

Henrik Eibenstein*

Die (vertane) Chance des § 28a IfSG

Unter großer medialer Beachtung hat der Deutsche Bundestag in seiner 191. Sitzung am 18. November 2020 das „Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ beschlossen. Herzstück des Gesetzes bildet dessen Art. 1, respektive der im Zuge einer Reformierung des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) neu geschaffene § 28a IfSG. Unter der amtlichen Überschrift „Besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“ soll er im Wesentlichen den omnipräsenten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Corona-Schutz-Verordnungen der Länder Rechnung tragen. Das Regelungsmotiv kann man nur begrüßen. Es zeigt sich aber, dass § 28a IfSG hinter der maßgeblichen Intention des Gesetzgebers offenkundig zurückbleibt und sich im Ergebnis als unzureichend erweist, gar neue Herausforderungen schafft.

I. Einführung

Die Fülle an Fachbeiträgen zu den verfassungsrechtlichen Herausforderungen der COVID-19-Pandemie nimmt inzwischen beachtliche Ausmaße an.¹ Mit zunehmender Zeit der zur Bekämpfung des SARS-Cov-2 Virus verfüigten Corona-Schutz-Verordnungen eint die rechtswissenschaftliche Lite-

* Dipl.-Jur. *Henrik Eibenstein* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter u. Doktorand an der Professur für Öffentliches Recht von *Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz*, Würzburg.

¹ Vgl. statt vieler *Giesberts/Gayger/Weyand NVwZ* 2020, 417 ff.; ferner *Schwarz JA* 2020, 321 ff.; *Eibenstein COVuR* 2020, 688 ff.; siehe auch *Lepsius*, der in diesem Kontext davon spricht, dass es „für einen Verfassungsjuristen (...) zutiefst deprimierend [ist] mitzuerleben, wie die Essentialia grundrechtlichen Denkens in kurzer Zeit zur Disposition stehen“, *Verfassungsblog* v. 6.4.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>.

ratur dabei zunehmend der Topos, dass sich diese erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken gegenübersehen. Obgleich sich die Judikatur noch nicht derart geschlossen zeigt², lassen auch die verwaltungsgerichtlichen Eilentscheidungen hinsichtlich „zunehmend problematische(r) Grundrechtseingriffe“³ Zweifel verfassungsrechtlicher Art erkennen. Den Gipfelpunkt markierte insofern eine Entscheidung der 13. Kammer des VG Hamburg vom 10. November 2020 in dessen Entscheidungsgründen es im Wortlaut heißt:

„Allerdings findet sich in den §§ 28 bis 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 (...) genügt für einen derart schwerwiegenden Grundrechtseingriff dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gegenwärtig nicht mehr.“

An der kaum zu übersehenden Emphase, mit der das VG Hamburg die bislang an der Wahrung des Gesetzesvorbehalts geäußerten Zweifel für durchgreifend hielt, hat es bislang gefehlt. Zwar konstatierte schon der BayVGH zwei Wochen zuvor in ungewohnter Ausdrücklichkeit, dass inzwischen Grundrechtseingriffe in Rede stünden, die nach ihrer Reichweite, ihrer Intensität und ihrer zeitlichen Dauer mittlerweile ohne Beispiel sein dürften.⁴ Soweit ersichtlich war jedoch erstmals ein gegen eine Corona-Schutz-Maßnahme gerichteter (Eil-)Antrag deshalb erfolgreich, weil die infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG als Ermächtigungsgrundlage für (erneute) Untersagungen unternehmerischer Tätigkeiten unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatzes nach Ansicht des Gerichts nicht (mehr) ausreichte.⁵ Begrüßenswerter Weise erkannten die Regierungsfractionen im Deutschen Bundestag den an den parlamentarischen Gesetzgeber gerichteten Handlungsappell und legten am 3. November 2020 den Entwurf eines „Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vor.⁶

Dabei ist es bezeichnender Weise wohl dem Bundesrat zu verdanken, dass sich in diesem überhaupt die Vorschrift des § 28a IfSG wiederfindet. Denn jenes Gesetz geht ursprünglich auf einen Entwurf der Bundesregierung zurück, der die zuvor angesprochenen verfassungsrechtlichen Probleme gänzlich unberücksichtigt ließ.⁷ Unter den vormalig angesprochenen „Problemen und Zielen“ des Entwurfs fand sich zu den §§ 28 ff., 32 IfSG keine Silbe. Nachdem der Bundesrat wegen Art. 76 Abs. 2 GG zur Stellungnahme befugt war, äußerte er sich kritisch und regte die Einführung eines „Sonderdatbestandes“ etwa in Form eines § 28a IfSG an.⁸

II. Der neue § 28a IfSG

Unter Einarbeitung der seitens des Bundesrats geäußerten Kritik enthält das „Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ nunmehr folgenden Problemaufwurf:

„Die bisher maßgeblich auf Grundlage der §§ 28 ff., 32 IfSG getroffenen notwendigen Maßnahmen zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie führen teilweise zu erheblichen Eingriffen in grundrechtliche Freiheiten. Sie dienen zum Schutz der Bevölkerung vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und erfolgen in Umsetzung der Gewährleistung des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes. Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts aus Artikel 80 Absatz 1 Satz 1 und 2 des Grund-

gesetzes 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 der betroffenen grundrechtlichen Schutzgüter vor und regelt somit die wesentlichen Entscheidungen.“⁹

Eine erste Beleuchtung des neuen § 28a IfSG zeigt, dass letzteres im Ergebnis gerade nicht der Fall ist. Dabei sei – worauf schon *Volkman*¹⁰ zu Recht hinwies – bereits vorausgeschickt, dass nachstehende Kritik sich ausdrücklich von derer distanziert, die etwa den haltlosen Vorwurf eines „Ermächtigungsgesetzes“ erheben oder in ähnlich sinnentleerter Richtung argumentieren.

1. Inhalt des § 28a IfSG

Im Folgenden sei ein Überblick über die wesentlichen Inhalte des neuen § 28a IfSG gegeben.

a) Kerninhalt

§ 28a IfSG ist eine zunächst auffällig sperrige Vorschrift mit diversen Querverweisen. Nach der gesetzgeberischen Intention erweitert § 28a Abs. 1 IfSG die bereits in § 28 Abs. 1 S. 1, 2 IfSG enthaltenden Regelbeispiele speziell für die SARS-CoV-2- Pandemie klarstellend. Sie bindet die Maßnahmen an die Feststellung einer pandemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag nach § 5 Abs. 1 IfSG. Dabei weist § 28a Abs. 1 IfSG insgesamt 17 mehr oder minder detaillierte Regebeispiele aus, die jedoch nicht abschließender Natur sind („insbesondere“).

Mangels Notwendigkeit aus wohl einzig deklaratorischen Gründen erklärt § 28a Abs. 6 IfSG die Schutzmaßnahmen für kumulativ anwendbar, soweit und solange es für eine wirksame Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

Mit Blick auf die Grundrechtsintensität erweist sich § 28a Abs. 2 IfSG von besonderer Relevanz. Dieser geht auf einen Änderungsentwurf des Gesundheitsausschusses zurück, wonach – soweit bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 erheblich gefährdet wäre – folgende Maßnahmen der Billigung des Gesetzgebers entsprechen:

1. Untersagung von Versammlungen oder Aufzügen iSv Art. 8 GG und von religiösen oder weltanschaulichen Zusammenkünften nach § 28a Abs. 1 Nr. 10 IfSG,

2. Anordnung einer Ausgangsbeschränkung nach § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG, nach der das Verlassen des privaten

2 Siehe nur die unterschiedlichen Kammerbeschlüsse des VG Hamburg, einerseits VG Hamburg Beschl. v. 23.9.2020 – 9 E 3964/20 = BeckRS 2020, 27185 Rn. 8; andererseits VG Hamburg COVuR 2020, 888 Rn. 9 ff. mAnm *Eibenstein*.

3 So OVG Saarlouis Beschl. v. 13.11.2020 – 2 B 332/20 = BeckRS 2020, 31097 Rn. 13.

4 BayVGH Beschl. v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360 = BeckRS 2020, 28521 Rn. 30.

5 So VG Hamburg COVuR 2020, 888 Rn. 6 mAnm *Eibenstein*.

6 BT-Drs. 19/23944.

7 Vgl. BR-Drs. 645/20.

8 BR-Drs. 645/20, 3.

9 BT-Drs. 19/23944, 2.

10 *Volkman*, Verfassungsblog v. 20.11.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/>.

Wohnbereichs nur zu bestimmten Zeiten oder zu bestimmten Zwecken zulässig ist, und

3. Untersagung des Betretens oder des Besuchs von Einrichtungen iSv § 28a Abs. 1 Nr. 15 IfSG wie zB Alten- oder Pflegeheimen, Einrichtungen der Behindertenhilfe, Entbindungseinrichtungen oder Krankenhäusern für enge Angehörige von dort behandelten, gepflegten oder betreuten Personen.

Nach § 28a Abs. 2 S. 2 IfSG dürfen Schutzmaßnahmen gem. § 28a Abs. 1 Nr. 15 IfSG nicht zur vollständigen Isolation von einzelnen Personen oder Gruppen führen, wobei dies eine schlichte Selbstverständlichkeit darstellen dürfte, kann doch nur durch Zulassung eines Mindestmaßes an sozialer Interaktion zuletzt auch anderen grundrechtlich geschützten Freiheiten Rechnung getragen werden.¹¹

b) Zum Verfahren im weitesten Sinne

Obschon sich der „Maßnahmenkatalog“ des § 28a IfSG auf dessen Absätze 1 und 2 konzentriert, beinhalten dessen übrige Absätze ganz maßgebliche Bestimmungen zur Handhabung der Vorschrift. So sollen die Schutzmaßnahmen unter Berücksichtigung des jeweiligen Infektionsgeschehens regional bezogen an den Schwellenwerten nach Maßgabe der § 28a Abs. 3 S. 4-12 IfSG ausgerichtet werden, § 28a Abs. 3 S. 2 IfSG. Damit hat der sog. Inzidenzwert erstmals Eingang in ein formelles Gesetz gefunden und zeigt sich als eine Art richtungsweisendes Ventil. Wie sinnvoll es grundsätzlich ist, einem solchen Wert – auch unter Beachtung der Tatsache, dass sich dieser an der nicht auf ewig in den Stein gemeißelten Leistungsfähigkeit der Gesundheitsämtern orientiert – allein die Entscheidung über erhebliche Grundrechtseinschränkungen zu überantworten, sei an dieser Stelle offengelassen.

Nach § 28a Abs. 3 S. 5 IfSG sind bei Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen „umfassende Schutzmaßnahmen“ zu ergreifen, die eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten lassen. Damit stellt sich § 28a Abs. 3 S. 5 IfSG zunächst als Konkretisierung des als gebundene Vorschrift konzipierten § 28 Abs. 1 IfSG dar.¹²

Eine Gesamtschau des § 28a Abs. 3 S. 5-8 IfSG ergibt eine gewisse Lenkung des Auswahlmessens der zuständigen Behörden je nach bestehendem Inzidenzwert, wobei mit Blick auf § 28a Abs. 3 S. 11 IfSG Maßnahmen nicht ständig am steigenden bzw. fallenden Inzidenzwert neu auszurichten sein müssen, was eine Überprüfung pflichtgemäßer Ermessensausübung letztlich erheblich erschwert.

Nach § 28a Abs. 3 S. 9-10 IfSG sind bei Übertretung eines Inzidenzwertes von 50 nunmehr bundes- bzw. landesweit abgestimmte umfassende Schutzmaßnahmen anzustreben, womit der aus der Eigenstaatlichkeit der Länder folgenden Autonomie deutliche Grenzen gezogen werden.¹³

Begrüßenswerter Weise statuiert § 28a Abs. 5 IfSG ein allgemeines Begründungs- und Befristungserfordernis (regelmäßig vier Wochen) für die nach § 32 iVm §§ 28 Abs. 1, 28a Abs. 1 IfSG erlassenen Rechtsverordnungen. Ob vier Wochen als Regelfrist angemessen sind, erscheint mit Blick auf teilweise die wirtschaftliche Existenz Betroffener in Frage stellenden Eingriffe als zumindest diskutabel.

Schließlich können die § 28a Abs. 1-6 IfSG auch nach dem Ende einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 5 Abs. 1 IfSG) angewendet werden, soweit und solange sich COVID-19 nur in einzelnen Ländern ausbreitet und das

Parlament in einem betroffenen Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 dort feststellt.

2. Defizite des § 28a IfSG

Zweifelsfrei erweist sich die Einfügung des § 28a IfSG als eine Verbesserung des – vorsichtig ausgedrückt – verfassungsrechtlich sehr wackeligen Status-Quo.¹⁴ Das liegt schon an der in Grenzen dazugewonnen Bestimmtheit.

Die Novellierung des IfSG insgesamt bleibt jedoch erheblich hinter dem zurück, was man angesichts der Dauer und Intensität der Grundrechtsbeschränkungen für eine Vielzahl Betroffener hätte erwarten dürfen.

a) Verfassungsrechtliche Implikationen

In der COVID-19-Pandemie haben sich – neben diversen Grundrechtsfragen – sowohl der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes als auch der Bestimmtheitsgrundsatz als „argumentative Dauerbrenner“ der Antragsteller in gerichtlichen Eilverfahren erwiesen. Das verwundert kaum, sind diese im Demokratie- bzw. Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Grundsätze doch kein Selbstzweck. Während die Frage nach der Verhältnismäßigkeit von einzelnen Maßnahmen stets eine Frage des Einzelfalls bleibt, können sie ohne ausreichende (und hinreichend bestimmte) Ermächtigungsgrundlage ohnehin schon nicht rechtmäßig sein, wie zuletzt die eingangs erwähnte Entscheidung des VG Hamburg anschaulich vor Augen führte. An diesen Missständen ändert § 28a IfSG jedoch im Ergebnis kaum etwas. Der neugeschaffene § 28a IfSG schafft überdies neue verfassungsrechtliche Unsicherheiten.

b) Regelbeispiele statt Standardmaßnahmen

Die Auflösung vorstehend genannter Grundsätze scheint der Gesetzgeber maßgeblich mit § 28a Abs. 1 IfSG zu bezwecken.

aa) Bestimmtheitsgebot

Zunächst einmal ist zu konstatieren, dass § 28a IfSG nicht für sich alleine gelesen werden kann. Die Vorschrift legt lediglich unter Rekurs auf § 28 IfSG fest, was „notwendige Schutzmaßnahmen“ in concreto bedeuten können und stellt sich insoweit als eine bloße (nicht abschließende) Aufzählung von Regelbeispielen dar. Das greift die bisher wahrnehmbare Kritik am Erfordernis des Bestimmtheitsgrundsatzes auf. Allerdings bleiben auch hier weiterhin Unsicherheiten, umreißen die Regelbeispiele doch teilweise selbst nicht genau, welches Ausmaß sie konkret haben sollen. Warum im Übrigen die Aufzählung bei derartig grundrechtsintensiven Eingriffen gerade nicht abschließend ist, erklärt sich hier neben nicht, scheint aber vor Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG jedenfalls wiederum problematisch, wenn die Verwaltung sich zur Ergreifung von Maßnahmen entscheiden sollte, die dem Regelbeispielkatalog unbekannt sind.

Dabei setzt der Bestimmtheitsgrundsatz selbst bereits voraus, dass hinreichend klare Maßstäbe bereitgestellt werden.¹⁵

11 Vgl. BVerfG Beschl. v. 12.5.2020 – 1 BvR 1027/20 = BeckRS 2020, 8419 Rn. 7 mwN.

12 Dazu BVerwGE 142, 205 Rn. 23 = BeckRS 2012, 51345; OVG Weimar Beschl. v. 28.5.2020 – 3 EN 359/20 = BeckRS 2020, 12181 Rn. 50.

13 Dazu unter 2. f).

14 Vgl. nur Volkmann, der von einem „Nichts vorher“ spricht, Verfassungsblog v. 20.11.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-masnahmegesetz/>.

15 Ausführlich zuletzt BVerfGE 149, 293, 322 = NJW 2018, 2619, 2622 Rn. 77 mwN.

Hieran fehlt es jedoch schon mit Blick auf die in § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG genannten „Ausgangs- oder Kontaktbeschränkungen im privaten sowie im öffentlichen Raum“. Soll nach der – insoweit nicht erkennbaren – gesetzgeberischen Intention unter den Begriff der „Beschränkung“ auch das generelle Verbot fallen, seine Wohnung zu verlassen?¹⁶ Mit Blick auf § 28a Abs. 2 Nr. 2 IfSG erscheint dies zweifelhaft, aber nicht ausgeschlossen, da die besonderen Voraussetzungen des § 28a Abs. 2 Nr. 2 IfSG nicht konstitutiv sein müssen für eine Ausgangsbeschränkung; die Vorschrift ist ohnehin keine Rechtsgrundlage, lediglich ein weiteres Regelbeispiel. So ließe sich eine Ausgangsbeschränkung auch insoweit denken, als der Besuch von Familienangehörigen noch zulässig wäre.

Auch § 28a Abs. 1 Nr. 5-7 IfSG scheinen in inhaltlicher Dimension doch allesamt denselben Lebensbereich zu treffen. Gleichwohl sah sich der Gesetzgeber zur dreifachen Normierung gezwungen, die sich nur dann als eine logische Folge darstellen kann, wenn unter allen dort genannten Veranstaltungen bzw. Einrichtungen etwas grundlegend Verschiedenes zu verstehen ist; der Gesetzesentwurf schweigt hierzu.

§ 28a Abs. 1 Nr. 11 und 12 IfSG sollen zur Legitimierung der größtenteils in der Vergangenheit kassierten Beherbergungsverboten herhalten.¹⁷ Doch auch hiernach bleibt unklar was „touristisch“ bedeutet. Ist ein unter Umständen notwendiger Pflegebesuch eines schwachen Familienmitgliedes touristisch und falls nicht, was ist er, wenn nicht beruflich? Auch und gerade auf der Rechtsanwenderseite bleibt damit die ggf. bußgeldbewehrte Unsicherheit, ob einem solchen potentiellen Hotelgast eine Übernachtung angeboten werden darf.

bb) Parlamentsvorbehalt

Neben diesen grundlegenden Fragen der Bestimmtheit wird der Gesetzgeber bei näherem Hinsehen auch nicht der Kritik derer gerecht, die mit Recht Zweifel an dem Ausreichen der Ermächtigungsgrundlage in § 28 Abs. 1 IfSG für die mannigfaltigen Grundrechtsbeschränkungen äußerten und hierfür die Schaffung einer ausreichenden Rechtsgrundlage forderten; denn Regelbeispiele sind freilich keine Ermächtigungsgrundlage. § 28a IfSG hat keinerlei eigenständigen materiell-rechtlichen Gehalt. Ermächtigungsgrundlagen weisen sich bekanntermaßen durch qualifizierte tatbestandliche Voraussetzungen und ausdifferenzierte Rechtsfolgen aus. Daran fehlt es jedoch auch nach der Novellierung weiterhin.

So hätte etwa die Implementierung von – im Gefahrenabwehrrecht üblichen – Standardmaßnahmen dem Parlamentsvorbehalt ausreichend Rechnung tragen können. Exemplarisch hierfür kodifizieren die §§ 9–46 PolG NRW Standardbefugnisse, wonach die Gefahrenabwehrbehörden zu besonderen Maßnahmen ermächtigt werden, um bestimmte Gefahren oder Beeinträchtigungen abzuwehren.¹⁸ Das ist nach allgemeinem Verständnis schon deshalb notwendig, da sich besonders intensive Grundrechtsbeschränkungen grundsätzlich nicht auf Generalklauseln stützen lassen.¹⁹ Der Gesetzgeber scheint das im Bereich des IfSG nun offenbar anders zu sehen. Für das sich daneben (weiterhin) auftuende Problem der Rechtsunsicherheit ist schnell ein Beispiel gefunden:

Soll nach §§ 28 Abs. 1, 28a Abs. 1 Nr. 3, (ggf. iVm Abs. 2 S. 1 Nr. 2) IfSG die Freiheit des Einzelnen beschränkt werden einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich wäre (Freiheitsbeschränkung) – und das mit Blick auf § 28a Abs. 5

IfSG für vier Wochen oder gar länger – ändert auch die Einführung eines Regelbeispiels nichts daran, dass es sich bei § 28 IfSG weiterhin um eine Generalklausel handelt, die eine nähere Ausformung von Voraussetzungen und Ausmaß der Freiheitsbeschränkung gänzlich unbeantwortet lässt. Dieser Befund verschärft sich in der Sache noch weiter, wenn sich der Blick auf § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG richtet, wonach die Anordnung einer mitunter besonders weitgehenden Ausgangsbeschränkung zulässig sein soll. Nicht nur begegnet schon die Geeignetheit einer solchen Maßnahme erheblichen Bedenken, solange keine fachwissenschaftlichen Überzeugungen dafür existieren, dass es allein durch einen aushäusigen Aufenthalt – trotz strikter Einhaltung eines Mindestabstands – zu Übertragungen des SARS-CoV-2-Virus in relevantem Maße kommen wird. Auch besitzen Freiheitsbeschränkungen das grundsätzliche Potential, je nach Intensität immer stärker in die Richtung einer Freiheitsentziehung zu wanden.²⁰ Letztere ist immer dann anzunehmen, wenn die tatsächlich und rechtlich an sich gegebene Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird, wobei auch psychische Hindernisse (z. B. Angst vor Sanktionen, grundsätzlich angedroht als Ordnungswidrigkeit in § 73 Abs. 1a Nr. 11a IfSG, unter Umständen sogar als Straftat, vgl. § 74 IfSG) ausreichen.²¹ Würde das Verlassen der eigenen Wohnung für einen bestimmten Zeitraum gänzlich untersagt werden, läge insoweit eine den Intensitätsgrad der Freiheitsentziehung erreichende Freiheitsbeschränkung nahe.²² Aber auch ein weniger grundrechtsintensiver Eingriff in die tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit erfährt über das Recht auf Freiheit der Person („weg von hier“)²³ gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG grundsätzlich einen besonders hohen Schutz („unverletzlich“), steht im Rang nicht unter dem Leib- und Lebensschutz des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Langandauernde, die gesamte Bevölkerung betreffende Eingriffe in diese wesentliche tatsächliche Voraussetzung menschlicher Freiheitsentfaltung²⁴ dürften ohne ausdifferenzierte Rechtsgrundlage kaum allein durch die Exekutive angeordnet werden.²⁵ Die bloße Unbedenklichkeitsbescheinigung des Gesetzgebers in § 28a IfSG ändert hieran nichts. Allein gesetzessystematisch erscheint es kaum denkbar, gestützt auf § 28 Abs. 1 IfSG auch Nichtstörer in gewichtigem Maße in ihrer Freiheit zu beschränken, soll die Beschränkung des in § 30 Abs. 1 IfSG beschriebenen Adressatenkreises einen Sinn behalten.²⁶ §§ 28 f. IfSG bestimmen insofern weiterhin nicht die Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung nach Inhalt,

16 Die Frage ebenso aufwerfend *Kießling*, Verfassungsblog v. 4.11.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/was-verlangen-parlamentsvorbehalt-und-bestimmtheitsgebot/>.

17 Siehe nur OVG Lüneburg COVuR 2020, 700 (702 ff.); *Eibenstein* COVuR 2020, 688 ff.

18 Hierzu *Hauk* JA 2017, 922 ff.

19 Offenbar wegen des nunmehr Vorliegens von Regelbeispielen aA VG Berlin Beschl. v. 9.11.2020 – VG 4 L 476/20 = BeckRS 2020, 29943 Rn. 20.

20 Freiheitsbeschränkung (Art. 104 Abs. 1 GG) und Freiheitsentziehung (Art. 104 Abs. 2 GG) grenzt das BVerfG nach der Intensität des Eingriffs ab, siehe nur BVerfGE 105, 239, 248 = NJW 2002, 3161 (3162) mwN.

21 Zu letzterem mit diversen Beispielen *Schulze-Fielitz* in Dreier GG Art. 104 Rn. 25 f.

22 Insoweit wäre auch Art. 104 Abs. 2 GG beachtlich.

23 *Gusy* in Merten/Papier HdB-Grundrechte, Bd. IV, 1. Aufl. 2011, § 93 Rn. 4 ff.

24 So *Di Fabio* in Maunz/Dürig, 91. EL April 2020, GG Art. 2 Abs. 2 Rn. 86.

25 Vgl. zu Freiheitsentziehungen *Guckelberger* NVwZ Extra 9 a/2020, 1 (8); zum Übermaßverbot *Papier* DRiZ 2020, 180 (182).

26 OVG Münster Beschl. v. 5.6.2020 – 13 B 776/20.NE = BeckRS 2020, 11272 Rn. 15; ferner OVG Lüneburg Beschl. v. 11.5.2020 – 13 MN 143/20 = BeckRS 8099 Rn. 33 f.

Zweck und Ausmaß und werden der Bedeutung des Parlamentsvorbehalts nicht gerecht.²⁷ Dabei sei nur der Vollständigkeit halber angemerkt, dass es im Gesetzgebungsverfahren entsprechende Entwürfe gegeben hat.²⁸

Im Hinblick auf den Parlamentsvorbehalt bleibt unterm Strich nicht viel gegenüber der Rechtslage de lege abrogata übrig. Die Abwägung, welche Maßnahmen in welcher Gefahrenlage zu ergreifen sind, verbleibt weiterhin bei der Exekutive. Vielmehr erschöpft sich § 28a Abs. 1 IfSG in einer rückblickenden Billigung der den Einzelnen aus den meisten Corona-Schutz-Verordnungen bereits bekannten Maßnahmen. Eine echte inhaltlich ausdifferenzierte Lenkungswirkung lässt § 28a IfSG insgesamt vermissen. Daran ändert auch § 28a Abs. 3 S. 1 IfSG nichts, der sich für die behördliche Praxis als eine Hohlphrase erweisen dürfte. Dass das „Ob“ der Maßnahmen „an dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems auszurichten“ ist, ergibt sich bereits aus dem Zweck des IfSG selbst (§ 1 Abs. 1 IfSG) und hilft bei der Bestimmung nach der womöglich richtigen Maßnahme nicht weiter. Auch hinsichtlich des § 28a Abs. 3 S. 4-12 IfSG wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren an dieser Stelle moniert, dass die vormalig verwendeten Begrifflichkeiten der „einfachen“, „stark einschränkenden“ oder „schwerwiegenden“ Schutzmaßnahmen untauglich sein.²⁹ In Reaktion hierauf entschied sich der Gesetzgeber dafür, den Maßstab für die zu ergreifenden Schutzmaßnahmen in der Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu festzulegen. Damit ist zwar die intransparente Stufung der Schutzmaßnahmen vom Tisch. Die Exekutive hat aber weiterhin selbst darüber zu befinden, welche Maßnahmen im konkreten Einzelfall in Anbetracht eines bestimmten Infektionsgeschehens verhältnismäßig sein sollen. Als prekär stellt sich auch die Konzeption der § 28a Abs. 3 S. 4-12 IfSG als Soll-Vorschrift dar. Nach § 28a Abs. 3 S. 2 IfSG „sollen“ die Schutzmaßnahmen unter Berücksichtigung des jeweiligen Infektionsgeschehens regional bezogen auf die Ebene der Landkreise, Bezirke oder kreisfreien Städte an den Schwellenwerten nach Maßgabe der § 28a Abs. 3 S. 4 – 12 IfSG ausgerichtet werden. Ob und in welchem Fall dies nicht angezeigt wäre, ist sowohl für die Exekutive als auch den Einzelnen nicht erkennbar und verlagert diesen Abwägungsprozess erneut weg vom Parlament.

Schließlich sind bei einer bundesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen bundesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen anzustreben. Wenn nun aber beispielsweise sieben Bundesländer einen entsprechenden Inzidenzwert aufweisen, fünf dagegen nicht, wie sieht dann die vorzunehmende Abstimmung aus? Müssen etwa zur Risikovorsorge auch die fünf Bundesländer an sich unverhältnismäßige Maßnahmen verfügen, um dem Erfordernis der „umfassenden Schutzmaßnahmen“ gerecht zu werden? Auch diese Fragen sind durch die Exekutive zu beantworten. Der Gesetzentwurf schweigt erneut.

Tatsächlich kommt es zur einer Einbindung des Parlaments dadurch, dass es für die Anordnung von den in § 28a IfSG genannten Schutzmaßnahmen künftig einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite bedarf, § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG. Diese wird jedoch nach den Erfordernissen des § 5 Abs. 1 S. 4 IfSG zunächst einmalig festgestellt und entledigt den Deutschen Bundestag sodann erneut von der Bewältigung der COVID-19-Pandemie. Dass die Bundesregierung den Deutschen Bundestag regelmäßig mündlich über die Ent-

wicklung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite zu unterrichten hat, ändert hieran nichts.

c) Fragliche Sperrwirkung des § 28a IfSG

Gemäß § 28a Abs. 1 IfSG können notwendige Schutzmaßnahmen iSd § 28 Abs. 1 S. 1, 2 IfSG für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag insbesondere die dort normierten sein. Sie sind wie gesehen aber nicht abschließender Natur. Das wirft die Frage auf, wie das Verhältnis von §§ 28 f. IfSG zu § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG zu verstehen sein soll. Nach dem ebenfalls novellierten § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG „trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 28a Abs. 1 und in den §§ 29 bis 31 genannten“. Der durch die Formulierung in § 28a Abs. 1 IfSG erweckte Eindruck, die dort aufgezählten Maßnahmen würden die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite i. S. v. § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG voraussetzen, scheint sich nicht zu bewahrheiten, wenn der hiervon unabhängige § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG auch auf die in § 28a Abs. 1 IfSG genannten Maßnahmen Bezug nimmt. Ob § 28a IfSG demnach einen Sperrwirkung zukommt, lässt sich – auch unter Zuhilfenahme der Gesetzesmaterialien – nicht bewerten.

d) § 28a Abs. 2 IfSG als Abwägungsausfall

Sofern auch „bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre“, soll § 28a Abs. 2 S. 1 IfSG Grundrechtseingriffe ermöglichen, die in ihrer Intensität faktisch einer zeitweisen Suspendierung³⁰ des sachlichen Schutzbereichs nahe kommen. Zwar soll es sich dabei offenkundig um ultima-ratio-Maßnahmen handeln. Gleichwohl steht die Schwere des hiernach in Rede stehenden Eingriffs in keinem Verhältnis zu der knappen Restriktion, mit der sie der Gesetzgeber freigibt.

So lässt sich nach § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 IfSG die ausnahmslose Untersagung von Versammlungen iSv Art. 8 Abs. 1 GG und von religiösen oder weltanschaulichen Zusammenkünften iSd Art. 4 GG verfügen. Einen Ausnahmeverbehalt oder sonstiges Abwägungsmaterial kennt die Maßnahme – bis auf den in § 28a Abs. 2 S. 1 IfSG normierten Vorbehalt – nicht. Dabei hat selbst das BVerfG Ende April 2020 in Bezug auf eine ausnahmslose Untersagung von Gottesdiensten unverklausuliert konstatiert, dass mit Blick auf den schwerwiegenden Eingriff in die Glaubensfreiheit, den ein Verbot von Gottesdiensten bedeutet, dieser jedenfalls bei der Gefahrensituation im Zeitpunkt der Entscheidung voraussichtlich nicht mit Art. 4 GG vereinbar ist.³¹ Entsprechendes ist aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu einem generellen Versammlungsverbot, das die konkrete Versammlung nicht in den Blick nimmt, konstatiert worden.³²

Wenn das BVerfG nachvollziehbar die vormalige Gefahrensituation in den Blick nahm, sei darauf hinzuweisen, dass die

27 Siehe dazu *Gusy* NJW 1992, 457 (461).

28 BT-Drs. 19/24375; vgl. auch BT-Drs. 19/20676.

29 Gutachten Wiss. Dienst. BT, WD 3 – 3000 – 256/20, 4.

30 Vgl. hierzu *Meinel/Möllers*, Eine Pandemie ist kein Krieg, F. A. Z. v. 20.3.2020, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/eine-pandemie-ein-ausnahmestand-aber-kein-krieg-16686801.html>.

31 BVerfG Beschl. v. 29.4.2020 – 1 BvQ 44/20 = COVur 2020, 92 mAnm *Becker*.

32 Für eine Verfassungswidrigkeit faktischer Versammlungsverbote VG Hannover Beschl. v. 16.4.2020 – 10 B 2232/10 = BeckRS 2020, 5950 Rn.15.

Inzidenzwerte am Tag der Entscheidung in Bayern bei 320, in Baden-Württemberg bei 283, dem Saarland bei 254 und in Hamburg bei 246 lagen und sich insofern ein sehr ähnliches, bei näherer Betrachtung sogar besorgniserregenderes Geschehen im Vergleich zu dem heutigen darstellt.³³ Aktuell (Stand: 22.11.2020) beläuft sich der Inzidenzwert in Bayern³⁴ auf 175, in Baden-Württemberg³⁵ liegt sie bei 132, mit 101 in Hamburg³⁶ und 123 im Saarland³⁷ knapp darunter. Damit wird die Frage virulent, wann konkret nach der Vorstellung des Gesetzgebers „auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre“, wie es § 28a Abs. 2 S. 1 als „Türöffner“ für die o. g. Beschränkungen fordert.

Reichen die gegenwärtigen Inzidenzwerte hierfür aus oder müsste sich das Infektionsgeschehen ähnlich zu dem vom April 2020 darstellen? Hat der Wert unter Beachtung der zuvor genannten Entscheidung des BVerfG sogar noch höher zu sein oder entkoppelt sich eine solche Einschätzung gänzlich von dem Inzidenzwert („insbesondere“), was mit Blick auf seine nunmehr einfachgesetzliche Normierung jedoch fraglich erschiene. Sind schließlich die Todeszahlen oder die Quote der Genesenen bzw. derer, bei denen es zu unauffälligen Verläufen kommt in die Betrachtung miteinzustellen, wenn nur von einer „Eindämmung der Verbreitung“ gesprochen wird? Bewertungsmaßstäbe fehlen; auch in der Gesetzesbegründung. All dies obliegt somit erneut – und in der Sache daher weiterhin – einzig der Exekutiven. Gerade an diesen Punkten einer so sensiblen Weichenstellungen fehlt es weiterhin an einer Beteiligung des Parlaments.

Spielt man das Szenario nun durch und setzt einen entsprechenden Lagebefund der zuständige(n) Behörde(n) voraus, käme es unter Umständen zu den zuvor skizzierten Eingriffen, die eine Ausübung der Religions- bzw. Versammlungsfreiheit gänzlich unterbinden („Untersagung von“). Dies kann aber der besonderen Bedeutung dieser Freiheitsrechte unter wertsetzender Betrachtung der staatlichen Schutzpflichten so nicht gerecht werden. Das gilt auch und gerade in Bezug auf den für eine freiheitliche Demokratie schlichtweg konstitutiven Art. 8 Abs. 1 GG, der sich (durch Rechtsverordnung) nach hier vertretener Ansicht indes nicht einmal – was jedoch freilich ein milderes Mittel wäre – unter ein präventives Verbot mit Ausnahmeverbehalt stellen ließe. Insofern gewinnt auch die Frage nach einer Verletzung des allgemeinen Verbots der Antastung des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG an Relevanz.³⁸ Nicht nur, dass es an einer stets erforderlichen Einzelfallabwägung fehlen würde. Der besondere Untersagungsgrund des § 28a Abs. 2 S. 1 IfSG, die Verhinderung einer weiteren Ausbreitung der Virus-Erkrankung lasse sich effektiv nur durch Nichtzulassung von Versammlungen erreichen, ließe sich – wie das BVerfG ebenfalls bereits während des ersten pandemischen Schocks herausstellte – letztlich gegen jede Versammlung (unabhängig von der Teilnehmerzahl) anführen und ist als Rechtfertigung kaum tauglich.³⁹ Nicht weniger fraglich erscheint, ob eine solch pauschale Untersagung überhaupt vom Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG gedeckt wäre. Auffälliger Weise nennt § 28a Abs. 2 S. 1 IfSG nur „Versammlungen iSd Art. 8 GG“, ohne zwischen solchen unter freiem Himmel und in geschlossenen Räumen zu differenzieren; für letztere kämen einzig immanente Grundrechtsschranken in Betracht. Ungeachtet dessen kann eine ausnahmslose Untersagung von Versammlungen im Lichte der grundlegenden Bedeutung von Art. 8 I GG nicht mehr

als ausreichende Beachtung der in Art. 8 Abs. 1 GG verkörpert verfassungsrechtlichen Grundentscheidung angesehen werden (sog. Wechselwirkungslehre).⁴⁰ Wenn noch vor Inkrafttreten des § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 IfSG in der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Blick hierauf davon ausgegangen wurde, dass den spezifischen grundrechtlichen Anforderungen des Art. 8 Abs. 1 GG durch eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme Rechnung zu tragen sei, die es erlaubt, die auch sonst für Eingriffe in die Versammlungsfreiheit geltenden Wertungen im Infektionsschutzrecht zu verwirklichen⁴¹, kann sich eine solche Prüfung, nur auf die Frage beziehen, ob bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen tatsächlich eine wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 erheblich gefährdet wäre.

Die Norm lässt sich wohl auch nicht dahingehend verfassungskonform auslegen, dass sie Ausnahmen zulasse, denn eine solche Auslegung würde die Grenzen verfassungskonformer Auslegung sprengen. § 28a Abs. 1 Nr. 10 IfSG nennt das Regelbeispiel der „Untersagung von oder Erteilung von Auflagen für das Abhalten von Veranstaltungen, Ansammlungen, Aufzügen, Versammlungen sowie religiösen oder weltanschaulichen Zusammenkünften“. § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG wäre obsolet, wenn auch hiernach mildere Maßnahmen als eine präventive Untersagung möglich sein könnten; das ist ausweislich der Systematik der Norm gerade nicht der Fall und stünde insofern im Gegensatz zum deutlich erkennbaren Willen des Gesetzgebers.⁴²

Jedenfalls – und das schlägt erneut den Bogen von der Wechselwirkungslehre bis hin zum Parlamentsvorbehalt – lassen sich derart intensive Grundrechtseingriffe nicht aufgrund eines ansonsten kriterienlosen Fingerzeigs auf die Ausbreitung der COVID-19 Krankheit verfassungsrechtlich legitimieren.

e) Durchgriffsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG

Nach dem (nicht novellierten) § 54 IfSG bestimmen die Landesregierungen durch Rechtsverordnung die zuständigen Behörden im Sinne des IfSG, soweit eine landesrechtliche Regelung nicht besteht und dieses Gesetz durch die Länder vollzogen wird.

33 Vgl. Situationsbericht des RKI v. 29.4.2020 zu COVID-19, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-04-29-de.html.

34 Übersicht bayerische Fallzahlen v. 29.11.2020, Tabelle 3, abrufbar unter: https://www.lgl.bayern.de/gesundheits/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/.

35 SARS-CoV-2-Fälle in Baden-Württemberg, Stand 30.11.2020, abrufbar unter: https://www.gesundheitsamt-bw.de/lga/DE/Fachinformationen/Infodienste_Newsletter/InfektNews/Seiten/aktuellemeldung.aspx?Druckvorschau=ja.

36 Corona Zahlen für Hamburg, Stand 30.11.2020, abrufbar unter: <https://www.hamburg.de/corona-zahlen/>.

37 Inzidenzwert Saarland, Stand 29.11.2020, abrufbar unter: https://corona.saarland.de/DE/service/aktuelle-lage/aktuelle-lage_node.html.

38 Bejahend *Völgmann* DÖV 2020, 893 (902 f.); ebenso wohl *Schmitz/Neubert* NVwZ 2020, 666 (669 f.); zur Unzulässigkeit eines faktischen Versammlungsverbots auch VG Hannover, Beschl. v. 16.4.2020 – 10 B 2232/10 = BeckRS 2020, 5950 Rn.15; aA auch unter Verweis auf die zeitliche Beschränkung OVG Weimar Beschl. v. 10.4.2020 – 3 EN 248/20 = BeckRS 2020, 6395 Rn. 30.

39 BVerfG Beschl. v. 15.4.2020 – 1 BvQ 37/20 = NVwZ 2020, 711 (713) Rn. 25.

40 Vgl. hierzu auch *Rixen* NJW 2020, 1097 (1102); für eine Verfassungswidrigkeit der Norm wohl auch *Volkman*, Verfassungsblog v. 20.11.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-masnahmengesetz/>.

41 So VG Neustadt Beschl. v. 20.11.2020 – 5 L 1030/20.NW = BeckRS 2020, 31654 Rn. 17.

42 Dazu BVerfG Beschl. v. 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14 = NJW 2015, 2949 (2952) Rn. 46 mwN.

Die Ermächtigung entspricht der grundsätzlichen Verwaltungszuständigkeit der Länder für Bundesgesetze nach Art. 83 GG und der damit einhergehenden administrativen Wahrnehmungskompetenz der Länder nach außen (Vollzugszuständigkeit).⁴³ Der den Regeltatbestand der landeseigenen Verwaltung konkretisierende Art. 84 Abs. 1 S. 1 statuiert die Organisations- und Verfahrenshoheit der Länder und weist ihnen die grundsätzliche Kompetenz zu, die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren selbst zu regeln.⁴⁴

Nach § 28a Abs. 3 S. 2 IfSG sollen die Schutzmaßnahmen unter Berücksichtigung des jeweiligen Infektionsgeschehens regional bezogen auf die Ebene der Landkreise, Bezirke oder kreisfreien Städte an den Schwellenwerten nach Maßgabe der § 28a Abs. 3 S. 4-12 IfSG ausgerichtet werden. Das begegnet Bedenken.

Wie die Art. 84 f. GG zeigen, umfasst die Vollzugszuständigkeit der Länder das Recht, die Organisation sowie Zuständigkeitsverteilung im Bereich der Verwaltung und das Verfahren für die Tätigkeit der dem Land zugehörigen Behörden eigenmächtig zu regeln.⁴⁵ In diesen Kontext ist auch das Durchgriffsverbot nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG einzustellen. Der Gesetzgeber missachtet hier offenkundig die sich aus der umfassenden Vollzugszuständigkeit der Länder ergebenden Autonomie und legt in § 28a Abs. 3 S. 2 IfSG mit der Beziehung der Maßnahmen auf Landkreise, Bezirke oder kreisfreien Städte in einer zweifelhaften Weise fest, welche Verwaltungsebene die vom Gesetzgeber normierten materiell-rechtlichen Aufgaben erfüllen muss.⁴⁶

f) Keine Effektivierung bundeseinheitlicher Maßnahmen

Wie eingangs erwähnt sind gem. § 28a Abs. 3 S. 9 IfSG „bei einer bundesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (...) bundesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen anzustreben.“ In tatsächlicher Hinsicht soll § 28a Abs. 3 S. 9 IfSG wohl unter anderem die auf den bisweilen stattfindenden Treffen der Ministerpräsidenten der Länder mit der Bundeskanzlerin gefassten Beschlüsse dahingehend effektuieren, dass einzelnen Länder insoweit ein „Ausscheren“ verwehrt ist.⁴⁷ Es geht aber offenkundig auch um das – sowohl politische als auch gesamtgesellschaftlich nachvollziehbare – Interesse, einen gewissen Grad an Einheitlichkeit der Maßnahmen sicherzustellen. Das erscheint schon deshalb plausibel, weil die Ausbreitung einer Virus-Erkrankung vor Ländergrenzen keinen Halt macht. Adressaten der Norm scheinen (?) daher die Länder zu sein. Die Vorschrift missachtet aber die umfassende Eigenstaatlichkeit der Länder.

Bereits die sich aus Art. 83, 84 Abs. 1 GG ergebende Vollzugskompetenz der Länder ist in der Architektur des Grundgesetzes Ausdruck der vom Grundgesetz selbst betonten Eigenstaatlichkeit der Länder und zugleich ein Beitrag zur vertikalen Gewaltenteilung.⁴⁸ Die Eigenstaatlichkeit der Länder selbst verlangt darüber hinausgehend, dass den Ländern ein Mindestmaß an politischen Kompetenzen der Gesetzgebung und Regierung verbleiben muss, die über schlichte Vollzugskompetenzen hinausgehen.⁴⁹ Mit § 28a Abs. 3 S. 9 IfSG werden die Länder im dort normierten Fall jedoch insoweit zu bloßen Selbstverwaltungseinheiten ohne eigene Entscheidungskompetenz hinsichtlich des „Ob“ und „Wie“ der Maßnahmen herabgestuft.⁵⁰ Etwas anderes könnte nur gelten, wenn § 28a Abs. 3 S. 9 IfSG eine für die Länder gänzlich

unverbindliche Regelung wäre. Diese Obsoleszenz kann man ihr mit Blick auf das gesamte Regelungskonzept und in Sonderheit § 28a Abs. 3 S. 10 IfSG aber nicht unterstellen. Es erscheint sodann widersprüchlich, wenn auch der Bundesgesundheitsminister mit Fingerzeig auf den besonderen Wert des Föderalismus in seiner Rede im Bundesrat zur Gesetzesnovelle davon spricht, dass die Länder ihre Rechtsverordnungen in eigener Zuständigkeit ausgestalten würden.⁵¹ Die damit gemeinte Länderautonomie insoweit zu beseitigen ist geradezu offensichtlicher Regelungszweck des § 28a Abs. 3 S. 9 IfSG.

f) Keine zwingende Effektivierung landeseinheitlicher Maßnahmen

Entsprechend zu § 28a Abs. 3 S. 9 IfSG legt § 28a Abs. 3 S. 10 IfSG „landesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen“ fest. Selbstredend kann sich hier kein Konflikt mit der im Bundestaatsprinzip wurzelnden Eigenstaatlichkeit der Länder ergeben. § 28a Abs. 3 S. 10 IfSG lässt sich vor Art. 84 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG wohl nur als Zugriff des Bundes auf die Organisation und das Verfahren der Länder begreifen. Allerdings existiert seit der Föderalismusreform vom 1. September 2006 mit Art. 84 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG ein Abweichungsrecht der Länder. Ohne an inhaltliche Voraussetzungen gebunden zu sein, könnten die Länder – vorbehaltlich Art. 84 Abs. 2, 5 GG – hiervon abweichende Regelungen treffen. Auch diesbezüglich liegt die intendierte Effektuierung in den Händen der Länder und teilt dasselbe Schicksal wie § 28a Abs. 3 S. 9 IfSG.

g) Inkonsistenz des § 28a Abs. 6 S. 1 IfSG

Gemäß § 28a Abs. 6 S. 1 IfSG können Schutzmaßnahmen nach §§ 28 bis 31 IfSG „auch kumulativ angeordnet werden, soweit und solange es für eine wirksame Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist.“

Der Möglichkeit einer kumulativen Anordnung dürfte ausschließlich deklaratorischer Charakter zukommen, gibt es doch keinen allgemeinen Grundsatz, der die Anzahl zu treffender Maßnahmen limitiert. Die Vorschrift stößt aber deshalb auf Bedenken, weil sie einzig „eine wirksame Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“ in den Blick nimmt. Dabei legt doch der ebenfalls neu eingefügte § 28a Abs. 3 S. 1 IfSG fest, dass „Entscheidungen über Schutzmaßnahmen (...) insbesondere an dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems auszurichten“ sind. Von der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems findet sich in § 28a Abs. 6 S. 1 IfSG nunmehr keine Silbe. Der Schutz von Leben hilft hier zunächst nicht weiter, denn keine Verfassungsbestimmung (in die eingegriffen werden würde) ist schwerer als das Rechtsgut Leben zu gewichten

43 Thiery in BeckOK IfSG, 1. Ed. 1.7.2020, § 54 Rn. 1.

44 Instrukтив Trute in v. Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 84 Rn. 18.

45 Umfassend Suerbaum in BeckOK GG, 44. Ed. 15.8.2020, Art. 83 Rn. 21.

46 Zu dieser Unzulässigkeit BVerfGE 147, 185, 240 = NVwZ 2018, 140 (151) Rn. 123 f.

47 Siehe nur in der Vergangenheit Ramelow, vgl. Ostthüringer Zeitung v. 27.5.2020, abrufbar unter: <https://www.otz.de/politik/merkel-kritisiert-ramelows-vorpreschen-bei-lockerungen-id229209348.html>.

48 Vgl. BVerwG Urt. v. 26.6.2014 – 3 CN 4.13 = BeckRS 2014, 56332 Rn. 32.

49 Sannwald in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke GG Art. 79 Rn. 43.

50 Vgl. zu dieser Unzulässigkeit Battis/Eder NVwZ 2019, 592 (596).

51 Spahn BR-Plenar-Protokoll 996, 465.

und eine hieran anknüpfende Abwägung fiele stets zugunsten letzteren aus. Übrig bleibt damit für die im Einzelfall vorzunehmende Abwägung der Exekutive das Rechtsgut Gesundheit, wobei der Zweck der Grundrechtseingriffe nicht pauschal „Gesundheit“ sein kann, sondern nur ein gesundheitsrelevanter Aspekt, nämlich die Vermeidung der Überforderung des Gesundheitssystems respektive die Sicherung von Kapazitäten (die sich an dieser Stelle nicht mehr findet).⁵² Dann aber muss sich – ohne den besonders hohen Wert von Leib und Leben zu verkennen – ohnehin die grundsätzliche Frage gestellt werden, in welchem Maß Kapazitäten zu Lasten der wirtschaftlichen Existenz einiger und freien Entfaltung vieler gesichert werden soll, ob Präventionsmaßnahmen nicht an anderer Stelle einer Nachjustierung bedürften.

g) Fehlende Entschädigungsregelung

In Sonderheit für die aus Schließungsanordnungen resultierenden Umsatzeinbußen sieht auch das novellierte IfSG weiterhin keine Entschädigungsregelung vor. Das ist verfassungsrechtlich besonders kritisch zu beurteilen. § 28a Abs. 1 Nr. 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14 IfSG sehen allesamt unter Umständen gravierende Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit bzw. das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor; Eingriffe die sich als „ausgleichspflichtige Sozialbindungen“ kategorisieren lassen.⁵³ Wenngleich der Gesetzgeber hier mit der Formulierung des Regelbeispielkatalogs die Eingriffe unweigerlich wahrgenommen hat, sah er sich nach wie vor nicht zur Schaffung einer Entschädigungsregelung veranlasst. Dabei haben gerade die Judikate der vergangenen Wochen bedeutungsvoll gezeigt, dass die Verwaltungsgerichte in die Verhältnismäßigkeitsprüfung diverser Corona-Schutz-Maßnahmen zu Recht ganz gewichtig die Frage nach einer Entschädigungs- bzw. Ausgleichszahlung eingestellt haben.⁵⁴ Warum der Gesetzgeber weiterhin auf – ansonsten im Gefahrenabwehrrecht positiviert – Entschädigungsregelungen für Nichtstörer verzichtet, bleibt spekulativ, für Betroffene im Einzelfall ruinös.

Jedenfalls dürfte eine (unter Umständen angespannte) Haushaltslage keine Rechtfertigung darstellen, ist der Gesetzgeber auf Dauer doch dazu verpflichtet, für besonders grundrechtsintensive flächendeckende Maßnahmen, wie etwa Betriebsschließungen, eine Entscheidung über etwaige Entschädigungsleistungen (wie sie bereits im 12. Abschnitt des IfSG für andere Sachverhalte normiert wurden) zu treffen.⁵⁵ In Anbetracht der Intensität und Dauer wiederkehrender Grundrechtsbeschränkungen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie können den in Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG Betroffenen nicht weiterhin ausgleichslos derartige Sonderopfer abverlangt werden. Angesichts des Regelungsdefizits bleibt ihnen fortwährend nur der – in der hierzu ergangenen Rechtsprechung bislang wenig erfolgreiche – Weg über gewohnheitsrechtlich anerkannte Aufopferungsansprüche.⁵⁶ Dies unterliegt jedoch ebenfalls erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken, da Inhalts- und Schrankenbestimmungen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen und es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers ist, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen. Dies gilt auch für die Entscheidung, ob und in welcher Form ein Ausgleich für ansonsten unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkungen zu gewähren ist.⁵⁷ Angesichts des in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG normierten Gesetzesvorbehalts ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die Voraussetzungen, Art und Umfang des verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleichs mit hinreichender Bestimmtheit zu regeln.⁵⁸ Diese Lücke zu füllen obliegt indes nicht der Rechtsprechung.

V. Fazit und Ausblick

Sowohl die Landesparlamente als auch der Deutsche Bundestag hatten seit Ausbruch der COVID-19-Pandemie in der Bundesrepublik etwa ein ¾ Jahr lang die Gelegenheit, für eine ausreichende parlamentarische Beteiligung an den besonders tiefgreifenden Grundrechtsbeschränkungen zu sorgen. Dass eine Reform des IfSG vom ersten Entwurf hin bis zur Gesetzesverabschiedung sodann innerhalb von gerade einmal vierzehn Tagen stattfand, merkt man dem Gesetz respektive § 28a IfSG deutlich an. Der weitestgehend oppositionsübergreifend geäußerten Kritik zum Trotz hat der Gesetzgeber zum einen auf ganz wesentliche Regelungen nach wie vor verzichtet und zum anderen eine Vorschrift implementiert, die die bisherigen verfassungsrechtlichen Zweifel bei Lichte betrachtet nur in Randbereichen minimieren dürfte und neue Probleme erst schafft. Damit ist im Ergebnis weder der Exekutive noch dem einzelnen Bürger geholfen.

Dabei finden sich selbst in der rechtswissenschaftlichen Literatur seit geraumer Zeit konkrete, Rechtsgrundlagen schaffende und die Pflicht zur Entschädigung von in Anspruch genommenen Nichtstörern umsetzende Lösungsvorschläge. Hervorzuheben sei hier etwa der besonders ausgereifte Entwurf eines das IfSG novellierenden Gesetzes von Kießling.⁵⁹

Ob der Deutsche Bundestag abermals das IfSG reformieren wird, bleibt abzuwarten und dürfte bei lebensnaher Betrachtung wohl entscheidend von dem Echo der Verwaltungsgerichte abhängig sein. Erste Entscheidungen deuten jedenfalls hinsichtlich des Gesetzesvorbehalts eine genügsame Richtung an.⁶⁰ Illusorisch dürfte es sein, an eine nur kurze Existenz des § 28a IfSG zu glauben, was schon deshalb gilt, weil es sich bei den aktuellen Judikaten grundsätzlich um solche im Eilverfahren handelt, in denen nur bei offensichtlicher Verfassungswidrigkeit der Norm eine deshalb gebotene Außervollzugsetzung in Betracht kommt.⁶¹

52 So auch schon *Lepsius*, Verfassungsblog v. 6.4.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>.

53 *Papier* DRiZ 2020, 180 (183).

54 Vgl. OVG Schleswig Beschl. v. 13.11.2020 – 3 MR 59/20 = BeckRS 2020, 30803 Rn. 42; OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 11.11.2020 – 11 S 111/20 = BeckRS 2020, 30462 Rn. 45; OVG Münster Beschl. v. 11.11.2020 – 13 B 1663/20.NE = BeckRS 2020, 30306 Rn. 26 f.; OVG Schleswig Beschl. v. 5.11.2020 – 3 MR 72/20 = BeckRS 2020, 29774 Rn. 14; OVG Münster Beschl. v. 8.7.2020 – 13 B 870/20.NE = BeckRS 2020, 15727 Rn. 35 ff.; VG Hamburg Beschl. v. 10.11.2020 – 13 E 4550/20 = BeckRS 2020, 30379 Rn. 9.

55 So auch schon OVG Münster Beschl. v. 30.10.2020 – 13 B 1488/20.NE = BeckRS 2020, 29552 Rn. 10.

56 Ablehnend etwa LG Heilbronn COVuR 2020, 142 ff. mAnm *Schwarz*; LG Hannover COVuR 2020, 370 ff.; siehe auch jüngst LG Stuttgart Ur. v. 5.11.2020 – 7 O 109/20 = BeckRS 2020, 31215 Rn. 19 ff.; zum Streitstand in der Literatur *Eibenstein* NVwZ 2020, 930 ff.; *Rommelfanger* COVuR 2020, 178 ff.; *Antweiler* NVwZ 2020, 584 (589); *Giesberts/Gayger/Weyand* NVwZ 2020, 417 (420 ff.); *Oelrichs* ZLR 2020, 319 (333 ff.); *Reschke* DÖV 2020, 423 ff.; *Schmitz/Neubert* NVwZ 2020, 666 (670 f.); *Treffer* NWVBl. 2020, 273 ff.

57 BVerfG Beschl. v. 2.3.1999 – 1 BvL 7/91 –, BVerfGE 100, 226, Rn. 93 – *Denkmalschutz*.

58 Hierzu zuletzt BVerfG Beschl. v. 29.9.2020 – 1 BvR 1550/19 –, Rn. 80; *Papier* DRiZ 180 (183).

59 Abrufbar unter: https://www.oer.ruhr-uni-bochum.de/oer/mam/content/gesetzentwurf_zur_Änderung_des_ifsg_kießling.pdf.

60 Vgl. jüngst OVG Bautzen Beschl. v. 15.11.2020 – 3 B 359/20 = BeckRS 2020, 32146 Rn. 14, OVG Bautzen Beschl. v. 27.11.2020 – 3 B 394/20 Rn. 25; OVG Schleswig Beschl. v. 26.11.2020 – 3 MR 62/20 Rn. 24; aA VG Hamburg Beschl. v. 30.11.2020 – 7 E 4633/20, S. 7; deutlich verhaltener auch BayVG Beschl. v. 19.11.2020 – 20 NE 20.2513 Rn. 15.

61 Krit. ist es hingegen zu beurteilen, wenn schon für eine ausreichend tiefe Prüfung verfassungsrechtlicher Fragen im Eilverfahren ein bestimmtes Evidenzlevel gefordert wird, vgl. OVG Koblenz Beschl. v. 5.11.2020 – B 11353/20.OVG = BeckRS 2020, 30986 Rn. 5.

Die weiteren zuvor angesprochenen Problemfelder besitzen hingegen ausreichend praktisches Streitpotential. Illustrativ führt dies bereits eine Entscheidung des BayVGH⁶² vom 19.11.2020 vor Augen, der sich abermals mit der Rechtmäßigkeit von Betriebsschließungen auseinanderzusetzen hatte, insbesondere ob diese auf einer ausreichenden gesetzlichen Verordnungsmächtigung beruhen. Dabei skizzierte der BayVGH zunächst, dass die Frage vor Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach der Rechtsprechung des Senats als offen anzusehen war.⁶³ Sodann gewinnen die hieran folgenden Ausführungen an besonderem Gewicht, wenn das Gericht konstatiert, dass es die Erfolgsaussichten eines gegen die Betriebsschließung gerichteten Normenkontrollantrags „auch nach dessen Inkrafttreten (...) bei summarischer Prüfung nicht abschließend einschätzen“ kann.⁶⁴ Unverklausuliert heißt es weiter: „Die Anwendung von § 28a IfSG wirft aber völlig neue Rechtsfragen auf, die derzeit im Eilverfahren nicht abschließend zu klären sind.“⁶⁵

Auch die siebte Kammer des VG Hamburg sieht mit der Schaffung des § 28a IfSG ihre verfassungsrechtliche Bedenken in einer Entscheidung vom 30. November 2020 nicht ausgeräumt.⁶⁶

So bleibt in diesem Kontext zunächst fraglich, ob den Verwaltungsgerichten § 28a IfSG zur Ausräumung ihrer verfassungsrechtlichen Bedenken genügt. Für die weiterhin bedeutungsvollen Eilverfahren lässt sich das kaum verlässlich abschätzen. In einem Hauptverfahren dürfte man dies nicht zuletzt wegen der in eine etwaige Verhältnismäßigkeitsprüfung einzelner Maßnahmen einzustellenden, weiterhin fehlenden Entschädigungsregelung für Nichtstörer bezweifeln.⁶⁷

So steht auch weiterhin das nebulöse Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive bei der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie im Raum.⁶⁸ Jedenfalls dürften schon mit Blick auf die zentrale politische Integrations- sowie Kommunikationsfunktion des Parlaments kaum zu bestreiten sein, dass ein wahrnehmbares – den getroffenen Maßnahmen vorausgehendes – Streiten von Für und Wider einzelner Maßnahmen zu einer höheren Akzeptanzquote in der gesamtheitlich betroffenen Bevölkerung führen wird, als intransparente⁶⁹,

der Öffentlichkeit gänzlich entzogene interne Abstimmungen der Exekutive.

Für einen Ausblick sei auch darauf hingewiesen, dass unterdessen weitere, bislang unberührte Themenfelder virulent werden; darunter auch Fragen der Gesundheitsvorsorge, die soweit ersichtlich noch keinen nennenswerten Eingang in die Entscheidungsfindung der Verwaltungsgerichte gefunden hat.

Kann beispielsweise eine ausnahmsweise Öffnung von Fitnessstudios bei gleichzeitiger Schließungsanordnung gegenüber anderen Gewerbetreibenden sachlich gerechtfertigt sein, wenn die hiermit einhergehende verbesserte Immunabwehr der Bevölkerung einen gewichtigen Teil zur Bekämpfung der pandemischen Lage beitragen kann?

Aufmerksam wird man indes verfolgen dürfen, wie praktikabel sich die erfolgte Festschreibung von Inzidenzwerten zeigt. In diesem Kontext sei nur abschließend angemerkt, dass sich diese maßgeblich an der Belastbarkeit der Gesundheitsämter bzgl. der Nachverfolgung von Infektionen orientieren. Es ließe sich also darüber nachdenken, diese personell und mit sachlichen Mitteln entsprechend aufzustocken, um grundrechtsintensive Maßnahmen erst später für notwendig zu erachten.⁷⁰

⁶² BayVGH Beschl. v. 19.11.2020 – 20 NE 20.2513.

⁶³ Siehe dazu etwa BayVGH Beschl. v. 5.11.2020 – 20 NE 20.2468 = BeckRS 2020, 29302.

⁶⁴ BayVGH Beschl. v. 19.11.2020 – 20 NE 20.2513 Rn. 15.

⁶⁵ BayVGH Beschl. v. 19.11.2020 – 20 NE 20.2513 Rn. 15.

⁶⁶ VG Hamburg Beschl. v. 30.11.2020 – 7 E 4633/20, S. 7; vgl. zu § 28 IfSG bereits eindringlich VG Hamburg Beschl. v. 23.10.2020 – 7 E 4337/20 = BeckRS 2020, 29150 Rn. 12 f.

⁶⁷ Dafür spricht nicht zuletzt der jüngst erkennbare Trend der Rspr., grundrechtsintensive Maßnahmen im Lichte einer Entschädigung zu sehen, vgl. nur OVG Magdeburg Beschl. v. 4.11.2020 – 3 R 218/20 = COVur 2020, 819 (829) Rn. 62.

⁶⁸ In diesem Kontext auf drohende „falsche Weichenstellungen, die zu neuen Pfadabhängigkeiten führen“ hinweisend *Heinig*, Verfassungsblog v. 25.11.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/parlamentarismus-in-der-pandemie/>.

⁶⁹ Auf „Öffentlichkeit, Transparenz und Rechtssicherheit“ hinweisend auch *Papier* DRiZ 2020, 180 (183).

⁷⁰ In diese Richtung ist auch *Papier* zu verstehen, der es für fatal hält, wenn wegen offensichtlicher Mängel in der Ressourcenbeschaffung länger auf extreme Eingriffe in die Freiheit aller zurückgegriffen werden müsste, *Papier* DRiZ 2020, 180 (182).