

7-2020

FACHZEITSCHRIFT FÜR DIE ÖFFENTLICHE VERWALTUNG

AUS DEM INHALT

ABHANDLUNGEN

TORSTEN F. BARTHEL/
SABINE LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER
Exorbitant schnelle Rechtsetzung und Rechtsprechung
bei exponentieller Virusbedrohung

PHILIPP LEGRAND
Integration als kommunale Querschnittsaufgabe

GÜNTER HAURAND/JÜRGEN VAHLE
Grundbegriffe und Übungsfälle zum Gewerbe- und
Gaststättenrecht

ANDREAS HAUSER
Basiswissen Verhandlungstechnik

HOLGER WEIDEMANN
Gibt es einen isolierten Rechtsschutz hinsichtlich strittiger
Verfahrenshandlungen (§ 44a VwGO)?

MARCO WEISSEK
Worauf es bei der Ausbildung von Nachwuchskräften
wirklich ankommt

FALLBEARBEITUNG

BERND REINEMANN
Immer wieder Probleme im Sozial(hilfe)recht

RECHTSPRECHUNG

Zur Umdeutung nach § 47 VwVfG
Aufhebung einer Nebenbestimmung
Informationen über einen geplanten Personalabbau
als Geschäftsgeheimnis



Torsten F. Barthel/Sabine Leutheusser-Schnarrenberger*

Exorbitant schnelle Rechtsetzung und Rechtsprechung bei exponentieller Virusbedrohung – Wie funktioniert der Rechtsstaat in der Corona-Krise?

Die Covid-19-Pandemie hat Deutschland und die ganze Welt mit großer Wucht und tiefen Einschnitten getroffen. In diesen Wochen erlebte das Land die empfindlichsten Einschränkungen des öffentlichen Lebens, mittlerweile führen die getroffenen „Lockdowns“ zu Streit. Innerhalb kurzer Zeit hat sich das Leben für jedermann – Bürger wie Unternehmen, aber auch Verwaltungsbehörden und Hochschulen – in nicht für möglich gehaltener Art und Weise verändert; die Bundeskanzlerin spricht sogar von der größten Herausforderung des Landes seit dem Zweiten Weltkrieg.

Dass mit dieser Entwicklung in Deutschland in unterschiedlichen Bereichen Neuland betreten wird, spiegelt sich nicht zuletzt im Bereich des Rechts wider: Legislative wie Exekutive haben exorbitant zügig mit beispiellosen Maßnahmen auf die gesundheitliche Gefahrenlage reagiert und zahlreiche Neuregelungen geschaffen, die in Teilen tief in unsere bestehende rechtliche Grundordnung eingreifen. Die juristische Aufarbeitung der Corona-Krise hat gerade erst begonnen.

Das Grundgesetz kennt für eine Pandemiekrisen keinen Ausnahmezustand mit besonderen Befugnissen für die Exekutive und damit einhergehenden Grundrechtsbeschränkungen, wie es beispielhaft in Frankreich der Fall ist.

Die Covid-19-Krise setzt die Bindung der Staatsgewalten an Recht und Gesetz aus Art. 20 Abs. 3 GG nicht außer Kraft. Und die Grundrechte binden die Staatsgewalt gemäß Art. 1 Abs. 3 GG. Der kritische Diskurs muss geführt werden, er ist in einer solchen Krisensituations geradezu geboten – was ist dem Staat erlaubt und auf welcher Grundlage? Denn: Gerade in Zeiten großer Unsicherheit und Lebensgefahr müssen die Grundrechte der Regierung und der Verwaltung Schranken setzen. Unsere Grundrechte müssen verhindern, dass „Sicherheit“ in Krisenzeiten zum absoluten Maß aller Dinge wird, und die Parlamente müssen ihre Kontrollfunktion ausüben.

Die massiven Grundrechtseingriffe, die es in vergleichbarer Weise in den 71 Jahren des Bestehens des Grundgesetzes noch nie gegeben hat, bedürfen einer juristischen Überprüfung genauso wie die Einhaltung der rechtsstaatlichen Anforderungen an die Gesetzgebung, der Gewaltenteilung und der Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG.

Um zur rechtspolitischen Fachdiskussion in diesem neuen Bereich beizutragen, sollen im Folgenden einige der Rechtsetzungsakte be-

trachtet und eine frühe Bestandsaufnahme der bereits ergangenen Judikatur zur Covid-19-Pandemie versucht werden. Es geht aber besonders um die wichtige Grundfrage, ob der Rechtsstaat auch in der Krise zureichend funktioniert, und um den Stellenwert der Grundrechte.

1. Maßstabbildung

Bei der gegenwärtig sich verschärfenden und sehr hitzig geführten politischen Diskussion¹ ist es dringend geboten, die Debatte zu versachlichen und an den rechtlichen Maßstab des Übermaßverbots bzw. den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu erinnern. Ihm liegt der Gedanke zugrunde, dass staatliche Maßnahmen nicht prinzipiell unbegrenzt und unbegründet sein dürfen, sondern ihre Rechtfertigung immer in einem benennbaren Zweck haben müssen und an diesem Zweck in ihrem Umfang und Ausmaß gemessen werden müssen, damit die Bürger der staatlichen Gewalt nicht unbegrenzt und willkürlich ausgeliefert sind.²

Die dogmatische Herleitung mag umstritten sein, nach seinem Grundgedanken ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit aber immer Ausdruck der Grundrechte, die die Freiheit des Bürgers dadurch schützen, dass sie Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in die grundrechtlich geschützte Freiheit aufstellen.³ Im Übrigen ist auch das Rechtsstaatsprinzip zur Begründung heranzuziehen.⁴

1.1 Legitimer Zweck

Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeitselemente „Geeignetheit“, „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ ist zunächst der verfolgte legitime Zweck. In Bezug auf staatliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie besteht der legitime Zweck, die Zielsetzung, im Erhalt der Stabilität und Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems. Deshalb soll die Zahl der Infektionsfälle gering gehalten werden, außerdem ist es Ziel, nötigenfalls mit Ausgangsbeschränkungen, den Schutz der Gesundheit vieler, auch Angehöriger der sog. „Risikogruppen“, zu erreichen. Kurz gesagt, mit den Worten des BVerfG, werden die Maßnahmen getroffen, „... um ein Kollabieren des staatlichen Gesundheitssystems mit zahlreichen

1 Der Leiter des Kirchenrechtlichen Instituts der EKD, Heinig, spricht davon, „dass sich unser Gemeinwesen von einem demokratischen Rechtsstaat in kürzester Frist in einen faschistoid-hysterischen Hygienestaat“ verwandele, Welt am Sonntag v. 29.3.2020.

2 Grzesick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 89. EL Oktober 2019, Art. 20 VII. Rn. 108; Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2003, Art. 20 Rn. 146 f.

3 Vgl. nur BVerfGE 7, 377 ff. (404 ff.); 19, 342 ff. (348 f.).

4 Seit BVerfGE 23, 127 ff. (133); 35, 382 ff. (400); zuletzt s. BVerfGE 90, 145 ff. (173).

Todesfällen zu vermeiden“.⁵ Somit dürfte der legitime Zweck – außer von „Verschwörungstheoretikern“⁶ – nicht infrage zu stellen sein.

1.2 Geeignetheit

Kaum Zweifel dürfte auch die Stufe der Geeignetheitsprüfung mit sich bringen. Geeignet sind staatliche Mittel, die zumindest die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass der angestrebte Erfolg zumindest teilweise eintreten wird.⁷ Die im Ergebnis negativ zu bewertende Pandemieentwicklung in Schweden, wo staatlicherseits überwiegend lediglich freiwillige Verhaltensempfehlungen getroffen wurden und indirekt eine höhere Infektionsquote in Kauf genommen wird in der Hoffnung, auf diesem Wege eine frühzeitigere und höhere Herdenimmunität aufzubauen zu können, zeigt, dass dieser Weg keine alternativ geeignete Strategie darstellt.

1.3 Erforderlichkeit

Auf der Ebene der Erforderlichkeit ist zu fragen, ob es zur Erreichung des Zwecks gleich gut geeignete Mittel gibt, von denen dann das mildeste, also die geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigende Mittel auszuwählen ist.⁸ Die gleiche Wirksamkeit erfordert eine Alternative, die die Erfolgswahrscheinlichkeit eindeutig gleichwertig steigert. Eine Alternative soll nach Ansicht des BVerfG nicht gleichwertig sein, wenn zwar der Regelungsadressat weniger belastet wird, aber Dritte oder die Allgemeinheit stärker belastet werden.⁹ Welche Maßnahme die geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigt, hängt von der Eigenart der betroffenen Position, der Intensität ihrer Verkürzung und der Anzahl der betroffenen Personengruppe ab.¹⁰ In Bezug auf die Corona-Pandemie wird die Diskussion zunehmend auf der Ebene der Erforderlichkeit geführt. Dies bedeutet in concreto die Überlegung, ob das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes in der Öffentlichkeit und die Ausarbeitung situationsadäquater Hygienekonzepte, etwa in der Gastronomie oder an öffentlichen Orten, in der mittlerweile (im Sommer 2020) erreichten Phase erheblicher Lockerungen ein milderes geeignetes Mittel zur Zielerreichung darstellt. Zwar brandet der Streit zumeist (noch) um die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit) auf, allerdings ist eine zunehmende Verlagerung auf die Ebene des Interventionsminimums (Erforderlichkeit) zu konstatieren.

1.4 Angemessenheit

Das Angemessenheitsgebot erfordert eine Abwägung zwischen dem Nutzen der Maßnahme und den durch die Maßnahmen herbeigeführten Beeinträchtigungen und setzt im Ergebnis eine Grenze.¹¹ Diese Grenze eindeutig zu ziehen bereitet allerdings erhebliche Probleme, da Abwägungsentscheidungen rational nur begrenzt

zu strukturieren und zu kontrollieren sind.¹² Sie beruhen oftmals auf subjektiven Wertungen und haben deshalb intersubjektiv nur eine sehr begrenzte Aussagekraft. Soweit bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips subjektive Wertungsspielräume dieser Art vorhanden sind, bietet sich die Möglichkeit, das Ausfüllen dieser Spielräume durch eine Zuordnung zu den politischen Entscheidungsspielräumen demokratisch legitimierter Organe zu lösen: Dies betrifft vor allem den Gesetzgeber. Auch die Rechtsprechung des BVerfG tendiert in diese Richtung. Sie gesteht den staatlichen Organen dadurch einen Bewertungs- und Einschätzungsspielraum zu, sodass es einen Verstoß gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nur bei deutlicher Unangemessenheit annimmt.¹³ Dies zeigt auch die neueste Corona-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deutlich.

Dem Gesetzgeber muss wegen dessen besonderer unmittelbarer demokratischer Legitimation und der Aufgabe, abstrakt generelle und insoweit pauschalierende bzw. typisierende Normen zu schaffen, im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit ein beträchtlicher Spielraum zugestanden werden.¹⁴ Auf der Ebene des einzelfallbezogenen Verwaltungshandelns – hier spielen gegenwärtig auch Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 2 VwVfG eine gewisse Rolle – kommt eine derartig weite Typisierungsbefugnis den Verwaltungsbehörden grundsätzlich nicht zu.¹⁵ Denn deren Entscheidungen sind nach § 40 VwVfG, § 114 Satz 1 VwGO in erheblichem Umfang verfassungsgerichtlich nachprüfbar.

Anhand dieser Maßstabbildung erfolgt nun eine selektive Betrachtung legislativer Akte und ausgewählter Rechtsprechung.

2. Akte der Legislative

Nach dem ersten Hotspot der Infektion im Februar bei einem Automobilzulieferungsunternehmen in Bayern war spätestens Anfang März 2020 unübersehbar, dass auch Deutschland massiv von der Covid-19-Pandemie betroffen sein würde. In der Zeit bis 27.3.2020 erfolgte daher eine umfangreiche und vielfältige legislative Tätigkeit insbesondere auf Bundesebene.¹⁶

2.1 (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes

Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“.¹⁷ Der Gesetzgeber hat in atemberaubender

¹² Grundlegend Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 127 ff., 458 ff.

¹³ Vgl. BVerfGE 44, 353 ff. (373); 96, 10 ff. (23 ff.) sowie Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1992, S. 159 ff., 189 f.

¹⁴ Ausführlich Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessung, Berlin 2000, S. 713 ff., 881 ff., 926 ff., jeweils m. w. N.; ähnlich für den Verordnungsgeber, vgl. z. B. BVerfGE 53, 135 ff. (145).

¹⁵ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 89. EL Oktober 2019, Art. 20 VII. Rn. 123.

¹⁶ S. nur Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld vom 13.3.2020 (BGBl. I S. 493); Covid-19-Krankenhausentlastungsgesetz vom 27.3.2020 (BGBl. I S. 580); Covid-19-Insolvenzaussetzungsgesetz vom 27.3.2020 (BGBl. I S. 569); Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020 (BGBl. I S. 569); Nachtragshaushaltsgesetz 2020 vom 27.3.2020 (BGBl. I S. 556) sowie Wirtschaftsstabilisierungsgesetz vom 27.3.2020 (BGBl. I S. 543).

¹⁷ Gesetz v. 27.3.2020 (BGBl. I S. 587).

⁵ S. BVerfG, Beschl. v. 10.4.2020 – 1 BvQ_28/20, juris.

⁶ Vgl. Siemons, Ist die Lüge an der Macht? Hinter der Seuchenbekämpfung wirkt ein geheimer Plan, FAZ v. 3.5.2020, S. 33.

⁷ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 89. EL Oktober 2019, Art. 20 VII. Rn. 112 m. w. N.

⁸ S. nur BVerfGE 100, 313 ff. (375).

⁹ Vgl. BVerfGE 77, 84 f. (110 f.); 81, 70 ff. (91 f.); 88, 145 ff. (164).

¹⁰ Prägnant Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1985, S. 68 ff. m. w. N.

¹¹ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 89. EL Oktober 2019, Art. 20 VII. Rn. 117 m. w. N.

Geschwindigkeit gehandelt und mit diesem Artikelgesetz auch das IfSG in einigen Teilen neu gefasst. Von Interesse erscheinen hier § 5 Abs. 2 IfSG sowie § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG.

2.1.1 Verordnungsermächtigung § 5 Abs. 2 IfSG

Die Neufassung des § 5 Abs. 2 IfSG ermächtigt das Bundesministerium für Gesundheit (BMG), im Rahmen der vom Bundestag nach § 5 Abs. 1 IfSG festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite Anordnungen und Rechtsverordnungen zu erlassen. Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass die Vollzugskompetenzverteilung zugunsten der Länder nur in der Normallage ausreiche, um die Ausbreitung eines Krankheitserregers zu verhindern, in Zeiten von Seuchenausbrüchen indes zusätzliche Bundeskompetenzen notwendig seien.¹⁸ Die neue Ermächtigung ist im Hinblick auf Art. 80 GG sowie die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern augenscheinlich erheblich problematisch. Das Gesetz stellt die Gesetzesbindung der Exekutive zur Disposition und ermächtigt den Bundesgesundheitsminister zu erheblichen Abweichungen von gesetzlichen Normen.

Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG schreibt vor, dass bei Erlass einer Rechtsverordnung „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden“ müssen.¹⁹

Alle in der Norm genannten Maßnahmen haben erhebliche Grundrechtseingriffe zur Folge, betroffen sind u.a. Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung), Art. 4 GG (Religionsausübungsfreiheit), Art. 8 GG (Versammlungsfreiheit), Art. 11 GG (Freizügigkeit), Art. 12 GG (Berufsfreiheit), Art. 14 GG (Eigentums- und Gewerbefreiheit) und sogar auch das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Der Gesetzgeber weist darauf in § 5 Abs. 5 IfSG selber hin.

Vieles spricht gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer – nunmehr möglichen – umfassenden Delegation der Gesetzesabweichung an die Exekutive. Das BMG kann per „Notverordnung“ Gesetze des Bundestags ändern, ohne dass der Bundestag eine Möglichkeit hat, dies zu verhindern,²⁰ was quasi zu einer „parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus“²¹ führen könne.

Hinsichtlich der zu fordern hinreichenden Bestimmtheit der Norm gilt nach wie vor: „Greift die Regelung erheblich in die Rechtsstellung des Betroffenen ein, so müssen höhere Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad der Ermächtigung gestellt werden, als wenn es sich um einen Regelungsbereich handelt, der die Grundrechtsausübung weniger tangiert.“²²

¹⁸ Vgl. Gesetzentwurf, Begründung, BT-Drs. 19/18111, S. 1, 2, 15, 19 f.

¹⁹ Ausführlich Bauer, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 80 Rn. 32 m. w. N.

²⁰ Kingreen, Süddeutsche Zeitung vom 26.3.2020, S. 6; derselbe, Whatever it Takes? Der demokratische Rechtsstaat in Zeiten von Corona, Verfassungsblog vom 20.3.2020, <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/> (Abrufdatum: 29.5.2020).

²¹ Möllers, Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus, Verfassungsblog vom 26.3.2020, <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/> (Abrufdatum: 29.5.2020).

²² BVerfGE 58, 257 (277 f.).

Zwar spricht zugunsten der Zulässigkeit der in § 5 Abs. 2 IfSG in der Tat sehr weit und unbestimmt gefassten Ermächtigungen der wesensmäßig „vielgestaltige Sachverhalt“ des Infektionsschutzes, der im Grunde genommen das gesamte Gesundheitswesen in seiner ganzen Komplexität anbelangt. Wie die weitere Entwicklung des Pandemieverlaufs aussehen wird, weiß gegenwärtig auch niemand, da sich die tatsächlichen Verhältnisse durch Ansteckungen oder Reaktionen in der Bevölkerung und im Gesundheitssektor dynamisch ändern können.²³

Letztlich ist den Ausführungen der *Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags* beizupflichten, dass gegen die Zulässigkeit der eher weit und unbestimmt gefassten Ermächtigungen des § 5 Abs. 2 IfSG n. F. die Notwendigkeit einer Selbstdentscheidung der programmatischen Vorgaben, die Vorhersehbarkeit der Verordnungsinhalte und die Grundrechtsintensität sprächen: „Insgesamt verbleiben damit gewichtige Bedenken.“²⁴

Der Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Bundesrates ist gemäß Art. 80 Abs. 2 GG erforderlich, wenn die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen im Auftrag des Bundes oder als eigene Angelegenheit ausgeführt werden. Der einfache Bundesgesetzgeber und der Verordnungsgeber können von diesem Zustimmungsvorbehalt nicht abweichen. Aus diesem Grund bestehen klare Bedenken gegen den in § 5 Abs. 2 IfSG nunmehr vorgesehenen Erlass der Rechtsverordnungen „ohne Zustimmung des Bundesrates“.²⁵

2.1.2 Verwaltungsakt-Ermächtigung des BMG

Rechtlich problematisch erscheint auch, dass die in § 5 Abs. 2 Nr. 1, 2, 5 und 6 IfSG vorgesehenen „Anordnungen“ ihrem Wesen nach Verwaltungsakte nach § 35 VwVfG sind.²⁶ Entsprechend Art. 83 GG führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten aus, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt, was vorliegend nicht der Fall ist. Nach der grundgesetzlichen Kompetenzordnung können daher nur die Länder Anordnungen v.g. Art treffen, nicht indes das Bundesministerium für Gesundheit.²⁷

§ 5 IfSG enthält eine Reihe von Regelungen, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Grundrecht auf Datenschutz) einschränken. Hierzu äußert sich der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit u.a. unter Hinweis auf fehlende Löschungsregelungen, die Suspendierung gesetzlicher

²³ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags: Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, Deutscher Bundestag, 2.4.2020, S. 9 (Nr. 3.2), www.bundestag.de (Abrufdatum: 29.5.2020).

²⁴ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags: Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, Deutscher Bundestag, 2.4.2020, S. 9 (Nr. 3.2), www.bundestag.de (Abrufdatum: 29.5.2020).

²⁵ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags: Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, Deutscher Bundestag, 2. April 2020, S. 9 (Nr. 3.3), www.bundestag.de (Abrufdatum: 29.5.2020).

²⁶ Vgl. von Alemann/Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 46. Edition, Stand: 1.1.2020, § 35 Rn. 141.

²⁷ Vgl. Thielbörger/Behlert, Verfassungsblog vom 30.3.2020, Covid-19 und das Grundgesetz: Neue Gedanken vor dem Hintergrund neuer Gesetze, <https://verfassungsblog.de/covid-19-und-das-grundgesetz-neue-gedanken-vor-dem-hintergrund-neuer-gesetze/> (Abrufdatum: 29.5.2020) sowie Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags: Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, Deutscher Bundestag, 2.4.2020, S. 10 (Nr. 4), www.bundestag.de (Abrufdatum: 29.5.2020).

Bestimmungen auf dem Verordnungsweg sowie die Dauer der Speicherung (über den Notlagenzeitraum hinaus) zu Recht kritisch: „Aufgrund der epidemischen Lage sehe ich die geplanten Einschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz gerade noch als verhältnismäßig an.“²⁸

2.2 Generalklausel § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG

Zur Eindämmung der Infektion mit dem neuen Coronavirus und der durch die Infektionen ausgelösten Atemwegserkrankung Covid-19 setzen die in den Bundesländern getroffenen Regelungen in erster Linie auf (massive) Beschränkungen des sozialen Zusammenlebens („social distancing“). Gestützt werden diese Maßnahmen auf das reformierte IfSG, und zwar in erster Linie auf die Generalklausel des § 28 IfSG, auf die auch die Verordnungsermächtigung des § 32 IfSG zu „Schutzmaßnahmen“ (s. amtliche Überschrift) rekurriert.²⁹

Es handelt sich um (durch ministerielle Weisungen vorgesteuerte) Allgemeinverfügungen³⁰ oder auf § 32 IfSG gegründete Rechtsverordnungen.³¹ Je nach landesrechtlicher Regelung sind weitergehende Verfügungen der kommunalen Gesundheitsämter (§ 2 Nr. 14 IfSG) möglich, etwa durch Quarantäneanordnungen.

Die Generalklausel in ihrer früheren, bis zum 29.3.2020 geltenden Fassung stellte sich in Bezug auf Maßnahmen zur Corona-Bekämpfung rechtlich hoch problematisch dar.³² Die Neufassung ist daher von einem Interesse. Nunmehr hat § 28 Abs. 1 Satz 1, 2 IfSG folgenden Wortlaut: „Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29–31 IfSG genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte

oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 IfSG genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen.“

Neu geregelt wurden:

- **Anzahl von Menschen:** Versammlungen und „Ansammlungen“ dürfen auch dann verboten werden, wenn es sich nicht um eine „größere Anzahl von Menschen“ handelt.
- **Kontaktverbot:** Ausgangsbeschränkungen und Betretungsverbote, die früher nach § 28 Abs. 1 IfSG nicht angeordnet werden konnten, sind nun möglich.
- **Freizügigkeit:** Das Grundrecht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) wird jetzt erwähnt,³³ sodass Ausgangsbeschränkungen nicht mehr am Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG scheitern.
- **Zwangsbehandlung:** Das Verbot von Zwangsbehandlungen wird gestrichen – sicher nicht allein „aus Gründen der Normenklarheit“.

Bei der Bewertung der Generalklausel stellt etwa *Schwarz* launig fest, „das Coronavirus scheint auch das Polizeirecht zu infizieren“, wenn auf der Grundlage einer generalklauselartigen Ermächtigung massive Grundrechtseingriffe auch gegenüber nicht infizierten Personen erfolgen können.³⁴

Indes: In der Tat erweist sich das Infektionsschutzgesetz als ein Beispiel des modernen Gefahrenabwehrrechtsverständnisses, das als durchaus symptomatisch für die Entwicklung hin zum Präventionsstaat angesehen werden kann. Dabei stellt die Annahme, der Staat sei Beschützer zentraler Rechtsgüter und damit in die Schutzaufgabe hohen Ranges. Der Staat soll dem Einzelnen Schutz vor unabsehbaren Bedrohungen bieten.

Allerdings erstaunt die Ausgestaltung der Ermächtigungsgrundlage des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG: Die Eingriffsbefugnisse betreffen nämlich nicht nur Personen, die sich nachweislich angesteckt haben, sondern auch Verdachtsfälle. Während das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht zunehmend durch spezialgesetzliche Eingriffsbefugnisse, u.a. und insbesondere im Bereich des Datenschutzes, gekennzeichnet ist, nominiert das IfSG keine speziellen Regelungen, die Ausgangsbeschränkungen oder Ausgangssperren für eine Vielzahl von Personen legitimieren können. In Anbetracht der umfangreichen Neuregelungen erstaunt dies. Bei massiven und weitreichenden Grundrechtsbeeinträchtigungen ist es zumindest zweifelhaft, warum der Gesetzgeber nicht die Chance ergriffen hat, im Zuge der ohnehin durchgeführten Neuregelung des Gesetzes³⁵ dort spezielle Regelungen, also standardisierte Spezialermächtigungen, zu schaffen, um auf diese Weise dem rechtsstaatlichen Gebot klar strukturierter und hinreichend bestimmter Eingriffsgrundlagen

²⁸ Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 23.3.2020, www.bfdi.bund.de (Abrufdatum: 29.5.2020).

²⁹ Vgl. Barthel/Weidemann, Das Infektionsschutzgesetz, DVP 2020, Heft 3, S. 170–177.

³⁰ Z. B. Hamburg: Allgemeinverfügungen v. 12.3.2020 (Amtl. Anz. 2020, 301) oder v. 22.3.2020 (Amtl. Anz. 2020, 422); Saarland: Allgemeinverfügungen v. 20.3.2020 (ABl. 2020 I 178) oder v. 25.3.2020 (ABl. I S. 194); vgl. VG Köln, Beschl. v. 20.3.2020 – 7 L 510/20, juris.

³¹ Z. B. Hessen: Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus v. 13.2.2020 (GVBl. S. 150); Mecklenburg-Vorpommern: SARS-CoV-2-Bekämpfungsverordnung v. 17.3.2020 (GVBl. S. 82), 2. SARS-CoV-2-Bekämpfungsverordnung v. 21.3.2020 (GVBl. S. 86); Berlin: SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmen-VO v. 22.3.2020 (GVBl. S. 220); Sachsen-Anhalt: 2. SARS-CoV-2-EindämmungsVO v. 24.3.2020 (GVBl. S. 54).

³² Nicht von § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG a. F. gedeckt waren die Schließung von Kultureinrichtungen, Gaststätten und Ladenlokalen sowie Veranstaltungen oder Ansammlungen einer kleinen Anzahl von Menschen oder gar Ausgangsbeschränkungen. Verordnungen, die „Ansammlungen“ von fünf oder gar nur zwei Menschen zu verbieten, waren danach rechtswidrig, vgl. *Leutheusser-Schnarrenberger*, in: Augsburger Zeitung v. 23.3.2020. Der VGH München, Beschl. v. 30.3.2020 – 20 CS 20.611, juris, meinte indes, „dass Geschäftsschließungen als eine Schutzmaßnahme“ angeordnet werden könnten. Der Begriff der „Schutzmaßnahmen“ sei umfassend und eröffne der Infektionsschutzbehörde ein möglichst breites Spektrum an geeigneten Schutzmaßnahmen (Schließung von Ladengeschäften des Einzelhandels).

³³ In der Gesetzesbegründung zu § 28 IfSG heißt es dazu einsilbig, dies geschehe „aus Gründen der Normenklarheit“. Fraglich ist, ob es der Bundesregierung nicht doch darum ging, bisher rechtswidrige Maßnahmen im Nachhinein zu legalisieren; vgl. BT-Drs. 19/18111 S. 25.

³⁴ Schwarz, Neuland bei der Gefahrenabwehr, FAZ v. 23.4.2020, S. 6.
³⁵ Gesetz v. 27.3.2020 (BGBl. I S. 587).

zu genügen, zumal es um Gefahrenabwehr unterhalb der Gefahrenschwelle im Sinne des klassischen Polizei- und Ordnungsrechts geht. In der heutigen Zeit des Pandemieverlaufs geht es oftmals nur um unsichere Prognosen des Infektionsgeschehens, die auch von Experten nicht konkretisiert werden können, also um einen Gefahrenverdacht, der üblicherweise nur vorläufige Gefahrerforschungsmaßnahmen rechtfertigen kann. Nach dem IfSG beschränken sich Schutzmaßnahmen gegenüber bloßen Verdächtigen allerdings eben nicht nur auf Gefahrerforschungseingriffe. Einschätzungen und Bewertungen durch die Virologie/Epidemiologie ändern sich häufig, und von gesicherten Prognosen kann nicht gesprochen werden. Wir haben es also mit einer Vorverlagerung ordnungsrechtlicher Befugnisse gegenüber gefahrenverdächtigen Personen zu tun.

Diese Feststellungen besagen für sich genommen allerdings noch nichts über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der behördlichen Maßnahmen.

Es sind insbesondere Zweifel an der rechtsstaatlichen Bestimmtheit³⁶ des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG und Verstöße gegen die Wesentlichkeitslehre des BVerfG geäußert worden.³⁷ Denn „zur Bestimmung der Regelungsdichte bedient man sich einer proportionalen Betrachtung: Je nachhaltiger die Grundrechte des einzelnen Bürgers betroffen oder bedroht sind, je gewichtiger die Auswirkungen für die Allgemeinheit sind und je umstrittener ein Fragenkomplex in der Öffentlichkeit ist, desto präziser und enger muss die gesetzliche Regelung sein“.³⁸ Dies gilt auch im Hinblick auf den Parlamentsvorbehalt für grundrechtseingreifende Normen. Die in den letzten Wochen ergangenen (Eil-)Entscheidungen der Verwaltungsgerichte sind dieser Kritik anfangs allerdings durchgängig nicht gefolgt.³⁹ Inzwischen ändert sich in Teilen die Rechtsprechung.⁴⁰

Die Problematik dürfte nicht auf der Tatbestandsseite zu lösen sein, sondern eher auf der ermessensmäßig ausgeformten Rechtsfolgenseite des § 28 Abs. 1 Satz 1, 2 IfSG.⁴¹ Der massive Grundrechtseingriff könnte „handlebar“ werden über die Rechtsfolgenseite der Ermächtigungsnorm, deren weite Eingriffsbefugnisse sind in Reichweite und Ausmaß durch das pflichtgemäßes Ermessen, insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,⁴² einzuhegen. Dies kann aber nicht pauschal gelten, sondern nur nach ständiger Überprüfung. Da sich aus dem Grundgesetz keine eindeutige Zeitvorgabe für die gravierenden Einschränkungen der Freiheitsrechte zugunsten anderer ebenso fundamentaler Rechtsgüter ableiten lässt, erscheint es dringend geboten, dass der unmittelbar demokratisch legitimierte Gesetzgeber dazu baldmöglichst genauere Aussagen trifft.⁴³

36 Vgl. BVerfGE 58, 257 (277 f.) sowie Ausführungen zu § 5 Abs. 2 IfSG sub 2.1.1.

37 Deutlich Lübbe-Wolff, FAZ Nr. 71 v. 24.3.2020, S. 11; Edenthaler, Beitrag v. 19.3.2020, www.verfassungsblog.de (Abrufdatum: 28.5.2020).

38 Voßkühle, Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, JuS 2007, 118–119 (119).

39 Vgl. etwa VG Bayreuth, Beschl. v. 11.3.2020 – B 7 S 20.223, juris; VG Schleswig, Beschl. v. 22.3.2020 – 1 B 17/20, juris; VG Freiburg, Beschl. v. 25.3.2020 – 4 K 1246/20, juris; VG Stuttgart, Beschl. v. 14.3.2020 – 16 K 1466/20, juris; VG Aachen, Beschl. v. 24.3.2020 – 7 L 233/20, juris.

40 Vgl. Übersicht bei Maag, Coronavirus – aktuelle rechtliche Entwicklungen, NVwZ 2020, 589–595.

41 Sinngemäß auch Schwarz, Neuland bei der Gefahrenabwehr, FAZ Nr. 95 v. 23.4.2020, S. 6.

42 Vgl. bereits oben sub 1.

43 I. d. S. auch Guckelberger, Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote anlässlich der Corona-Pandemie, NVwZ 2020, 607.

Das VG München hat Bedenken an der Handlungsform einer (landesweiten) Allgemeinverfügung geäußert,⁴⁴ woraufhin die Bayerische Staatsregierung die per Allgemeinverfügung erlassenen Regelungen rückwirkend durch Rechtsverordnungen erlassen hat.⁴⁵

3. Gerichtlicher Rechtsschutz

Art. 19 Abs. 4 GG verankert das Grundrecht auf wirksamen und umfassenden Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt, so weit diese in die Rechte des Betroffenen eingreifen. Der Bürger hat dabei einen substantiellen Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle.⁴⁶ Diese Anforderung gilt auch in Ausnahmezeiten wie der heutigen.

Im Rahmen der Zusitzung der Corona-Krise auch in Deutschland Mitte März 2020 hat zunächst die Exekutive sehr zügig reagiert und, zum Zwecke der Vermeidung eines beginnenden föderalen Chaos, am 16.3.2020 „Leitlinien der Bundesregierung und Regierungschefs der Bundesländer zum einheitlichen Vorgehen zur weiteren Beschränkung von sozialen Kontakten im öffentlichen Bereich angesichts der Corona-Epidemie in Deutschland“ vereinbart. Diese Leitlinien sind schnell und in allen Bundesländern, z.T. auch auf kommunaler Ebene, durch Allgemeinverfügungen i.S.d. § 35 Satz 2 VwVfG⁴⁷ und zunehmend durch Rechtsverordnungen nach § 32 i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG umgesetzt worden,⁴⁸ in deren Folge sich – erwartungsgemäß – eine umfängliche Befassung der Gerichte, insbesondere der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit, ergeben musste.

Erhellend ist mithin ein exemplarischer Blick auf die mittlerweile zügig ergangene Rechtsprechung zu den aktuellen Corona-Regelungen:

3.1 BVerfG, Einstweilige Anordnung v. 7.4.2020 – 1 BvR 755/20

Unter diesem Aspekt positiv zu werten ist die aktuelle Beurteilung des auch im verfassungsgerichtlichen Eilrechtsschutzverfahren geltenden Grundsatzes der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (§ 90 Abs. 2 BVerfGG) durch das BVerfG.⁴⁹ Es ging um den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen bayerische Verordnungen über Ausgangsbeschränkungen bzw. Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie vom 24.3.2020 durch

44 VG München, Beschl. v. 24.3.2020 – M 26 S 20.1252, M 26 S 20.1255 – (Ausgangsbeschränkungen); VG München, Beschl. v. 20.3.2020 – M 26 E 20.1209, M 26 S 20.1222, juris (Schließung von Ladengeschäften).

45 Verordnung v. 24.3.2020 (BayMBI. Nr. 130/2020); VO v. 27.3.2020 (BayMBI. Nr. 158/2020).

46 Prägnant BVerfG, Urt. v. 18.7.2005 – 2 BvR 2236/04, „Europäischer Haftbefehl“, BVerfGE 113, 273 (310), Rn. 102–104; grundlegend s. auch Schmidt-Fortzig, Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, 2569.

47 Z. B. Allgemeinverfügung zur Beschränkung sozialer Kontakte des Nds. MS vom 23.3.2020 (außer Kraft getreten am 27.3.2020).

48 Z. B. Niedersächsische Verordnung zur Beschränkung sozialer Kontakte anlässlich der Corona-Pandemie vom 27.3.2020 (GVBl. S. 48); Berliner SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung v. 19.3.2020, geändert durch Verordnung vom 22.3.2020; SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung Brandenburg v. 22.3.2020 (GVBl. II S. 1). Umfangreiche Nachweise bei Bundesrechtsanwaltskammer (www.brak.de/die-brak/coronavirus/uebersicht-covid-19vo-der-laender/) (Abrufdatum: 1.5.2020).

49 BVerfG, Einstweilige Anordnung v. 7.4.2020 – 1 BvR 755/20, COVuR 2020, 31.

das BVerfG. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kommt grds. nur in Betracht, wenn der Antragsteller bestehende Möglichkeiten, fachgerichtlichen Eilrechtsschutz zu erlangen, ausgeschöpft hat.⁵⁰ Da im konkreten Fall bereits anderweitige instanz- und verfassungsgerichtliche Eilentscheidungen vorlagen, erschien es dem BVerfG im Rahmen des Eilrechtschutzes indes gegenwärtig (Anfang April 2020) unzumutbar, dem Beschwerdeführer abzuverlangen, in eigener Sache um Eilrechtschutz nachzusuchen: „Jedenfalls insoweit wäre in der zur Verfügung stehenden Zeit die vorherige Anrufung der Fachgerichte derzeit offensichtlich sinn- und aussichtslos.“⁵¹ Das BVerfG hat der Eilbedürftigkeit – und der Bedeutung der streitigen Grundrechtseingriffe – in zureichender Weise Rechnung getragen und effektiven Rechtsschutz i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG gewährt, wenngleich in der Sache letztlich nicht zugunsten des Antragstellers. Allerdings sind die Maßstäbe vom BVerfG durchaus nicht aufgeweicht worden. In einem Nichtannahmebeschluss über eine Verfassungsbeschwerde gegen die SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung des Landes Berlin (einschließlich einstweiliger Anordnung) hat das BVerfG durchaus auf die Subsidiarität gegenüber fachgerichtlichem Rechtsschutz verwiesen sowie die Ablehnung auf mangelnde Substanzierung gestützt.⁵²

Der Entscheidung des BVerfG vorausgegangen waren eine Entscheidung des VGH München⁵³ im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO (einstweiliger Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren) und des BayVerfGH⁵⁴ (einstweilige Anordnung im Popularklageverfahren). In dringenden Fällen kann der Präsident des BayVerfGH über Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung allein entscheiden (Art. 26 Abs. 3 BayVfGHG). Ein solcher Fall lag hier vor, da die angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 3.4.2020 außer Kraft treten sollte und angesichts der erheblichen Grundrechtsrelevanz im Interesse der Rechtssicherheit ein dringendes Bedürfnis nach unverzüglicher Entscheidung bestand. Eine Beschlussfassung durch die zuständige Spruchgruppe war vor diesem Hintergrund aus zeitlichen Gründen nicht möglich. Wegen der besonderen Dringlichkeit wurde zudem davon abgesehen, den im Verfahren zur Hauptsache Beteiligten vor der Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Der BayVerfGH war in der Lage, binnen Tagesfrist eine inhaltlich durchaus umfängliche und detaillierte Entscheidung zu fällen; auch das BVerfG hat nur eine Woche Bearbeitungsfrist benötigt.

3.3 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23.3.2020 – OVG 11 S 12/20

Der Antrag eines Potsdamer Bürgers auf teilweise Aussetzung des Vollzugs der SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung des Landes Brandenburg vom 22.3.2020 in Bezug auf Ansammlungen ist erfolglos geblieben. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat den

Eilantrag⁵⁵ zurückgewiesen.⁵⁶ Nach dieser strengen Verordnung⁵⁷ ist das Betreten öffentlicher Orte befristet – mit Ausnahmen – verboten, dies gilt auch für Ansammlungen von mindestens zwei Menschen.

Die angegriffenen Regelungen verletzten den Antragsteller nicht in seinem Grundrecht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG). Es fehle bereits an einem Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts. Diese Rechtsauffassung lässt sich durchaus vertreten,⁵⁸ ist aber keineswegs unbestritten. Eine grundrechtsfreundliche Auslegung hätte zum Ergebnis der Betroffenheit des Schutzbereichs kommen müssen.⁵⁹ Elegant – mangels Schutzbereichseröffnung keine mögliche Grundrechtsverletzung.

Die angegriffenen Regelungen hätten in § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG auch eine zureichende Ermächtigungsgrundlage. Das OVG wiederholt in der Entscheidung lediglich den Gesetzeswortlaut, unterlässt jedwede Subsumtion (sic!), um dann lediglich die Adressatenfrage von Maßnahmen zu problematisieren:

„Weil bei Menschenansammlungen Krankheitserreger besonders leicht übertragen werden können, stellt § 28 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 IfSG klar, dass Anordnungen auch gegenüber Veranstaltungen oder sonstigen Zusammenkünften von Menschen sowie gegenüber Gemeinschaftseinrichtungen ergehen können („Schutzmaßnahmen gegenüber der Allgemeinheit“). Schließlich können anders als der Antragsteller meint, auch (sonstige) Dritte („Nichtstörer“) Adressat von Maßnahmen sein, beispielsweise um sie vor Ansteckung zu schützen [...].“⁶⁰

Ausgangsbeschränkungen und Ansammlungsverbote waren bereits tatbeständliche nicht von der Norm (in ihrer seinerzeitigen Fassung) umfasst. Mangelt es an der Erfüllung der tatbeständlichen Eingriffs voraussetzungen, erübrigt sich eine Rechtsfolgenbetrachtung in Bezug auf die Störerregelung.⁶¹ Die angegriffene Corona-Verordnung dürfte schlicht und ergreifend schon aus den genannten Gründen rechtswidrig (gewesen) sein.

Da helfen auch nicht die sehr umfangreichen Verhältnismäßigkeitsbetrachtungen des OVG. Für die Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der angeordneten Maßnahmen sei dem Verordnungsgeber grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum zuzubilligen, für dessen Überschreitung hier nichts ersichtlich sei: „Die Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 und Covid-19 ist von der WHO als Pandemie eingestuft worden. Die Erfahrungen in anderen Staaten zeigen, dass die exponentiell verlaufende Verbreitung des besonders leicht von Mensch zu Mensch übertragbaren

55 Einstweiliger Rechtsschutz im abstrakten Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO i. V. m. § 4 Abs. 1 Bbg VwGG.

56 OVG Berlin-Brandenburg (11. Senat), Beschl. v. 23.3.2020 – OVG 11 S 12/20, Beck-Online.

57 S. Fn. 3.

58 Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 25.3.2008 – 1 BvR 1548/02, Rn. 25, juris, zum Platzverweis; Antoni, in: Hömig, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl., Art. 11, Rn. 4.

59 So sieht auch der Bundesgesetzgeber die Rechtslage; die Neufassung des § 28 IfSG v. 27.3.2020 nennt nunmehr auch Art. 11 GG als betroffenes Grundrecht.

60 OVG Berlin-Brandenburg (Fn. 8), Rn. 6.

61 Die Störerfrage wird vom OVG (a. a. O.) durchaus zutreffend beurteilt, vgl. BVerfG, Urt. v. 22.3.2012 – 3 C 16/11, BVerwGE 142, 205–219, Rn. 26, unter Hinweis auf BT-Drs. 8/2468 S. 27; Bales/Baumann, Infektionsschutzgesetz, Kommentar, 2001, § 28 Rn. 3.

50 St. Rspr., vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.8.2019 – 1 BvQ 66/19, Rn. 2; BVerfG, Beschl. v. 4.12.2019 – 2 BvQ 91/19, Rn. 2.

51 BVerfG, Einstweilige Anordnung v. 7.4.2020 – 1 BvR 755/20, COVuR 2020, 31.

52 BVerfG, Beschl. v. 31.3.2020 – 1 BvR 712/20, www.bverfg.de (Abrufdatum: 29.4.2020).

53 VGH München, Beschl. v. 30.3.2020 – 20 NE 20.632, COVuR 2020, 35.

54 VerfGH, Entsch. v. 26.3.2020 – Vf.6-VII-20, NVwZ 2020, 624.

Virus nur durch eine strikte Minimierung der persönlichen Kontakte zwischen den Menschen eingedämmt werden kann.“ Diese Einschätzung wird der Sache nach zutreffen, scheint aber doch dem oben erwähnten „Whatever it takes“-Prinzip zu folgen.

Immerhin tröstet das OVG den Antragsteller: „Soweit der Antragsteller schließlich geltend macht, er sei aufgrund der von ihm angegriffenen Vorschriften nicht berechtigt, ein Gericht aufzusuchen, um eine Klage oder einen Antrag einzureichen, ist darauf hinzuweisen, dass dies, wie der vorliegende Antrag zeigt, auch keine persönliche Anwesenheit im Gericht erforderlich.“⁶²

Nach der neueren Rechtsprechung muss im Fall der Anfechtungs-klage der Verwaltungsakt zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung rechtswidrig sein, da der Kläger keinen Anspruch auf die Aufhebung eines rechtmäßigen Verwaltungsakts geltend machen kann.⁶³ Der maßgebliche Zeitpunkt ist aus prozessualer Sicht also immer der der gerichtlichen Entscheidung, sodass die geänderte Rechtslage u.U. das Ergebnis der Rechtmäßigkeit eines seinerzeit rechtswidrig erlassenen Verwaltungsakts sein kann.⁶⁴ Gleiches gilt in Bezug auf Rechtsverordnungen im abstrakten Normenkontroll-verfahren.

3.4 BVerfG, Beschl. v. 29.4.2020 – 1 BvQ 44/20

Das BVerfG befasste sich mit dem vollständigen und ausnahmslo-sen Verbot der Durchführung von Gottesdiensten (in Moscheen) in § 1 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 der Niedersächsischen Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Corona-Virus vom 17.4.2020 i.d.F. der Änderungsverordnung vom 24.4.2020. Mit Blick auf den schwerwiegenden Eingriff in die Glaubensfreiheit, den das Ver-bot von Gottesdiensten in Moscheen insoweit bedeutet, als auch Freitagsgebete während des Fastenmonats Ramadan erfasst sind, sei jedenfalls bei der derzeitigen Gefahrensituation und der sich hieran anschließenden aktuellen Strategie zur Bekämpfung der epidemiologischen Gefahren kaum vertretbar, dass die Verordnung keine Möglichkeit für eine ausnahmsweise Zulassung solcher Got-tesdienste in Einzelfällen eröffnet, in denen bei umfassender Wür-digung der konkreten Umstände – eventuell unter Hinzuziehung der zuständigen Gesundheitsbehörde – eine relevante Erhöhung der Infektionsgefahr zuverlässig verneint werden kann. Es ist nicht erkennbar, dass eine solche einzelfallbezogene positive Einschätzung in keinem Fall erfolgen kann.⁶⁵ Daher wurde der Vollzug des Verbots außer Kraft gesetzt.

Bei Durchsicht der in den Monaten März bis Mai 2020 ergangenen Entscheidungen ist festzustellen, dass die Judikative willens und, trotz nicht einfacher organisatorischer Rahmenbedingungen,⁶⁶ auch in der Lage ist, den durch Art. 19 Abs. 4 GG geforderten effektiven und damit zeitnahen gerichtlichen (Eil-)Rechtsschutz gegen jedwe-de Ausprägung staatlicher Corona-Maßnahmen zu gewährleisten,

⁶² OVG Berlin-Brandenburg (Fn. 8), Rn. 11.

⁶³ So ausdrücklich BVerwGE 51, 15 (24); BVerwGE 78, 243 (244); BVerwG 120, 246; zustimmend Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 9. Aufl., München 2019, § 113 Rn. 33, 35.

⁶⁴ Emmenegger, in: Fehling/Kastner, VwGO, 2. Aufl. 2010, § 113 Rn. 15.

⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 29.4.2020 – 1 BvQ 44/20, juris.

⁶⁶ Vgl. Stukenberg/Jeske, Justiz im Notbetrieb, Deutschlandfunk v. 7.4.2020, www.deutschlandfunk.de (Abrufdatum: 29.4.2020).

dies von der erstinstanzlichen Eilentscheidung von Amtsgerichten bis hin zum BVerfG.⁶⁷

In zeitlicher Hinsicht weniger problematisch erscheint ein nach-gelagerter (verwaltungsrechtlicher) Rechtsschutz in den noch aus-stehenden Hauptsacheverfahren, dies soweit das Rechtsschutzbe-dürfnis bis zum Entscheidungszeitpunkt nicht wegen eingetretener Erledigung entfallen sein sollte. Hierfür steht den Klägern die „klassische“ Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO), insbesondere in Ausprägung der Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO), zur Verfügung.

Die prozessuale Bewältigung der jetzigen Phase der Pandemiebe-wältigung ist zwar, insoweit durchaus parallel zum gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben, gekennzeichnet durch eine Reduktion auf absolut erforderliche Justiztätigkeit,⁶⁸ dennoch, die Bilanz hin-sichtlich der Rechtsschutzgewährleistung fällt einstweilen durchaus positiv aus.

3.5 Inhaltliche Wertung

Die Rechtsprechung zeigt auch eines deutlich – und diese Erwägun-gen können auch als Wegmarken der geordneten „Exit-Strategie“ verstanden werden: Der „traditionelle“ Konflikt zwischen den politischen Zielgrößen „Sicherheit“ – speziell Gesundheitsschutz – und Freiheit hat im Gefolge der Bedrohungen durch die Corona-Krise eine qualitativ neue Dimension erreicht, die über theoretische Wissen-schaftsdiskussion hinausreicht. Dies ist nicht ungefährlich, weil es in diesem Konflikt nicht immer um die notwendige Ausbalancierung des Spannungsverhältnisses von Freiheit und Sicherheit geht, sondern das Spannungsverhältnis bisweilen einseitig zulasten der Freiheit aufgelöst zu werden droht; Parallelen zu der Situation der Einführung des sog. „Großen Lauschangriffs“ sind nicht ganz von der Hand zu weisen.

Auch heute geht es um das Selbstverständnis des freiheitlichen Rechts- und Verfassungsstaates mit seiner Formel „im Zweifel für die Freiheit“, die durch die Losung „im Zweifel für die Gesundheit (bzw. Sicherheit)“ pauschal ersetzt zu werden droht. Besser wäre aber angesichts der gesundheitlichen Herausforderungen zu fragen, wie Sicherheit/Gesundheit und Freiheit in einer vernünftigen Balance gehalten werden können. Natürlich ist dem Staat, wie bereits oben dargestellt, gerade angesichts des Schutzanspruchs der Bürger die Herstellung größtmöglichen Gesundheitsschutzes gerade in Zeiten der Pandemie aufgegeben. So wie Frieden, Gerechtigkeit und Wohl-stand ist auch der Gesundheitsschutz als Teilaspekt der Gewähr-leistung der Sicherheit ein erstrebenswertes Ziel des Staates, um dessen bestmögliche Erreichung und um die besten Wege dorthin im politischen Raum gestritten werden kann und muss, flankiert durch gerichtliche Kontrollmechanismen. In diesem Sinne stellt sich der hier kritisierte Aspekt, allein und ausschließlich den Schutz der Gesundheit apodiktisch in den Vordergrund zu stellen, gleichsam als Versuch dar, die genuin politische und juristische Auseinander-setzung um die besten Mittel und Wege zur Erreichung eines hohen Maßes an Infektionsschutz und Bewältigung der Krise zu umge-hen. Unter dem Deckmantel einer staatlichen Grundrechtsschutz-

⁶⁷ Es handelt sich um etwa 120 Entscheidungen, bis Stand 29.5.2020, s. auch Volltext bei COVuR 2020, 29–69, 87–115, 142–172.

⁶⁸ Vgl. Rauscher, Covid-19-Pandemie und Zivilprozess, COVuR 2020, 2–16 (15).

pflicht dürfen nicht beliebige Befugnisse zum staatlichen Eingriff in die Freiheitsrechte der Bürgerinnen und Bürger gerechtfertigt werden. Zu diesem Aspekt sei ein Zitat des früheren Präsidenten des BVerfG, *Papier*, genannt: „Die Verfassung verlangt vom Gesetzgeber, eine angemessene Balance zwischen Freiheit und Sicherheit herzustellen. Dies schließt nicht nur die Verfolgung des Ziels absoluter Sicherheit aus, die ohnehin faktisch kaum, jedenfalls aber nur um den Preis einer Aufhebung der Freiheit zu erreichen wäre. Das Grundgesetz unterwirft auch die Verfolgung des Ziels, die nach den tatsächlichen Umständen größtmögliche Sicherheit herzustellen, rechtsstaatlichen Bindungen, zu den insbesondere das Verbot unangemessener Eingriffe in die Grundrechte als Rechte staatlicher Eingriffsabwehr zählt. An diesem Verbot finden auch die Schutzpflichten des Staates ihre Grenzen.“⁶⁹

In der Anfangszeit der sog. Corona-Krise konnten auch erhebliche Grundrechtseinschränkungen noch unter dem Gesichtspunkt hingenommen werden, dass keine genaueren Erkenntnisse aus der Wissenschaft vorlagen und eine neue Situation innerhalb weniger Tage ein entschlossenes staatliches Handeln erfordert habe. Die Maßnahmen galten in den ersten Wochen als verhältnismäßig und letztlich auch annehmbar, die Bevölkerung hat sie dementsprechend auch in hohem Maße akzeptiert.

Nach den ersten Wochen des Lockdown hat sich herausgestellt, dass die Einschätzung der Experten aus Virologie und Epidemiologie durchaus unterschiedlich ausfallen und es keine eindeutigen naturwissenschaftlichen Vorgaben zur Bewältigung der Krise gibt, teilweise noch nicht einmal die konkreten Auswirkungen bestimmter Maßnahmen berechenbar feststehen. Je länger der Zeitraum währt, in dem massive Beschränkungen der Freiheit vorhanden sind, kommen Gesetzgebung und Rechtsprechung mehr in eine Abwägungsphase, die man sehr ernst nehmen muss. Es muss genau betrachtet werden, was die Beschränkungen im Einzelnen für Erfolge bringen. Die Frage muss permanent sein, ob der Staat mehr Öffnungen wagen kann, um den Menschen mehr Bewegungsmöglichkeiten zu geben und die Freiheitseinschränkungen wieder zurückzunehmen, dies permanent unter dem Blickwinkel einer möglichst wissenschaftlich präzisen Einschätzung des Gesundheitsschutzes, der erreicht werden soll. Die Abwägung muss genau und dezidiert vorgenommen werden – es kann kein „Alles oder nichts“ geben. Pauschale Bewertungen verbieten sich. Es muss permanent und schrittweise abgewogen werden. Eine absolute Vorsichtshaltung im Sinne der apodiktischen Beibehaltung eines Lockdown genügt den verfassungsrechtlich gebotenen Anforderungen jedenfalls nicht. Nicht die Lockerungen sind zu begründen, sondern eine Fortdauer der Freiheitsbeschränkungen.

3.6 Pandemische Lage von nationaler Tragweite

Der Bundestag hatte Ende März 2020 eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ gem. § 5 IfSG n.F.⁷⁰ festgestellt. Das da-

raufhin beschlossene Gesetz gibt dem Bund für höchstens ein Jahr zusätzliche Kompetenzen, um im Krisenmanagement schneller reagieren zu können. Zu diesen Kompetenzen zählt, dass das BMG Vorkehrungen direkt verordnen kann – etwa Meldepflichten für Fahrgäste im grenzüberschreitenden Bahn- und Busverkehr oder Maßnahmen zum Beschaffen von Arzneimitteln und Schutzausrüstung. Im Sommer 2020 mehren sich die Zweifel, ob angesichts der geringeren und regional unterschiedlichen Anzahl der Corona-Fälle weiterhin eine solche epidemische Lage von nationaler Tragweite vorliegt, die das Bundesgesundheitsministerium mit besonderen Ermächtigungen ausstattet. Dies muss überprüft und ggf. auch vor März 2021 vom Bundestag wieder aufgehoben werden. Denn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz weist neben einer inhaltlichen Dimension auch eine zeitliche auf.⁷¹

In diesem Zusammenhang zeigen die gerichtlichen Entscheidungen nämlich, dass ein nachvollziehbarer Abwägungsprozess für jede einzelne freiheitsbeschränkende Maßnahme erforderlich ist. Dies zeigt etwa die Entscheidung des OVG Saarlouis⁷² zu Baumärkten und zu einer 800-m²-Begrenzung sowie zur Versammlungsfreiheit: Ein generelles und ausnahmsloses Versammlungsverbot ist verfassungswidrig, wenn und soweit ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unter Auflagen (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) und mit konsequenteren Schutzvorkehrungen zureicht. Anders gewendet: Nicht die generell-pauschalen Verbote sind gerechtfertigt, sondern es sind Einzelverbote bzw. in der Konsequenz Lockerungen geboten unter Einhaltung hygienischer Schutzkonzepte.

Der Konflikt zwischen den individuellen Freiheitsrechten und der Sicherheit (in unseren Zeiten konkret der Sicherheit vor Infektionen) ist in den Grundrechten angelegt. Denn jede staatliche Eingriffsbefugnis, um die Sicherheit zu verteidigen und die Menschen vor Gefährdung zu schützen, führt in unterschiedlicher Intensität zur Beschränkung der Freiheitsrechte.

„Wenn der Eindruck erweckt wird, mehr Sicherheit gäbe es nur und alternativlos mit immer stärkerer Beschränkung der Freiheitsrechte, dann werden die Freiheitsrechte als lästiges Anhängsel für Schönwetterzeiten behandelt. Genau das untersagt das Grundgesetz.“⁷³

„Die Grundrechte gegenüber den manchmal überbordenden staatlichen Sicherheitsinteressen zu verteidigen, stärkt insgesamt den Rechtsstaat. Die Zeit der Untertanen und des Obrigkeitsstaates ist vorbei. Aber anscheinend erleben wir gerade Zeiten, in denen der Rechtsstaat beliebig benutzt und auch für eine autoritäre Politik missbraucht werden kann.“⁷⁴ Diese Gefahr zeigen die massiven Eingriffe in das parlamentarische Verfassungssystem in Ungarn durch nahezu unlimitierte und zeitlich unbefristete Dekret-Verordnungsrechte zugunsten des Premierministers. Mit der Verabschiedung des von Orbán erwünschten Corona-Gesetzes wird dieser ermächtigt, während der Zeit der Gesundheitskrise sowie während ihrer wirtschaftlichen und

⁶⁹ Papier, unveröffentlichtes Manuskript des Vortrags zur Verleihung des Max-Friedländer-Preises 2016 durch den bayerischen Anwaltsverband am 25.11.2016 in München, zitiert nach Leutheusser-Schnarrenberger, Bedrohte Freiheit. Der liberale Rechtsstaat in Zeiten von Terrorismus und Rechtspopulismus, Stuttgart 2017, S. 11.

⁷⁰ Hierzu s. Barthel/Weidemann, Das Infektionsschutzgesetz – Ein Überblick, DVP 2020, Heft 5, S. 171–177 (175 sub Nr. 3.6); Barthel et al., Corona-Glossar I, DVP 2020, Heft 5, S. 194–201 (195, 197).

⁷¹ Deutlich VGH München, Beschl. v. 30.3.2020 – 20 NE 20.632, NVwZ 2020, NVwZ 2020, 635; Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, 577–583 (581).

⁷² OVG Saarlouis, Beschl. v. 27.4.2020 – 2 B 143/20, juris.

⁷³ Leutheusser-Schnarrenberger, Angst essen Freiheit auf – Warum wir unsere Grundrechte schützen müssen, Darmstadt 2019, S. 107–108.

⁷⁴ Leutheusser-Schnarrenberger, Angst essen Freiheit auf – Warum wir unsere Grundrechte schützen müssen, Darmstadt 2019, S. 146.

sozialen Folgen ohne jegliche Kontrollinstanzen und unter Beeinträchtigung auch der Pressefreiheit „durchzuregieren“.⁷⁵

4. Fazit

Es geht nicht um eine Konfrontation zwischen „Gesundheit“ und „Wirtschaft“ bzw. „Gesundheit“ und „Freiheit“, sondern es muss deutlich werden, dass dies ein langwieriger dauerhafter Abwägungsprozess sein muss. Er wird sicher nicht in eine „neue Normalität“ führen. Der Begriff der neuen Normalität ist eine irreführende Begriffswahl; Normgeber und die Exekutive müssen alles tun, um diesen „Ausnahmezustand“ zu überwinden, denn er darf auf keinen Fall zum Normalzustand werden; verfassungsrechtlich betrachtet ist

⁷⁵ Vgl. *Mibai*, Auf dem Weg in eine Diktatur, ZEIT online v. 31.3.2020 (Abrufdatum: 29.5.2020).

der Ausnahmezustand ohnehin quasi ein *Worst Case* in Bezug auf die Freiheitsgrundrechte.

Deutlich stärker ist auch die Verantwortung des Einzelnen einzubeziehen. Die meisten Bürger verhalten sich vernünftig. Sie verlangen allerdings auch die Eröffnung von Perspektiven, sei es für das persönliche Leben, sei es für ihr Unternehmen, für ihren selbstständigen Beruf und für ihre Kulturangebote. Man muss daher beide Interessenlagen zusammen sehen und nicht gegeneinander; auch die Gerichte verlangen zunehmend *Hard Facts* und Begründungen für jede einzelne Freiheitseinschränkung. Wir brauchen nachvollziehbare Entscheidungen, die auf Abwägungsprozessen im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips⁷⁶ beruhen.

⁷⁶ S. oben sub 1.

Kurzinformation

Erneute Änderung des Infektionsschutzgesetzes

Mit dem **Zweiten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.5.2020 (BGBl. I S. 1018)**¹ ist ein **Artikelgesetz**² verabschiedet worden, das **erneut**³ das **Infektionsschutzgesetz (IfSG)**⁴ ändert. Ziel dieses **Artikelgesetzes** ist es, die mit dem ersten Gesetz getroffenen Regelungen und Maßnahmen weiterzuentwickeln und zu ergänzen.⁵ Neben eher redaktionellen Änderungen (Stichwort: Anpassung von Überschriften)⁶ werden im IfSG 17 Vorschriften geändert bzw. eingefügt. Mitunter sehen die einzelnen Normänderungen erhebliche Modifikationen vor. So erfährt beispielsweise der § 5 IfSG allein 13 Veränderungen und Ergänzungen.⁷ Der Gesamtblick auf die Rechtsänderung zeigt, dass mitunter doch eine sehr feingliedrige legislatorische Steuerung erfolgt ist.

So wird im IfSG beispielsweise dauerhaft eine **gesetzliche Meldepflicht** in Bezug zu Covid-19 und SARS-CoV-2⁸ eingeführt (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe t). Auch erfasst die Meldepflicht insoweit nunmehr auch negative Labortests (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 5).⁹ Zudem wird beim **Robert-Koch-Institut**¹⁰ eine Kontaktstelle für den Gesundheitsdienst der Länder eingerichtet (§ 4 Abs. 1 Satz 7). Ziel ist es u.a. die Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Ländern im Hinblick auf die Umsetzung des elektronischen Meldesystems nach § 14 zu fördern. Gerade die Erfahrungen mit der Corona-Krise haben gezeigt, dass es einen erhöhten Informations- und Unterstützungsbedarf durch den Bund geben kann.¹¹ Mit der neu eingefügten Nr. 9 im § 5 Abs. 2 wird die Möglichkeit eröffnet, dass der **Bund Finanzhilfen** zur Modernisierung der Gesundheitsämter gewähren kann.¹² Auch gibt es eine weitere **Ausdehnung der Verordnungsermächtigung** zugunsten der Administration (§ 5 Abs. 2 Nr. 10). Der **10. Abschnitt des Gesetzes** wird klarer strukturiert. Dies beginnt bereits mit der Überschrift (**Vollzug des Gesetzes und zuständige Behörden**). In diesem Abschnitt werden nunmehr die wesentlichen Vorschriften gebündelt: § 54 (Vollzug durch die Länder), § 54a (Vollzug durch die Bundeswehr), § 54b (Vollzug durch das Eisenbahn-Bundesamt). In einem gewissen Umfang werden zudem die **Bußgeldvorschriften** geändert. So sind nunmehr (u.a.) die Sanktionierungsmöglichkeiten bei einem Verstoß gegen Maßnahmen nach § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 harmonisiert worden. Es gibt insoweit einen einheitlichen Sanktionsrahmen.

Art. 2 des Artikelgesetzes bestimmt, dass **zwei Vorschriften des IfSG** nur eine **begrenzte Gültigkeitsdauer** haben werden. So werden § 14 Abs. 8 Satz 2 und 3 mit Wirkung 1.1.2021 aufgehoben und § 56 Abs. 11 Satz 1 mit Wirkung 1.4.2021 neu gefasst.

¹ Eingehend BtgS.-Drs. 19/18967, S. 1 ff.

² Weitere 18 Gesetze werden in den folgenden Artikeln geändert. Die Bandbreite reicht von der Änderung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (Art. 3) bis zur Änderung des Psychotherapeutengesetzes (Art. 17).

³ Die letzte Änderung des IfSG datiert vom 27.3.2020 (BGBl. I S. 587).

⁴ Grundlegend zum Infektionsschutzgesetz s. Barthel/Weidemann, DVP 2020, S. 171 ff.

⁵ BtgS.-Drs. 19/18967, S. 1.

⁶ S. nur Art. 1 Ziff. 1 des Artikelgesetzes.

⁷ Der quantitative Umfang dieser Veränderungen umfasst ca. eineinhalb Seiten im Bundesgesetzblatt.

⁸ Zu den Begrifflichkeiten s. auch Barthel/Haurand/Seybold/Wehrmann/Weidemann, DVP 2020, S.171 ff.

⁹ S. dazu auch BtgS.-Drs. 19/18967, S. 42.

¹⁰ S. Fn. 8.

¹¹ BtgS.-Drs. 19/18967, S. 51.

¹² S. auch BtgS.-Drs. 19/18967, S. 53.