



Kurzinformation

Zur Verordnungsermächtigung des § 28b Absatz 8 IfSG

Mit Ablauf des 25. November 2021 endete die "epidemische Notlage von nationaler Tragweite" gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 Infektionsschutzgesetz (IfSG)¹. Zu diesem Zeitpunkt traten wesentliche Änderungen im IfSG und in weiteren Gesetzen in Kraft. Unabhängig von einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite regelt § 28b Abs. 1 IfSG, der zuletzt mit dem Gesetz zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19 vom 16. September 2022² neu gefasst wurde, bundesweite Schutzmaßnahmen bei saisonal hoher Dynamik. Die in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG statuierten Maßnahmen (u. a. Maskenpflicht in Verkehrsmitteln des öffentlichen Personenfernverkehrs und in Arztpraxen, Maskenpflicht und Testnachweis beim Betreten von Krankenhäusern) gelten in der Zeit vom 1. Oktober 2022 bis zum 7. April 2023 zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) und zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen.

In § 28b Abs. 8 Nr. 1 IfSG wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Verpflichtungen nach Absatz 1 ganz oder teilweise auszusetzen. Mithilfe von Ermächtigungsnormen kann der Gesetzgeber gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz (GG)³ die Bundesregierung, den zuständigen Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigen, Rechtsverordnungen zu erlassen. Die Ermächtigung eines Verordnungsges-

1 Infektionsschutzgesetz (IfSG) vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Artikel 8b des Gesetzes vom 20. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2793).

2 BGBl. I S. 1454.

3 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478).

bers zum Erlass einer Rechtsverordnung verpflichtet diesen nicht zum Erlass einer entsprechenden Regelung. Grundsätzlich ist der Ermächtigungsadressat in der Entscheidung frei, ob er eine ihm erteilte Ermächtigung durch Verordnungserlass nutzt oder nicht.⁴

Die Ermächtigung als solche begründet daher prinzipiell keine Pflicht zum Verordnungserlass.⁵ Dennoch ist eine Verpflichtung des Ordnungsgebers, eine bestimmte Verordnung zu erlassen, nicht grundsätzlich ausgeschlossen, auch nicht durch das exekutive Entschließungsermessen.⁶ Eine Handlungspflicht besteht, wenn der Ordnungsgeber ermächtigungsgesetzlich ausdrücklich zum Erlass einer Verordnung verpflichtet wird, die gesetzliche Regelung ohne eine Durchführungsverordnung nicht praktikabel⁷ oder mit höherrangigem Recht unvereinbar ist.⁸ In derartigen Konstellationen könne die Ermächtigung in eine Anweisung zum Verordnungserlass umschlagen.⁹

Aus Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck des IfSG lässt sich solch eine Verpflichtung nicht ableiten. Nach dem Wortlaut ist die Ermächtigungsgrundlage in § 28b Abs. 8 Nr. 1 IfSG so ausgestaltet, dass sie der Bundesregierung eine Handlungsoption bietet, nicht jedoch verpflichtet, von der Ermächtigung Gebrauch zu machen. Denn grundsätzlich bleibt die Entscheidung, ob und in welchem Umfang von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird, dem Ermächtigungsadressaten selbst überlassen, wenn die Ermächtigungsnorm die Formulierung „Das Bundesministerium [...] wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung [...]“ enthält.¹⁰ Darüber hinaus hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Verordnungsermächtigung (z. B. in zeitlicher oder sachlicher Hinsicht) näher zu bestimmen und eine Vorgabe zu formulieren, nicht ergriffen.

Die Systematik des § 28b IfSG lässt dies ebenfalls erkennen. Die in Absatz 1 geregelten bundesweiten Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) für den Zeitraum vom 1. Oktober 2022 bis zum 7. April 2023 stellen den Grundsatz dar und sehen vor – wie auch anhand des § 28b Abs. 1 Satz 2 IfSG erkennbar –, dass die Bundesregierung vorrangig ermächtigt sein soll, weitergehende Schutzmaßnahmen durch Rechtsverord-

4 Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 53. Edition, Stand 15. November 2022, Art. 80 GG, Rn. 30.

5 Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 80 GG, Rn. 74.

6 Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 80 GG, Rn. 75.

7 BVerfGE 13, 248, 254; BVerfGE 16, 332, 338.

8 Uhle, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 53. Edition, 15. November 2022, Art. 80 GG, Rn. 30; Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 80 GG, Rn. 75.

9 Siehe Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 80 GG, Rn. 56; Uhle, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 53. Edition, 15. November 2022, Art. 80 GG, Rn. 30; Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 80 GG, Rn. 75.

10 Vgl. Zwanziger, in: Eckart/Winkelmüller (Hrsg.) BeckOK Infektionsschutzrecht, Stand: 1. November 2022, § 17 IfSG, Rn. 38; Johann/Gabriel, in: Eckart/Winkelmüller (Hrsg.) BeckOK Infektionsschutzrecht, 1. November 2022, § 30 IfSG, Rn. 5a.1.

nung ergreifen zu können. Erst im § 28b Abs. 8 IfSG wird eine mögliche Aussetzung und damit eine Abweichung vom Grundsatz der zeitlich befristet bundesweit geltenden Schutzmaßnahmen geregelt.

Auch eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck führt hier zu keinem anderen Ergebnis. So ist dem Bericht des Ausschusses für Gesundheit vom 7. September 2022¹¹ zu entnehmen, dass der Fokus des Gesetzgebers bei der Änderung des § 28b IfSG vor dem Hintergrund einer geänderten Ausgangslage, insbesondere durch die Verfügbarkeit hochwirksamer Impfstoffe und antiviraler Medikamente sowie einem relativ hohen Immunitätsgrad in der Bevölkerung, auf dem Schutz vulnerabler Gruppen sowie der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems und der sonstigen kritischen Infrastrukturen lag. Mit einer auf die Wintermonate begrenzten Neuregelung wurden laut Corona-Expertengremium und Sachverständigenausschuss auch saisonbedingte Effekte wie z. B. respiratorische Atemwegserkrankungen durch Influenza und RSV sowie ein nicht vorhersehbares Auftreten von neuartigen Virusvarianten in den Blick genommen.

Vor dem Hintergrund dieses vom Gesetzgeber gewollten Schutzzwecks des Gesetzes ist eine Konstellation, in der die Ermächtigung in eine Anweisung zum Verordnungserlass umschlagen könnte, nicht erkennbar. Der Nichtgebrauch der Verordnungsermächtigung des § 28b Abs. 8 IfSG könnte allenfalls dann gegen höherrangiges Recht wie etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verb. mit Art. 1 Abs. 1 GG verstoßen, wenn der Sinn und Zweck, mithin der Schutz vulnerabler Gruppen und die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems, aus sachverständiger Sicht auch ohne die Maßnahmen des § 28b Abs. 1 IfSG erreichbar wären. Inwieweit die Regelung des § 28b Abs. 1 IfSG aktuell über den Schutzzweck hinausgeht und damit verfassungsrechtlich bedenklich wäre, lässt sich angesichts der kontrovers geführten fachlichen Diskussion nicht klar abschätzen.

11 Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 7. September 2022 zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19 (BT-Drs. 20/2573) sowie zu den Anträgen der Fraktion der CDU/CSU (BT-Drs. 20/2564) sowie der Abgeordneten Kathrin Vogler, Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 20/2581, BT-Drs. 20/3328).