

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Schriftliche Stellungnahme

**Öffentliche Anhörung
des Hauptausschusses
des Deutschen Bundestages**

zum Gesetzentwurf

der Fraktionen der SPD, BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN und FDP

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes
und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage
von nationaler Tragweite**

BT-Drucksache 20/15

am 15. November 2021

Angesichts der kurzfristig anberaumten Anhörung, der kurzen Stellungnahmefrist und der kurzfristigen Übermittlung des Gesetzentwurfs kann dieser nur in Kurzthesen und nicht erschöpfend schriftlich gewürdigt werden; weitere Ausführungen bleiben der mündlichen Stellungnahme vorbehalten. Die Stellungnahme beschränkt sich auf die zentrale Frage der Voraussetzungen und Konsequenzen der geplanten Beendigung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite am 25.11.2021, um weiterhin adäquate Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie anordnen zu können.

Gliederung

I. Zusammenfassung	3
II. Hintergrund	5
III. Inhalt des vorliegenden Gesetzentwurfs	7
IV. Bewertung	9
1. Fortbestand der Voraussetzungen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite.....	9
2. Beschränkung des Katalogs möglicher Schutzmaßnahmen (§ 28a Abs. 7 IfSG-E) ..	13
3. Ambivalenter Befund hinsichtlich des Anliegens einer Stärkung der Parlamente bei der Pandemiebekämpfung	17
4. Aufhebung der Feststellungsbefugnis der Landtage (§ 28a Abs. 7 IfSG) und Rolle der Landtage	18
5. Änderungsbedarf hinsichtlich der Aussetzung des Präsenzbetriebs an Schulen	20

I. Zusammenfassung

1. Eine **epidemische Lage** von nationaler Tragweite **liegt** auf der Basis der aktuellen Lageinschätzung des Robert Koch-Instituts **weiterhin vor**. Auf welcher Basis die dem Gesetzentwurf zugrunde liegende gegenteilige Einschätzung beruht, lässt sich diesem nicht entnehmen; eine entsprechende Dokumentation erscheint im Interesse der angestrebten Stärkung des Parlaments und von Transparenz wünschenswert, auch um die Schwelle festzuhalten, ab der weitergehende Maßnahmen möglich sind.
2. Stellt man die epidemische Lage von nationaler Tragweite primär deshalb nicht mehr fest, weil dadurch für politisch oder rechtlich bedenklich oder für nicht mehr benötigt erachtete Handlungsmöglichkeiten der Exekutive eröffnet würden, ist zum einen zu berücksichtigen, dass man dem auch durch eine (gezielte) Aufhebung bzw. Anpassung der entsprechenden Handlungsbefugnisse begegnen kann; zum anderen gerät die vorgebrachte rechtliche Kritik an § 5 Abs. 2 und § 28a IfSG und die Würdigung der Rechtsprechung mitunter recht pauschal und ist die **Reduktion des Katalogs möglicher Schutzmaßnahmen im vorgesehenen Umfang rechtlich nicht geboten**.
3. Unabhängig vom Fortbestand der epidemischen Lage von nationaler Tragweite schafft auch der vorliegende Gesetzentwurf ein – neben den allgemeinen Befugnissen des IfSG (§§ 28, 29 ff. IfSG) stehendes – „**Sonderrecht**“ für die Bekämpfung der COVID-19-Pandemie: Aufgrund einer Bewertung des Infektionsgeschehens ermächtigt er die Exekutive, bestimmte Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) für einen kalendermäßig bestimmten (und genauso wie die Feststellung einer epidemischen Lage je nach Infektionsgeschehen verkürzt- und verlängerbaren) Zeitraum anzuordnen.
4. Es ist dem Gesetzgeber unbenommen, ein nicht an das Konzept einer epidemischen Lage anknüpfendes Regime der Pandemiebekämpfung zu schaffen. **Entscheidend ist**, dass der Gesetzgeber ein mit Blick auf das Infektionsgeschehen **adäquates Instrumentarium** zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie bereitstellt.
5. Ob die mit dem Gesetzentwurf einhergehende **Beschränkung des Katalogs** möglicher Schutzmaßnahmen angesichts des aktuellen und drohenden Infektionsgeschehens sowie der damit einhergehenden Folgen für die Beanspruchung von Ressourcen des Gesundheitssystems (auch zulasten von Personen, die einen anderen als COVID-19-bedingten

Behandlungsbedarf aufweisen) dem genügt, ist zunächst eine fachlich (epidemiologisch-virologisch-medizinisch) zu beantwortende Frage; aus dieser Perspektive für notwendig erachtete Maßnahmen sind sodann politisch und (verfassungs-)rechtlich namentlich hinsichtlich ihrer Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu bewerten. Festzuhalten ist jedenfalls, dass der Katalog hinter aktuell bereits angesichts des Infektionsgeschehens in anderen europäischen Staaten ergriffenen Maßnahmen zurückbleibt (Niederlande: Kontakt- und Betriebsbeschränkungen zur Abend- und Nachtzeit; Österreich: Ausgangsbeschränkung für nicht immunisierte Personen), ebenso wie hinter hierzulande im politischen und fachlichen Diskurs erhobenen Forderungen.

6. Verfassungsrechtlich maßgeblich ist eine **differenzierte Würdigung der Maßnahme in ihrer konkreten Ausgestaltung** (persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich, Ausnahmen) und mit Blick auf das ihr zugrunde liegende Infektionsgeschehen einschließlich der aktuellen und drohenden Belastung des Gesundheitssystems. Auch im Lichte der (differenzierten) Rechtsprechung ist die **Reduktion des Katalogs möglicher Schutzmaßnahmen im vorgesehenen Umfang rechtlich nicht geboten** (siehe IV.1.).
7. Misst man den Gesetzentwurf am **Anliegen einer Stärkung der Parlamente** in der Pandemiebekämpfung, ergibt sich aufgrund einer weitgehend unveränderten (wiewohl verfassungskonformen) Rollenverteilung zwischen Legislative und Exekutive bei der Anordnung von Schutzmaßnahmen ein **ambivalenter Befund**. Trotz des „Mehr“ an parlamentarischer Steuerung durch den kategorischen Ausschluss bestimmter Maßnahmen wie Kontaktbeschränkungen obliegt der Erlass konkreter Schutzmaßnahmen nach wie vor der Exekutive, wobei keine Feinsteuerung durch das Parlament erfolgt [z.B. entscheidet nach wie vor die Exekutive, ob, in welchen der vielgestaltigen Bereiche, in welcher Form (2G/2G Plus/3G/3G Plus) und mit welchen Ausnahmen (Kinder/Jugendliche/medizinische Kontraindikation) Zugangsbeschränkungen zu öffentlichen und privaten Einrichtungen greifen; überdies finden sich jenseits der Erforderlichkeitsklausel keine § 28a Abs. 3 IfSG vergleichbaren Steuerungsvorgaben].
8. Änderungsbedarf – so nicht intendiert – besteht hinsichtlich § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 IfSG-E, da dieser eine generelle Aussetzung des Präsenzbetriebs an Schulen nicht definitiv ausschließt.

II. Hintergrund

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

¹ BGBl. 2020 I, S. 2397.

² Näher dazu *F. Wollenschläger*, Die COVID-19-Pandemie als Stunde der Exekutive und die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes, in: A. Koch/M. Kubiciel/W. Wurmnest/F. Wollenschläger (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Juristische Fakultät der Universität Augsburg, 2021, S. 645 (652 ff.), i.E.

³ BT-Drs. 19/23944, 21.

den **grundgesetzlichen Anforderungen** an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Exekutive (Art. 80 Abs. 1 GG; Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit) **genügende Ermächtigungsgrundlage** dar.⁴

4. Angesichts der notwendigen Orientierung der Schutzmaßnahmen und der zu deren Anordnung ermächtigenden Rechtsgrundlage (§ 28a IfSG) am Infektionsgeschehen hat der Gesetzgeber mit dem am 15.9.2021 in Kraft getretenen Aufbauhilfegesetz 2021⁵ die Ermächtigungsgrundlage des § 28a IfSG geändert. Um dem Impffortschritt Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber das Ziel der Schutzmaßnahmen und die Entscheidungsparameter angepasst. Im Zentrum der Änderung steht eine Abkehr von der Sieben-Tage-Inzidenz als zentralem Entscheidungskriterium, eine Differenzierung zwischen vorsorglichen und weiteren Schutzmaßnahmen und, für letztere, die Akzentuierung der Zielvorgabe, eine drohende Überlastung der stationären Versorgung zu vermeiden.
5. Die Aktualisierung des § 28a IfSG durch die Landesregierungen setzt die **Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite** durch den Deutschen Bundestag gemäß § 5 Abs. 1 IfSG voraus (§ 28a Abs. 1 IfSG). Der Deutsche Bundestag hat die gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 IfSG periodisch zu erneuernde Feststellung zuletzt am 25.8.2021 getroffen.⁶ Sie besteht damit bis zum 25.11.2021.
6. Endet die epidemische Lage von nationaler Tragweite, können die Landesparlamente gemäß § 28a Abs. 7 IfSG die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in einem Land feststellen und damit die Anwendbarkeit der Ermächtigungsgrundlage des § 28a IfSG konservieren.
7. Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag (bzw. die Feststellung der Landtage gemäß § 28a Abs. 7 IfSG) zieht, was besonders betont sei, nach der Regelungssystematik des IfSG nicht automatisch die Geltung von Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie nach sich.

⁴ Ausführlich dazu *F. Wollenschläger*, Die COVID-19-Pandemie als Stunde der Exekutive und die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes, in: A. Koch/M. Kubiciel/W. Wurmnest/F. Wollenschläger (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Juristische Fakultät der Universität Augsburg, 2021, S. 645 (670 ff.), i.E., sowie *ders.*, Stellungnahme zur Anpassung des § 28a IfSG (Art. 12 Aufbauhilfegesetz 2021) im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 31.8.2021, S. 11 ff.; abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/856196/0012815de283d4bec70fa41b3f0f8781/19_14_0368-7-_ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger_Aufbauhilfegesetz-data.pdf (14.11.2021).

⁵ BGBl. 2021 I, S. 4147.

⁶ Siehe BT-PIPr 19/238, 31076C; Antrag BT-Drs. 19/32091.

Schutzmaßnahmen müssen vielmehr aufgrund einer entsprechenden Ermächtigungsgrundlage – wie §§ 28, 28a, 32 IfSG – und unter Beachtung der in dieser normierten Voraussetzungen in einem separaten Schritt durch die Landesregierungen angeordnet werden.

III. Inhalt des vorliegenden Gesetzentwurfs

8. Grundlage des vorliegenden Gesetzentwurfs ist die Absicht der Mehrheit im Deutschen Bundestag, die epidemische Lage von nationaler Tragweite nicht über den 25.11.2021 hinaus zu verlängern. Hierfür findet sich keine spezifische Begründung im Gesetzentwurf.
9. Nach dem vorstehend skizzierten Rechtsrahmen entfällt damit – unbeschadet der Frage, ob und inwieweit § 28 IfSG Handlungsmöglichkeiten einräumen würde – die Befugnis der Landesregierungen, Schutzmaßnahmen aufgrund von § 28a IfSG anzuordnen. Aufgrund der ebenfalls ins Auge gefassten Aufhebung des § 28a Abs. 7 IfSG (siehe IV.4.) könnten auch die Landesparlamente von der vorstehend skizzierten Möglichkeit, die Anwendbarkeit des § 28a IfSG zu konservieren, keinen Gebrauch mehr machen.
10. Auch bei Beendigung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite erachtet der Gesetzentwurf Schutzmaßnahmen, wenn auch in reduziertem Umfang, für weiterhin erforderlich (S. 1 f.): „Um weiterhin notwendige Infektionsschutzmaßnahmen bis zu einer grundsätzlichen Überarbeitung des IfSG rechtssicher zu machen, sind deshalb nun Anpassungen zur zielgerichteten Bekämpfung der andauernden Pandemie erforderlich. Durch die Einfügung eines bundeseinheitlich anwendbaren Katalogs möglicher Schutzmaßnahmen in § 28a Absatz 7 Satz 1 IfSG ist es möglich, je nach Entwicklung der aktuellen Lage erforderliche Schutzmaßnahmen zu ergreifen und absehbar notwendige, der aktuellen Lage entsprechende Anpassungen von gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen zum Infektionsschutz zukünftig im regulären parlamentarischen Verfahren jederzeit zeitnah zu ermöglichen.“
11. Das Infektionsgeschehen bewertet der Gesetzentwurf wie folgt (S. 2): Die Schutzmaßnahmen des § 28a Abs. 7 Satz 1 IfSG-E sind „auch notwendig, da die Impfquote immer noch nicht ausreichend und die Zahl der ungeimpften Personen hoch ist. In den kommenden Wochen ist deshalb weiterhin mit hohen Infektionszahlen und einer mindestens

regionalen Belastung der öffentlichen Gesundheit auf Grund von schweren Erkrankungen überwiegend ungeimpfter Menschen zu rechnen. Zugleich ist aber dafür zu sorgen, dass Kindern und anderen vulnerablen Gruppen, für die kein Impfangebot zur Verfügung steht, der notwendige Schutz rechtssicher gewährleistet werden kann.“

12. In der Sache sieht § 28a Abs. 7 IfSG-E eine Ermächtigung zugunsten der Landesregierungen vor, einen im Vergleich zu § 28a Abs. 1 IfSG beschränkten Kreis von Schutzmaßnahmen – aktuell befristet bis zum 19.3.2022 – weiterhin anordnen zu können. Dieser umfasst

- a) ein Abstandsgebot im öffentlichen Raum,
- b) die Maskenpflicht,
- c) die Verpflichtung zur Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen sowie damit korrespondierende Zugangsbeschränkungen,
- d) die Verpflichtung zur Erstellung und Anwendung von Hygienekonzepten,
- e) die Erteilung von Auflagen für die Fortführung des Betriebs von Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne von § 33, Hochschulen, außerschulischen Einrichtungen der Erwachsenenbildung oder ähnlichen Einrichtungen und
- f) die Kontaktdatennachverfolgung.

13. § 28a Abs. 7 Satz 2 IfSG-E ermöglicht einerseits weitere Maßnahmen auf der Grundlage des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG – indes nur gegenüber Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen oder Ausscheidern nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG – und auf der Grundlage des § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG (Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen i.S.d. § 33 IfSG); andererseits ist dieser Öffnungsklausel im Umkehrschluss mit der Gesetzesbegründung zu entnehmen (S. 32), dass weitere Maßnahmen auf der Grundlage des § 28 IfSG nicht mehr ergriffen werden können. Das betrifft zum einen Maßnahmen gegenüber dem oben nicht genannten Personenkreis (Satz 1) und zum anderen die weiteren in Satz 2 genannten Maßnahmen (Beschränkung/Verbot von Veranstaltungen oder sonstigen Ansammlungen von Menschen und Schließung von Badeanstalten).

IV. Bewertung

1. *Fortbestand der Voraussetzungen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*

14. Die Voraussetzungen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite liegen auf der Basis der aktuellen Lageeinschätzung des Robert Koch-Instituts weiterhin vor.

- a) Auch nach Inkrafttreten des Gesetzentwurfs rechnet die entsprechende Feststellungsbefugnis zum geltenden Recht.
- b) Eine solche Lage liegt gemäß § 5 Abs. 1 Satz 6 IfSG „vor, wenn eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht, weil 1. die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland droht oder 2. eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht oder stattfindet.“ Dabei stellt eine bedrohliche übertragbare Krankheit gemäß der Legaldefinition des § 2 Nr. 3a IfSG „eine übertragbare Krankheit [dar], die auf Grund klinisch schwerer Verlaufsformen oder ihrer Ausbreitungsweise eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen kann“.
- c) Nach dem aktuellen wöchentlichen Lagebericht des Robert Koch-Instituts vom 11.11.2021 schätzt dieses „die Gefährdung für die Gesundheit der nicht oder nur einmal geimpften Bevölkerung in Deutschland insgesamt als sehr hoch ein. Für vollständig Geimpfte wird die Gefährdung als moderat, aber aufgrund der steigenden Infektionszahlen ansteigend eingeschätzt.“⁷ Mit Blick auf die Infektionsdynamik habe sich der „seit Ende September 2021 beobachtete, steigende Trend der 7-Tages-Inzidenzen [...] in den letzten Wochen deutlich beschleunigt. Die aktuellen Fallzahlen sind schon jetzt höher als alle bisher auf den Höhepunkten der vorangegangenen Erkrankungswellen verzeichneten Werte. Leider zieht dieser hohe Infektionsdruck in der Bevölkerung auch ein deutliches Ansteigen der

⁷ RKI, Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), S. 4, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-11-11.pdf?__blob=publicationFile (14.11.2021).

schweren Krankheitsverläufe und der Todesfälle nach sich und macht das Auftreten von Impfdurchbrüchen wahrscheinlicher. [...] Es ist damit zu rechnen, dass sich der starke Anstieg der Fallzahlen innerhalb der nächsten Wochen fortsetzen wird, wenn die Bevölkerung nicht durch die freiwillige Reduktion von potentiell infektiösen Kontakten im privaten Bereich und Beachtung der Basismaßnahmen in allen anderen Lebensbereichen mithilft, den momentanen Infektionsdruck auf alle, geimpfte wie ungeimpfte Personen, zu mindern.“⁸ Insgesamt sei die „aktuelle Entwicklung [...] sehr besorgniserregend und [...] zu befürchten, dass es zu einer weiteren Zunahme schwerer Erkrankungen und Todesfälle kommen wird und die verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten überschritten werden.“⁹

- d) Am Rande sei darauf hingewiesen, obgleich diese Frage angesichts der jüngsten Entwicklung im stationären Sektor an Bedeutung verloren hat, dass eine epidemische Lage von nationaler Tragweite, anders als teils vertreten, nicht erst dann bejaht werden kann, wenn eine Destabilisierung des Gesundheitssystems droht. Dies ist ein wichtiger Gesichtspunkt, eine Bedrohung der öffentlichen Gesundheit ist indes nicht mit einer drohenden Überlastung der Gesundheitsinfrastruktur gleichzusetzen.¹⁰

15. Dem Gesetzentwurf lässt sich nicht entnehmen, warum die Voraussetzungen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht mehr vorliegen. Richtig ist zwar, dass die Feststellung gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG nicht im Gesetzgebungsverfahren, sondern durch Beschluss des Bundestags erfolgt, und der Deutsche Bundestag im Übrigen gesetzlich nicht verpflichtet ist, die Nicht-Verlängerung zu begründen; allerdings basiert der vorliegende Gesetzentwurf auf der Annahme des Auslaufens dieser Lage, so dass es im Interesse der angestrebten Stärkung des Parlaments und von Transparenz

⁸ Ebd., S. 3.

⁹ Ebd., S. 4.

¹⁰ Vgl. auch *F. Wollenschläger*, Stellungnahme Covid-19 Rechtsverordnungsweitergeltungsgesetz v. 9.9.2020, Ausschussdr. 19(14)197(13), abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/790906/a68e51c169564f8302c72ed352d7769d/19_14_0197-13-_ESV_Wollenschlaeger_Covid19-data.pdf (14.11.2021).

wünschenswert erscheint, die dem zugrunde liegende Lageeinschätzung zu dokumentieren, auch um die Schwelle festzuhalten, ab der weitergehende Maßnahmen möglich sind.

16. Lehnt man die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite primär deshalb ab, weil dadurch für politisch oder rechtlich bedenklich oder für nicht mehr benötigt erachtete Handlungsmöglichkeiten der Exekutive eröffnet würden, ist zum einen zu berücksichtigen, dass man dem auch durch eine (gezielte) Aufhebung bzw. Anpassung der entsprechenden Handlungsbefugnisse begegnen kann, wie auch etwa mit dem Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29.3.2021¹¹ geschehen. Zum anderen sei mit Blick auf die rechtlichen Einwände Folgendes festgehalten:

- a) Die mitunter anzutreffende pauschale Qualifikation der exekutiven Handlungsbefugnisse des § 5 Abs. 2 IfSG als verfassungswidrig¹² ist, wie andernorts näher ausgeführt,¹³ weder überzeugend noch allgemein akzeptiert¹⁴. Unbeschadet dessen sei daran erinnert, dass die Delegation von Handlungsbefugnissen auf die

¹¹ BGBl. 2021 I, S. 370.

¹² So etwa *H. Dreier*, DÖV 2021, S. 229 (237); *T. Kingreen*, Jura 2020, S. 1019 (1034).

¹³ *F. Wollenschläger*, Die COVID-19-Pandemie als Stunde der Exekutive und die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes, in: A. Koch/M. Kubiciel/W. Wurmnest/F. Wollenschläger (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Juristische Fakultät der Universität Augsburg, 2021, S. 645 (667 ff.), i.E., sowie *ders.*, Stellungnahme zum Zweiten Bevölkerungsschutzgesetz v. 11.5.2020, Ausschussdr. 19(14)160(31), abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/695488/05bdee056d1184319c993e30e313a2f9/19_14_0160-31-_ESV-Prof-Dr-Wollenschlaeger_2-Bevoelk-schutzg--data.pdf (14.11.2021).

¹⁴ Für eine Verfassungskonformität der Nr. 4, 7 und 8 („wohl“, teils mit Bedenken und Verweis auf restriktive Auslegung) *K. Dingemann/B. Gausig*, in: BeckOK-InfSchR (Stand: 7. Edition 1.10.2021), § 5, Rn. 14, 14a, 25, 36, 44; *J. Kersten/S. Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 247 f.; *S. Rixen*, in: Kluckert (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 2020, § 4 Rn. 18 ff.; für Nr. 7 lit. c auch VG Stuttgart, BeckRS 2020, 6557, Rn. 13; für Nr. 10 *K. Dingemann/B. Gausig*, in: BeckOK-InfSchR (Stand: 7. Edition 1.10.2021), § 5, Rn. 14, 14a, 49a (unter Verweis auf restriktive Auslegung); *F. Wollenschläger*, Die COVID-19-Pandemie als Stunde der Exekutive und die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes, in: A. Koch/M. Kubiciel/W. Wurmnest/F. Wollenschläger (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Juristische Fakultät der Universität Augsburg, 2021, S. 645 (667 ff.), i.E.; *ders.*, Stellungnahme zum Zweiten Bevölkerungsschutzgesetz v. 11.5.2020, Ausschussdr. 19(14)160(31), abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/695488/05bdee056d1184319c993e30e313a2f9/19_14_0160-31-_ESV-Prof-Dr-Wollenschlaeger_2-Bevoelk-schutzg--data.pdf (abgerufen am 21.5.2021), 24 ff.; allgemein für die Nr. 4, 7, 8 und 10 (unter Betonung der Notwendigkeit einer differenzierten Prüfung und mit Anregung, wie geschehen, „insbesondere“ zu streichen) *A. Leisner-Egensperger*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortgeltung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 18.2.2021, Ausschussdr. 19(14)288(9), abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/823104/6bea0e81b5b411f21c3c45bfd7c7caea/19_14_0288-9-_ESV-Prof-Dr-Anna-Leisner-Egensperger_EpiLage-Fortgeltungsgesetz-data.pdf (14.11.2021), S. 5 ff. Anders für Nr. 4 („dürften“) *J. F. Lindner*, in: H. Schmidt (Hrsg.), Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 17 Rn. 46; ferner für Nr. 4, 7 und 8 *A.-L. Hollo*, in: A. Kießling (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 25 ff., 29 ff., und generell *H. Dreier*, DÖV 2021, 229 (236 f.); *R. Poscher*, Das Infektionsschutzgesetz als Gefahrenabwehrrecht, in: S. Huster/T. Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, 4. Kap. Rn. 28 f.

Exekutive für den Fall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite – unabhängig von verfassungsrechtlichen Grenzen – eine vom Gesetzgeber (verfassungs-)politisch zu verantwortenden Delegationsentscheidung darstellt. Vor diesem Hintergrund ist die Möglichkeit einer Aufhebung bzw. Änderung einzelner Ermächtigungsgrundlagen und einer Aufhebung bzw. (ggf. modifizierenden) Überführung einzelner auf ihrer Basis erlassener Rechtsnormen in (Parlaments-)Gesetzesrecht im Blick zu behalten.

- b) Mit Blick auf das in der Debatte angeführte Argument der Notwendigkeit eines rechtssicheren Pandemiebekämpfungsregimes und damit die Frage der rechtlichen (Un-)Zulässigkeit bestimmter im Katalog des Absatzes 1 aufgelisteter Maßnahmen sei darauf hingewiesen, dass die **Beschränkung im vorgesehenen Umfang rechtlich nicht geboten** ist. Auch die grundlegenden (Hauptsache-)Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Maßnahmen der Pandemiebekämpfung stehen noch aus,¹⁵ und hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Eilentscheidung zu nächtlichen Ausgangsbeschränkungen vom 5.5.2021 jedenfalls eine offensichtliche materielle Verfassungswidrigkeit verneint sowie im Übrigen ein Überwiegen der gegen eine Aussetzung streitenden Belange im Rahmen der Folgenabwägung bejaht¹⁶. Überdies müssen einzelne aktuell in den Vordergrund gerückte Entscheidungen in ihrem Kontext gesehen werden. So steht etwa der in der aktuellen Debatte verschiedentlich erwähnte Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 4.10.2021¹⁷ zur Unzulässigkeit von Ausgangsbeschränkungen des letzten Jahres nicht nur im Gegensatz zur (Hauptsache-)Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 9.2.2021¹⁸ sowie zahlreichen weiteren (Eil-)Entscheidungen zu nächtlichen Ausgangsbeschränkungen¹⁹, sondern ist auch noch nicht rechtskräftig, da

¹⁵ Siehe dazu Pressemitteilung Nr. 78/2021 vom 20.8.2021, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/bvg21-078.html> (14.11.2021).

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021, 1 BvR 781/21 u.a., Rn. 33 ff. bzw. 42 ff.

¹⁷ BayVGH, BeckRS 2021, 29086.

¹⁸ BayVerfGH, BeckRS 2021, 1765.

¹⁹ BayVerfGH, COVuR 2021, S. 106 (107 ff.); BayVGH, NJW 2021, S. 178 (179 ff.); BeckRS 2021, 436, Rn. 37 ff.; BeckRS 2021, 3800, Rn. 18 ff.; BeckRS 2021, 3811, Rn. 16 ff.; BeckRS 2021, 3814, Rn. 26 ff.; BeckRS 2021, 5693, Rn. 25 ff.; OVG Hamburg, BeckRS 2021, 8271, Rn. 7 ff.; OVG Magdeburg, BeckRS 2021, 6590, Rn. 6 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 22.4.2021, 13 B 610/21, juris, Rn. 9 ff.; OVG Weimar, BeckRS 2021, 5303, Rn. 51 ff.; VGH Mannheim, BeckRS 2020, 36334, Rn. 32 ff.; VG Düsseldorf, Beschl. v. 21.4.2021, 24 L 849/21, juris, Rn. 30 ff. Anders: OVG

Revision beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt wurde²⁰. Auch Kontaktbeschränkungen haben Landesverfassungs- und der Oberverwaltungsgerichte für zulässig erachtet.²¹

17. Unabhängig von der Frage eines Fortbestands der epidemischen Lage von nationaler Tragweite sei Folgendes festgehalten:

- a) Dem Gesetzgeber ist es unbenommen, ein nicht an dieses Konzept anknüpfendes Regime der Pandemiebekämpfung zu schaffen; das Für und Wider kann hier nicht gewürdigt werden.
- b) Auch der vorliegende Gesetzentwurf schafft ein – neben den allgemeinen Befugnissen des IfSG (§§ 28, 29 ff. IfSG) stehendes – „**Sonderrecht**“ für die Bekämpfung der COVID-19-Pandemie. Aufgrund einer Bewertung des Infektionsgeschehens ermächtigt er die Exekutive, bestimmte Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) für einen kalendermäßig bestimmten (und genauso wie die Feststellung einer epidemischen Lage je nach Infektionsgeschehen verkürz- und verlängerbaren) Zeitraum anzuordnen.
- c) Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber ein mit Blick auf das Infektionsgeschehen **adäquates Instrumentarium zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie** bereitstellt. Dies verlangt eine fachliche und politische Bewertung möglicher Maßnahmen; aus verfassungsrechtlicher Warte müssen sich die Maßnahmen im Korridor zwischen Unter- und Übermaßverbot bewegen (näher IV.2.).

2. *Beschränkung des Katalogs möglicher Schutzmaßnahmen (§ 28a Abs. 7 IfSG-E)*

18. Der Bundestag ist, wie anlässlich verschiedener Anhörungen zur COVID-19-Pandemie in der letzten Legislaturperiode betont, verpflichtet, die pandemische Entwicklung zu

Bautzen, Beschl. v. 4.3.2021, Rn. 40 ff. – wiewohl lediglich das Fehlen einer „auf die jetzt gegebene Pandemiesituation bezogenen Gefährdungsprognose“ beanstandend (Rn. 50); OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 6292, Rn. 9 ff.; VGH Mannheim, KommJur 2021, S. 106 (109 ff.); ferner – indes ein ganztägiges Verbot des Verlassens der eigenen Wohnung bei geringer Inzidenz betreffend – SaarlVerfGH, NVwZ-RR 2020, S. 514.

²⁰ Siehe <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-regeln-gekippt-bayern-geht-in-revision-17576508.html> (14.11.2021).

²¹ Siehe etwa BayVerfGH, Entscheidung v. 29.1.2021, Vf. 96-VII-20, juris, Rn. 41; BayVGh, Beschl. v. 19.1.2021, juris, Rn. 52.

beobachten und das Pandemiebekämpfungsregime an veränderte Gegebenheiten anzupassen. Vor diesem Hintergrund sind entsprechende Gesetzgebungsvorhaben im Grundsatz zu begrüßen.

19. Ob die mit dem Gesetzentwurf vorgesehene **Beschränkung des Katalogs** möglicher Schutzmaßnahmen angesichts des aktuellen und drohenden Infektionsgeschehens sowie der damit einhergehenden Folgen für die Beanspruchung von Ressourcen des Gesundheitssystems (auch zulasten von Personen, die einen anderen als COVID-19-bedingten Behandlungsbedarf aufweisen) eine effektive Pandemiebekämpfung verhindert, ist zunächst eine fachlich (epidemiologisch-virologisch-medizinisch) zu beantwortende Frage; aus dieser Perspektive für wirksam bzw. notwendig erachtete Maßnahmen sind sodann politisch und (verfassungs-)rechtlich namentlich hinsichtlich ihrer Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu bewerten. Festzuhalten ist jedenfalls, dass der Katalog hinter aktuell bereits angesichts des Infektionsgeschehens in anderen europäischen Staaten ergriffenen Maßnahmen zurückbleibt (verwiesen sei auf die in den Niederlanden angeordneten Kontakt- und Betriebsbeschränkungen zur Abend- und Nachtzeit und auf die in Österreich angeordnete Ausgangsbeschränkung für nicht immunisierte Personen), ebenso wie hinter hierzulande im politischen und fachlichen Diskurs erhobenen Forderungen. Auch hier erscheint es im Interesse der angestrebten Stärkung des Parlaments und von Transparenz wünschenswert, die dem zugrunde liegende Einschätzung zu dokumentieren.
20. Aus **verfassungsrechtlicher Perspektive** ist die mit dem Gesetzentwurf in Kombination mit der Beendigung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite einhergehende Beschränkung des Katalogs möglicher Schutzmaßnahmen einerseits an der staatlichen Schutzpflicht zugunsten von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)²² und dem damit korrespondierenden Untermaßverbot zu messen; andererseits müssen die Schutzmaßnahmen verhältnismäßig mit Blick auf die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe sein (Übermaßverbot). Aufgabe des Parlaments ist es, in dem durch das Übermaß- und Untermaßverbot eröffneten Korridor effektiven Gesundheitsschutz bei Wahrung höchstmöglicher Freiheit sicherzustellen; hierbei können auch im Rahmen von Einschätzungsprärogativen politisch Prioritäten gesetzt werden. Diese Prüfung

²² Siehe dazu BVerfGE 121, 317 (349); E 126, 112 (140).

kann nur in Ansehung konkreter Maßnahmen erfolgen. Erforderlich ist eine differenzierte Würdigung der Maßnahme in ihrer konkreten Ausgestaltung (persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich, Ausnahmen) und mit Blick auf das ihr zugrunde liegende Infektionsgeschehen einschließlich der aktuellen und drohenden Belastung des Gesundheitssystems. Auch im Lichte der (differenzierten) Rechtsprechung ist die **Reduktion des Katalogs möglicher Schutzmaßnahmen im vorgesehenen Umfang rechtlich nicht geboten**, was hier nicht im Detail gewürdigt werden kann (siehe etwa zur Rechtsprechung zu Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen oben IV.1.).

21. Es ist ferner zu berücksichtigen, dass die Einräumung von Handlungsmöglichkeiten nicht mit der Anordnung entsprechender Maßnahmen gleichzusetzen ist, die Anordnung vielmehr von einer weiteren staatlichen Entscheidung abhängt (Aktualisierung der Befugnisse durch die Landesregierungen). Überdies kann bzw. müsste die Eröffnung weiterer Maßnahmen, je nach Eingriffsintensität und auch fachlich-politischer Bewertung, wie es jetzt schon der Differenzierung in § 28a Abs. 3 IfSG zwischen vorsorglichen und weiteren Schutzmaßnahmen sowie in § 28a Abs. 2 IfSG entspricht, von qualifizierten Voraussetzungen abhängig gemacht werden.
22. Bei der Bewertung ist zu berücksichtigen, dass der Deutsche Bundestag jederzeit die weitergehenden Maßnahmen gemäß § 28a Abs. 1 IfSG eröffnen kann, indem er wieder das Bestehen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite gemäß § 5 Abs. 1 IfSG feststellt. Gerade angesichts des eingeschlagenen Wegs einer Nicht-Verlängerung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite und der angestrebten Stärkung des Parlaments erscheint es freilich vorzugswürdig, jetzt einen Katalog möglicher Maßnahmen mit entsprechenden Voraussetzungen zu schaffen, statt bei weiterem Handlungsbedarf über eine entsprechende Feststellung den für zu undifferenziert erachteten Katalog des Abs. 1 wieder zu aktivieren.
23. Das **Bestimmtheitsgebot für die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive** (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG; Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit) verlangt, dass die Ermächtigungsgrundlage die Entscheidungsparameter für die Anordnung von Schutzmaßnahmen durch die Landesregierungen hinreichend bestimmt vorgibt.²³

²³ Ausführlich zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen auch im Kontext der COVID-19-Pandemie *F. Wollenschläger*, Die COVID-19-Pandemie als Stunde der Exekutive und die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes, in: A. Koch/M. Kubiciel/W. Wurmnest/F. Wollenschläger (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Juristische Fakultät der Universität Augsburg, 2021, S. 645 (660 ff., 670 ff.), i.E., sowie *ders.*, Stellungnahme zur Anpassung des § 28a IfSG (Art. 12

- a) Anders als für die Anordnung von Schutzmaßnahmen während der Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite gemäß § 28a Abs. 1 ff. IfSG normiert § 28a Abs. 7 IfSG-E – jenseits der Erforderlichkeitsklausel („soweit sie zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich sind“) – keine weiteren Steuerungsvorgaben (vgl. demgegenüber die Entscheidungsparameter des § 28a Abs. 3 IfSG).
- b) Angesichts der im Vergleich zum Katalog des § 28a Abs. 1 IfSG geringeren Eingriffsintensität, der Befristung und vor allem der Würdigung des Infektionsgeschehens sowie der Notwendigkeit der Maßnahmen in der Gesetzesbegründung (wie seinerzeit bei der sog. Notbremse gemäß § 28b IfSG a.F.²⁴) ist dies verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (Gesetzentwurf, S. 30 f.).

24. Anders als bei der Anordnung von Schutzmaßnahmen während der Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite gemäß § 28a Abs. 1 ff. IfSG greift für Maßnahmen gemäß § 28a Abs. 7 IfSG-E keine sachliche Anwendungsbeschränkung, sondern eine kalendermäßige Befristung bis zum 19.3.2022. Dies schließt eine Reaktion auf veränderte Umstände nicht aus, kann der Gesetzgeber doch jederzeit die Anwendbarkeit der Maßnahmen – genauso wie die Feststellung einer epidemischen Lage – abhängig vom Infektionsgeschehen verkürzen oder verlängern.

25. Positiv hervorzuheben ist, dass die grundrechtssichernden Kautelen des § 28a Abs. 5 IfSG (Erfordernis einer Befristung und allgemeinen Begründung) sowie des § 28a Abs. 6 Satz 2 IfSG (umfassende Berücksichtigung der Folgen von Schutzmaßnahmen) über den Verweis in § 28a Abs. 6 Satz 3 IfSG-E auch im Kontext des § 28a Abs. 7 IfSG-E Anwendung finden.

Aufbauhilfegesetz 2021) im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 31.8.2021, S. 11 ff., abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/856196/0012815de283d4bec70fa41b3f0f8781/19_14_0368-7-_ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger_Aufbauhilfegesetz-data.pdf (14.11.2021).

²⁴ Dazu *F. Wollenschläger*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 16.4.2021, S. 19 ff., abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/835164/c7062527e14f960fefe4c71a0aa4a164/19_14_0323-21-_ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger_-viertes-BevSchG-data.pdf (14.11.2021).

3. Ambivalenter Befund hinsichtlich des Anliegens einer Stärkung der Parlamente bei der Pandemiebekämpfung

26. Bewertet man den Gesetzentwurf mit Blick auf das Anliegen der Stärkung der Parlamente bei der Pandemiebekämpfung, so ergibt sich ein ambivalenter Befund.

- a) Einerseits ist hinsichtlich der Schutzmaßnahmen festzuhalten, dass das Parlament Handlungsmöglichkeiten der Exekutive reduziert und bestimmte Maßnahmen von vornherein ausschließt, wie etwa Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen (§ 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 IfSG); Anpassungen in zeitlicher (Verkürzung/Verlängerung) und sachlicher (Erweiterung/Reduktion des Katalogs) Hinsicht setzen damit ein neues Gesetzgebungsverfahren voraus.
- b) Andererseits ändert sich an der Grundstruktur des § 28a IfSG hinsichtlich der Rollenverteilung von Legislative und Exekutive beim Erlass von Schutzmaßnahmen nichts. Diese werden nämlich nach wie vor im Wege der exekutiven Rechtsetzung angeordnet. Auch bleibt es bei der parlamentarischen Grobsteuerung: So normiert § 28a Abs. 7 IfSG-E, anders als im Übrigen § 28a Abs. 3 IfSG, keine spezifischen Entscheidungsparameter für die Anordnung einzelner Maßnahmen, sondern verlangt lediglich, dass die Maßnahme „zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich“ sein muss. Ebenso wenig erfolgt eine Feinsteuerung einzelner Maßnahmen. Dies lässt sich an der Frage des Zugangsregimes illustrieren (§ 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 IfSG-E): Hier überlässt es der Gesetzgeber (nach wie vor) der Exekutive festzulegen, ob Zugangsbeschränkungen überhaupt greifen sollen (Kann-Bestimmung), ob 2G, 2G Plus (zusätzlich Test), 3G oder 3G Plus (nur PCR) gelten soll, ob und welche Ausnahmen greifen (Kinder/Jugendliche/Impfung kontraindiziert) und ob bzw. wie zwischen den einzelnen erfassten und vielgestaltigen Bereichen (z.B. Alten- und Pflegeheimen und Krankenhäusern, Hochschulen und Restaurants) zu differenzieren ist (nicht weiter differenzierend auch die Gesetzesbegründung, S. 30 f.). Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden und auch nicht als Plädoyer gegen exekutive Spielräume bei der Pandemiebekämpfung zu verstehen, bedeutet freilich kein Mehr an parlamentarischer Steuerung als vor der ins Auge gefassten Änderung des § 28a IfSG (vgl. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a IfSG). Daher lässt sich entgegen der Gesetzesbegründung, so man mit

dieser die aktuelle Rollenverteilung zwischen Parlament und Regierung kritisch sieht, nicht sagen, dass „[d]ie wesentlichen Entscheidungen [...] wieder vollständig in die Hand des zuständigen parlamentarischen Gesetzgebers gelegt“ würden. Wollte die Parlamentsmehrheit etwa angesichts des aktuellen Infektionsgeschehens die 2G-Regelung unter bestimmten Voraussetzungen für bestimmte Bereiche anwendbar erklären und insoweit steuernd tätig werden, so wäre § 28a Abs. 7 IfSG-E insoweit zu präzisieren.

- c) Schließlich vernachlässigt die Gesetzesbegründung die in Art. 80 Abs. 4 GG angelegte und praktisch bedeutsame Rolle der Landtage (Parlamentsbeteiligung beim Verordnungserlass; dazu IV.4.).

27. Wie bei der sog. „Notbremse“ (§ 28b IfSG) ist der Deutsche Bundestag befugt, Schutzmaßnahmen unmittelbar durch Parlamentsgesetz anzuordnen. Anders als teils vertreten, steht dem weder die Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) noch das Allgemeinheitsgebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG) noch der Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) entgegen.²⁵

28. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass bereits mit der am 15.9.2021 in Kraft getretenen Änderung des § 28a Abs. 3 IfSG durch das Aufbauhilfegesetz 2021²⁶ eine Binnendifferenzierung hinsichtlich zulässiger Schutzmaßnahmen erfolgt ist. Während nämlich Maßnahmen des präventiven Infektionsschutzes i.S.d. § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG, die sich weitgehend mit dem Katalog des § 28a Abs. 7 Satz 1 IfSG-E decken, keinen qualifizierten Voraussetzungen unterliegen, sind weitergehende Schutzmaßnahmen an das Ziel gekoppelt, „eine drohende Überlastung der regionalen und überregionalen stationären Versorgung zu vermeiden“.

4. Aufhebung der Feststellungsbefugnis der Landtage (§ 28a Abs. 7 IfSG) und Rolle der Landtage

29. Erachtet man nach dem Ende der epidemischen Lage von nationaler Tragweite Maßnahmen der Infektionsprävention mit dem Gesetzentwurf weiterhin für erforderlich

²⁵ *F. Wollenschläger*, Die COVID-19-Pandemie als Stunde der Exekutive und die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes, in: A. Koch/M. Kubiciel/W. Wurmnest/F. Wollenschläger (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Juristische Fakultät der Universität Augsburg, 2021, S. 645 (698), i.E.

²⁶ BGBl. 2021 I, S. 4147.

bzw. das IfSG-Regime für anpassungsbedürftig, so ist der Weg über eine die Anwendbarkeit des § 28a Abs. 1 ff. IfSG konservierende Feststellung der Landesparlamente gemäß § 28a Abs. 7 IfSG nicht der einzig mögliche. Vielmehr erscheint es vor dem Hintergrund eines länderübergreifenden Regulierungsproblems vorzugswürdig, den bundesrechtlichen Rahmen anzupassen, wie es auch der Gesetzentwurf vorsieht. Je restriktiver der Katalog gestaltet ist, desto mehr stellt sich die Frage nach Öffnungsklauseln für die Länder.

30. Dass der Weg über eine Anpassung des § 28a IfSG im Vergleich zur Aktivierung der Feststellungsbefugnis des § 28a Abs. 7 IfSG vorzugswürdig ist, bedeutet nicht, dass die Beteiligung der Landtage im Kontext des Erlasses der in § 28a Abs. 7 IfSG-E vorgesehenen Maßnahmen geringerer Eingriffstiefe durch die Landesregierungen nicht mehr geboten oder möglich wäre. Zumindest missverständlich, nämlich im Sinne eines weder Art. 80 Abs. 4 GG noch der aktuellen Rolle der Landtage im Kontext der Pandemiebekämpfung (Parlamentsbeteiligung beim Verordnungserlass) Rechnung tragenden Verständnisses liest sich indes die auf die Aufhebung des § 28 Abs. 7 IfSG bezogene Passage der Gesetzesbegründung.

- a) Dort (S. 21) heißt es: „Vor diesem Hintergrund sind unabhängig vom Sonderrecht der epidemischen Lage von nationaler Tragweite Rechtsgrundlagen für die Infektionsprävention erforderlich. Die für diesen Fall bislang in § 28a Absatz 7 IfSG enthaltene Grundlage für länderspezifische Anschlussregelungen leidet unter dem Mangel, dass sie auch für solche weniger intensiven Maßnahmen immer an eine Entscheidung der Landesparlamente gebunden ist. Eine Entscheidung durch die Landesparlamente erscheint angesichts der geringeren Eingriffstiefe der zukünftig erforderlichen präventiven Maßnahmen im Vergleich zum bisherigen Katalog des § 28a Absatz 1 IfSG nicht mehr geboten. Damit wird dem Bedarf an schnellen Reaktionsmöglichkeiten besser Rechnung getragen.“
- b) Richtig ist zwar, dass, wie soeben ausgeführt, angesichts eines bundeseinheitlichen Regulierungsproblems der Weg über § 28a Abs. 7 IfSG nicht als der vorzugswürdige erscheint und dass bei einer Änderung des § 28a IfSG die Landtage nicht einbezogen werden müssen. Allerdings vernachlässigen die zitierten Ausführungen der Gesetzesbegründung die Rolle der Landtage im Kontext der Pandemiebekämpfung. Bereits Art. 80 Abs. 4 GG räumt den Landtagen – überdies

unabhängig von der Frage der Bedeutung einer Angelegenheit – das Recht ein, anstelle der Landesregierung von bundes(parlaments)gesetzlichen Verordnungsermächtigungen Gebrauch zu machen. Hiervon haben viele Landtage primär in Gestalt von Regelungen der Parlamentsbeteiligung beim Verordnungserlass Gebrauch gemacht.²⁷ Überdies ändert der Gesetzentwurf nichts an der grundsätzlichen Rollenverteilung von Exekutive und Legislative bei der Anordnung von Schutzmaßnahmen zur Pandemiebekämpfung (dazu oben, IV.3.), womit auch die Frage nach einer Parlamentsbeteiligung auf Landesebene als flankierende (wenn auch nicht verfassungsrechtlich gebotene) Maßnahme der Erhöhung von Transparenz, Akzeptanz und Legitimation aktuell bleibt.

- c) Nicht ganz treffend ist auch der Hinweis darauf, dass damit „schnellen Reaktionsmöglichkeiten besser Rechnung getragen“ würde. Vielmehr kann eine Beteiligung der Landtage auch beim Erlass von Maßnahmen gemäß § 28a Abs. 7 IfSG-E nach Maßgabe der jeweiligen landesrechtlichen Regelungen zur Parlamentsbeteiligung, abgesichert durch Art. 80 Abs. 4 GG, erfolgen.

31. Aus föderaler Sicht anzumerken ist schließlich, dass eine landes- bzw. regionalspezifische Anordnung von Schutzmaßnahmen nicht ausgeschlossen ist, vielmehr sind entsprechende Differenzierungen nach wie vor möglich (Verordnungsbefugnis der einzelnen Landesregierungen und Differenzierungsmöglichkeit innerhalb einer Landesverordnung) und u.U. auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten.

5. Änderungsbedarf hinsichtlich der Aussetzung des Präsenzbetriebs an Schulen

32. Änderungsbedarf im Normtext (zumindest aber eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung) besteht hinsichtlich § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 IfSG-E, so man eine generelle Aussetzung des Präsenzbetriebs an Schulen definitiv ausschließen möchte. Diese Norm gestattet Auflagen für die Fortführung des Betriebs. Hierunter lässt sich eine Anordnung von Wechsel- bzw. Distanzunterricht fassen, ebenso wie Präsenzunterricht in voller Klassenstärke verunmöglichende Abstandsvorgaben oder u.U. schwierig zu erfüllende Ausstattungsvorgaben (Luftfilter), die ja nichts an der Fortführung des Schulbetriebs (in anderer Form) ändern. Zwar ließe sich im Umkehrschluss zu § 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 16

²⁷ Ausführlich dazu *L. Amhaouach/S. Huster/A. Kießling/L. Schaefer*, NVwZ 2021, S. 825; *F. Wollenschläger*, BayVBl. 2021, S. 541.

IfSG ein enges Verständnis der Auflage (im Gegensatz zur Schulschließung) vertreten, zumindest die beiden zuletzt genannten Aspekte werden jedoch als Auflage i.S.d. § 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 16 IfSG verstanden;²⁸ überdies differenziert die Gesetzesbegründung zu jener Bestimmung zwischen einer „Beschränkung“ und einer „Untersagung des Betriebs von Gemeinschaftseinrichtungen“²⁹. Besonders problematisch wäre dann auch, dass an derartige Maßnahmen keine qualifizierten Anforderungen gestellt werden. Es empfiehlt sich der Zusatz: „Im Schulbereich sind keine kapazitätsbeschränkenden Auflagen zulässig.“

33. Zu beachten ist die Vielgestaltigkeit der von § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 IfSG-E erfassten Einrichtungen. Gerade jenseits des Schulbetriebs darf nicht jedwede präsenzrelevante Auflage ausgeschlossen werden, da dann etwa aktuell an Hochschulen geltende Abstandsvorgaben nicht mehr möglich wären.
34. Zu bedenken ist überdies, dass eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des Präsenzbetriebs an Schulen aus Quarantänemaßnahmen resultiert. Daher hängt die Realisierbarkeit des § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 IfSG-E zugrunde liegenden Anliegens einer Sicherstellung des Präsenzbetriebs an Schulen und der in der Gesetzesbegründung betonten Zielvorgabe, bei der Anordnung von Schutzmaßnahmen „auf die Belange von Kindern und Jugendlichen in besonderer Weise Rücksicht zu nehmen“ (S. 30), auch von einer effektiven Pandemiebekämpfung und der daraus resultierenden Reduktion der Fallzahlen ab. Auch dies ist hinsichtlich der Frage einer Reduktion möglicher Maßnahmen der Pandemiebekämpfung, wie mit dem Gesetzentwurf vorgesehen, im Blick zu behalten.

15. November 2021

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

²⁸ *A. Kießling*, in: dies. (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl. 2021, § 28a, Rn. 83.

²⁹ Begründung zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BT-Drs. 19/23944, S. 28.