

# Das neue Infektionsschutzrecht

Kluckert (Hrsg.)

2. Auflage 2021, ISBN 978-3-8487-7041-0

## Sonderkapitel § 18: Viertes Bevölkerungsschutzgesetz

Nach Drucklegung der 2. Auflage des Handbuchs ist das Vierte Bevölkerungsschutzgesetz in Kraft getreten. Die Änderungen gehen insbesondere in einer neuen Vorschrift (§ 28b IfSG) auf.

Das nachfolgende Sonderkapitel § 18 geht auf die verfassungs-, zuständigkeits-, kompetenz- und ordnungsrechtlichen Aspekte der Reform ein. Die in den Fußnoten zitierten Werkabkürzungen finden sich im Literaturverzeichnis des Handbuchs (S. 13–16) wieder.

Nomos Verlagsgesellschaft mbh & Co. KG



## Teil 9: Sonderkapitel

### § 18 Viertes Bevölkerungsschutzgesetz

I. Verfassungsrecht (Zustimmungspflicht, Rechtsschutz, Verhältnismäßigkeit) ( <i>Rixen</i> ) .....	1	das bundesstaatliche Kompetenzgefüge .....	52
1. Zustimmungspflichtiges Gesetz? .....	3	2. Verbleibende Aufgaben der Länder .....	60
2. Rechtsschutz .....	16	a) Vollzug des § 28b Abs. 1 IfSG .....	61
3. Grundrechtsfragen, insbesondere Verhältnismäßigkeit .....	24	aa) Konkretisierungsbedürftigkeit des Bundesrechts .....	62
a) Grundrechtsschonende Auslegung des § 28b Abs. 1 IfSG ...	24	bb) Bekanntmachungspflichten .....	70
b) Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 104 Abs. 1 GG? .....	25	cc) Durchsetzung und Ahndung von Verstößen .....	75
c) Verhältnismäßigkeit: Regelungsziel und Regelungskonzept .....	30	b) Vollzug von § 28b Abs. 3 IfSG .....	76
aa) Regelungsziel .....	30	c) Vollzug des § 28b Abs. 7 IfSG .....	81
bb) Regelungsmittel: multidimensionales Schutzkonzept .....	35	3. Weitere Zuständigkeitsfragen .....	82
d) Verhältnismäßigkeit: Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit .....	42	III. Ordnungsrechtliche Regelungen des Bundes zur Corona-Pandemie ( <i>Fleischfresser</i> ) .....	85
II. Verschiebungen im bundesstaatlichen Kompetenzgefüge und behördliche Zuständigkeiten ( <i>Ritgen</i> ) .....	51	1. Hintergrund und Zielsetzung der „Bundes-Notbremse“ .....	85
1. Die Auswirkungen des Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes auf		2. Grundstruktur des § 28b IfSG ...	87
		3. Kritik und Bewertung .....	95

#### I. Verfassungsrecht (Zustimmungspflicht, Rechtsschutz, Verhältnismäßigkeit) (*Rixen*)<sup>\*</sup>

Mit dem Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 22.04.2021<sup>1</sup>, in Kraft getreten am 23.4.2021,<sup>2</sup> wurden im Infektionsschutzgesetz (IfSG) umfangliche Kontaktbeschränkungen bzw. Verhaltensvorgaben (Ge- und Verbote) angeordnet, die der Sache nach die vordem durch Rechtsverordnungen der Länder erlassenen Ge- und Verbote ersetzen, soweit sich ein Normwiderspruch ergibt (vgl. Art. 31 GG). Konkret geht es bei diesem in der politisch-medialen Öffentlichkeit als „Bundes-Notbremse“ bezeichneten Gesetz um die längstens bis 30.6.2021 anwendbaren<sup>3</sup> § 28b IfSG und ferner den § 28c IfSG, der, vereinfacht ausgedrückt, insbesondere die Rücknahme von Freiheitsbeschränkungen namentlich zugunsten von vollständig geimpften Personen durch Rechtsverordnung der Bundesregierung, der Bundestag und Bundesrat zustimmen müssen,<sup>4</sup> gestattet.

§ 28c IfSG wurde durch Art. 6 Nr. 1 des Gesetzes v. 7.5.2021, in Kraft getreten am 8.5.2021,<sup>5</sup> um einen Satz 3 ergänzt. Am 8.5.2021 wurde die Verordnung zur Regelung

\* Herr *Rixen*, der Autor des Abschnitts I., ist Prozessbevollmächtigter des Deutschen Bundestages in verschiedenen Verfahren zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht.

1 BGI. I 802.

2 Vgl. Art. 4 Abs. 2 des Vierten Gesetzes.

3 § 28b Abs. 10 S. 1 IfSG.

4 § 28c S. 2 IfSG.

5 Vgl. Art. 7 Abs. 4 des Gesetzes v. 7.5.2021.

von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung – **SchAusnahmV**) v. 8.5.2021 verkündet,<sup>6</sup> die am 9.5.2021 in Kraft getreten ist (vgl. § 12 SchAusnahmV; → Rn. 47 ff.).

### 1. Zustimmungspflichtiges Gesetz?

- 3 In der Debatte über das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite wurde die Ansicht vertreten, der **Bundesrat** hätte dem Gesetz **zustimmen** müssen.<sup>7</sup> Verwiesen wird auf **Art. 104 Abs. 4a GG**, der lautet: „Bundesgesetze, die Pflichten der Länder zur Erbringung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten begründen und von den Ländern als eigene Angelegenheit oder nach Absatz 3 Satz 2 im Auftrag des Bundes ausgeführt werden, bedürfen der Zustimmung des Bundesrates, wenn daraus entstehende Ausgaben von den Ländern zu tragen sind.“ Im Kern geht es um die Frage, ob durch das Vierte Gesetz eine Geldleistungspflicht im Sinne des Art. 104 Abs. 4a GG begründet wurde, die zustimmungspflichtig ist. Diese Überlegung bezieht sich insbesondere auf die Schul- und Kita-Schließungen gemäß § 28b Abs. 3 S. 2, 3, 9 IfSG, die zu einer Pflicht zur Erstattung von Verdienstausfall führten (§ 56 Abs. 1a IfSG), die von den Ländern zu tragen sei (vgl. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 IfSG).
- 4 Ob insoweit das Argument überzeugt, an einer Zustimmungspflicht fehle es, weil § 56 Abs. 1a IfSG seine geltende Fassung bereits durch das **Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29.3.2021**<sup>8</sup> erhalten habe,<sup>9</sup> erscheint **zweifelhaft**, es sei denn, damit soll ausgesagt werden, dass die in der Tat erfolgte **Zustimmung des Bundesrates** zu diesem Gesetz sich auch auf § 56 Abs. 1a IfSG erstreckte und etwaige sachliche Änderungen, die § 56 Abs. 1a IfSG nicht wesentlich ändern, an der erfolgten Zustimmung des Bundesrats nichts ändern. Allerdings ließe sich durchaus argumentieren, dass eine **Erweiterung der Erstattungspflicht**, die die Kostenlast der Länder nicht bloß unwesentlich ausweite, eine Pflicht der Länder bei materieller Betrachtung neu „begründe“ (vgl. den Wortlaut des Art. 104a Abs. 4 GG). Unwesentlich wäre eine Änderung, die den bisherigen gesetzlichen Mechanismus, der zur Erstattungspflicht führt, nur variiert, also dem bisherigen gesetzlichen Mechanismus funktional entspricht, und auch nicht evident zu einer ungewöhnlichen, schlechterdings jenseits der nach dem bisherigen Mechanismus erwartbaren Ausweitung der Kostenlast führt.
- 5 Dagegen lässt sich allerdings einwenden, dass bei Inkrafttreten des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite § 56 Abs. 1a IfSG sich ua nur auf den Fall bezieht, dass die „**zuständige Behörde**“ die in Rede stehenden Betreuungseinrichtungen schließt (§ 56 Abs. 1a S. 1 Nr. 1 IfSG). Zuständige Behörde ist die nach Landesrecht bestimmte Behörde (§ 54 IfSG). Die in § 28b Abs. 3 S. 2, 3, 9 IfSG genannten Rechtsfolgen treten aber kraft Gesetzes ein.
- 6 Denkbar ist aber, dass § 56 Abs. 1a IfSG auf diese Konstellation entsprechend angewendet wird (oder aber, dass de lege ferenda der Verweis auf die zuständige Behörde in § 56 Abs. 1a S. 1 Nr. 1 IfSG gestrichen wird). **Aber auch dann gilt:** Die Zustimmung ist nicht geboten, weil es an einer Geldleistungspflicht im Sinne von Art. 104a Abs. 4 GG fehlt, und zwar aus folgenden Gründen:

---

6 BAnz AT 8.5.2021 V1; dazu BT-Drs. 19/29257.

7 Vgl. insbesondere die Verfassungsbeschwerde 1 BvR 860/21.

8 BGBl. I 370.

9 Vgl. BVerfG Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21 ua, Rn. 32.

Eine Geldleistung gemäß Art. 104a Abs. 4 GG setzt voraus, dass es sich um eine „freiwillige“,<sup>10</sup> ua auch von einer Gegenleistung unabhängige<sup>11</sup> Zahlung handelt. Die Verwendung des Wortes „freiwillig“ ist erklärungsbedürftig. Mit diesem Wort soll zum Ausdruck gebracht werden, dass der Staat sich aus freien, etwa sozialpolitisch motivierten Gründen entschließt, eine Geldleistung zu erbringen.

An einer freiwilligen Geldleistung in diesem Sinne fehlt es, wenn der Gesetzgeber zur Zahlung der Geldleistung verpflichtet ist, etwa weil er zur Befriedigung von Schadenersatz- oder Entschädigungsforderungen oder von vertraglichen Forderungen zahlt.<sup>12</sup> Insofern geht es um „Geldleistungen, deren Verpflichtungsgrund dem jeweiligen Bundesgesetz vorausliegt.“<sup>13</sup> Damit wird der Rechtsbindung des Staates Rechnung getragen, kraft derer er Zahlungspflichten, die ihn aus einem speziellen Rechtsgrund treffen, zu begleichen hat. Hierbei kommt es nicht auf die Bezeichnung an, die der Gesetzgeber für eine Geldleistung wählt, sondern darauf, welchen Charakter die in Rede stehende Leistung objektiv hat.

In der Literatur zu § 56 Abs. 1a IfSG heißt es, diese Leistung sei eine bloße „Billigkeitsregelung“<sup>14</sup>, die der coronabedingten finanziellen Familienförderung diene.<sup>15</sup> Dabei wird der Sache nach die Begründung zur Vorgängervorschrift im früheren Bundes-Seuchengesetz<sup>16</sup> (§ 49 BSeuchG) übernommen, die von einer „Billigkeitsregelung“<sup>17</sup> gesprochen hatte. Diese Argumentation übersieht aber, dass das IfSG<sup>18</sup> den Charakter des § 56 IfSG, der Teil des 12. Abschnitts des IfSG ist, grundlegend verändert hat.

In der Begründung zum IfSG heißt es: „Die im 12. Abschnitt getroffenen Entschädigungsregelungen ersetzen umfassend den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen *Aufopferungsanspruch*, dem damit insoweit keine lückenschließende Funktion mehr zukommt. Weitergehende Ansprüche aus Amtshaftung bleiben unberührt.“<sup>19</sup> Dh, auch § 56 IfSG – wie etwa auch der Impfschadensanspruch gemäß § 60 IfSG, für den das schon unter dem BSeuchG anerkannt war –<sup>20</sup> ist eine *spezialgesetzliche Ausformung des Aufopferungsgedankens*, der als allgemeines gewohnheitsrechtlich anerkanntes Rechtsinstitut mit bundesgesetzlichem Rang<sup>21</sup> verdrängt wird.

Der Charakter des § 56 IfSG als *spezialgesetzliche Ausformung des Aufopferungsgedankens* wird in den Begründungen zu § 56 Abs. 1a IfSG, der im Zuge der COVID-19-Pandemie eingeführt bzw. geändert wurde, nicht in Frage gestellt, sondern bestätigt, denn durchweg ist – in der Logik der neuen Sichtweise des IfSG – von „*Entschädigungsan-*

10 *Hellermann* in v. Mangold/Klein/Starck GG Art. 104a Rn. 86; *Siekman* in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 27a; näher *Tappe* in BK-GG, Stand: Febr. 2021, Art. 104a Rn. 289 iVm Rn. 266.

11 *Heun* in Dreier GG Art. 104a Rn. 26; *Siekman* in Sachs, GG 9. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 27; *Heintzen* in v. Münch/Kunig, GG 7. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 50.

12 *Hellermann* in v. Mangold/Klein/Starck GG Art. 104a Rn. 86; *Heun* in Dreier GG Art. 104a Rn. 27; *Kment* in Jarass/Pieroth GG Art. 104a Rn. 11; *Siekman* in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 28; *Tappe* in BK-GG, Stand: Febr. 2021, Art. 104a Rn. 289 iVm Rn. 266. – Die Verwendung des Wortes („Entschädigung“) durch den Gesetzgeber in § 56 Abs. 1a IfSG kann die objektive Rechtsnatur der Zahlung nicht präjudizieren, allerdings kann die Wortwendung ein Anhaltspunkt für die zutreffende Einordnung der Zahlungspflicht sein.

13 *Schmebl/Braun Binder* in BK-GG, Stand: 2020, Art. 104a Rn. 38.

14 *Kümper* in Kießling IfSG § 56 Rn. 5; vor §§ 56 ff. Rn. 3.

15 *Kümper* in Kießling IfSG § 56 Rn. 5.

16 Bundes-Seuchengesetz v. 18.7.1961 (BGBl. I 1012).

17 BT-Drs. 3/1888, 27 (zu § 48 des Gesetzentwurfs = § 49 BSeuchG); dazu *Kümper* in Kießling IfSG § 56 Rn. 3; s. auch vor §§ 56 ff. Rn. 7 aE.

18 Art. 1 Seuchenrechtsneuordnungsgesetz (SeuchRNeuG) v. 20.7.2020 (BGBl. I 1045).

19 BT-Drs. 14/2530, 87 aE (kursive Hervorhebung hinzugefügt).

20 BT-Drs. 3/1888, 29: „gesetzlich geregelte[r] Anwendungsfall des Aufopferungsanspruchs“; dazu *Kümper* in Kießling IfSG vor §§ 56 ff. Rn. 9; Bales/Baumann/Schnitzler, IfSG, 2. Aufl. 2003, S. 333; *U. Becker* in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB Kap. 9 Rn. 74 f.

21 *Galluas/Lindner/Wolff*, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 807.

spruch“<sup>22</sup> die Rede. Wenn dagegen die Ähnlichkeit zum sozialen Entschädigungsrecht (Opferentschädigung etc) betont und behauptet wird, der Gesetzgeber sei zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen, er sei zur Gewährung einer Entschädigung verpflichtet,<sup>23</sup> übersieht das die **explizite regulatorische Neuausrichtung des IfSG**, die um den Gedanken der Aufopferung angelegt ist.

- 12 Aufopferungsansprüche gehören zu den **staatlichen Ersatzleistungen**, denen eine **Pflicht des Staates zur Zahlung** entspricht.<sup>24</sup> Der Staat hat insofern ein gesetzgeberisches Gestaltungsmessen, als er den allgemeinen Aufopferungsanspruch spezialgesetzlich ausformen und auch darüber entscheiden darf, ob er spezialgesetzliche Aufopferungsansprüche zB dem Sozialrecht zuordnen will, wie das etwa beim Impfschadensanspruch (§ 60 IfSG) geschehen ist,<sup>25</sup> der ausdrücklich dem Sozialrecht zugeordnet wurde (§ 68 Nr. 7 lit. d SGB I). Insofern kommt der Staat der Pflicht zur Entschädigung des erlittenen Sonderopfers im sozialrechtlichen Gewand nach.<sup>26</sup>
- 13 Der Staat darf den **Aufopferungsgedanken** auch über den Schutz vermögenswerter Rechte hinaus konkretisieren, wie das insbesondere mit Blick auf die von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Güter (Leben, Gesundheit) geschehen ist (wie § 60 IfSG beispielhaft zeigt).<sup>27</sup> Der Staat darf auch weitere Grundrechte, wie etwa Art. 12 Abs. 1 GG, der die **Berufsfreiheit** aller erwerbstätigen Personen schützt, durch einen spezialgesetzlichen Aufopferungsanspruch absichern.<sup>28</sup> Richtig ist zwar, dass Art. 12 Abs. 1 GG „im Rahmen der herkömmlichen staathaftungsrechtlichen Instrumente nicht durch Sekundäransprüche geschützt wird“,<sup>29</sup> der Rahmen des Herkömmlichen wird aber durch die spezialgesetzliche Regelung des § 56 Abs. 1 a IfSG durchbrochen. § 56 Abs. 1a IfSG hat die Kompensation von finanziellen Nachteilen im Blick, die an die infektionsschutzrechtlich bedingte zeitweilige Aufgabe der Berufstätigkeit anknüpft. Das ist ein **Sonderopfer**, das erwerbstätige Personen ohne Erziehungsverantwortung nicht trifft.<sup>30</sup>
- 14 § 56 Abs. 1a IfSG **ähnel**t damit den aus dem Polizeirecht bekannten **Entschädigungsregelungen zugunsten von sog. Nichtstörerinnen bzw. Nichtstörern**,<sup>31</sup> die ebenfalls als spezialgesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Aufopferungsanspruchs eingeordnet werden.<sup>32</sup> Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche quasi-deliktische sog. Grundrechtshaftung, also um einen öffentlich-rechtlichen Ersatzanspruch wegen der Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Interessen.<sup>33</sup>
- 15 Somit erweist sich § 56 Abs. 1a IfSG als **spezialgesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Aufopferungsanspruchs**. Diesem Rechtsanspruch korrespondiert eine Einstandspflicht, wie die Rede vom „Recht der staatlichen Einstandspflichten“ in Erinnerung

22 BT-Drs. 19/18111, 24 (zu Nr. 7); s. ferner auch BT-Drs. 19/18967, 60 aE; BT-Drs. 19/23944, 37 aE; BT-Drs. 19/26545, 18 aE.

23 U. Becker in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB Kap. 9 Rn. 110.

24 S. hierzu etwa Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 25 Rn. 1; § 28 Rn. 8 ff. (Voraussetzungen im Überblick).

25 Ein Rückgriff auf den allgemeinen Aufopferungsanspruch ist ausgeschlossen, Grzeszick in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 45 Rn. 108.

26 Vgl. Muckel/Ogorek/Rixen, Sozialrecht, 5. Aufl. 2019, § 16 Rn. 26.

27 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 28 Rn. 3 f.

28 Zu Art. 12 Abs. 1 GG als Gegenstand aufopferungsrechtlicher Regelungen Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 28 Rn. 8 aE; Grzeszick Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 45 Rn. 101.

29 U. Becker in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB Kap. 9 Rn. 111.

30 Allg. zum Sonderopfer Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 28 Rn. 12.

31 Vgl. Kümper in Kießling IfSG § 56 Rn. 56.

32 Grzeszick in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 45 Rn. 108; Gallwas/Lindner/Wolff, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 807.

33 Grzeszick in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 45 Rn. 1, 119.

ruft.<sup>34</sup> Spezialgesetzlich geregelte Aufopferungsansprüche wie § 56 Abs. 1a IfSG sind Teil des Rechts der staatlichen Einstandspflichten. Da der Staat somit verpflichtet ist, die Entschädigung des § 56 Abs. 1a IfSG zu zahlen, fehlt es an einer „freiwilligen“ Geldleistung im Sinne von Art. 104a Abs. 4 GG, einer Zustimmung des Bundesrates zum Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite bedurfte es nicht.

## 2. Rechtsschutz

Für einige Kritik hat der Umstand gesorgt, dass die Beschränkungen des § 28b IfSG mittelbar kraft Gesetzes eintreten und folglich – so wird es jedenfalls weithin gesehen – verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz unmöglich werde. Die Kritik changiert zwischen verfassungsrechtlicher und verfassungspolitischer Kritik und tendiert dazu, jedenfalls de lege ferenda verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen solche Parlamentsgesetze vorzusehen, die funktional den Regelungen einer Rechtsverordnung gemäß § 32 IfSG oder einer Allgemeinverfügung entsprechen.

Der Kritik ist zuzugeben, dass § 28b IfSG der Sache nach die Regelungstechnik von Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen, wie sie aus der bisherigen Pandemiebewältigung bekannt sind, kopiert. Andererseits gilt es bislang als unstreitig, dass das Grundgesetz einem formellen Gesetzesbegriff folgt, der allein darauf abstellt, dass ein Gegenstand – welcher auch immer – durch Parlamentsgesetz geregelt wird.<sup>35</sup> Auch die Kategorie des sog. **Maßnahmegesetzes**, das (bei nicht einhellig anerkannter Begriffsverwendung) Parlamentsgesetze bezeichnet, die reine „Vollzugs-, Plan- oder Organisationsgesetz[e]“ sind, ist **keine verfassungsrechtlich relevante Kategorie**.<sup>36</sup> Dass gegen Parlamentsgesetze kein Rechtsschutz bestehen muss, entspricht der vorherrschenden Sichtweise von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.<sup>37</sup>

Zwar liegt es auf den ersten Blick nahe anzunehmen, dass gegen ein Parlamentsgesetz Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten ausscheidet. Denkbar ist aber eine sog. **negative Feststellungsklage** gemäß § 43 VwGO bzw. ein § 43 VwGO in der Hauptsache entsprechender Antrag nach § 123 VwGO. Die Gesetzesbegründung zum Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite bejaht diese Möglichkeit ausdrücklich.<sup>38</sup> In den Plenumsberatungen des Gesetzes wurde die Möglichkeit einer „vorbeugende[n] Feststellungsklage“ ausdrücklich hervorgehoben.<sup>39</sup> Nun können weder die Gesetzesbegründung noch eine Äußerung in den parlamentarischen Beratungen präjudizieren, ob fachgerichtlicher Rechtsschutz gegen ein Parlamentsgesetz aktiviert werden kann oder nicht. Allerdings sollte die klar zum Ausdruck gelangte Sichtweise des Gesetzgebers Anlass sein, diese Option genauer zu prüfen. Hierbei ist insbesondere zwischen der Frage zu trennen, ob die Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 VwGO erfüllt sein können, und der anderen Frage, wie das angerufene Verwaltungsgericht mit einer ggf. angezeigten **konkreten Normenkontrolle** (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG) umgeht.

Die Gesetzesbegründung verweist ua auf BVerfG Beschl. v. 31.3.2020 – 1 BvR 712/20.<sup>40</sup> Das **BVerfG** führt in diesem Beschluss unter dem Aspekt der Erschöpfung des Rechtswegs bzw. der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde aus:<sup>41</sup>

34 S. nur *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 25 Rn. 1.

35 *Degenhart* in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 70 Rn. 16.

36 *Degenhart* in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 70 Rn. 16 aE.

37 *Sachs* in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 122 ff.

38 BT-Drs. 19/28732, Vorabfassung, 19.

39 So der Abg. *Mützenich*, BT-Plenarprotokoll 19/223 v. 21.4.2021, S. 28220 (D) aE.

40 BVerfG Beschl. v. 31.03.2020 – 1 BvR 712/20, NVwZ 2020, 622.

41 BVerfG Beschl. v. 31.03.2020 – 1 BvR 712/20, NVwZ 2020, 622, Rn. 15.

„Der Beschwerdeführer ist gehalten, vor einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts beim Verwaltungsgericht eine mit einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz verbundene negative Feststellungsklage nach § 43 VwGO gegen die individuelle Verbindlichkeit der hier angegriffenen“ – in einer Landesverordnung enthaltenen – „Verbote zu erheben, die nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann grundsätzlich zulässig ist, wenn dem Betroffenen das Abwarten eines Normvollzugsakts wegen drohender Sanktionen nicht zugemutet werden kann [...]. Mit Rücksicht auf Art. 19 Abs. 4 GG ist es dafür hier ausreichend, dass sich jedenfalls nicht hinreichend sicher ausschließen lässt, dass auch schon ein Verstoß gegen eines der abstrakt-generellen Verbote gemäß §§ 1 und 14 SARS-CoV-2-EindmaßnV“ – also der in diesem Verfahren in Rede stehenden Landesverordnung – „nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG strafbar ist. Aufgrund der Möglichkeit des Beschwerdeführers, eine Feststellungsklage mit einem Antrag auf verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz gemäß § 123 Abs. 1 VwGO zu verbinden, droht ihm - entgegen seinem Vorbringen - durch den Verweis auf fachgerichtlichen Rechtsschutz kein schwerer und unzumutbarer Nachteil (vgl. § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG).“

- 20 Ein Verstoß gegen § 28b Abs. 1 IfSG ist ein grundsätzlich **bußgeldpflichtiges Verhalten** gemäß den Sanktionsnormen des § 73 Abs. 1a Nr. 11b bis Nr. 11m IfSG. Nach inzwischen gefestigter verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung kann ein aus einer Rechtsnorm (und zwar nicht aus einer untergesetzlichen Rechtsnorm) resultierendes, **hinreichend konkretes Rechtsverhältnis** zwischen Bürgerinnen und Bürger sowie der nach Landesrecht zum Vollzug von § 28b Abs. 1 IfSG berufenen Behörde – also nicht zum Normgeber – bestehen, wobei Normanwender der Rechtsträger der nach Landesrecht zuständigen Vollzugsbehörde ist (vgl. Art. 83 GG).<sup>42</sup> Das Rechtsverhältnis kann namentlich dann bestehen, wenn es um die ordnungsbehördliche Überwachung der Einhaltung von „Self-executing“-Normen oder die an einen Verstoß gegen diese Normen anknüpfende Einleitung eines Ordnungswidrigkeiten-Verfahrens geht.<sup>43</sup> So liegt der Fall hier. § 28b Abs. 1 IfSG sind „Self-executing“-Normen, weil ihr Gebots- bzw. Verbotsgehalt nicht erst durch einen administrativen Vollzugsakt aktiviert werden muss. Wohl aber kann ihre Missachtung ordnungsbehördliche bzw. polizeiliche und auch auf die Einleitung eines Ordnungswidrigkeiten-Verfahrens gerichtete Überwachungstätigkeit auslösen, so dass **Rechtsschutz nach § 43 Abs. 1 VwGO statthaft** ist.<sup>44</sup>
- 21 Das führt auch nicht zu **unzumutbaren** Hürden, wie die Praxis der Verwaltungsgerichte zu § 43 Abs. 1 VwGO belegt. Dass **de lege ferenda** eine ausdrückliche Regelung des Rechtsschutzes insbesondere gegen Parlamentsgesetze, die funktional Rechtsverordnungen bzw. Allgemeinverfügungen kopieren, sinnvoll ist, dürfte außer Frage stehen, denn **verfassungspolitisch** ist es **bedenklich**, die stärkere Befassung des Parlaments mit der Pandemieregulierung um den Preis einer Schwächung des Rechtsschutzes zu ermöglichen. Das macht die gegenwärtige Regelung, namentlich die Option, § 43 Abs. 1 oder § 123 VwGO zu nutzen, aber nicht zu einer verfassungswidrigen Option.
- 22 Erst recht führt die Anwendung von § 43 Abs. 1 VwGO bzw. im Eilrechtsschutz von § 123 VwGO nicht zu schlechterdings unerträglichen, also unzumutbaren Belastungen im Hinblick auf die Frage, wie ggf. **verfassungswidrige Gesetze** überprüft werden können. Kommt das Verwaltungsgericht zu der Überzeugung, das in Rede stehende Bundesgesetz sei verfassungswidrig, muss es zwar gemäß **Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG** vorlegen, aber, um den Konflikt, der im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes be-

42 *Sodan* in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 58b mwN.

43 *Sodan* in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 58b.

44 So auch *Grevel/Lassahn* NVwZ 2021, 665 (670).



steht, aufzulösen, muss die Vorlage erst im Hauptsacheverfahren erfolgen; insoweit besteht ein relativer Vorrang von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.<sup>45</sup>

In den Beratungen des Gesundheitsausschusses ist darauf hingewiesen worden, dass diese prozessuale Option zu einer **„problematischen Erweiterung der Befugnisse“** der Verwaltungsgerichte führen könne, allerdings sei das „ungewiss“; auch „dürfte“ eine **„bemerkenswerte Rechtszersplitterung“** die Folge sein.<sup>46</sup> Das lässt sich bei realistischer Betrachtung nicht ausschließen und dürfte ein Beleg dafür sein, dass die gesetzliche Regelung **verfassungspolitisch im höchsten Maße unklug** ist. Dass der Weg über § 43 Abs. 1 bzw. § 123 VwGO aus Sicht der Rechtsuchenden aber mit derart unzumutbar hohen Hürden gespickt ist, dass einzig effektiver Ausweg der direkte Zugang zum Bundesverfassungsgericht ist, wird indes zu Recht nicht behauptet. Der Weg über § 43 Abs. 1 VwGO ist kein unzumutbarer Weg, und zwar auch nicht im Hinblick auf § 28b Abs. 1 IfSG. An einem Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG fehlt es. Dass das BVerfG die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden, die insbesondere gegen § 28b IfSG erhoben wurden, wegen ihrer allgemeinen Bedeutung (§ 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG) erachten könnte, es also verfassungsprozessual womöglich gar nicht auf die Erschöpfung des Rechtswegs ankommt, ist eine davon zu unterscheidende Frage.

### 3. Grundrechtsfragen, insbesondere Verhältnismäßigkeit

#### a) Grundrechtsschonende Auslegung des § 28b Abs. 1 IfSG

Unverhältnismäßige Beeinträchtigungen von Grundrechten können durch eine **grundrechtsfreundliche Auslegung** von § 28b Abs. 1 IfSG von vornherein vermieden werden. Das gilt etwa im Hinblick auf § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG, wo – insbesondere im Licht von Art. 2 Abs. 1 oder Art. 6 Abs. 1 GG – der Begriff des **„Haushalts“** so ausgelegt werden kann, dass für die Lebensführung wesentliche (Familien-)Beziehungen weiterhin möglich bleiben. Aber das ist nur nötig, wenn je nach Konstellation die in Rede stehende Beziehungen nicht über die „weitere Person“ erfasst werden kann. Entsprechend wird etwa in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG zu prüfen sein, ob ein Ausnahmefall nach **lit. f** vorliegt; auch dies darf nicht zu restriktiv, sondern muss grundrechtsorientiert ausgelegt werden. Dh, die Grundrechtseingriffe müssen von vornherein, sofern das noch auslegungsmethodisch irgendwie vertretbar ist, grundrechtsschonend ausgelegt werden, um das Verdikt der Unverhältnismäßigkeit zu vermeiden.

#### b) Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 104 Abs. 1 GG?

Im Hinblick auf § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG (**Ausgangsbeschränkungen**, sog. „Ausgangssperre“) wird ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG erwogen. Was unter Freiheit der Person zu verstehen ist, ist in der verfassungsrechtlichen Literatur notorisch umstritten.<sup>47</sup> Ausgangspunkt für eine Einordnung muss die Rechtsprechung des BVerfG sein. Danach schützt Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG davor, dass eine Person durch die öffentliche Gewalt gegen ihren Willen daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihr an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich wäre.<sup>48</sup> Dh: „Geschützt wird die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene **tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit** vor staatlichen

45 Schoch in Schoch/Schneider, VwGO, Stand: Juli 2020, § 123 Rn. 129 iVm § 80 Rn. 390.

46 Möllers, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite BT-Drucksache 19/28444, Ausschuss-Drucks. 19(14)323(2) v. 15.4.2021, S. 5 (zu Nr. 6).

47 Rixen in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 229.

48 BVerfG Urt. v. 14.5.1996 – 2 BvR 1516/93, BVerfGE 94, 166 (198); BVerfG Urt. v. 14.7.2018 – 2 BvR 309/15, 502/16, BVerfGE 149, 293 (319), Rn. 67.

Eingriffen [...], also vor Verhaftung, Festnahme und ähnlichen Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs [...].<sup>49</sup>

- 26 Damit stellt sich das Problem, was einerseits als ähnliche Maßnahme des unmittelbaren, physisch wirkenden Zwangs gelten kann bzw. andererseits als **Ausdrucksform öffentlicher Gewalt**, die dem unmittelbaren-physischen – also **körperlich wirkenden** –<sup>50</sup> **Zwang** nach einer **psychischen Zwangseinwirkung** gleichkommt.<sup>51</sup>
- 27 Dass danach allein die abstrakte Möglichkeit, kontrolliert zu werden, ausreicht, überzeugt nicht. Sie mag zwar gedanklich im Rahmen des individuellen Kalküls eine Rolle spielen, ist aber einem körperlich wirkenden „**tangible[n] Zugriff**“<sup>52</sup> zu unähnlich. Das gilt letztlich auch für bloße Sanktionsandrohungen, zumal wenn es „nur“ um die Androhung von Bußgeldern geht. Sie können zwar im Falle des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 IfSG bis zu 25.000 Euro betragen (§ 73 Abs. 1a Nr. 11b, Nr. 11c, Abs. 2 IfSG), bei fahrlässigen Verstößen allerdings höchstens 12.500 Euro (§ 17 Abs. 2 OWiG), wobei aber insbesondere die wirtschaftlichen Verhältnisse für die Höhe des Bußgeldes wichtig sind (§ 17 Abs. 3 S. 2 OWiG).
- 28 Ohnehin muss jede Ordnungswidrigkeit durch den Filter des Opportunitätsprinzips (§ 47 Abs. 1 OWiG) hindurch, so dass die „**Drohwirkung**“ einer Ordnungswidrigkeiten-Bestimmung von vornherein nur eingeschränkt als mentaler Anreiz wirken wird, jedenfalls wäre es aber lebensfern, diesen mentalen Anreiz einer unmittelbar-physischen Zwangswirkung gleichzustellen. All dies spricht dagegen, den Pflichten des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG eine freiheitsbeschränkende Wirkung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 2 bzw. von Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG zuzusprechen.<sup>53</sup> Das gilt umso mehr, als von § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG gerade **keine strikt abschottende Wirkung** ausgeht (zur gebotenen grundrechtsschonenden Auslegung → Rn. 24). Dagegen spricht auch nicht, dass § 28b Abs. 11 IfSG auf Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verweist, denn – so das BVerfG zu Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG: „Durch die Benennung des Eingriffs im Gesetzeswortlaut soll gesichert werden, dass der Gesetzgeber nur Eingriffe vorsieht, die ihm als solche bewusst sind und über deren **Auswirkungen** auf die betroffenen Grundrechte er sich Rechenschaft ablegt [...]“.<sup>54</sup>
- 29 Solche **Auswirkungen** können darin bestehen, dass die für den Vollzug des IfSG zuständigen **Landesbehörden**, ggf. also auch die **Polizei**, einen Verstoß gegen bundesrechtliche Regelungen zum Anknüpfungspunkt für ggf. mittels unmittelbaren Zwangs durchgesetzte Maßnahmen – insofern wäre der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG unstrittig berührt – etwa nach dem jeweiligen Landes-Polizeiaufgabengesetz machen (zB einen ggf. zwangsweise durchgesetzten Platzverweis). Dieser Auswirkung des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG, die sich angesichts des Vollzugs des IfSG durch die Länder aufdrängt (vgl. Art. 83 GG), wird mit der Erwähnung von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in § 28b Abs. 11 IfSG Rechnung getragen.

---

49 BVerfG Urt. v. 14.7.2018 – 2 BvR 309/15, 502/16, BVerfGE 149, 293 (318), Rn. 65 (kursive Hervorhebung hinzugefügt).

50 Hierzu *Höfling* in BK-GG, Stand: 2020, Art. 2 (4. Teil) Rn. 21: „Abwehr fremdbestimmender Verfügungsansprüche über den menschlichen Körper“; „unmittelbarer physischer Zugriff auf den elementaren Freiheitsraum um den menschlichen Körper“.

51 BayVerfGH Entsch. v. 9.2.2021 – 6-VII-20, Rn. 64: „unmittelbare[r] physische[r] Zwang oder vergleichbare psychische Zwangseinwirkung“.

52 *Wittreck* in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB § 151 Rn. 9.

53 So auch *Mangold*, Kurzgutachten: „Grundrechtliche Bewertung einer Ausgangssperre zur Pandemiebekämpfung“, Gesellschaft für Freiheitsrechte, 20.4.2021, S. 13, abrufbar unter <https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2021/04/GFF-Gutachten-Ausgangssperren.pdf> (abgerufen am 10.5.2021).

54 BVerfG Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, BVerfGE 120, 274 (343), Rn. 301 (kursive Hervorhebung hinzugefügt).

## c) Verhältnismäßigkeit: Regelungsziel und Regelungskonzept

## aa) Regelungsziel

Der Gesetzgeber stand und steht seit gut einem Jahr vor der bis dahin unbekanntem Aufgabe, eine gesundheits- und lebensbedrohliche Pandemie zu regulieren, die nicht nur die **Funktionsfähigkeit aller Bereiche des Gemeinweizens** beeinträchtigt, sondern zugleich auf nicht gekannte Weise die persönlichen Verhältnisse ausnahmslos aller Menschen massiv tangiert. Hierbei muss der Gesetzgeber **das Verhalten von ca. 83 Millionen Einwohnerinnen und Einwohnern** steuern, um den Gleichlauf ihres Verhaltens so herbeizuführen, dass die Infektionsgefahr, die von SARS-CoV-2 ausgeht, und die Wahrscheinlichkeit schwerer Erkrankungen mit der Krankheit COVID-19 reduziert wird.

Selbstverständlich erlässt der Gesetzgeber auch sonst Vorschriften, die alle Menschen angehen. Der Unterschied bei der Pandemieregulierung liegt aber darin, dass **das Verhalten aller Menschen in knapper Zeit effektiv koordiniert** werden muss, also der Erfolg der Pandemieregulierung zentral davon abhängt, dass sich ca. 83 Millionen Menschen in ihrem Alltag, ja bis in die kleinsten Vollzüge des persönlichen Lebens hinein, normkonform, also infektionsvermeidend verhalten.

Diese regulatorische Aufgabe ist trotz aller Erfahrungen, die seit gut einem Jahr gesammelt werden konnten, immer noch und wieder eine neue Aufgabe, weil aufgrund der sich ständig verändernden **wissenschaftlichen Wissensbasis** und infolge ständig neuer Entwicklungen (Stichwort: **Virusvarianten**) die Lage permanent neu evaluiert und die Strategie mitunter schnell angepasst werden muss, um der sich schnell verändernden bzw. zuspitzenden pandemischen Lage gerecht werden zu können. Das **Ziel des Gesetzes** ist es also – wie schon die Gesetzesbezeichnung offenlegt –, das von der **Pandemie bedrohte Leben bzw. die bedrohte Gesundheit** der Bevölkerung zu schützen. Insofern kommt der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nach (einfachgesetzlich konkretisiert in § 28a Abs. 3 S. 1 IfSG), die auch absehbare zukünftige Entwicklungen umfasst.<sup>55</sup>

Die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems, also insbesondere der intensivmedizinischen Versorgungskapazitäten ist hierbei ein wichtiges Unterziel, das nicht nur den an COVID-19-Erkrankten dient, sondern allen Menschen, die in der Pandemie medizinischer Versorgung bedürfen. Dass der Gesetzgeber den Schutz von Leib und Leben als Ziel verfolgt, hat damit zu tun, dass es um die physische Basis aller Persönlichkeitsentfaltung geht, die – vom Tod abgesehen – durch schwere gesundheitliche Schäden (Stichwort „Long COVID“, also Langzeitfolgen von COVID-19) beeinträchtigt wird.

Der massive Anstieg der Neuinfektionen bei einer Ausbreitung von Virusmutationen – insgesamt ein diffuses Infektionsgeschehen –<sup>56</sup> und die damit zusammenhängende Sorge, dass die Gesundheitsversorgung zu Überlastungen führen könnte, die zu Priorisierungsentscheidungen („Triage“) nötigen könnte, haben den Gesetzgeber veranlasst, sein Schutzkonzept neu zu justieren.

## bb) Regelungsmittel: multidimensionales Schutzkonzept

Unverändert verfolgt der Gesetzgeber allerdings ein **multidimensionales Schutzkonzept**, das durch das Ineinandergreifen normativer und tatsächlicher Schutzinstrumente auf

<sup>55</sup> Zur grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG einschließlich der Zukunftsdimension BVerfG Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 ua, Rn. 145 f.

<sup>56</sup> Begründung zum Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BT-Drs. 19/28444, 8, 10.

eine „Gesamtstimmwirkung“<sup>57</sup> setzt, um so gesamthaft das Verhalten von ca. 83 Millionen Menschen zu steuern, die sich und andere schützen. Selbstschutz bedeutet dabei immer auch Schutz anderer, weil eine nicht-infizierte Person andere nicht anstecken kann. Das vordergründig nur auf sich selbst bezogene Verhalten hat in der Pandemie stärker und unmittelbarer Auswirkungen auf andere Menschen. Gerade die vergleichsweise lange Inkubationszeit, die asymptomatischen Verläufe und die leichte Weiterverbreitung über die Luft widersprechen den bekannten Erfahrungen mit anderen Infektionskrankheiten, weshalb den alltäglichen Kontakt betreffende Schutzinstrumente nötig sind.

- 36 Ein wichtiges, vom Gesetz vorausgesetztes **Schutzelement** sind die **Impfungen** (vgl. nur § 28c IfSG). Die multi-dezentral bundesweit ins Werk gesetzte Impfkampagne wird – gerade aufgrund der immer besseren Verfügbarkeit der nötigen Impfstoffe – immer effektiver: Am 7.5.2021 waren 7.572.228 Personen (9,1 % der Gesamtbevölkerung) vollständig geimpft; insgesamt haben 26.854.545 Personen (32,3 % der Gesamtbevölkerung) mindestens eine Impfdosis erhalten.<sup>58</sup> Bis zu einer möglichst weitgehenden Durchimpfung der Bevölkerung wird es trotz aller Fortschritte noch etwas dauern. „Herdenimmunität“ ab etwa Mitte Juli zu erreichen, ist nach dem derzeitigen Stand der Einschätzungen realistisch, wobei sowohl Impfstoffe als auch Impfstellen hinreichend verfügbar sein müssen.<sup>59</sup>
- 37 Die Zeit bis dahin muss aber **überbrückt** werden. Dh, der sich positiv entwickelnde Schutz durch die Impfung darf nicht durch stark ansteigende Neuinfektionen konterkariert werden mit der Folge, dass die zu einem möglichst weitreichenden Schutz der gesamten Bevölkerung führenden Impfungen zu spät kämen: „Die derzeit [...] laufende Impfkampagne ist [...] wie ein ‚Wettlauf‘ zwischen dem Infektionsgeschehen und dem Fortschreiten der Impfungen. Das Problem dabei ist, dass das Infektionsgeschehen teilweise mit einer exponentiellen Dynamik läuft, während die Dynamik der Impfungen durch die verfügbaren Impfdosen und logistische Bedingungen beschränkt ist. Um diesen ‚Wettlauf‘ etwas fairer zu gestalten, muss das Infektionsgeschehen also weiterhin unbedingt gedämpft werden, z.B. durch [...] Maßnahmen wie Kontaktbeschränkungen, Abstand halten, Masken tragen und ähnliche[s].“<sup>60</sup>
- 38 Daher – und damit wird das **Schutzkonzept** neu justiert – hat sich der Gesetzgeber entschlossen, für einen relativ kurzen Zeitraum (Außerkräfttreten spätestens am 30.6.2021, § 28b Abs. 10 S. 1 IfSG) deutliche, bundesweit greifende Kontaktbeschränkungen zu schaffen, um die Effektivität des Impfschutzes durch eine **immer mehr fortschreitende Impfkampagne** dagegen abzusichern, dass sozusagen auf der Zielgeraden ein rasanter Anstieg von Neuinfektionen – er war für den Gesetzgeber der Grund, schnell zu handeln –<sup>61</sup> die effektive Pandemiebewältigung erschwert.
- 39 Dazu soll die **möglichst flächendeckende Reduktion von Infektionsgelegenheiten** beitragen, wobei – nochmals: es geht um das Verhalten von ca. 83 Millionen Menschen, das sich in infektionsrelevanter Weise permanent wechselseitig beeinflusst – möglichst viele Situationen, in denen es zu einer Infektion kommen kann, in den Blick geraten. Dass auch in gewissem Umfang der private Bereich Gegenstand der Pandemieregulierung

---

57 BT-Drs. 19/28444, 11.

58 Bundesministerium für Gesundheit, <https://impfdashboard.de/> (abgerufen am 10.5.2021); s. auch <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus> (abgerufen am 10.5.2021).

59 Dazu der Bericht in der FAZ, Nr. 98 v. 28.04.2021, S. 15. S. auch die Online-Version des Berichts unter der Überschrift „Rückkehr in ein normaleres Leben im Juli wird wahrscheinlicher“, [www.faz.net/aktuell/wirtschaft/corona-impfung-fuer-alle-herdenimmunitaet-koennte-im-juli-erfolgen-17314706.html](http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/corona-impfung-fuer-alle-herdenimmunitaet-koennte-im-juli-erfolgen-17314706.html) (abgerufen am 10.5.2021).

60 Nagel/Schütte, MODUS-COVID Bericht vom 09.04.2021, Abschn. 10, [https://www.zib.de/sites/default/files/project\\_attachments/2021-04-09%20MODUS-COVID%20Bericht.pdf](https://www.zib.de/sites/default/files/project_attachments/2021-04-09%20MODUS-COVID%20Bericht.pdf) (abgerufen am 10.5.2021).

61 BT-Drs. 19/28444, 8.

wird (s. insbesondere § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 IfSG), hat damit zu tun, dass nach aller Erfahrung im privaten Bereich bzw. bei privaten Begegnungen die Einhaltung sonst beachteter Regeln (insbesondere Maske tragen, Abstand halten, Lüften) schneller in Vergessenheit geraten kann.<sup>62</sup>

Angesichts einer derart **volatilen Lage**, die mit **großer Ungewissheit** einhergeht (etwa über die Wirkung sog. **Escape-Virusvarianten**, die sozusagen aus dem Wirkungsbereich der derzeitigen Impfstoffe „flüchten“, was deren aufwändigere Anpassung verlangt, die aber wohl mindestens einige Monate dauern könnte),<sup>63</sup> muss der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsraum haben, der sich nicht nur auf die Erfassung der empirischen Realität, sondern auch auf die Entwicklung<sup>64</sup> und Gewichtung des Maßnahmenbündels bezieht. „Dem Gesetzgeber kommt angesichts der nach wie vor ungewissen und sich dynamisch verändernden Gefahrenlage ein **weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum** zu“<sup>65</sup>, den er am Leitfaden des „**Vorsorgeprinzip[s]**“<sup>66</sup> – nicht zuletzt mit Blick auf die sog. Escape-Virusvarianten –<sup>67</sup> ausfüllen darf.

Genau dies entspricht – angesichts der **Entwicklungsdynamik** einer Pandemie und der generell bestehenden Optionen, sie zu regulieren – der „Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter“; es entspricht mit anderen Worten den „Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets“<sup>68</sup>.

#### d) **Verhältnismäßigkeit: Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit**

Vor dem Hintergrund eines Schutzkonzepts, das unterschiedliche – **rechtliche wie tatsächliche** (Impfkampagne) – **Schutzelemente** bewusst **kombiniert** und auf einen gesamthaften, sich wechselseitig ergänzenden Schutz setzt, greift es zu kurz, jedes einzelne Schutzelement **isoliert** auf seine Verhältnismäßigkeit hin zu betrachten.

Der Gesetzgeber ist sich vollauf bewusst, dass eine einzelne Maßnahme – etwa Beschränkungen nach § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 IfSG – den erhofften Schutz nicht herbeiführen kann, ein Zusammenwirken mehrerer Maßnahmen hingegen schon. Insofern sind die Maßnahmen gemäß § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 IfSG wichtige, aber **nicht allein relevante Wirkungselemente**, die **erst zusammen** mit anderen Maßnahmen, insbesondere der voranschreitenden Impfkampagne, zur Erreichung des Regelungsziels beitragen. Sie sind also im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung geeignet, weil sie zur Zielerreichung beitragen können. Es ist zwar richtig, dass etwa die Wirksamkeit namentlich von nächtlichen Ausgangsbeschränkungen wissenschaftlich umstritten ist,<sup>69</sup> allerdings hat sich der Gesetzgeber angesichts der in Rede stehenden Rechtsgüter in **vertretbarer Weise** auf Studien gestützt, die eine Wirksamkeit nahelegen.<sup>70</sup> Der Gesetzgeber konnte – und durfte – nur mit den Studien arbeiten, die ihm bekannt waren und die er im Hinblick auf das von ihm verfolgte Schutzkonzept für überzeugend hielt.<sup>71</sup>

62 BT-Drs. 19/28444, 12.

63 Vgl. BT-Drs. 19/28444, 10

64 BVerfG Urt. v. 16.3.2004 – 1 BvR 1778/01, BVerfGE 110, 141 (157); BVerfG Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE 109, 279 (336).

65 BT-Drs. 19/28444, 9 (oben); zum „weiten Gestaltungsspielraum“ des Bundestages „bei der Erfüllung seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflichten gegenüber Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit“ ausdrücklich auch BayVGH Beschl. v. 16.4.2021 – 20 NE 21.965, Rn. 25 aE.

66 BT-Drs. 19/28444, 10.

67 BT-Drs., 19/28444, 10

68 BVerfG Beschl. v. 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 ua, BVerfGE 77, 84 (106).

69 BVerfG Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21 ua, Rn. 36 f.

70 BT-Drs. 19/28444, 12.

71 Vgl. dazu auch BVerfG Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21 ua, Rn. 36 f.

- 44 Auch unter dem Aspekt der **Erforderlichkeit** begegnet § 28b Abs. 1 IfSG, namentlich § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 IfSG, keinen Bedenken. Was in einer pandemischen Lage ein weniger einschneidendes, aber gleich wirksames Maßnahmenbündel ist, unterliegt einer weiten Einschätzungsprärogative.<sup>72</sup> Die Annahme, dass die verstärkte **staatliche Durchsetzung milderer Maßnahmen** hätte favorisiert werden müssen, verkennt den Umstand, dass, wie erwähnt, das Verhalten von ca. 83 Millionen Menschen koordiniert werden muss, um die Pandemie effektiv abzuwehren. Hier ist der Staat mehr noch als sonst auf die Normbefolgungsbereitschaft der Menschen angewiesen. Mehr als meist anlassabhängige Kontrollaktivitäten sind hier, realistisch betrachtet, vor allem flächendeckend, nicht machbar.
- 45 Im Übrigen ist zu bedenken, dass der **Inzidenzwert** bzw. die **7-Tage-Inzidenz** im Schutzkonzept des Gesetzgebers eine „**Frühwarn-Funktion**“ übernimmt.<sup>73</sup> Die Orientierung an den Belegungszahlen der Intensivstationen bzw. der Krankenhäuser kommen im Schutzkonzept des Gesetzgebers, das sich am **Vorsorgeprinzip** orientiert, immer zu spät, denn Infektionen führen uU zu schweren Verläufen von COVID-19, die zu einer intensivpflichtigen Behandlung führen können.<sup>74</sup> Angesichts der relativen Knappheit der Intensivbehandlungsplätze („Intensivbetten“) ist hier eine frühzeitige Orientierung über die wahrscheinlich stabil (deshalb 7 Tage) zu erwartende Entwicklung geboten. Dass sich die Aussagekraft über solche Erkrankungs- und Auslastungswahrscheinlichkeiten insbesondere mit einer zunehmenden **Durchimpfung der Bevölkerung** verändert, liegt auf der Hand, aber derzeit fehlt diese weitreichende Durchimpfung noch.
- 46 Übermäßige Belastungen werden durch das Gesetz auf zweifache Weise vermieden:<sup>75</sup> Zunächst sei nochmals auf die **grundrechtsschonende Auslegung** hingewiesen, die verhindert, dass den Normadressatinnen und -adressaten Unzumutbares abverlangt wird (→ Rn. 24).
- 47 Hinzu kommt als Entwicklungsperspektive die nunmehr umgesetzte (→ Rn. 1) Möglichkeit, gemäß § 28c IfSG eine **Rechtsverordnung** zu erlassen, die insbesondere für vollständig geimpfte Personen „**Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten**“ – auch, soweit sie etwa in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 IfSG normiert sind – regelt. Solche Erleichterungen drängen sich auf, sofern hinreichend verlässlich anerkannt ist, dass von vollständig geimpften Personen nach derzeitigem Wissensstand – vorbehaltlich neuer Einschätzungen im Hinblick auf sog. Escape-Virusvarianten – keine bzw. nur eine marginale Infektionsgefahr ausgeht.
- 48 Dass der Gesetzgeber solche Erleichterungen noch nicht selbst angeordnet hat, hängt mit der **Dynamik der Entwicklungen** – einerseits der naturwissenschaftlichen Befunde, andererseits der aktuell laufenden Debatten über das, was noch zumutbar erscheint – zusammen. Insofern ist die gesetzliche Verordnungsermächtigung, gemessen an **Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG**, eine hinreichend nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmte Regelung, die insbesondere erkennen lässt, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Wertungen selbst programmiert hat.<sup>76</sup>
- 49 Insbesondere stellt sich die **Frage**, ob bzw. inwieweit vollständig Geimpfte mit Getesteten gleichgestellt werden dürfen (welche Tests sind relevant, welche nicht?). Gerade im Hinblick auf Getestete kann sich die Frage stellen, inwieweit sie etwa vollständig Geimpften gleichgestellt werden oder ob hier das Risiko, das von ihnen ausgeht, anders bewertet wird. Hinzu kommen Fragen des verlässlichen Nachweises in allen Fällen,

72 Vgl. zur Erforderlichkeit BVerfG Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21 ua, Rn. 38.

73 Vgl. hierzu auch BVerfG Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21 ua, Rn. 40 f.

74 In diesem Sinne auch *Greuel/Lassahn* NVwZ 2021, 665 (666, rechte Spalte oben).

75 Vgl. zur Angemessenheit BVerfG Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21 ua, Rn. 39.

76 Zusef. zu den Kriterien *Kment* in Jarass/Pieroth GG Art. 80 Rn. 13 mwN.

auch für den Fall, dass eine Person infolge einer Genesung als immun gilt. Welche Form der **Dokumentation** – elektronisch, in Papierform, beides? – ist angemessen? Wie sieht es mit der internationalen Anerkennung unter Beachtung der derzeitigen Debatten im Rahmen der EU aus? Sollten Nachweise von vornherein in unterschiedlichen Sprachen verfasst sein, wenn ja, in welchen usw.? Gerade die Frage des verlässlichen Nachweises einer Impfung bzw. einer anderweitigen Immunisierung ist auch im Hinblick auf die **Normbefolgungsbereitschaft** bezüglich aller Schutzmaßnahmen zentral. Die nicht valide dokumentierte Behauptung, geimpft zu sein, kann im Sinne eines negativen Vorbilddefekts angesichts der Lästigkeit etwa des Maskentragens dazu führen, dass Schutzmaßnahmen nicht mehr ernst genommen werden.

Insofern gestattet § 28c IfSG eine sehr zügige **Freistellung von den Freiheitsbeschränkungen**, die mit all ihren Feinheiten selbst bei einem zügig durchgeführten Gesetzgebungsverfahren so schnell nicht realisierbar wären wie vermittelt einer Rechtsverordnung selbst bei Beteiligung von Bundestag und Bundesrat (§ 28c S. 2 IfSG). Gewährleistet wird so ein **dynamischer Grundrechtsschutz**. Im Hinblick auf vollständig Geimpfte wird so auch ein denkbarer Gleichheitsverstoß (Art. 3 Abs. 1 GG)<sup>77</sup> vermieden, denn die sachlich nicht tragfähige Ungleichbehandlung geimpfter Personen mit nicht geimpften Personen lässt sich so vermeiden.

## II. Verschiebungen im bundesstaatlichen Kompetenzgefüge und behördliche Zuständigkeiten (*Ritgen*)

Durch das Vierte Bevölkerungsschutzgesetz ist es zu **erheblichen Verschiebungen im bundesstaatlichen Kompetenzgefüge** gekommen, weil der Bund seine Gesetzgebungskompetenz für das Infektionsschutzrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG dazu genutzt hat, den Länder – soweit es um die Regelungen in § 28b Abs. 1 und Abs. 3 IfSG geht – ihre Zuständigkeit für die Ausführung von Bundesrecht faktisch weitgehend zu entziehen (→ Rn. 52 ff.). Vollzugskompetent bleiben die Länder dagegen für die restlichen Bestimmungen des IfSG, soweit das Gesetz nicht schon bisher Stellen des Bundes den Vollzug übertragen hatte. Zuständig bleiben die Länder ferner für die **ordnungsrechtliche Durchsetzung** der neuen Regelungen sowie für die **Ahndung von Verstößen** gegen sie. Solange und soweit der Bund nicht von seiner Verordnungsermächtigung nach § 28b Abs. 6 S. 1 Nr. 2 IfSG Gebrauch gemacht und die in § 28b IfSG statuierten Ge- und Verbote präzisiert hat, sind die zuständigen Behörden der Länder daher auch berufen, Spielräume, die das Gesetz etwa durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in durchaus erheblichem Umfang eröffnet, auszufüllen. Darüber hinaus begründet das Vierte Bevölkerungsschutzgesetz **Bekanntmachungspflichten** für die nach Landesrecht zuständigen Behörden und überträgt diesen in zwei eng definierten Fällen die Befugnis, von den Regelungen des Bundes abzuweichen, und ermächtigt sie in einem Fall, eine nach Bundesrecht ausnahmsweise zulässige Verhaltensweise vom Vorliegen einer weiteren Voraussetzung abhängig zu machen. Nach Landesrecht bestimmt sich ferner, welche Behörden für den Vollzug der ihrem Wesen nach arbeitsschutzrechtlichen Regelung in § 28b Abs. 7 S. 1 IfSG (Homeoffice) zuständig sind (dazu im Einzelnen → Rn. 60 ff.).

### 1. Die Auswirkungen des Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes auf das bundesstaatliche Kompetenzgefüge

Das Grundgesetz unterscheidet zwischen Gesetzgebungs- und Vollzugs- bzw. Verwaltungs- (und Finanzierungs-)kompetenzen und verteilt diese auf den Bund und die Länder. Im Hinblick auf die **Verteilung der Verwaltungskompetenzen** gilt dabei im Grund-

77 BVerfG Beschl. v. 7.5.2013 – 2 BvR 909/06 ua, BVerfGE 133, 377 (407), Rn. 73.

satz, dass die Länder für den Vollzug auch von Gesetzen zuständig sind, die der Bund in Wahrnehmung seiner ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen erlassen hat (Art. 30, 83 GG). Dieses föderale Grundmodell fand bislang auch im Infektionsschutzrecht Anwendung, wobei der Bund – nicht zuletzt durch die drei ersten Bevölkerungsschutzgesetze – eine Reihe von Verwaltungskompetenzen für sich in Anspruch genommen (dazu im Einzelnen *Kluckert* in → § 2 Rn. 22 ff.; *Ritgen* in → § 12 Rn. 80a ff.) und dabei – soweit es um die dem Bundesministerium für Gesundheit in § 5 Abs. 2 IfSG eingeräumten Anordnungsbefugnisse geht (vgl. *Kluckert* in → § 2 Rn. 31 ff.) – nach zutreffender Auffassung die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen überschritten hat (*Rixen* in → § 4 Rn. 24 ff.).<sup>78</sup>

- 53 Das Vierte Bevölkerungsschutzgesetz begründet zwar keine neuen Vollzugskompetenzen zugunsten des Bundes, hat aber **gleichwohl erhebliche Auswirkungen auf das bundesstaatliche Kompetenzgefüge**. Diese Auswirkungen beruhen auf der vom Bundesgesetzgeber gewählten Regelungstechnik: Während der Gesetzgeber der Verwaltung mit § 28a IfSG, aber auch mit anderen Normen des allgemeinen oder besonderen Gefahrenabwehrrechts ein Programm für die Entscheidung über Schutzmaßnahmen vorgibt, ordnet der neue § 28b IfSG in seinen Absätzen 1 und 3 eine Fülle von **Schutzmaßnahmen selbst und unmittelbar** an (zu den Gründen dafür → Rn. 85 ff.).<sup>79</sup> Die räumliche und zeitliche Geltung dieser Schutzmaßnahmen hängt im Falle des § 28b Abs. 1 IfSG einzig davon ab, dass in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt die Schwelle einer Sieben-Tages-Inzidenz von 100 überschritten wird. Dasselbe gilt im Grundsatz für die in § 28b Abs. 3 IfSG für den Bildungsbereich (im weiteren Sinne) angeordneten Schutzmaßnahmen, nur dass hier zum Teil ein anderer Inzidenzwert (165) relevant ist bzw. bestimmte Maßnahmen inzidenzunabhängig gelten (§ 28b Abs. 3 S. 1 und 3 IfSG).<sup>80</sup>
- 54 Weder hängt in diesen Fällen die Geltung einer Schutzmaßnahme von einem Umsetzungsakt der für den Vollzug des IfSG zuständigen Behörden ab noch besteht im Grundsatz die Möglichkeit, von der Anwendung einer der gesetzlich vorgesehenen Schutzmaßnahmen – und sei es auch nur räumlich und zeitlich begrenzt – durch behördlichen Akt abzusehen. Eine solche **Abweichungsbefugnis** sieht das Gesetz nur in § 28b Abs. 3 S. 4 IfSG hinsichtlich der Möglichkeit vor, für **Abschlussklassen** und in **Förderschulen** ungeachtet einer Überschreitung der Inzidenz von 165 durch Beschluss der nach Landesrecht zuständigen Behörden an der Durchführung von Präsenzunterricht festzuhalten. § 28b Abs. 3 S. 5 IfSG gibt den nach Landesrecht zuständigen Stellen ferner die Möglichkeit, für geschlossene oder sich im Wechselunterricht befindende Schulen eine **Notbetreuung** einzurichten, was aufgrund des Verweises in § 28b Abs. 3 S. 9 auf § 33 Nr. 1 und 2 IfSG auch für Kindertages- und ähnliche Einrichtungen gilt. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 6 IfSG ermächtigt die nach Landesrecht zuständigen Behörden, von Personen, die den nach dieser Vorschrift im Freien zulässigen kontaktlosen Sport von Kindern unter 14 Jahren anleiten, die Vorlage eines Tests zu verlangen.

78 Ebenso *Dingemanni/Gausing* in BeckOK InfSchR, 4. Ed. 1.5.2021, IfSG § 5 Rn. 4 ff.; *Kießling* in Kießling IfSG § 5 Rn. 17 f.; *Ritgen*, Gesetzgebung in Krisenzeiten – die Entwicklung des Infektionsschutzrechts während der Corona-Pandemie, ZG 2021, 1 (13 f.).

79 Ähnlich *Wollenschläger*, Ausschussdr. 19(14)323(21), S. 19.

80 § 28b IfSG soll durch einen am 4.5.2021 von den Fraktionen der CDU/CSU und SPD eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze (BT-Drs. 19/29287) geändert werden. Vorgesehen ist, dass Hochschulen von der Verpflichtung zum Wechselunterricht in § 28b Abs. 3 S. 2 IfSG befreit werden. Darüber hinaus sollen Präzisierungen im Hinblick auf praktische Ausbildungsabschnitte an Hochschulen und weiteren Bildungseinrichtungen vorgenommen und Ausnahmen für bestimmte Aus- und Fortbildungseinrichtungen (etwa für Polizeien und Rettungsdienste, aber auch für Piloten) geschaffen werden. Die Darstellung orientiert sich im Folgenden am Wortlaut des § 28b Abs. 3 IfSG idF des Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes.



Bei § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 10 und Abs. 3 S. 1 bis 3 IfSG handelt es sich mithin um **selbstvollziehende Normen**. Durch ein Überschreiten des Grenzwerts ausgelöst, trifft die sog. „Notbremse“ den jeweiligen Landkreis bzw. die jeweilige kreisfreie Stadt mit voller Wucht und wird ebenso vollständig wieder gelöst, wenn die Inzidenz unter 100 bzw. mit Blick auf den Präsenzunterricht unter 165 fällt. Ein gestuftes Runterfahren des privaten und öffentlichen Lebens ist ebenso ausgeschlossen wie ein gestuftes Wiederauffahren. Abgemildert wird dieser **Jojo-Effekt** nur dadurch, dass die Notbremse nicht schon am ersten Tag eines Über- bzw. Unterschreitens des Grenzwertes gezogen bzw. gelockert wird. Vielmehr muss die Inzidenz **an drei aufeinanderfolgenden Tagen** über 100 bzw. über 165 liegen, um ab dem übernächsten Tag den harten Lockdown zu bewirken, während es zu dessen Beendigung kommt, wenn die Schwelle **an fünf aufeinanderfolgenden (Werk-)Tagen** unterschritten wird (§§ 28b Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 u. 2, Abs. 3 S. 2, 3 u. 6 iVm Abs. 2 S. 1 u. 2 IfSG). Für abweichende Regelungen der Länder oder auch der Landkreise auf der Grundlage der §§ 28, 28a (ggf. iVm § 32) IfSG ist nur Raum, soweit es **um weitergehende Schutzmaßnahmen** geht (§ 28 Abs. 5 IfSG). Die Regelung von Erleichterungen zu den in § 28b Abs. 1 und Abs. 3 IfSG statuierten Ge- und Verboten hat sich der Bund dagegen selbst vorbehalten. Das Gesetz sieht insoweit eine Ermächtigung für die Bundesregierung zum Erlass von Rechtsverordnungen vor (§ 28b Abs. 6 S. 1 Nr. 2 IfSG).

Sehr zeitnah Gebrauch gemacht hat die Bundesregierung von einer weiteren, in § 28c IfSG enthaltenen Verordnungsermächtigung für besondere Regelungen für Geimpfte, Getestete und vergleichbare Personen.<sup>81</sup> Das Bundeskabinett hat am 4.5.2021 eine Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (**COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung – SchAusnahmV**) verabschiedet und dem Bundestag zugeleitet.<sup>82</sup> Das Parlament hat seine nach § 26c S. 2 IfSG erforderliche Zustimmung am 6.5.2021 erteilt; der Bundesrat hat am 7.5.2021 zugestimmt. In Kraft getreten ist die am 8.5.2021 im Bundesanzeiger verkündete Verordnung am 9.5.2021.<sup>83</sup> Durch die Verordnung werden Ausnahmeregelungen, die derzeit in § 28b IfSG sowie in den Corona-Verordnungen oder in Allgemeinverfügungen der Länder für getestete Personen bestehen, auf Geimpfte und Genesene erstreckt. Ferner werden Erleichterungen und Ausnahmen für diesen Personenkreis im Hinblick auf die bei Zusammenkünften und beim Aufenthalt außerhalb der Wohnung nach § 28b IfSG oder den Corona-Verordnungen/Allgemeinverfügungen der Länder bestehenden Beschränkungen geregelt. Auch von Quarantänepflichten sind Geimpfte und Genesene weitgehend befreit. Für diese Regelungen gilt ebenfalls, dass sie **selbstvollziehend** sind, also – auch soweit es um Erleichterungen und Ausnahmen von Ge- und Verboten geht, die aufgrund der §§ 28 ff. IfSG von den Ländern in Form von Allgemeinverfügungen oder Rechtsverordnungen erlassen wurden – keines Umsetzungsaktes durch die Länder bedürfen.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass die bewährte Tradition des **deutschen Vollzugsföderalismus** mit zentraler Rechtsetzung und dezentraler bürgernahe Ausführung von Gesetzen durch das Vierte Bevölkerungsschutzgesetz in einer in der Geschichte des

81 § 28c IfSG wurde durch Art. 6 des Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes von Gerichtsvollziehern vor Gewalt sowie zur Änderung weiterer zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften und zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 7.5.2021 (BGBl. I 850) um eine Regelung ergänzt, in der klargestellt wird, dass die Bundesregierung, wenn sie – wie jetzt geschehen – von der Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung Gebrauch macht, zugleich die Landesregierungen ermächtigen kann, im Hinblick auf Genesene, Geimpfte oder negativ Getestete Ausnahmen von Ge- und Verboten vorzusehen, die die Länder nach dem 5. Abschnitt des IfSG erlassen haben.

82 BT-Drs. 19/29357.

83 BAnz AT 8.5.2021 V1.

Grundgesetzes einzigartigen Weise **durchbrochen** wird.<sup>84</sup> Die Aufgabe, aus den Ermächtigungsgrundlagen der §§ 28, 28a IfSG konkrete Ge- und Verbote abzuleiten, ist zwar seit Beginn der Pandemie nicht nur Sache der unmittelbar für den Vollzug des IfSG zuständigen kommunalen Behörden gewesen. Solche Ge- und Verbote wurden vielmehr schon sehr früh auch Gegenstand von landesweit gültigen Allgemeinverfügungen und dann von Rechtsverordnungen (*Kluckert* in → § 2 Rn. 101 ff.; *Ritgen* in → § 12 Rn. 73 ff.). Die entsprechende Ermächtigungsgrundlage dazu findet sich in § 32 IfSG, der dem Umstand Rechnung trägt, dass einem derart umfassenden Infektionsgeschehen wie im Falle der Ausbreitung von SARS-CoV-2 nicht durch nur für den Einzelfall gültige Ge- und Verbote begegnet werden kann, sondern dass es dafür abstrakt-genereller Regelungen bedarf.<sup>85</sup>

- 58 Gleichwohl wäre es verfehlt, im Erlass des § 28b IfSG nur die konsequente Fortentwicklung dieses Modells der Pandemiebekämpfung auf der Ebene des Bundes zu sehen. Wenn die Länder solche Rechtsverordnungen erlassen, so geschieht dies in Wahrnehmung der ihnen durch Art. 83 GG übertragenen **Kompetenz zur Ausführung eines Gesetzes**, die nach der Funktionenordnung des Grundgesetzes streng von der **Kompetenz zum Erlass eines Gesetzes** zu unterscheiden ist. Ausführung meint dabei nicht nur, dass die Länder im Sinne von Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren autonom regeln können. Vielmehr geht das Grundgesetz davon aus, dass der Bundesgesetzgeber das Verwaltungshandeln der Länder zwar durch den Erlass materiellrechtlicher Regelungen inhaltlich determinieren kann, ihnen dabei aber grundsätzlich **Spielräume für eigene Gestaltungsmöglichkeiten** zu belassen hat. Dass eine **inhaltliche Voll determinierung** durch Gesetz nicht der verfassungsrechtlich vorausgesetzte Regelfall ist, zeigt auch die Existenz von Normen wie dem Art. 84 Abs. 2 und 5 GG über den Erlass von Verwaltungsvorschriften und Einzelweisungen, durch die der Bund den Landesvollzug allgemein oder im Einzelfall über die gesetzlichen Vorgaben hinaus steuern kann.
- 59 Je engmaschiger dagegen eine Bundesregelung ausfällt, umso stärker werden die Länder in ihrem verfassungsrechtlich vorausgesetzten Ausführungsspielraum beschränkt. Das gilt in besonderer Weise dann, wenn es – wie hier – um selbstvollziehende Normen geht. Ein solches Bundesgesetz verwischt die **Grenzen zwischen Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenz** und okkupiert so einen Teil der Länderverwaltung und ihrer Entscheidungsbefugnisse auf legislativem Weg, ohne ihre Wahrnehmungszuständigkeiten nach außen anzutasten. Eine solche Gesetzgebungspraxis mag **nicht verfassungswidrig** sein; **verfassungsfremd** ist sie wegen der damit einhergehenden Verwerfungen innerhalb der grundgesetzlich vorgegebenen Funktionenteilung aber allemal.<sup>86</sup>

## 2. Verbleibende Aufgaben der Länder

- 60 Obwohl das Herzstück des Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes – der § 28b IfSG – in weiten Teilen seiner materiellen Regelungen „self-executing“ ist, bleiben die Länder in den Vollzug auch der mit diesem Gesetz neu in das IfSG eingefügten Vorschriften eingebunden.

### a) Vollzug des § 28b Abs. 1 IfSG

- 61 Insbesondere im Hinblick auf § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 10 IfSG bedarf es allerdings, wie schon ausgeführt (→ Rn. 3 ff.), keiner behördlichen Umsetzungsmaßnahmen im engeren Sinne. Die dort statuierten Ge- und Verbote gelten **kraft Gesetzes** und müssen

---

<sup>84</sup> So pointiert und zu Recht *Kingreen*, BT-Ausschussdr. 19(14)323(19), S. 3.

<sup>85</sup> *Kießling* in *Kießling IfSG* § 32 Rn. 2.

<sup>86</sup> Zum Ganzen *Kirchhof* in *Maunz/Dürig GG Art. 83 Rn. 16*.

nicht erst durch Verwaltungsakt bzw. Allgemeinverfügung der für den Vollzug des IfSG nach Maßgabe des Landesrechts zuständigen (überwiegend kommunalen) Behörden (dazu *Ritgen* in → § 12 Rn. 52 ff.) oder durch auf § 32 IfSG gestützte Rechtsverordnungen der Länder für den Einzelnen verbindlich gemacht werden. Länderbehörden müssen allerdings **in geeigneter Weise bekanntmachen**, ab welchen Tagen die Maßnahmen des § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG in einem Landkreis bzw. einer kreisfreien Stadt gelten bzw. wieder außer Kraft treten (→ Rn. 62 ff.). Soweit einzelne Regelungen in § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG nicht abschließend sind oder **unklare Rechtsbegriffe** verwenden, eröffnet sich für die Länder überdies ein Spielraum, der bei der behördlichen Durchsetzung ausgefüllt werden muss (→ Rn. 70 ff.). Die Behörden der Länder sind ferner dafür zuständig, mögliche Verstöße gegen die Regeln des § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG als **Ordnungswidrigkeiten** zu verfolgen und zu ahnden (→ Rn. 75 ff.).

#### aa) Konkretisierungsbedürftigkeit des Bundesrechts

Die Vorschriften des § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG weisen einen für ein Bundesgesetz erstaunlich **hohen Detaillierungsgrad** auf, was schon dadurch augenfällig wird, dass der Text der zehn Nummern umfassenden Vorschrift nahezu drei Seiten im Bundesgesetzblatt füllt. Gleichwohl zeigt sich bei näherem Hinsehen, dass selbst ein so engmaschig geknüpft Netz Lücken aufweist, die im Wege des Vollzugs durch Konkretisierung geschlossen werden müssen. 62

Entsprechende Lücken ergeben sich insbesondere dann, wenn § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG einen **Verbotstatbestand nicht abschließend** regelt. Das ist zB in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 IfSG der Fall, der die Öffnung von „Freizeiteinrichtungen“ verbietet und diesen unbestimmten Rechtsbegriff von prinzipiell nahezu unbegrenzter Reichweite zunächst durch eine nicht abschließende Aufzählung von Beispielen („insbesondere Freizeitparks, Indoorspielplätze“) näher umschreibt und dann durch Unterkategorien ergänzt, für die ebenfalls und erneut nicht abschließend weitere Beispiele benannt werden („Einrichtungen wie Badeanstalten, Spaßbädern, Hotelschwimmbädern, Thermen und Wellnesszentren sowie Saunen, Solarien und Fitnessstudios“). 63

Ein weiteres Beispiel ist § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. f IfSG, der als Ausnahme von der Ausgangssperre ein Verlassen der Wohnung auch aus „ähnlich gewichtigen und unabwiesbaren Zwecken“ wie den in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a bis e IfSG genannten Gründen erlaubt. 64

Unklar ist schließlich, was das Gesetz meint, wenn es an verschiedener Stelle die Durchführung von **anerkannten Tests** anordnet (§ 28b Abs. 3 S. 1 Hs. 2 IfSG) oder davon bestimmte Erleichterungen abhängig macht (§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 5, 6 u. 8 IfSG). § 28b Abs. 9 S. 1 IfSG definiert zwar, wann ein Corona-Test „anerkannt“ ist, lässt aber offen, ob es sich dabei im Sinne der vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte getroffenen Unterscheidung um einen zur professionellen Anwendung zugelassenen Antigen-Test („Schnelltest“) handeln muss oder ob davon auch Antigen-Tests zur Eigenanwendung („Selbsttest“) erfasst sind. Offen bleibt ferner, ob es sich zwingend um einen von einem Dritten durchgeführten und von diesem auch bescheinigten Test handeln muss oder ob der Test auch von dem Betroffenen selbst, ggf. in Anwesenheit eines Dritten durchgeführt werden kann. Das Schweigen des Bundesgesetzgebers in dieser Frage ist umso erstaunlicher, als die Länder für vergleichbare Fallkonstellationen eindeutige Regelungen erlassen haben. Das Land Berlin etwa hat in § 6b der Zweiten SARS-CoV-2-Infektionsschutzverordnung<sup>87</sup> eingehend geregelt, wie der Nachweis eines negativen Tests erbracht werden kann. 65

87 V. 4.3.2021 (GVBl. 198) idF der Verordnung v. 13.4.2021 (GVBl. 374).

- 66 Auch die **COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung (SchAusnahmV)** des Bundes enthält nunmehr eine detaillierte Regelung zu den Anforderungen an die Durchführung eines Tests, dessen Ergebnis Zugang zu Erleichterungen oder Ausnahmen von Schutzmaßnahmen eröffnen soll. Da es in der Verordnung allerdings nur um eine Gleichstellung von Geimpften und Genesenen mit Getesteten geht und Getesteten durch die Verordnung selbst keine weiteren Erleichterungen gewährt werden, gelten die in § 2 Nr. 7 SchAusnahmV vorgesehenen Anforderungen nur für den Fall, dass die Länder ihrerseits Erleichterungen und Ausnahmen für Getestete einführen. Dazu werden sie durch § 11 SchAusnahmV ausdrücklich ermächtigt, im Hinblick auf Schutzmaßnahmen nach § 28b IfSG allerdings nur, sofern es sich um weitergehende Schutzmaßnahmen der Länder nach § 28b Abs. 5 IfSG handelt. Es wäre fraglos wünschenswert, wenn der Bund eine solche Bestimmung auch für die in § 28b IfSG vorgesehenen Tests erlassen würde. Dazu käme etwa eine Rechtsverordnung nach § 28b Abs. 6 S. 1 Nr. 2 IfSG in Betracht.
- 67 Solange der Bund auf solche Präzisierungen verzichtet, böte es sich zur Sicherstellung eines landeseinheitlichen Vollzugs an, ggf. notwendige Konkretisierungen zum Gegenstand der in allen Ländern existierenden **Corona-Verordnungen** zu machen. Diesen Weg hat in der Tat das Land Berlin beschritten. Die 5. Verordnung zur Änderung der 2. SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (2. InfSchMV) des Landes<sup>88</sup> bestimmt zum einen in § 2 Abs. 4 S. 2, dass die für die landesrechtlich verfügte Ausgangssperre vorgesehenen Ausnahmegründe auch als „gewichtige und unabweisbare Gründe“ im Sinne von § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. f IfSG gelten. Ferner regelt § 6b 2. InfSchMV die Durchführung von Tests nicht nur für den Fall, dass diese in der Verordnung selbst vorgesehen sind, sondern ausdrücklich auch, wenn sie nach § 28b IfSG vorgeschrieben sind.
- 68 Es ist allerdings fraglich, ob die **Länder** solche oder ähnliche Bestimmungen im Verordnungswege regeln dürfen. Dem dürfte entgegenstehen, dass der durch das Vierte Bevölkerungsschutzgesetz ebenfalls neu gefasste § 32 S. 1 IfSG den § 28b IfSG ausdrücklich ausklammert. Diese Änderung wird damit begründet, dass es sich bei § 28b IfSG um eine Regelung handelt, die nicht durch Rechtsverordnung der Länder umgesetzt werden kann.<sup>89</sup> Sofern die Länder nicht auf das Instrument der **Allgemeinverfügung** ausweichen oder **aufsichtliche Weisungen** erlassen, bleibt es mithin Sache der für die Durchsetzung der Regeln mit den Mitteln des Ordnungsrechts oder für die Ahndung von Verstößen als Ordnungswidrigkeiten (→ Rn. 75) zuständigen Behörden, in jedem Einzelfall die ggf. erforderliche Auslegung vorzunehmen.
- 69 Hinzuweisen ist schließlich auf § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 6 Hs. 2 IfSG. Diese Vorschrift ermächtigt die nach Landesrecht zuständigen Behörden, Personen, die den im Freien zulässigen kontaktlosen **Sport von Kindern unter 14 Jahren** anleiten, die Vorlage eines Tests abzuverlangen.<sup>90</sup>

#### bb) Bekanntmachungspflichten

- 70 Die Geltung der Ge- und Verbote des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 10 IfSG hängt nur davon ab, dass in einem Landkreis bzw. einer kreisfreien Stadt die Sieben-Tage-Inzidenz den Wert von 100 an drei aufeinanderfolgenden Tagen überschreitet (§ 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG). Unterschreitet die **Inzidenz** diesen Wert an fünf aufeinanderfolgenden

---

<sup>88</sup> V. 27.4.2021 (GVBl. 400).

<sup>89</sup> BT-Drs. 19/28732, 21.

<sup>90</sup> Von dieser Ermächtigung hat – soweit ersichtlich – nur Thüringen durch § 35 Abs. 2 S. 2 der SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung idF d. Verordnung v. 29.4.2021 (noch nicht im GVBl.) Gebrauch gemacht.

Werktagen, treten die Maßnahmen wieder außer Kraft, wobei die Zählung der Werkta-  
ge nicht durch Sonn- oder Feiertage unterbrochen wird (§ 28b Abs. 2 S. 1 u. 2 IfSG).<sup>91</sup>  
Wird der Schwellenwert also erstmals an einem Mittwoch unterschritten und auch an  
den folgenden Tagen nicht überschritten, ist der Montag der letzte der fünf Tage und  
treten die Maßnahmen am übernächsten Tag, also am Mittwoch, außer Kraft. Wird der  
Schwellenwert dagegen erstmals an einem Sonntag unterschritten, ist dies unerheblich;  
dieser Tag fließt in die Berechnung der Fünf-Tages-Frist nicht ein. Damit wollte der Ge-  
setzgeber mutmaßlich der Tatsache Rechnung tragen, dass an Sonn- und Feiertagen re-  
gelmäßig weniger Personen getestet werden und die dem RKI vorliegenden Zahlen da-  
her ein verzerrtes Bild vom tatsächlichen Infektionsgeschehen zeichnen.

Maßgeblich für das In- bzw. Außerkrafttreten der Ge- und Verbote des § 28b Abs. 1 71  
S. 1 Nr. 1 bis 10 IfSG sind dabei ausschließlich die vom **RKI im Internet veröffentlichten Zahlen**. Inzidenzwerte, die von den Landkreisen bzw. kreisfreien Städten selbst ermittelt  
werden, sind dagegen – obwohl vielfach präziser<sup>92</sup> – ebenso unerheblich wie Zahlen,  
die von den Behörden der Länder ermittelt und publiziert werden.

Die vom Bundeskabinett beschlossene Formulierungshilfe des Vierten Bevölkerungs- 72  
schutzgesetzes, die von den Fraktionen der CDU/CSU und SPD unverändert als Gesetz-  
entwurf in den Bundestag eingebracht wurde,<sup>93</sup> wollte sich mit diesem Hinweis auf die  
RKI-Zahlen begnügen. Das ist in der Anhörung des Gesundheitsausschusses zu dem  
Entwurf zu Recht vielfach kritisiert worden.<sup>94</sup> In der Tat fehlt es bei **selbstvollziehenden**  
**Normen** wie dem § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 10 IfSG anders als bei Rechtsverordnungen  
oder Allgemeinverfügungen an einem **förmlichen Akt der Inkraftsetzung**. Ob eine der  
dort geregelten Maßnahmen in einem Landkreis bzw. einer kreisfreien Stadt greift, hät-  
te nur durch Beobachtung der Entwicklung der Inzidenzwerte auf der Internetseite des  
RKI ermittelt werden können.

Dieser Kritik sollte durch § 28b Abs. 1 S. 3 IfSG Rechnung getragen werden, der auf 73  
Vorschlag des Ausschusses in das Gesetz aufgenommen wurde. Die Vorschrift verpflicht-  
tet die nach Landesrecht zuständige Behörde, in geeigneter Weise die Tage bekannt zu  
geben, ab denen die jeweiligen Maßnahmen nach § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG in einem Land-  
kreis oder einer kreisfreien Stadt gelten. Die **Bekanntmachung** hat unverzüglich zu er-  
folgen, wenn anhand der Zahlen des RKI erkennbar wird, dass der Inzidenzwert über-  
schritten wird (§ 28b Abs. 1 S. 4 IfSG). In gleicher Weise bekannt zu geben sind auch  
die Tage, an denen die Maßnahmen wieder außer Kraft treten. Das ergibt sich aus  
§ 28b Abs. 2 S. 3 IfSG, der auf § 28b Abs. 1 S. 3 u. 4 IfSG verweist, sowie für den Son-  
derfall des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Hs. 2 lit. b IfSG („Click & Meet“) aus § 28b Abs. 2  
S. 4 IfSG.

Dass im Wortlaut des § 28b Abs. 1 S. 3 IfSG die Formulierung „die jeweiligen Maßnah- 74  
men nach Satz 1“ (statt „die Maßnahmen“) verwendet wird, könnte auf den ersten  
Blick als Hinweis darauf gedeutet werden, dass den zuständigen Behörden doch ein  
Auswahlermessen zusteht und sie deshalb **mit konstitutiver Wirkung** entscheiden könn-  
ten, welche der in § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG benannten Maßnahmen auf dem Gebiet eines  
Landkreises/einer kreisfreien Stadt „jeweils“ gelten sollen. Denkbar wäre ferner, dass  
diese Maßnahmen darüber hinaus nur ab dem Datum gelten sollen, zu dem sie bekannt  
gegeben wurden. Eine solche Interpretation kommt aber schon angesichts des klaren

91 Für das In- bzw. Außerkrafttreten der Regelung über sog. Click & Meet-Angebote im Einzelhandel (§ 28b  
Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 3. Teils. lit. b IfSG) gilt abweichend ein Inzidenzwert von 150.

92 Zu den Gründen *Ritgen*, Gesetzgebung in Krisenzeiten – die Entwicklung des Infektionsschutzrechts wäh-  
rend der Corona-Pandemie, ZG 2021, 1 (11 f.).

93 BT-Drs. 19/28444.

94 *Kießling*, Ausschussdr. 19(14)323(6), S. 6; *Kingreen*, Ausschussdr 19 (14)323(19), S. 10.

Wortlauts von § 28b Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG nicht in Betracht („so gelten dort“). Darüber hinaus stellt auch die Begründung ausdrücklich klar: „Es bleibt [ungeachtet der Regelung in § 28b Abs. 1 S. 3 IfSG] bei dem automatischen Eingreifen der Maßnahmen“.<sup>95</sup> Der **Publikationsakt** soll also nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers nur **deklaratorische**, nicht aber konstitutive **Wirkung** haben.<sup>96</sup>

### cc) Durchsetzung und Ahndung von Verstößen

- 75 Bei § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 10 IfSG handelt es sich um besonderes Ordnungsrecht des Bundes.<sup>97</sup> Die in ihm enthaltenen Ge- und Verbote wirken zwar unmittelbar und verpflichten den Einzelnen zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen. Das ändert aber nichts daran, dass die insoweit nach Landesrecht zuständigen Behörden keineswegs darauf beschränkt sind, festgestellte Verstöße als **Ordnungswidrigkeiten** zu verfolgen und zu ahnden (dazu § 73 Abs. 1a Nr. 11b bis 11m IfSG; vgl. *Tsambikakis* in → § 17 Rn. 11 ff., 25 ff.). Vielmehr sind sie auch befugt, **Ordnungsverfügungen** zu erlassen, die sich auf die Durchsetzung der Ge- und Verbote richten. Insoweit gilt hier nichts anderes wie für die Durchsetzung von Ge- und Verboten, die sich aus den Corona-Verordnungen der Länder ergeben.

### b) Vollzug von § 28b Abs. 3 IfSG

- 76 Während die Ge- und Verbote des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 10 IfSG Bürger und Unternehmen adressieren, richtet sich § 28b Abs. 3 IfSG in erster Linie an die für den Betrieb von Bildungseinrichtungen zuständigen Stellen der Länder, aber auch an private Betreiber von Schulen, Kindertagesstätten etc.
- 77 Auch § 28b Abs. 3 IfSG ist in wesentlicher Hinsicht selbstvollziehend. So gelten bspw. die in § 28b Abs. 3 S. 1 IfSG enthaltenen Regelungen (**Schutz- und Hygienekonzepte**, **Tests für Schüler und Lehrkräfte**) ebenso unmittelbar und ohne landesrechtlichen Umsetzungsakt wie das Gebot, ab einer Inzidenz von 100 zum **Wechselunterricht** überzugehen (§ 28b Abs. 3 S. 2 IfSG) oder das **Verbot des Präsenzunterrichts** ab einem Inzidenzwert von 165 (§ 28b Abs. 3 S. 3 IfSG). Freilich weist auch § 28b Abs. 3 IfSG eine Vielzahl konkretisierungsbefürdiger Rechtsbegriffe auf, die Spielraum für die Vollzugsbehörden der Länder eröffnen. So stellt sich auch mit Blick auf § 28b Abs. 3 S. 1 IfSG die Frage, in welcher Weise die dort verlangten Tests durchzuführen sind. Offen ist auch, was unter angemessenen Schutz- und Hygienekonzepten zu verstehen ist oder was genau der Begriff „Wechselunterricht“ meint. Gefordert sind die nach Landesrecht zuständigen Behörden auch, soweit es um die Bekanntmachung derjenigen Tage geht, ab denen die nach § 28b Abs. 3 S. 2 u. 3 IfSG inzidenzabhängigen Ge- und Verbote in bzw. wieder außer Kraft treten. Insoweit gelten die in → Rn. 23 dargestellten Bekanntmachungsbestimmungen entsprechend (§ 28b Abs. 3 S. 7 u. 8 IfSG).
- 78 Darüber hinaus ermächtigt der Bundesgesetzgeber die nach Landesrecht zuständigen Behörden ausdrücklich, vom Verbot des Präsenzunterrichts ab einer Inzidenz von 165 **abzuweichen**. § 28b Abs. 3 S. 4 IfSG sieht vor, dass **Abschlussklassen** und **Förderschulen** davon ausgenommen bleiben können, wenn die nach Landesrecht zuständige Behörde dies anordnet. Davon unberührt bleibt das Gebot, ab einer Inzidenz von 100 nur noch Wechselunterricht anzubieten. Und § 28b Abs. 3 S. 5 IfSG sagt, dass die nach Landesrecht zuständigen Stellen nach von ihnen festgelegten Kriterien eine **Notbetreuung** einrichten können.

---

95 BT-Drs. 19/28732, 19.

96 So auch *Johann/Gabriel* in BeckOK InfSchR, 4. Ed. 1.5.2021, IfSG § 28b Rn. 6.

97 Zum ordnungsrechtlichen Charakter des IfSG allgemein *Kluckert* in → § 4 Rn. 160 ff.; ferner etwa *Poscher* in *Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB* Kap. 4 Rn. 1 ff.

Von diesen Möglichkeiten haben die **Länder umfassend Gebrauch** gemacht. Die meisten Länder haben dazu entsprechende Bestimmungen in ihre jeweiligen Corona-Verordnungen eingefügt.<sup>98</sup> Sachsen und Thüringen haben dagegen Allgemeinverfügungen erlassen. Bemerkenswert ist, dass in **Brandenburg** das Verbot des Präsenzunterrichts an Schulen und Kindertagesstätten in bewusster Abweichung von § 28b Abs. 3 S. 6 iVm Abs. 2 S. 2 IfSG nicht mit dem übernächsten Tag nach Ablauf der dort vorgesehenen Frist von fünf Werktagen endet, sondern erst mit Ablauf des Sonntags, der auf den so bestimmten Tag folgt.<sup>99</sup> Auf diese Weise soll den Einrichtungen die Möglichkeit gegeben werden, die Wiedereinführung des Präsenzunterrichts bzw. der Präsenzbetreuung vorbereiten zu können. Da es sich dabei um eine **Verschärfung des Bundesrechts** handelt – der Präsenzunterricht bleibt länger ausgesetzt als bundeseitig aus Infektionsschutzgründen für notwendig erachtet –, dürften diese Regelungen von § 28b Abs. 5 IfSG gedeckt sein.

Die Anwendung **ordnungsrechtlicher Befugnisse** kommt im Zusammenhang des § 28b Abs. 3 IfSG allenfalls gegenüber den Betreibern privater Bildungs- oder Kinderbetreuungseinrichtungen in Betracht, wenn diese die unmittelbar wirksamen Ge- und Verbote in § 28b Abs. 3 S. 1 bis 3 IfSG nicht einhalten sollten. Ein Verstoß gegen diese Bestimmungen begründet – anders als noch vom Gesetzentwurf vorgesehen<sup>100</sup> – **keine Ordnungswidrigkeit**.

### c) Vollzug des § 28b Abs. 7 IfSG

Erst im Bundestagsverfahren in das Gesetz aufgenommen wurde § 28b Abs. 7 IfSG. Arbeitgeber sind danach **inzidenzunabhängig** verpflichtet, ihren Beschäftigten, wo immer das möglich ist, das Arbeiten im **Homeoffice** anzubieten; die Beschäftigten müssen dieses Angebot grundsätzlich annehmen. Eine, allerdings auf die Arbeitgeberpflicht beschränkte Regelung war bereits Gegenstand der **Corona-Arbeitsschutzverordnung**. Durch Änderungsverordnung v. 22.4.2021<sup>101</sup> ist der Text der Verordnung an die Neufassung des IfSG angepasst worden. Ferner sieht die Verordnung nunmehr vor, dass Arbeitgebern ihren nicht im Homeoffice tätigen Mitarbeitern zwei Mal pro Woche einen Test anbieten müssen. Auch die durch diese Regelungen für Arbeitgeber und -nehmer begründeten Pflichten wirken unmittelbar, bedürfen also keiner Konkretisierung durch Verwaltungsakt. Der Vollzug beschränkt sich daher auf die Überwachung der Einhaltung. Welche Behörden insoweit zuständig sind, bestimmen die Länder nach § 54 S. 1 IfSG (§ 28b Abs. 7 S. 3 IfSG).<sup>102</sup>

98 **Baden-Württemberg:** § 14b Abs. 14 S. 2 der Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 v. 27.3.2021 (GBl. 343) idF der Verordnung v. 23.4.2021 (GBl. 405); **Brandenburg:** §§ 17 Abs. 6, 18 Abs. 8 u. 9 7. SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung (7. SARS-CoV-2-EindV) v. 23.4.2021 (GVBl. Nr. 41); **Niedersachsen:** §§ 11 Abs. 3, 12 Abs. 2 S. 3, 13 Abs. 2 S. 4 und Abs. 3 S. 1 Corona-Verordnung v. 30.10.2020 (GVBl. 368) idF d. Verordnung v. 23.4.2021 (GVBl. 231); **Nordrhein-Westfalen:** § 1 Abs. 13 S. 3, § 2 Abs. 8 S. 2 Coronabetreuungsverordnung idF v. 23.4.2021 (GVBl. 439b); **Rheinland-Pfalz:** § 12 Abs. 6, 10 19. Corona-Bekämpfungsverordnung v. 23.4.2021 (GVBl. 243); **Saarland:** § 1 Abs. 4, 7 Verordnung zum Schulbetrieb und zum Betrieb sonstiger Bildungseinrichtungen sowie zum Betrieb von Kindertageseinrichtungen während der Corona-Pandemie idF d. Verordnung v. 23.4.2021 (GVBl. 1054). idF v. 23.4.2021, GVBl. 439b.

99 §§ 17 Abs. 6, 18 Abs. 9 7. SARS-CoV-2-EindV.

100 Vgl. § 73 Abs. 1a Nr. 11k IfSG in der Fassung des Entwurfs v. 13.4.2021 (BT-Drs. 19/28444, 6).

101 BAnz AT 22.4.2021 V1.

102 In **Brandenburg** handelt es sich insoweit nach der Anlage zur Infektionsschutzzuständigkeitsverordnung idF d. Verordnung v. 27.4.2021 (GVBl. Nr. 43) um das Landesamt für Soziales und Versorgung in **Hessen** um die Regierungspräsidien (§ 3 Abs. 1 der Verordnung zur Bestimmung von Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Infektionsschutzes zur Bekämpfung des Corona-Virus v. 12.5.2021 (GVBl. 314) idF d. Verordnung v. 23.4.2021 (GVBl. 223).

### 3. Weitere Zuständigkeitsfragen

- 82 Soweit die Länder nach dem Vorstehenden Vollzugsaufgaben zu übernehmen haben, stellt sich die Frage, welche Behörden dafür nach Maßgabe des Landesrechts jeweils zuständig sind. Da die hier relevanten Regelungen nicht ausdrücklich die Gesundheitsämter adressieren, ist es – wie § 54 S. 1 IfSG klarstellt – Sache der Länder, die zuständigen Behörden zu bestimmen. Die vor Erlass des Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes geltenden Bestimmungen sind in → § 12 Rn. 53 ff. dargestellt. Diese erstrecken sich regelmäßig auch auf den Vollzug des § 28b IfSG. Das gilt insbesondere auch für die stets gegebene, jedenfalls **subsidiäre Zuständigkeit der Ordnungsbehörden** bzw. der **Polizei** (*Ritgen* in → § 12 Rn. 78 ff.) zur Durchsetzung der Ge- und Verbote in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 10 IfSG.<sup>103</sup>
- 83 Neue bzw. ausdrückliche Zuständigkeitsbestimmungen haben einige Länder aber – wie aus der folgenden Übersicht ersichtlich – im Hinblick auf die **Bekanntgabe** der Tage vorgesehen, ab denen die inzidenzabhängigen Maßnahmen des § 28b Abs. 1 u. 3 IfSG gelten bzw. wieder außer Kraft treten. Soweit dies nicht geschehen ist, greifen auch für diesen Fall die bestehenden Zuständigkeitsnormen.<sup>104</sup>
- 84 Behördliche Zuständigkeiten für Bekanntgaben nach § 28b Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 3 IfSG:

Bundesland	Rechtsquelle	Zuständige Behörde
Baden-Württemberg	§§ 14b Abs. 14 S. 2, 20 Abs. 5 Verordnung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 v. 27.3.2021 (GVBl. 343) idF d. Verordnung v. 23.4.2021 (GVBl. 405)	Gesundheitsämter
Bayern	§ 3 Nr. 3 der 12. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung v. 5.3.2021 (BayMBL Nr. 171) idF d. Verordnung v. 27.4.2021 (BayMBL Nr. 290)	Kreisverwaltungsbehörden
Hessen	Art. 2 lit. c und Art. 3 Nr. 7 lit. c der 32. Verordnung zur Anpassung der Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus v. 23.4.2021 (GVBl. 214)	Ministerium für Soziales und Integration
Niedersachsen	§ 1a der Corona-Verordnung v. 30.10.2020 (GVBl. 368) idF d. Verordnung v. 23.4.2021 (GVBl. 231)	Landkreise und kreisfreie Städte

103 Für das Saarland ausdrücklich klargestellt in § 12 Abs. 1 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie idF d. Verordnung v. 23.4.2021 (Abl. 1054). Hessen bestimmt in § 3 Abs. 2 seiner Zuständigkeitsverordnung, dass für den Vollzug des § 28b IfSG neben den Gesundheitsämtern auch die örtlichen Ordnungsbehörden subsidiär zuständig sind.

104 Dementsprechend haben bspw. die Landkreise bzw. kreisfreien Städte in Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen Bekanntgaben im Sinne von § 28b Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 3 IfSG getätigt. In Berlin hat die Senatsverwaltung für Gesundheit, Pflege und Gleichstellung eine entsprechende Bekanntmachung erlassen, in Hamburg der Senat, in Bremen das Ordnungsamt und in Bremerhaven der Magistrat.



Bundesland	Rechtsquelle	Zuständige Behörde
Nordrhein-Westfalen	§ 1 Abs. 2 S. 2 u. 3 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 v. 23.4.2021 (GV 416b)	Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales
Rheinland-Pfalz	§ 24 Abs. 1 19. Corona-Bekämpfungsverordnung v. 23.4.201 (GVBl. 243)	Landkreise und kreisfreie Städte

### III. Ordnungsrechtliche Regelungen des Bundes zur Corona-Pandemie (*Fleischfresser*)

#### 1. Hintergrund und Zielsetzung der „Bundes-Notbremse“

Mit dem **Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung** bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite hat der Bundesgesetzgeber zum 23.4.2021 einen bislang einmaligen ordnungsrechtlichen Rahmen zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie geschaffen. Im Zentrum steht hierbei der neu geschaffene Verbotskatalog des § 28b Abs. 1 IfSG, der durch ergänzende Bestimmungen in den Absätzen 2–11 flankiert wird. Wie die bereits in § 28a IfSG niedergelegten Regelbeispiele (→ § 13 Rn. 29a–29g) zielt er auf eine Abschwächung des Infektionsgeschehens durch größtmögliche **Kontaktvermeidung**. Die Neuregelung erfolgte unter dem Eindruck im Frühjahr 2021 wieder stark gesteigener Infektionszahlen („Dritte Welle“). Diese brachten das Gesundheitssystem erneut an den Rand der Belastungsgrenze. Der Bundesgesetzgeber sah eine einheitliche bundesrechtliche Regelung als erforderlich an. Politisch angetrieben wurde die Regelung durch die Erfahrungen aus der teils mangelhaften Umsetzung vorangegangener Beschlüsse der Konferenz der Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidentinnen und Ministerpräsidenten der Länder. Die Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD vom 13.4.2021<sup>105</sup> führt hierzu in gebotener Zurückhaltung aus:

*„Diese Situation gebietet ein bundeseinheitliches staatliches Handeln mit effektiven Maßnahmen zur Reduzierung der zwischenmenschlichen Kontakte, um der staatlichen Schutzpflicht für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 des Grundgesetzes im erforderlichen Maße nachzukommen und dabei insbesondere auch die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems als überragend wichtigem Gemeingut und damit die bestmögliche Krankenversorgung sicherzustellen.*

*Festzustellen ist gegenwärtig eine bundesuneinheitliche Auslegung der gemeinsam von den Ländern in der regelmäßig stattfindenden Ministerpräsidentenkonferenz beschlossenen Maßnahmen. Die dadurch entstehende Lücke im Schutz vor weiteren Infektionen mit COVID-19 soll durch diesen Gesetzentwurf geschlossen werden. Dem Gesetzgeber kommt angesichts der nach wie vor ungewissen und sich dynamisch verändernden Gefahrenlage ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.“*

In dieser Kurzbeschreibung schwingt der Vorwurf an die Länder mit, ihren Obliegenheiten bei der Pandemiebekämpfung nicht in ausreichendem Maße nachgekommen zu sein. Dieser Eindruck hatte sich im Gefolge der vorangegangenen Ministerpräsidentenkonferenz und eines gescheiterten Kurz-Lockdowns über Ostern mit Ausgangsbeschränkungen einschließlich Gründonnerstag verstärkt. Die Wochen um dieses Ereignis wurden in der Öffentlichkeit vielfach als Stillstand in der Pandemiebekämpfung empfunden. Hinzu traten unkoordinierte Öffnungsstrategien einzelner Bundesländer, die den

105 BT-Drs. 19/28444.

Eindruck eines infektionsschutzrechtlichen „Flickenteppichs“ hervorriefen. Schließlich ergab sich ein zusätzlicher Antrieb für eine bundeseinheitliche Regelung aus dem Bestreben, die Infektionsraten gerade in einem Zeitpunkt möglichst niedrig zu halten, in dem die Impfkampagne noch nicht hinreichend entfaltet und die Verbreitung zusätzlicher sog. Escape-Varianten des Virus zu befürchten war.

## 2. Grundstruktur des § 28b IfSG

- 87 Die sog. Bundes-Notbremse gliedert sich im Wesentlichen in zwei Teile, nämlich in allgemeine infektionsrechtliche **Verbote und Gebote** in § 28b Abs. 1 IfSG und in besondere Vorschriften über den **Präsenzunterricht** an Schulen in § 28b Abs. 3 IfSG.
- 88 Der Katalog des Absatzes 1 bietet dabei gegenüber den Regelbeispielen des § 28a Abs. 1 IfSG wenig Neues. Er umfasst:
- Kontaktverbote im öffentlichen und privaten Raum (Nr. 1)
  - Ausgangsbeschränkungen (Nr. 2)
  - Schließung unterschiedlichster Freizeiteinrichtungen (Nr. 3)
  - Schließung von Läden und Märkten (Nr. 4)
  - Schließung kultureller und anderer Einrichtungen (Nr. 5)
  - Einschränkungen des Sports (Nr. 6)
  - Gaststätten (Nr. 7)
  - körpernahe Dienstleistungen (Nr. 8)
  - Maskenpflicht in Verkehrsmitteln (Nr. 9) und
  - Beherbergungsverbote (Nr. 10).
- 89 Wie die Regelbeispiele des § 28a Abs. 1 IfSG fußt er auf den Erfahrungen der Pandemiebekämpfung des Jahres 2020 (→ § 13 Rn. 29d) und transformiert das vorhandene Instrumentarium in eine bundesrechtliche Verbotsnorm. Der maßgebliche Unterschied zur bisherigen Regelung liegt im **Normvollzug**. Während infektionsschutzrechtliche Eingriffe bis zum Inkrafttreten des § 28b IfSG eines Umsetzungsaktes durch die nach Landesrecht zuständigen Behörden bedurften – sei es durch konkret-individuellen Verwaltungsakt, abstrakt-individuelle Allgemeinverfügung oder Rechtsverordnung auf Länderebene –, entfällt nunmehr der Vollzugsakt. Die Verbotsnorm ist nunmehr „**self-executing**“, also aus sich heraus zu beachten. In der gegebenen Breite ist dies im Ordnungsrecht bislang beispiellos. Statt Ermächtigungsgrundlagen für staatliche Eingriffe vorzugeben, erfolgt der Eingriff durch das Bundesgesetz, das für die Dauer der pandemischen Lage den verbleibenden Freiheitsrahmen bestimmt. Die Abkehr von der bisherigen Regelungstechnik hat im Gesetzgebungsverfahren Anlass zu Kritik gegeben, auf die noch einzugehen sein wird (→ Rn. 95).
- 90 Absatz 3 der Norm macht die Durchführung von Präsenzunterricht an allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen allgemein von der Einhaltung angemessener Schutz- und Hygienekonzepte abhängig, wobei Lehrkräfte wie Schülerinnen und Schüler wöchentlich zweimal auf das Coronavirus getestet sein müssen. Bei fortschreitendem Infektionsgeschehen ist Präsenzunterricht vollständig untersagt. Vorgaben für Kindertagesstätten oder vergleichbare Einrichtungen trifft § 28b IfSG nicht.
- 91 Eine gesteigerte Bedeutung haben die **Schwellenwerte** zum Infektionsgeschehen erlangt. Während der fortgeltende § 28a IfSG 7-Tages-Inzidenzen von 35 und 50, bezogen auf Kreise und kreisfreie Städte als Handlungsleitlinie vorgibt – ab 35 für breit angelegte, ab 50 für umfassende Schutzmaßnahmen –, führt § 28b IfSG weitere Schwellenwerte von 100 und 165 ein. Die Überschreitung eines Wertes von 100 in einem Kreis oder einer kreisfreien Stadt führt dort automatisch zu den Restriktionen des Absatzes 1. Eine Überschreitung des Wertes von 165 führt ebenso automatisch zum Verbot des Präsenz-

unterrichts nicht nur an Schulen, sondern auch an Hochschulen, außerschulischen Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnlichen Einrichtungen, § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG. Öffnungen für landesrechtliche Ausnahmen ergeben sich nur für Abschlussklassen und Förderschulen. Es wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt, dass Schwellenwerte, die auf Inzidenzzahlen beruhen, nicht über jeden Zweifel erhaben sind. Gerade im Zuge der Diskussion im Vorfeld des Vierten Gesetzes wurde angeregt, die reine Betrachtung von Fallzahlen innerhalb eines Kreises oder in einer kreisfreien Stadt um **andere Parameter** zu erweitern, etwa um die Anzahl Schwersterkrankter oder COVID-19-Verstorbener. Es ist aber einzuräumen, dass Inzidenzzahlen trotz bestehender Unwägbarkeiten mit hinreichender Verlässlichkeit einen Rückschluss auf die Intensität des Infektionsgeschehens zulassen, die letztlich zur Belastung des Gesundheitssystems führt. Diese tritt naturgemäß mit einer zeitlichen Verzögerung ein. Infektionszahlen sind demgegenüber ein Indikator, der früher ansetzt (→ § 13 Rn. 29g). In einem starren System wie dem des § 28b IfSG, das Verbote zwingend mit Inzidenzzahlen verknüpft, kann es allerdings zu „Jo-Jo-Effekten“ kommen, wenn in einem Kreis oder einer kreisfreien Stadt der Inzidenzwert über einen längeren Zeitraum auf dem Niveau des jeweiligen Schwellenwertes stagniert und mal darüber und mal darunter liegt. Ein wiederholtes Schließen bzw. ein wiederholtes Öffnen von Einrichtungen kann die Folge sein. Dieser Effekt wird durch die Regelung, dass die Restriktionen erst in Kraft treten, wenn der Wert an drei aufeinanderfolgenden Tagen überschritten wird, bzw. außer Kraft treten, wenn er an fünf aufeinanderfolgenden Tagen unterschritten wird, abgemildert. Auch gilt die geänderte Maßnahme erst ab dem übernächsten Tag.

Die Schwellenwerte beruhen der Höhe nach weniger auf einer wissenschaftlichen als auf einer politischen Einschätzung. Insbesondere der Wert von 165 für die Schließung von Schulen wirkt willkürlich. Er entspricht in etwa dem Inzidenzwert in Deutschland im Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens. Eine wissenschaftlich begründbare Kategorie kann hieraus nicht abgeleitet werden. Das System der Schwellenwerte wird zudem durch einen weiteren Wert von 150 für bestimmte Restriktionen im Einzelhandel zusätzlich kompliziert, § 28b Abs. 1 S. 1 Hs. 2 lit. b, Abs. 2 S. 4 IfSG. Insgesamt bietet das IfSG nunmehr ein System verschiedener Schwellenwerte in der Staffelung 35 – 50 – 100 – 150 – 165, deren wissenschaftliche Rechtfertigung problematisch und deren Rechtsfolgen in der ordnungsbehördlichen Praxis schwer durchschaubar sind. 92

Ergänzt werden die Verbote und Gebote durch die **Verpflichtung der Arbeitgeber** nach § 28b Abs. 7 IfSG, ihren Arbeitnehmern im Fall von Büroarbeit oder vergleichbarer Tätigkeiten das **Home-Office** anzubieten. Die Verpflichtung ist nicht an einen bestimmten Inzidenzwert gebunden, sondern lediglich durch die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage, längstens bis zum 30.6.2021 begrenzt, die für § 28b IfSG allgemein gilt, vgl. Absatz 10. 93

Die Absätze 5 und 6 ermöglichen weitergehende Regelungen. Hierbei spricht Absatz 5 allgemein **weitergehende Schutzmaßnahmen** an, die auf der Grundlage des IfSG erlassen wurden oder noch werden. Dies betrifft sowohl die Länder wie die örtliche Ebene. Absatz 6 ermöglicht weitere Rechtsverordnungen der Bundesregierung zum Infektionsschutz. 94

### 3. Kritik und Bewertung

§ 28b IfSG war bereits in dem sehr kurzen Gesetzgebungsverfahren von deutlicher Kritik begleitet. Hierbei ging und geht es nicht nur um Bedenken an der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer bundeseinheitlichen Regelung, sondern insbesondere auch um den Automatismus nächtlicher Ausgangsbeschränkungen in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG im Fall der Überschreitung eines Schwellenwertes von 100. Auch ist eine bundes- 95

rechtliche „self-executing“ Norm in Anbetracht der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG problematisch. Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten steht gegen förmliche Gesetze regelmäßig nicht zur Verfügung. Es fehlt an einem behördlichen Umsetzungsakt, der überprüft werden könnte. In Bezug auf förmliche Gesetze haben die Verwaltungsgerichte keine Verwerfungskompetenz. Dies hätte zur Folge, dass der Bürger, dem ein Bußgeldverfahren nicht zuzumuten sein dürfte, auf die Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz zu verweisen wäre.

- 96 Inzwischen sind hinsichtlich der Neuregelung zahlreiche Verfahren vor dem BVerfG anhängig. Diese betreffen nicht nur die Frage der Bundeskompetenz. Im Zentrum zahlreicher Verfassungsbeschwerden steht insbesondere die bundeseinheitliche Ausgangsbeschränkung ab 22 Uhr. Anträge des einstweiligen Rechtsschutzes blieben insoweit erfolglos. Dies überrascht nicht, da die Voraussetzungen für eine einstweilige Anordnung des BVerfG nach § 32 BVerfGG sehr eng gefasst sind. Eine abschließende Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen ist erst im Hauptsacheverfahren zu erwarten. Inzwischen hat der Bund von der Ermächtigung, im Wege von Rechtsverordnungen Erleichterungen von den Restriktionen des § 28b IfSG vorzusehen, Gebrauch gemacht. Hinsichtlich der Einzelheiten der **COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung (SchAusnahmV)** kann auf → Rn. 55 Bezug genommen werden. Schon jetzt lässt sich jedoch prognostizieren, dass der Vollzug der Ausnahmeregelungen in der täglichen Praxis erhebliche Probleme bereiten wird. Dies betrifft ua die Frage der Identifizierung **Geimpfter und Genesener**. Auch ist bislang wissenschaftlich nicht geklärt, über welchen Zeitraum bei Personengruppen infektiologisch als unbedenklich eingestuft werden können.