine Konkretisierung Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 80; ferner BT-Drs. 19/23944, S. 33; H. Greve, NVwZ 2020, S. 1786 (1789 f.). Siehe zu Grenzen von pandemiebedingten Versammlungsbeschränkungen BVerfG (K), NJW 2020, S. 1426 (1427); NVwZ 2020, S. 711 (712 f.).

³¹ Siehe BT-Drs. 19/23944, S. 32 f.; ferner – für die Kunstfreiheit – Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 80.

Krankheit-2019 (COVID-19) vereinbar ist.“ Bei entsprechender Rechtfertigung auch mit Blick auf das Infektionsgeschehen können überdies Ausnahmen für „[e]inzelne soziale, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bereiche, die für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind“, vorgesehen werden (§ 28a Abs. 6 Satz 3 IfSG).³²

§ 28a Abs. 3 Satz 2 und 4 IfSG erklären das Infektionsgeschehen, namentlich die Sieben-Tage-Inzidenz, zum maßgeblichen Entscheidungsparameter.³³ Hieran knüpft eine Hierarchie der Schutzmaßnahmen mit den drei Kategorien umfassende (Satz 5), breit angelegte (Satz 6) und einfache (Satz 7) Schutzmaßnahmen an, für die jeweils ein Ziel festgelegt wird³⁴. Diese Stufen sind an rechtssicher feststellbare Schwellen, nämlich die Zahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner (ab 50, ab 35, unter 35) innerhalb von sieben Tagen geknüpft, wobei Flexibilität unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts (Satz 11) besteht³⁵. Die mit dem Fortgeltungsgesetz erfolgte Änderung des § 28a IfSG hält überdies zu einer Berücksichtigung der Folgen von Virusmutationen an (siehe § 28a IfSG Satz 1 2. HS und Satz 8 a.E.) und benennt mit der Anzahl der geimpften Personen sowie der zeitabhängigen Reproduktionszahl weitere³⁶ Entscheidungsparameter für die Aufhebung oder Einschränkung der Schutzmaßnahmen. Hinsichtlich des örtlichen Anwendungsbereichs normiert § 28a Abs. 2 Satz 2 IfSG den Grundsatz der regionalen Differenzierung,³⁷ wobei bei hoher bundes- bzw. landesweiter Inzidenz Bundes- bzw. Landeseinheitlichkeit anzustreben ist (§ 28a Abs. 2 Satz 9 und 10 IfSG).

³² Siehe zu einem insoweit bestehenden Gesetzesvorbehalt VGH Mannheim, BeckRS 2020, 29929, Rn. 25.

³³ Zur Notwendigkeit einer umfassenden Abbildung des Infektionsgeschehens anstatt des isolierten Abstellens auf die Sieben-Tage-Inzidenz OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.11.2020, 13 MN 411/20, juris, Rn. 51; BeckRS 2021, 1863, Rn. 25. Vgl. auch OVG des Saarlandes, Beschl. v. 9.3.2021, 2 B 58/21, juris, Rn. 29.

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

³⁵ Restriktiv hierzu OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 1863, Rn. 15: „[Aufrechterhaltung] flächendeckender Betriebsverbote und -beschränkungen [...] auch nicht durch § 28a Abs. 3 Satz 11 IfSG gerechtfertigt, solange die Nachverfolgbarkeit gewährleistet und damit eine unkontrollierte Verbreitung von COVID-19 nicht zu befürchten ist.“

³⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 3.3.2021, BT-Drs. 19/27291, S. 63, verweist überdies auf die – im Änderungswortlaut nicht ersichtliche – Belastung des Gesundheitssystems.

³⁷ Siehe auch BT-Drs. 19/23944, S. 34 f. Eine regionale Differenzierung anmahnd OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 1863, Rn. 10: Hohe Inzidenz „rechtfertigt es aber nicht ohne Weiteres, für alle Personen in einem solchen Gebiet eine

Ferner bekräftigt der Gesetzgeber, dass infolge der Kumulationsmöglichkeit (§ 28a Abs. 6 Satz 1 IfSG) umfassende Beschränkungen des öffentlichen und privaten Lebens möglich sind, und übernimmt hierfür, wie vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 5.11.2020 gefordert,³⁸ die politische Verantwortung: „Absatz 6 Satz 1 verdeutlicht, dass alle nach dem Infektionsschutzgesetz und anderen einschlägigen Gesetzen zur Bekämpfung einer Krankheit, hier der SARS-Cov-2-Pandemie, erforderlichen Schutzmaßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bis hin zu einem vollständigen Herunterfahren des öffentlichen Lebens und zu weitreichenden Einschränkungen des Privatlebens angeordnet werden können. Damit wird klargestellt, dass nicht nur einzelne, begrenzte Maßnahmen, sondern auch weitreichende und langandauernde Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom Willen des Gesetzgebers getragen sind.“³⁹

Mit dem – im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens eingeführten – Begründungs- und Befristungserfordernis (§ 28a Abs. 5 IfSG) setzt die Novelle schließlich auf Grundrechtsschutz durch Verfahren.⁴⁰

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

einheitliche Gefahrenlage anzunehmen und diesen gegenüber unterschiedslos generalisierende infektionsschutzrechtliche Maßnahmen zu treffen. Vielmehr können vorhandene oder zumutbar zu ermittelnde tatsächliche Erkenntnisse zum Infektionsgeschehen in dem betroffenen Gebiet zu einer differenzierten Betrachtung und zu unterschiedlichen infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen zwingen, etwa bei zu lokalisierenden und klar eingrenzenden Infektionsvorkommen“ (siehe auch Rn. 25). Siehe freilich auch BayVGh, Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 25: Mit Abstimmungs- und Einheitlichkeitsgebot „will der Gesetzgeber bei einem Infektionsgeschehen von bundes- bzw. landesweit über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen eine Infektionsbekämpfung nach einer bundes- bzw. landesweit möglichst einheitlichen Strategie erreichen, um mögliche infektiologische Wechselwirkungen und Verstärkungen zwischen einzelnen Regionen auszuschließen und die Akzeptanz der erforderlichen schwerwiegenden Maßnahmen in der Bevölkerung zu erhöhen (vgl. BT-Drs. 19/23944 S. 35).“

³⁸ BayVGh, Beschl. vom 5.11.2020, 20 NE 20.2468, Rn. 13; ferner BeckRS 2020, 28521, Rn. 34; Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 27.

³⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 82. Ebenso bereits BT-Drs. 19/23944, S. 35.

⁴⁰ Näher Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 81

des § 28a IfSG bestätigt,⁴¹ eine Einschätzung, die sich auch in weiten Teilen des Schrifttums findet⁴².

Trotz der mit § 28a IfSG erfolgten Schärfung der Ermächtigungsgrundlage für Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie – schon durch den ursprünglichen Entwurf des Dritten Bevölkerungsschutzgesetzes, sodann auch im Zuge der Beratungen⁴³ sowie, in begrenztem Umfang, durch das Fortgeltungsgesetz – verbleiben relativ weite Spielräume. Diese betreffen vor allem die Instrumentenwahl, mithin die Entscheidung, welche Maßnahmen aus dem (nicht abschließenden) Katalog mit welchem spezifischen Inhalt in welcher Kombination im Rahmen des flexibilisierten und nur grob steuernden stufenbezogenen Schutzkonzepts zu ergreifen sind.

Gleichwohl ist kein strikt einzelmaßnahmenbezogener Ansatz geboten, da sich die Pandemiebekämpfung von der Abwehr punktueller Gefahren im Polizei- und Sicherheitsrecht durch Standardmaßnahmen unterscheidet.⁴⁴ Es sind nämlich einzelne Maßnahmen im Rahmen eines übergreifenden Schutzkonzepts zu kombinieren, sind diese doch im Zusammenhang zu sehen,

⁴¹ Siehe etwa BayVerfGH, BeckRS 2020, 35808, Rn. 13; BeckRS 2020, Entscheidung vom 29.1.2021, Vf. 96-VII-20, Rn. 27 ff.; Entscheidung vom 22.3.2021, Vf. 23-VII-21, Rn. 18 (bei reduziertem Prüfungsmaßstab auf Offensichtlichkeit); BayVGh, NJW 2021, 178 (179); COVuR 2021, S. 46 (47 ff.); Beschl. v. 25.2.2021, 20 NE 21.475, juris, Rn. 19 f.; HessVGh, BeckRS 2020, 37107, Rn. 18 ff.; OVG Bautzen, BeckRS 2020, 32146, Rn. 14; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 8.1.2021, OVG 1 S 156/20 – Pressemitteilung; OVG Bremen, BeckRS 2020, 37740, Rn. 30; OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 36338, Rn. 6; BeckRS 2020, 35567, Rn. 15 ff.; BeckRS 2021, 1863, Rn. 6; OVG Magdeburg, BeckRS 2020, 37571, Rn. 12 ff.; OVG Münster, BeckRS 2020, 36417, Rn. 11 ff.; OVG Weimar, BeckRS 2020, 34542, Rn. 22; VGh Mannheim, BeckRS 2020, 36336, Rn. 21 ff.; BeckRS 2020, 36334, Rn. 23 ff. Etwas zurückhaltender VGh Mannheim, BeckRS 2020, 36332, Rn. 24: „Die Vorschrift des § 28a IfSG mag daher im Grundsatz geeignet sein, eine tragfähige Rechtsgrundlage für eine Schließung von Betrieben darzustellen [...]. Ob die Norm in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, wird jedoch in einem Hauptsacheverfahren zu klären sein.“ Reserviert auch OVG des Saarlandes, Beschl. v. 9.3.2021, 2 B 58/21, juris, Rn. 16. Offen gelassen für Datenschutzfragen OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2021, 2, Rn. 18. Zweifelnd VG Hamburg, BeckRS 2020, 34044, Rn. 10.

⁴² *H. Greve*, NVwZ 2020, S. 1786 (1792); *A. Klafki*, NVwZ 2020, S. 1718 (1719, 1722); *A. Leisner-Egensperger*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortgeltung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite (abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/823104/6bea0e81b5b411f21c3c45bfd7c7caea/19_14_0288-9-_ESV-Prof-Dr-Anna-Leisner-Egensperger_EpiLage-Fortgeltungsgesetz-data.pdf; 13.4.2021), S. 32 ff. (mit geringfügigen Modifikationsempfehlungen); *M. Ludwigs*, DVBl. 2021, S. 353 (359 f.); ferner *H. Dreier*, DÖV 2021, S. 229 (234, 241 f.). Kritisch zur Steuerungskraft ohne verfassungsrechtliche Bewertung *A. Sangs*, NVwZ 2020, S. 1780 (1783 ff.). *A.A. V. Boehme-Neßler*, DÖV 2021, S. 243 (245 ff.); *H. Eibenstein*, COVuR 2020, S. 856 (856 ff.); *S. Kluckert*, DVBl. 2021, S. 96 (101 f.).

⁴³ In Stichworten seien erwähnt (Nachweise jeweils auf die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334): Nachschärfung des Maßnahmenkatalogs (§ 28a Abs. 1 IfSG; S. 79 f.), explizite Zieldefinition (§ 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG; S. 81), Einführung eines Begründungs- und Befristungserfordernisses (§ 28a Abs. 5 IfSG; S. 81 f.), Nachschärfung der Kautelen für besonders eingriffsintensive Maßnahmen (§ 28a Abs. 2 und 4 IfSG; S. 80 f.), Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 28a Abs. 6 IfSG; S. 82), Bekräftigung der Notwendigkeit eines Gesamtkonzepts (S. 81 und 82).

⁴⁴ So aber *U. Volkmann*, NJW 2020, S. 3153 (3157). Ablehnend auch *H. Greve*, NVwZ 2020, S. 1786 (1788 f.), unter Verweis vor allem auf Flexibilitätserfordernisse und eine für eine Typisierung noch nicht hinreichend gefestigte Lage.

was einer Einzelsteuerung entgegensteht. Priorisiert man etwa einzelne Bereiche – wie Schulen oder Einrichtungen der Kindertagesbetreuung –, kann dies strengere Standards in anderen Bereichen verlangen, was nur im Rahmen einer relativen Gesamtbetrachtung erfolgen kann; Selbiges gilt für Experimentierklauseln. So betont auch die Gesetzesbegründung, dass mit den Ausnahmeregelungen „dem Erfordernis einer notwendigen Differenzierung in einem Gesamtkonzept von Schutzmaßnahmen Rechnung getragen [wird]. Die sachliche Rechtfertigung und Differenzierung einzelner Schutzmaßnahmen ist daher nicht allein anhand des infektionsschutzrechtlichen Gefahrengrades der betroffenen Tätigkeit zu beurteilen. Vielmehr sind auch alle sonstigen relevanten Belange zu berücksichtigen, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und Dritte und auch öffentliche Interessen an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten.“⁴⁵

Freilich verbleibt Optimierungspotential,⁴⁶ um die Ermächtigungsgrundlage zu schärfen und damit die parlamentarische Steuerung der Pandemiebekämpfung zu stärken, was hier nicht vertieft werden kann. Überdies hat der Bundestag die Entwicklung zu beobachten und (nach-)steuernd einzugreifen, womit auch nach Verabschiedung des § 28a IfSG ein kontinuierlich zu erfüllender Auftrag an den Gesetzgeber formuliert ist. Dem kommt der Gesetzgeber mit der Anpassung des § 28a Abs. 3 IfSG durch den vorliegenden Gesetzentwurf nach.

31. August 2021

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

⁴⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 16.11.2020, BT-Drs. 19/24334, S. 82.

⁴⁶ Siehe dazu bereits meine Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestages zum Dritten Bevölkerungsschutzgesetz (Ausschussdrucksache 19(14)246(20); https://www.bundestag.de/resource/blob/805844/09aa6cdba9932ca18a4a560e817817b1/19_14_0246-20_ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger-3-BevSchG-data.pdf; 27.8.2021), S. 30 ff.