

Art. 2, Art. 3, Art. 4, Art. 8, Art. 11, Art. 12, Art. 14 GG; §§ 16, 28, 32 IfSG; §§ 47, 80, 113 VwGO

## SARS-Cov-2 und COVID-19 – Aktualisierte Fassung

BVerfG, Beschl. v. 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20, BeckRS 2020, 7089 u.a.;  
BayVGH, Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630;  
NdsOVG, Beschl. v. 29.04.2020 – 13 MN 122/20, BeckRS 2020, 7097;  
OVG NRW, Beschl. v. 29.04.2020 – 13 B 512/20.NE u.v.m.

### Fall

Im Dezember 2019 traten in Wuhan (China) erstmals Fälle der Atemwegserkrankung COVID-19 (corona virus disease 2019) auf, die durch das bis dahin unbekannte Coronavirus SARS-Cov-2 (severe acute respiratory syndrome coronavirus 2) ausgelöst wird. Ende Januar 2020 wurde die Erkrankung von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) als Pandemie eingestuft. Etwa zur selben Zeit traten die ersten Erkrankungsfälle auch in Deutschland auf. Aufgrund sprunghaft angestiegener Infektionszahlen wurde das Risiko der COVID-19-Pandemie vom Robert-Koch-Institut (RKI) Mitte März 2020 als „hoch“ und für Risikogruppen Ende März als „sehr hoch“ eingestuft. Mit dem am 28.03.2020 in Kraft getretenen Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Bedeutung traten verschiedene Änderungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) in Kraft. Aufgrund dessen haben die Länder Rechtsverordnungen zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus erlassen, die eine Vielzahl von Beschränkungen für die Bevölkerung zur Folge hatten. Diese RechtsVOen sind mehrmals verlängert und modifiziert worden und sahen u.a. Folgendes vor (mit teilweise erheblichen Unterschieden in den Ländern):

1. ein allgemeines Kontaktverbot für Zusammenkünfte von mehr als zwei Personen im öffentlichen Raum,
2. die Schließung von Freizeit-, Kultur-, Sport- und Vergnügungsstätten,
3. die Untersagung des Betriebs von Restaurants, Gaststätten, Kneipen etc.,
4. die Schließung von Geschäften (mit Ausnahme des Lebensmitteleinzelhandels, Apotheken, Banken, Tankstellen etc.), zuletzt allerdings nur noch für solche mit einer Verkaufsfläche von mehr als 800 qm (außer z.B. Buchhandlungen, deren Betrieb unabhängig von der Größe der Verkaufsfläche zulässig war),
5. das Verbot von Veranstaltungen zur Religionsausübung, insbes. die Durchführung von Gottesdiensten,
6. das Verbot öffentlicher Versammlungen, wobei allerdings Ausnahmen zugelassen werden können, wenn die Einhaltung der für den Schutz der Bevölkerung vor Infektionen erforderlichen Maßnahmen sichergestellt ist, u.v.m.

A betreibt ein Modegeschäft mit 900 qm regulärer Verkaufsfläche. Er sieht sich durch die Coronaschutzverordnung des Landes L (CoronaSchVO) in seinen Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG verletzt. A hat sich deshalb mit einem Eilantrag an das OVG gewandt, mit dem er die vorläufige Außervollziehung der CoronaSchVO des Landes L begehrt. Hat der Eilantrag Erfolg?

**Abwandlung:** Wie ist der Fall zu beurteilen, wenn das Land L keine RechtsVO erlassen hat, sondern die zuständige Landesbehörde die o.g. Regelungen im Wege einer Allgemeinverfügung getroffen hat?

**Hinweis:** Im Land L ist von der Ermächtigung in § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Gebrauch gemacht worden, nicht dagegen von den Ermächtigungen in §§ 61 Nr. 3, 68 Abs. 1 S. 2, 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO.

### Leitsätze

1. Die Corona-Pandemie rechtfertigt im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Eingriffe in die Grundrechte u.a. aus Art. 2 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG.

2. Die Grundrechtseingriffe sind zwar erheblich. Gegenüber den Gefahren für Leib und Leben wiegen die Einschränkungen der persönlichen Freiheit aber weniger schwer. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass die Regelungen von vornherein befristet sind und zahlreiche Ausnahmen vorsehen. Überdies bedürfen die Eingriffe einer fortlaufenden strengen Prüfung ihrer Verhältnismäßigkeit anhand der jeweils aktuellen Erkenntnisse.

3. Die Wirksamkeit der vielfältigen getroffenen Maßnahmen können derzeit nicht abgeschätzt werden. Welche Maßnahmen hierbei letztlich besonders geeignet oder weniger geeignet sind, wird sich erst in der Zukunft durch eine eingehende wissenschaftliche Untersuchung und Bewertung erweisen.

4. Auch ein starker Anstieg der Infektionszahlen befreit die Behörde nicht davon, alternative Schutzmaßnahmen in Betracht zu ziehen und sich in dieser Weise um eine praktische Konkordanz zu bemühen.

5. Je länger die Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie fortbestehen, desto mehr spricht dafür, dass sie der Ermächtigung durch ein besonderes förmliches Bundesgesetz bedürfen.

6. Die Beschränkung des zulässigen Einzelhandels auf 800 qm Verkaufsfläche stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG gegenüber Betrieben dar, die ebenfalls nicht der Grundversorgung der Bevölkerung dienen, aber keiner derartigen Beschränkung unterliegen (z.B. Buchhandlungen).

## Lösung Ausgangsfall

Der Eilantrag hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit des Eilantrags

Soweit die RechtsVO allerdings Bußgeldvorschriften enthält, ist sie der Überprüfung durch das OVG entzogen. Dies fällt nach § 68 OWiG in die Kompetenz der Amtsgerichte (vgl. dazu AS-Skript VwGO [2019], Rn. 401).

Anders in Rheinland-Pfalz, wo nach § 4 Abs. 1 S. 2 AGVwGO die Normenkontrolle gegen RechtsVOen eines Verfassungsorgans (z.B. der Landesregierung oder eines Landesministers) ausgeschlossen ist, dazu OVG RP, Beschl. v. 16.04.2020 – 6 B 10497/20.OVG, BeckRS 2020, 5952. Dort ist – ebenso wie in Hamburg und Berlin – nur eine Inzidentkontrolle im Rahmen der allg. Feststellungsklage und subsidiär eine Verfassungsbeschwerde möglich (vgl. AS-Skript VwGO [2019], Rn. 298 ff.).

Sodan/Ziekow VwGO § 47 Rn. 386

**I.** Eine vorläufige Außervollzugsetzung der CoronaSchVO kommt nur im Rahmen der Normenkontrolle nach § 47 VwGO in Betracht. Da das OVG Entscheidungen nach § 47 Abs. 1 VwGO nur „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“ treffen darf, muss der **Verwaltungsrechtsweg** eröffnet sein. Mangels aufdrängender Spezialzuweisung richtet sich dies nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die dafür erforderliche **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** folgt daraus, dass streitentscheidend die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des IfSG sind, die einen Hoheitsträger als solchen berechtigen und verpflichten. Die Streitigkeit ist **nichtverfassungsrechtlicher Art** und keinem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen, sodass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet ist.

**II. Statthaft** ist ein Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO, da im Land L nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ein Normenkontrollverfahren gegen unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften, also insbes. RechtsVOen, stattfindet.

**III.** Die analog § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO auch für den Eilantrag erforderliche **Antragsbefugnis** ergibt sich daraus, dass A geltend machen kann, durch die CoronaSchVO oder deren Anwendung in seinen o.g. Grundrechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden.

**IV.** Das **Rechtsschutzbedürfnis** für den Eilantrag fehlt, wenn der Antrag in der Hauptsache unzulässig, insbes. verfristet ist. Nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO muss der Normenkontrollantrag innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift gestellt werden. Diese Frist kann hier noch gewahrt werden, der Eilantrag ist auch bereits vor Erhebung des Antrags in der Hauptsache zulässig.

**V. Antragsgegner** ist nach § 47 Abs. 2 S. 2 VwGO das Land, das die CoronaSchVO erlassen hat.

Der Eilantrag ist damit zulässig.

### B. Begründetheit des Eilantrags

Der Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO hat Erfolg, soweit die vorläufige Außervollzugsetzung der CoronaSchVO zur **Abwehr schwerer Nachteile** oder aus anderen wichtigen Gründen **dringend geboten** ist.

**OVG NRW:** „[17] Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zunächst die **Erfolgsaussichten** des in der Sache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Ergibt die Prüfung der Erfolgsaussichten, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen nicht dringend geboten. Erweist sich dagegen der Antrag als zulässig und (voraussichtlich) begründet, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer **Folgenabwägung** zu entscheiden: Gegenüberzustellen

OVG NRW, Beschl. v. 15.04.2020 – 13 B 440/20.NE, BeckRS 2020, 5957; ebenso BayVGH, Beschl. v. 14.04.2020 – 20 NE 10.763; HessVGH, Beschl. v. 24.04.2020 – 8 B 1097/20.N; OVG Saar, Beschl. v. 27.04.2020 – 2 B 134/20; NdsOVG, Beschl. v. 29.04.2020 – 13 MN 117/20; jeweils unter Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 – 4 VR 5.14, BeckRS 2015, 42594

Sog. Doppelhypothese

sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung – trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache – dringend geboten ist.“

**I. Ermächtigungsgrundlage** für die CoronaSchVO ist § 32 S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG. Die Vorschriften müssten **wirksam**, d.h. verfassungsgemäß sein.

**1. Die Gesetzgebungskompetenz** des Bundes für Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.

**2. Bedenken** könnten mit Blick auf den **Bestimmtheitsgrundsatz** bestehen. Nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG müssen bei einer RechtsVO Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden (sog. Bestimmtheitstrias). Dies ist jedenfalls aufgrund der am 28.03.2020 in Kraft getretenen Neufassung des § 28 Abs. 1 IfSG der Fall. Anders als früher sind dort nunmehr Einzelmaßnahmen beispielhaft aufgeführt, die einen Aufschluss über Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung zulassen.

**OVG NRW:** „[32] Die angegriffene Vorschrift genügt nach diesen Maßgaben den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG enthält keine danach unzulässige Globalermächtigung für den Ordnungsgeber. Zwar ist die Regelung als offene Generalklausel ausgestaltet, um den Infektionsschutzbehörden bzw. über den Verweis in § 32 Satz 1 IfSG dem Ordnungsgeber ein möglichst breites Spektrum an geeigneten Schutzmaßnahmen zu eröffnen. [35] ... Unabhängig von der Frage, ob es sich bei dieser Änderung um eine bloße Anpassung aus Gründen der Normenklarheit handelt, ... besteht kein Zweifel, dass damit jedenfalls nunmehr hinreichend bestimmt zum Ausdruck gebracht wird, dass über punktuell wirkende Maßnahmen hinaus allgemeine oder gleichsam flächendeckende Verbote erlassen werden können. Dafür spricht nicht nur der Wortlaut von § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 IfSG. Auch der Umstand, dass es sich bei der Gesetzesänderung um eine Reaktion auf das aktuelle Bedürfnis zum Erlass von landesweit geltenden Schutzmaßnahmen handelt, trägt dieses Auslegungsergebnis, zumal der Gesetzgeber in Kenntnis der bereits erlassenen Länderverordnungen bei gleichzeitig bestehender Kritik an der ursprünglichen Gesetzesfassung gehandelt hat.“

**3. Auch Bedenken** gegen das **Zitiergebot** (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) bestehen nicht mehr, nachdem § 32 S. 3 und § 28 Abs. 1 S. 4 IfSG n.F. nunmehr ausdrücklich auch Art. 11 Abs. 1 GG als betroffenes Grundrecht zitieren (anders noch die bis zum 27.03.2020 geltende Fassung). Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (Freiheit der Person) und Art. 8 Abs. 1 GG (Versammlungsrecht) sind ausdrücklich zitiert. Für Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG greift das Zitiergebot nicht ein, da es nur für „echte Eingriffsvorbehalte“, nicht jedoch für sog. Schranken- oder Ausgestaltungsvorbehalte gilt.

**NdsOVG:** „[30] ... Denn das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG ... besteht nur, soweit im Sinne des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG, ein Grundrecht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann'. Von derartigen Grundrechtseinschränkungen sind andersartige grundrechtsrelevante Regelungen zu unterscheiden, die der Gesetzgeber in Ausführung der ihm obliegenden, im Grundrecht vorgesehenen Regelungsaufträge, Inhaltsbestimmungen oder Schrankenziehungen vornimmt. Hierzu zählen auch die Grundrechte der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und des Eigentumsschutzes nach Art. 14 Abs. 1 GG.“

## § 28 IfSG

(1) <sup>1</sup>Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt ... , so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen ... , 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. <sup>2</sup>Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten. <sup>3</sup>Eine Heilbehandlung darf nicht angeordnet werden. <sup>4</sup>Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden insoweit eingeschränkt.

OVG NRW, Beschl. v. 06.04.2020 – 13 B 398/20.NE, BeckRS 2020, 5158; OVG Saar, Beschl. v. 22.04.2020 – 2 B 130/20; einschränkend BayVGH, Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793: Je länger die Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie fortbestehen, desto mehr spricht dafür, dass sie der Ermächtigung durch ein besonderes förmliches Bundesgesetz bedürfen.

Vgl. AS-Skript Grundrechte (2020), Rn. 82

NdsOVG, Beschl. v. 29.04.2020 – 13 MN 122/20, BeckRS 2020, 7097; ebenso OVG NRW, Beschl. v. 06.04.2020 – 13 B 398/20.NE; OVG Saar, Beschl. v. 27.04.2020 – 2 B 134/20; HessVGH, Beschl. v. 08.04.2020 – 8 B 910/20.N

OVG NRW, Beschl. v. 15.04.2020 – 13 B 440/20.NE, BeckRS 2020, 5957

### § 32 IfSG

<sup>1</sup>Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. <sup>2</sup>Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. <sup>3</sup>Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz), der Freizügigkeit (Artikel 11 Abs. 1 Grundgesetz), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 Grundgesetz), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 Grundgesetz) und des Brief- und Postgeheimnisses (Artikel 10 Grundgesetz) können insoweit eingeschränkt werden.

OVG Saar, Beschl. vom 27.04.2020 – 2 B 134/20, BeckRS 2020, 7093; ebenso Nds-OVG, Beschl. v. 29.04.2020 – 13 MN 122/20; OVG NRW, Beschl. v. 29.04.2020 – 13 B 512/20 NE; allgemein Siegel NVwZ 2020, 577, 578; a.A. Giesberts/Gayger/Weyand NVwZ 2020, 417, 418: Notstandsregeln des POR müssen erfüllt sein; dagegen instruktiv OVG Nds, Beschl. v. 26.05.2020 – 13 MN 182/20: Aus infektionsschutzrechtlicher Sicht maßgeblich ist allein der Bezug zur Infektionsgefahr.

BayVGH, Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20. 793, Beck RS 2020, 6630

**4. Materielle Bedenken gegen die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage** in § 32 S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG bestehen nicht. Zwar lässt die Vorschrift Grundrechtseingriffe zu. Ob diese im Einzelfall verhältnismäßig sind, ist jedoch keine Frage der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, sondern der materiellen Rechtmäßigkeit der RechtsVO.

**OVG NRW:** „[36] ... Diese beschränkt sich auf ‚notwendige Schutzmaßnahmen‘. Innerhalb des dem Verordnungsgeber hierdurch zuwachsenden Regelungsmeresses ist damit eine Normierung zulässig, soweit und solange diese zur Verhinderung der (Weiter-)Verbreitung einer übertragbaren Krankheit geboten ist und gegenüber den davon Betroffenen nicht unverhältnismäßig wirkt.“

§ 32 S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG sind daher **wirksame Ermächtigungsgrundlage** für die CoronaSchVO.

**II. Formelle Bedenken gegen die CoronaSchVO** bestehen nicht, insbes. ist die CoronaSchVO von der nach § 32 S. 1 IfSG ermächtigten Landesregierung (die ihrerseits die Ermächtigung durch RechtsVO auf andere Stellen übertragen kann, § 32 S. 2 IfSG) erlassen worden.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit der CoronaSchVO

**1.** Es müssen die **Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage**, hier § 32 S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG, erfüllt sein.

Durch § 32 S. 1 IfSG werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende **Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten** zu erlassen.

**a)** COVID-19 ist eine **übertragbare Krankheit** i.S.d. § 2 Nr. 3 IfSG.

**b)** Der Begriff der **Schutzmaßnahmen** i.S.d. § 28 Abs. 1 IfSG ist umfassend und eröffnet der Infektionsschutzbehörde ein breites Spektrum an geeigneten Maßnahmen, welches nur durch die **Notwendigkeit** der Maßnahme im Einzelfall begrenzt wird.

**2.** Fraglich ist allerdings, ob unbeteiligte Dritte (z.B. nicht Erkrankte, bereits Immune) **richtige Adressaten** der Regelung in der CoronaSchVO sein können.

**OVG Saar:** „[16] ... Vorrangige Adressaten sind zwar die in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG benannten Personengruppen. Bei ihnen steht fest oder besteht der Verdacht, dass sie Träger von Krankheitserregern sind, die bei Menschen eine Infektion oder eine übertragbare Krankheit im Sinne von § 2 Nr. 1 bis Nr. 3 IfSG verursachen können. Wegen der von ihnen ausgehenden Gefahr, eine übertragbare Krankheit weiterzubreiten, sind sie schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Gefahrenabwehr- und Polizeirechts als ‚Störer‘ anzusehen. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG können aber auch (sonstige) Dritte (‚Nichtstörer‘) Adressat von Maßnahmen sein, beispielsweise um sie vor Ansteckung zu schützen.“

**3.** Die Maßnahmen sind abstrakt gesehen **zur Bekämpfung der Krankheit geeignet und erforderlich**.

**BayVGH:** „[28] ... Die Wirksamkeit der vielfältigen von den Infektionsschutzbehörden getroffenen Maßnahmen können derzeit nicht abgeschätzt werden. Welche Maßnahmen hierbei letztlich besonders geeignet oder weniger geeignet sind, wird sich erst in der Zukunft durch eine eingehende wissenschaftliche Untersuchung und Bewertung erweisen. ... Trifft der von manchen Experten prognostizierte zu erwartende Durchseuchungsgrad der Bevölkerung von mindestens 60% zu, kann es, soweit weder ein Impfstoff noch ein antivirales Medikament in absehbarer Zeit zur Verfügung steht, bei einer Letalitätsrate von angenommenen 3% zu weit mehr Todesopfern kommen. Ob dieses Szenario realistisch in Betracht zu ziehen ist, kann der Senat allerdings nicht abschätzen.“

**OVG NRW:** „[46] Auch wenn sich der Reproduktionsfaktor sowie die absolute Zahl der täglichen Neuinfektionen mittlerweile reduziert haben, ist ohne wirksame Gegenmaßnahme eine Überlastung des Gesundheitswesens immer noch konkret zu befürchten ... [47] Eine Überforderung des Gesundheitssystems durch vorschnelle Lockerungen der Schutzmaßnahmen mit nicht absehbaren Folgen gilt es deshalb aus der nicht zu beanstandenden Sicht des Ordnungsgebers zu vermeiden. Nach sachverständiger Bewertung ist die Lage trotz der erkennbar positiven Entwicklung äußerst fragil. Sie kann durch zu weitgehende Lockerungen auch mit nicht absehbaren immensen wirtschaftlichen Folgen schnell wieder verspielt werden.“

4. Fraglich ist allein, ob die Maßnahmen mit Blick auf die betroffenen Grundrechte **angemessen**, d.h. verhältnismäßig im engeren Sinne sind.

#### a) Art. 4 Abs. 1 GG (Gottesdienstverbot)

Ein Gottesdienstverbot stellt einen überaus schwerwiegenden Eingriff in die Glaubensfreiheit i.S.d. Art. 4 Abs. 1 GG dar. Der Eingriff war allerdings in Konkretisierung der **verfassungsimmanenten Schranken** aufgrund der Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 GG für Leib und Leben gerechtfertigt. Durch die Durchführung von Gottesdiensten würde sich die Gefahr der Ansteckung mit dem Virus und der Erkrankung, schlimmstenfalls des Todes vieler Personen erheblich erhöhen. Diese Gefahren blieben auch nicht auf jene Personen, beschränkt, die freiwillig an den Gottesdiensten teilgenommen haben, sondern erstreckten sich auf einen erheblich größeren Personenkreis. Nach der Bewertung des Robert-Koch-Instituts kam es in der Anfangsphase der Pandemie darauf an, die Ausbreitung der hoch infektiösen Viruserkrankung durch eine möglichst weitgehende Verhinderung von Kontakten zu verlangsamen, um ein Kollabieren des staatlichen Gesundheitssystems mit zahlreichen Todesfällen zu vermeiden. Der Eingriff bedarf indes einer fortlaufenden strengen Prüfung seiner Verhältnismäßigkeit anhand der jeweils aktuellen Erkenntnisse.

**BVerfG:** „[14] Jedoch ist mit Blick auf den schwerwiegenden Eingriff in die Glaubensfreiheit ... 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 Gottesdienste in Einzelfällen eröffnet, in denen bei umfassender Würdigung der konkreten Umstände ... eine relevante Erhöhung der Infektionsgefahr zuverlässig verneint werden kann.“

#### b) Art. 8 Abs. 1 GG (Versammlungsverbot)

Die Versammlungsfreiheit kann nach Art. 8 Abs. 2 GG für Versammlungen unter freiem Himmel durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden. Die Versammlungsverbote in den landesrechtlichen CoronaschutzVOen sind i.d.R. als repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt ausgestaltet und tragen insofern der grundgesetzlich besonders geschützten Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG ausreichend Rechnung, indem Ausnahmen vom infektionsschutzrechtlich bedingten generellen Versammlungsverbot zugelassen werden können, soweit dies im Einzelfall aus Gründen des Infektionsschutzes vertretbar erscheint.

**BVerfG:** „[24] ... [Allerdings ist zweifelhaft], ob es von Art. 8 GG gedeckt ist, die Ausübung der Versammlungsfreiheit durch Rechtsverordnung einem grundsätzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu unterwerfen und die Erteilung einer solchen Erlaubnis in das Ermessen der Verwaltung zu stellen.“

Jedenfalls muss die Behörde stets prüfen, ob aus infektionsschutzrechtlichen Gründen die Erteilung einer Ausnahme unter Auflagen möglich ist.

**BVerfG:** „[LS 2] Auch ein starker Anstieg der Corona-Infektionszahlen befreit die Versammlungsbehörde nicht davon, vor einer Versagung der Zulassung der Ver-

OVG NRW, Beschl. v. 29.04.2020 – 13 B 512.20.NE

BVerfG, Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20; HessVGH, Beschl. v. 07.04.2020 – 8 B 892/20.N; OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 08.04.2020 – OVG 11 S 21.20; BayVGH, Beschl. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.704. Zwischenzeitlich sind Gottesdienste in allen Ländern wieder zulässig, wenn die Abstands- und Hygieneregeln eingehalten werden.

BVerfG, Beschl. v. 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20, BeckRS 2020, 7089 zum generellen Verbot von Veranstaltungen in Moscheen während des Fastenmonats Ramadan; allgemein Bender NVwZ-Extra 9b/2020. Insofern ist die CoronaSchVO verfassungskonform dahin auszulegen, dass im Einzelfall Ausnahmen zugelassen werden müssen.

BVerfG, Beschl. v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20; BayVGH, Beschl. v. 09.04.2020 – 20 CE 20.755; HessVGH, Beschl. v. 17.04.2020 – 2 B 1031/20

Vom BVerfG (Beschl. v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20, BeckRS 2020, 6051) im Eilverfahren nach § 32 BVerfGG offengelassen.

*sammlung möglichst in kooperativer Abstimmung mit dem Antragsteller alle in Betracht kommenden Schutzmaßnahmen in Betracht zu ziehen und sich in dieser Weise um eine praktische Konkordanz zu bemühen (z.B. durch Verringerung der Teilnehmerzahl und/oder eine örtliche oder zeitliche Verlagerung der Versammlung).“*

#### **c) Art. 11 Abs. 1 GG (Freizügigkeit) bzw. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (Freiheit)**

Vgl. Guckelberger NVwZ-Extra 9a/2020, S. 1, 7

Ob kontaktreduzierende Maßnahmen einen Eingriff in die durch Art. 11 Abs. 1 GG geschützte **Freizügigkeit** darstellen (oder ob auf Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG abzustellen ist), ist umstritten, jedenfalls ist der Eingriff nach Art. 11 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt („zur Bekämpfung von Seuchengefahr“).

OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 23.03. 2020 – OVG 11 S 12/20, BeckRS 2020, 4408

**OVG Bln-Bbg:** „[4] ... Freizügigkeit im Sinne des Art. 11 Abs. 1 GG bedeutet das Recht, an jedem Ort innerhalb des Bundesgebiets Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen. Damit erfasst Art. 11 Abs. 1 GG die Ortswahl zwecks Wohnsitzbegründung im Sinne einer Verlagerung des alltäglichen Lebensschwerpunkts. Die Freizügigkeit ist aber nicht im Sinne einer allgemeinen räumlich-körperlichen Bewegungsfreiheit zu verstehen, die durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG speziell geschützt wird. Hiervon abgesehen wäre aber selbst ein Eingriff in das Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 GG) ebenso wie ein Eingriff in die Grundrechte der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) und der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) auch Ausdruck der verfassungsrechtlichen Schranken dieser Grundrechte.“

#### **d) Art. 12 Abs. 1 GG (Betriebsschließungen)**

Durch die Schließung des Einzelhandels liegt ein Eingriff in die Berufsfreiheit vor, der jedoch als verhältnismäßige Berufsausübungsregelung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gerechtfertigt ist.

NdsOVG, Beschl. v. 29.04.2020 – 13 MN 122/20, BeckRS 2020, 7097; ebenso OVG SH, Beschl. v. 24.04.2020 – 3 MR 9/20 (Outlet-Center); OVG NRW, Beschl. v. 15.04.2020 – 13 B 440/20 (Fitnessstudio); OVG NRW, Beschl. v. 16.04.2020 – 13 B 452/20. NE (Spielhallen); OVG Bremen, Beschl. v. 09.04.2020 – 1 B 97/20 (Autohaus); OVG Saar, Beschl. v. 22.04.2020 – 2 B 130/20 (Gaststätten); OVG NRW, Beschl. v. 06.05.2020 – 13 B 583/20.NE (Gastronomie)

**NdsOVG:** „[39] Der mit der Beschränkung fraglos verbundene Eingriff in die Grundrechte der Antragstellerin aus Art. 12 Abs. 1 ... GG manifestiert sich voraussichtlich in Umsatzeinbußen während der ... Geltungsdauer der Verordnung und damit verbundenen, durchaus erheblichen finanziellen Nachteilen. Diesem durchaus schwerwiegenden Eingriff stehen aber unverändert überwiegende öffentliche Interessen gegenüber. Denn die den Eingriff bewirkende Maßnahme ist angesichts der immer noch hohen Gefahr der Verbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-Cov-2 und der Erkrankung COVID-19 zur Gewährleistung der Gesundheit der Bevölkerung, einem auch mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG überragend wichtigen Gemeinwohlbelang, auch derzeit weiter notwendig.“

#### **e) Art. 14 Abs. 1 GG (Betriebsschließungen)**

Zum Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 GG vgl. AS-Skript Grundrechte (2020), Rn. 532

Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Eigentum, aber nicht das Vermögen (also anders als Art. 12 Abs. 1 GG nicht den Erwerb, sondern das Erworbenes). Ein Eingriff in die Eigentumsgarantie kommt daher nur in Bezug auf den **eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** in Betracht. Ob dieser (wie als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB) als solcher durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt wird, ist nicht geklärt. Die Frage kann jedoch dahinstehen, da die Betriebsschließungen aus den o.g. Gründen als verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG gerechtfertigt sind.

#### **f) Art. 2 Abs. 1 GG (Kontaktverbote, Ausgangsbeschränkungen etc.)**

Der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit, z.B. durch Kontaktverbote und Ausgangsbeschränkungen, ist zwar erheblich, aber im Rahmen der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG gerechtfertigt, insbes. verhältnismäßig. Durch die Ansteckung mit dem Virus, die Erkrankung vieler Personen, die Überlastung der gesundheitlichen Einrichtungen bei der Behandlung schwerwiegender Fälle und schlimmstenfalls des Todes einer Vielzahl von Menschen würde sich die Gefahr für Leib und Leben nach derzeitigen Erkenntnissen ohne die Verbote erheblich erhöhen.

**BVerfG:** „[11] ... Gegenüber den Gefahren für Leib und Leben wiegen die Einschränkungen der persönlichen Freiheit weniger schwer. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die angegriffenen Regelungen von vornherein befristet sind, ... [und] zahlreiche Ausnahmen vorsehen.“

**g) Art. 3 Abs. 1 GG (Begrenzung des Einzelhandels)**

Ob die mit der Begrenzung des Einzelhandels auf eine Verkaufsfläche mit 800 qm verbundene **Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt** war, ist umstritten.

**aa)** Grundsätzlich ist eine solche **Differenzierung** nicht zu beanstanden.

**OVG NRW:** „[67] Gemessen an diesem Maßstab dürfte die Verkaufsfläche ein Kriterium sein, dass eine unterschiedliche Behandlung einzelner Einzelhandelsbetriebe mit Blick auf ihre unterschiedliche Relevanz für das weitere Infektionsgeschehen im Ansatz rechtfertigen kann. Zwar dürfte die Annahme der Antragstellerin zutreffen, dass Hygienemaßnahmen auf größeren Verkaufsflächen ebenso effektiv umgesetzt werden können wie in Geschäften mit kleineren Verkaufsflächen. Maßgeblich für die unterschiedliche Behandlung ist aber die bei voraussichtlich zulässiger pauschalierender Betrachtung jedenfalls nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisende Erwägung des Ordnungsgebers, dass in Anlehnung an die baurechtliche Figur sogenannter großflächiger Einzelhandelsbetriebe (vgl. § 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BauNVO) von einer Verkaufsfläche von über 800 qm eine größere Anziehungskraft für die Kundschaft ausgeht. [73] Vor diesem Hintergrund dürfte die Annahme, dass durch die Beschränkung der Verkaufsfläche mittelbar Kundenströme gesteuert und damit neue Infektionsketten reduziert werden, die unter anderem dann entstehen, wenn eine Vielzahl von Menschen ihren Besorgungen aller Art nachgeht und es deshalb etwa zu häufig wechselnden Begegnungen auf dem Weg in die Innenstädte bzw. in den Fußgängerzonen kommt, voraussichtlich nicht zu beanstanden sein.“

**bb)** Gegenüber Buchhandlungen liegt dagegen eine **sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung** vor.

**BayVGH:** „[38] Die Freistellung von Buchhandlungen ohne Begrenzung der Verkaufsfläche ... ist jedoch aus infektionsschutzrechtlicher Sicht – und allein hierauf kommt es vorrangig an – sachlich nicht gerechtfertigt. ... Vielmehr üben ... die großflächigen Buchhandlungen, die oft als Filialen von überregionalen und regionalen Unternehmen betrieben werden, in den Fußgängerzonen und Einkaufszentren aufgrund ihrer Größe und ihrer Gestaltung eine nicht zu unterschätzende Anziehungswirkung auf das Einkaufspublikum aus. So geht der Senat auch davon aus, dass aufgrund einer im Vergleich zu anderen Geschäften des Einzelhandels relativ langen Verweildauer der Besucher von Buchhandlungen und durch das ständige Ergreifen und Wiederablegen der Bücher durch die potentiellen Käufer von diesen Buchhandlungen ein nicht zu unterschätzendes Infektionsrisiko ausgeht. Die Bedeutung des Versorgungsauftrages von Buchhandlungen, insbesondere im Hinblick auf die Presse- und Wissenschaftsfreiheit sowie die Befriedigung des schulischen Bedarfs, vermag keine andere Bewertung zu rechtfertigen, zumal dieser Versorgungsauftrag ohne Weiteres durch den Onlinebuchhandel und den kleinflächigen stationären Buchhandel erfüllt werden kann. Eine Notwendigkeit, großflächige Buchhandlungen über 800 qm zu privilegieren, ergibt sich aus dieser Argumentation jedoch nicht. Genauso verhält es sich mit dem großflächigen Fahrradhandel. Auch hier ist eine Versorgung der Bevölkerung durch kleinflächige Handelsbetriebe möglich.“

**Ergebnis:** Bzgl. der Beschränkung der Verkaufsfläche im Einzelhandel auf 800 qm ist die CoronaSchVO rechtswidrig. Im Übrigen ist die VO rechtmäßig und der Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO bleibt erfolglos.

BVerfG, Beschl. v. 07.04.2020 – 1 BvR 755/20, BeckRS 2020, 5317; ebenso BayVerfGH, Entsch. v. 26.03.2020 – 6-VII-20; BayVGH, Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632; SächsOVG, Beschl. v. 07.04.2020 – 3 B 111/20; HessVGH, Beschl. v. 08.04.2020 – 8 B 910/20. N; einschränkend SaarlVerfGH, Beschl. v. 28.04.2020 – Lv 7/20 zu den sehr weitgehenden Beschränkungen im Saarland; allgemein Guckelberger NVwZ-Extra 9a/2020.

OVG NRW, Beschl. v. 29.04.2020 – 13 B 512/20.NE; OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 29.04.2020 – OVG 11 S 30. 20; OVG Hamburg, Beschl. v. 30.04.2020 – 5 Bs 64/20; Nds OVG, Beschl. v. 27.04.2020 – 13 MN 98/20; SächsOVG, Beschl. v. 29.04.2020 – 3 B 144/20; OVG LSA, Beschl. v. 27.04.2020 – 3 R 52/20; HessVGH, Beschl. v. 29.04.2020 – 8 B 1039/20.N; insoweit auch VGH BW, Beschl. v. 30.04.2020 – 1 S 1101/20; a.A. OVG Saar, Beschl. v. 27.04.2020 – 2 B 143/20; VG Hamburg, Beschl. v. 22.04.2020 – 3 E 1675/20

BayVGH, Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20. 793 BeckRS 2020, 6630; ebenso VGH BW, Beschl. v. 30.04.2020 – 1 S 1101/20; ähnlich SächsOVG, Beschl. v. 12.05.2020 – 3 B 177/20 zur Ungleichbehandlung mit Möbelhäusern; offen gelassen von OVG NRW, Beschl. v. 30.04.2020 – 13 B 558/20. NE. Mittlerweile ist die Beschränkung auf 800 qm Verkaufsfläche in allen Ländern entfallen.

Trotz Rechtswidrigkeit haben BayVGH und VGH BW wegen der ohnehin bestehenden Befristung von einer Außervollzugsetzung abgesehen. Zwischenzeitlich ist diese Beschränkung in allen Ländern entfallen.

## Abwandlung

Bei **Anordnungen** nach § 28 Abs. 1 IfSG durch Allgemeinverfügung kommt ein Eilantrag vor dem Verwaltungsgericht in Betracht.

### A. Zulässigkeit eines Eilantrags

**I.** Der **Verwaltungsrechtsweg** ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet (s.o.).

**II.** Statthaft ist ein **Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung** nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO, wenn bei einem Verwaltungsakt Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung entfalten.

**1.** Bei Anordnungen nach § 28 Abs. 1 IfSG handelt es sich um Verwaltungsakte in Form der personenbezogenen **Allgemeinverfügung** i.S.d. § 35 S. 2 Fall 1 VwVfG. Dabei ist unerheblich, ob die Behörde überhaupt durch Allgemeinverfügung handeln durfte. Dies betrifft nicht die Rechtsnatur, sondern die Rechtmäßigkeit der Maßnahme.

**2.** Widerspruch und Anfechtungsklage haben nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 28 Abs. 3 i.V.m. § 16 Abs. 8 IfSG **keine aufschiebende Wirkung**. Der Aussetzungsantrag ist statthaft.

**III.** Die analog § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche **Antragsbefugnis** folgt daraus, dass A als Adressat der belastenden Maßnahmen geltend machen kann, in seinen Grundrechten, zumindest Art. 2 Abs. 1 GG, verletzt zu sein.

**IV.** Bedenken gegen das **Rechtsschutzbedürfnis** bestehen nicht, insbesondere sind Widerspruch und Anfechtungsklage nicht offensichtlich unzulässig. Eines vorherigen Aussetzungsantrags bei der Behörde nach § 80 Abs. 4 VwGO bedurfte es nicht, da kein Abgaben- und Kostenbescheid i.S.d. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 6 VwGO vorliegt.

**V.** Der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist **nicht fristgebunden**.

**VI. Richtiger Antragsgegner** ist analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Land, dessen Behörde gehandelt hat.

Der Antrag ist zulässig.

### B. Begründetheit des Antrags

Der Aussetzungsantrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist begründet, wenn aufgrund einer umfassenden **Güter- und Interessenabwägung** davon auszugehen ist, dass das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt. Diese Interessenabwägung richtet sich in erster Linie nach den **Erfolgsaussichten in der Hauptsache**. Bei gesetzlichem Ausschluss der aufschiebenden Wirkung überwiegt analog § 80 Abs. 4 S. 3 VwGO das Aussetzungsinteresse, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts bestehen.

**1. Ermächtigungsgrundlage** für die Anordnung ist § 28 Abs. 1 IfSG, dessen Voraussetzungen nach den obigen Ausführungen vorliegen.

**2.** Fraglich ist jedoch, ob die zuständige Behörde überhaupt **durch Allgemeinverfügung** handeln durfte. Dann müsste der **Adressatenkreis** bei Erlass der Anordnung nach allgemeinen Merkmalen **bestimmt** oder **bestimmbar** sein (§ 35 S. 2 VwVfG).

**a)** Bei **Kontakt-/Ausgangsbeschränkungen** wird dies teilweise verneint.

**VG München:** „[22] Zwar steht es angesichts fließender Übergänge zwischen abstrakt-genereller und konkret-individueller Regelung dem Hoheitsträger grundsätzlich frei, im Übergangsbereich entweder die Form der Normsetzung oder der Einzelfallentscheidung zu wählen, wenn – wie hier – der Erlass einer Rechtsverord-

Die Frage, wie die Behörde hätte handeln müssen, ist keine Frage der Rechtsnatur der Maßnahme, sondern ihrer Rechtmäßigkeit und daher nur im Rahmen der Begründetheit relevant (vgl. AS-Skript VwGO [2019], Rn. 201).

#### § 28 IfSG

(3) Für Maßnahmen nach den Absätzen 1 und 2 gilt § 16 Abs. 5 bis 8 ... entsprechend.

#### § 16 IfSG

(8) Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Maßnahmen nach den Absätzen 1 bis 3 haben keine aufschiebende Wirkung.

VG München, Beschl. v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252, BeckRS 2020, 6126; ebenso Beschl. v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1255, BeckRS 2020, 4632; Siegel NVwZ 2020, 577, 579

nung nicht zwingend vorgeschrieben (allerdings nach § 32 IfSG möglich) ist. Dieser Übergangs- bzw. Grenzbereich ist jedoch vorliegend verlassen, da die begrifflichen Voraussetzungen eines Verwaltungsakts hinsichtlich der in Nr. 1 der streitgegenständlichen Allgemeinverfügung getroffenen Regelung nicht vorliegen. Nr. 1 der Allgemeinverfügung, wonach jeder angehalten ist, physische Kontakte zu anderen Personen zu vermeiden und einen Mindestabstand von 1,5 m einzuhalten hat, richtet sich an jedermann, also alle Personen, die in Bayern ihren Wohnsitz haben oder sich auch nur künftig dort aufhalten. Damit betrifft die Regelung jedenfalls keinen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbareren Personenkreis, zumal sie mit Menschen, die sich nur zeitweise in Bayern aufhalten oder erst nach Erlass der Verfügung nach Bayern kommen, auch Personen betreffen kann, die bei Erlass der Verfügung hiervon noch nicht betroffen waren und auch nicht anhand sonstiger, konkreter der Gattung nach bestimmbarer Merkmale vorab bestimmt werden können. Adressat ist damit ein unbestimmter Personenkreis.“

**b)** Anders sieht dies die Rspr. bei sonstigen Maßnahmen nach § 28 Abs. 1 IfSG, z.B. bei Schließungsanordnungen für den Einzelhandel.

**BayVGH:** „[7] Die Anordnung durfte in Form der personalen Allgemeinverfügung ergehen, weil es sich um die Regelung eines Einzelfalls für den bestimmten Personenkreis der Inhaber von Ladengeschäften des Einzelhandels, mithin um eine konkret-generelle Regelung handelt. Ihr Regelungsgehalt bezieht sich ausschließlich auf die infektionsschutzrechtlich notwendige Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2, das sich seit Februar 2020 epidemisch in Deutschland verbreitet und mithilfe der Regelungen in der streitgegenständlichen Allgemeinverfügung an einer raschen Ausbreitung gehindert werden soll, weshalb der zeitliche Geltungsbe- reich der Allgemeinverfügung ... befristet ist.“

Vom Kontaktverbot ist dagegen praktisch wie theoretisch **jedermann** betroffen. Hier lässt sich die Bestimmbarkeit – anders als z.B. bei Versammlungsverboten – auch nicht durch Bezug zu einem konkreten Sachverhalt erreichen.

**VG München:** „[23] Wenngleich die Regelung zeitlich befristet und anlassbezogen ergangen ist, kann wohl überdies auch nicht mehr davon ausgegangen werden, dass sie sich auf einen konkreten, abgrenzbaren Lebenssachverhalt bezieht. Vielmehr handelt es sich um eine abstrakt-generelle Regelung, die den Alltag aller in Bayern lebender oder dort aufhältiger Personen betrifft und sich massiv auf alle Lebensbereiche auswirkt.“

Anders als andere Einzelmaßnahmen nach § 28 Abs. 1 IfSG durfte das Kontaktverbot bzw. eine allgemeine Ausgangsbeschränkung daher nicht durch Allgemeinverfügung ergehen. Diese ist rechtswidrig, sodass insoweit das Aussetzungsinteresse des A das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt. Die übrigen Maßnahmen sind dagegen rechtmäßig. Aufgrund der gesetzlichen Wertung der §§ 28 Abs. 3, 16 Abs. 8 IfSG überwiegt insoweit das öffentliche Vollzugsinteresse, ohne dass es eines besonderen Vollzugsinteresses im Einzelfall bedarf.

**Ergebnis:** Bzgl. des Kontaktverbots wird die aufschiebende Wirkung angeordnet, im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Entscheidungen zeigen, dass sich im Rahmen der Corona-Pandemie im Infektionsschutzrecht die üblichen Probleme im Spannungsfeld zwischen Ordnungsrecht und Grundrechten ergeben. Der ursprüngliche Beitrag ist in der RÜ 2020, 383 ff. erschienen. Aufgrund der dynamischen Entwicklung der Rechtslage und der Rechtsprechung haben sich seit Drucklegung folgende examensrelevante **Ergänzungen** ergeben (Stand: 01.06.2020):

Die Frage gehört seit dem Endiviensalafall (BVerwGE 12, 87, 89) zu den Standardproblemen des Allgemeinen Verwaltungsrechts (dazu AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 [2019], Rn. 282).

BayVGH, Beschl. v. 30.03.2020 – 20 CS 20.611, BeckRS 2020, 4616; allgemein Guckelberger NVwZ-Extra 9a/2020, S. 1, 14 zum Nebeneinander von RechtsVO und Allgemeinverfügung, dazu auch Siegel NVwZ 2020, 577, 579.

VG München, Beschl. v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252, BeckRS 2020, 6126; a.A. VG Saarlouis, Beschl. v. 30.03.2020 – 6 L 340/20, BeckRS 2020, 4980: Pandemie reicht als konkreter Sachverhalt aus.

Zur Mundschutzpflicht durch Allgemeinverfügung VG Gera, Beschl. v. 03.04.2020 – 3 E 432/20; bei Regelung in RechtsVO OVG NRW, Beschl. v. 30.04.2020 – 13 B 539/20; HessVGH, Beschl. v. 05.05.2020 – 8 B 1153/20.N; BayVGH, Beschl. v. 07.05.2020 – 20 NE 20.926

Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 19.05.2020 – 13 B 557/20.NE, BeckRS 2020, 9803; BayVGH, Beschl. v. 17.05.2020 – 20 NE 20.843, BeckRS 2020, 8313; VGH BW, Beschl. v. 13.05.2020 – 1 S 1314/20, BeckRS 2020, 8657; OVG Saar, Beschl. v. 13.05.2020 – 2 B 175/20, BeckRS 2020, 8498; OVG SH, Beschl. v. 13.05.2020 – 3 MR 14/20, BeckRS 2020, 9078; HessVGH, Beschl. v. 05.05.2020 – 8 B 1153/20.N, BeckRS 2020, 7654 u.v.m.

BayVGH, Beschl. v. 17.05.2020 – 20 NE 20.843, BeckRS 2020, 8313; ebenso OVG NRW, Beschl. v. 19.05.2020 – 13 B 557/20.NE, BeckRS 2020, 9803

OVG NRW, Beschl. v. 19.05.2020 – 13 B 557/20.NE, BeckRS 2020, 9803

HessVGH, Beschl. v. 05.05.2020 – 8 B 1153/20.N, BeckRS 2020, 7654; ebenso OVG SH, Beschl. v. 13.05.2020 – 3 MR 14/20

OVG NRW, Beschl. v. 19.05.2020 – 13 B 557/20.NE, BeckRS 2020, 9803; ebenso BayVGH, Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.1069, BeckRS 2020, 10401

OVG NRW, Beschl. v. 19.05.2020 – 13 B 557/20.NE; BeckRS 2020, 9803

## I. Kontaktbeschränkungen, Mindestabstand, Maskenpflicht

Nach den Ende April 2020 in Kraft getretenen Lockerungen hat sich die Rspr. im Mai vor allem mit Kontaktbeschränkungen, Mindestabstand und Maskenpflicht als Schutzmaßnahmen i.S.d. § 32 S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 InfSG beschäftigt. Die **Verhältnismäßigkeit** der Eingriffe in die **allgemeine Handlungsfreiheit** (Art. 2 Abs. 1 GG) (bzw. bei der Maskenpflicht auch in das **Allgemeine Persönlichkeitsrecht** aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) wurde durchweg bejaht.

**1. HessVGH:** „[24] Der Eingriff erfolgt zu einem **legitimen Zweck**, nämlich dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere einer Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems.“

**2. Geeignet** ist eine Maßnahme bereits dann, wenn sie diesen Zweck fördert, eine Zweckerreichung ist nicht erforderlich.

**BayVGH** (Maskenpflicht): „[20] Die Eignung sogenannter ‚Community-Masken‘ als Mittel zur Verringerung der Infektionszahlen ist zwar bisher nicht wissenschaftlich nachgewiesen. Gleichwohl dürfte auch die Anordnung zum Tragen von Mund-Nasen-Bedeckungen ohne Qualitätsnachweis noch vom Wortlaut des § 28 Abs. 1 InfSG gedeckt sein, weil nach derzeitiger Erkenntnislage zumindest viel dafür spricht, dass auch die Community-Masken bei sachgemäßer Anwendung und ergänzender Beachtung der allgemein geltenden Abstands- und Hygieneregeln einen **gewissen Fremdschutz** gewährleisten und das **Infektionsrisiko** insoweit **verringern** können, als der Tröpfchenauswurf in die Umgebungsluft durch eine stoffliche Barriere vor Mund und Nase reduziert wird.“

**OVG NRW** (Kontaktverbot und Abstandsgebot): „[43] Für ihre (fortbestehende) Tragfähigkeit spricht nicht zuletzt auch, dass es ... zwischenzeitlich zu einem deutlichen Rückgang der registrierten Neuinfektionen gekommen ist.“

**3. Erforderlich** ist die Maßnahme nur, wenn es kein gleichwirksames, aber weniger belastendes Mittel gibt.

**HessVGH** (Maskenpflicht): „[24] Zwar sind Selbstisolierung bei Erkrankung, eine gute Händehygiene, Einhalten von Husten- und Niesregeln sowie das Abstandhalten (mindestens 1,5 m) nach wie vor die wichtigsten und effektivsten Maßnahmen. Daneben ist jedoch nach derzeitigem Erkenntnisstand auch das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes als ein weiterer Baustein zur Bekämpfung der Pandemie insbesondere angesichts zahlreicher unbemerkter Übertragungen vor dem Auftreten von Krankheitssymptomen sinnvoll.“

**OVG NRW:** Die **Kontaktbeschränkungen** und das in diesem Zusammenhang verordnete **Abstandsgebot** ... dürften auch erforderlich sein. Mildere aber gleich effektive Mittel sind nicht ersichtlich. Insbesondere zeigen Untersuchungen, dass aufgrund der frühen Infektiosität bereits vor dem Auftreten von Krankheitssymptomen ein hoher Anteil von Übertragungen unbemerkt erfolgt, so dass diese durch eine Verhaltensänderung des Betroffenen (wie eine Selbstquarantäne) nicht verhindert werden können.“

**4. Angemessen** sind die Maßnahmen, wenn sie nicht zu Nachteilen führen, die zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis stehen.

**OVG NRW:** „[56]... [Die betroffenen Grundrechte] treten hier jedoch angesichts der weiterhin drohenden Überforderung des Gesundheitswesens gegenüber dem mit der Verordnung bezweckten Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) zurück. [57] Im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen ist, dass die Kontaktbeschränkungen und das Abstandsgebot nur Zusammenkünfte und Ansammlungen im öffentlichen Raum betreffen, Treffen in häuslicher Umgebung hingegen nicht verboten sind. [58] [Auch die Maskenpflicht erweist sich] als angemessen. So sieht die Regelung keine generelle ‚Maskenpflicht‘ im öffentlichen Raum vor, sondern beschränkt die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung räumlich und zeitlich auf bestimmte soziale Situationen.“

## II. Verfassungsbeschwerden für und gegen Lockerungen

1. In einem Eilverfahren (§ 32 BVerfGG) zu einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG) beehrte der Beschwerdeführer, der sich aufgrund seines Lebensalters einer **Risikogruppe** zurechnete, Bund und Länder zu verpflichten, die **Lockerungen zurückzunehmen**, da sie sein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) verletzen.

„[6]... Zwar ist das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, sondern umfasst auch die Pflicht, sich schützend und fördernd vor das Leben der Einzelnen zu stellen sowie vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit zu schützen. Doch kommt dem Gesetzgeber auch dann, wenn er dem Grunde nach verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen, ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.“

BVerfG, Beschl. v. 12.05.2020 – 1 BvR 1027/20, BeckRS 2020, 8419

Deshalb kann das BVerfG die **Verletzung einer Schutzpflicht** nur feststellen, wenn Schutzvorkehrungen entweder **überhaupt nicht** getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen **offensichtlich ungeeignet** oder **völlig unzulänglich** sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie **erheblich hinter dem Schutzziel** zurückbleiben.

„[7]... Das ist hier nicht ersichtlich. Dabei wird nicht verkannt, dass mit Leben und körperlicher Unversehrtheit überragend wichtige Rechtsgüter in Rede stehen. Auch kann angenommen werden, dass die **vollständige soziale Isolation der gesamten Bevölkerung den besten Schutz gegen eine Infektion** bietet. Doch überschreitet der Gesetzgeber seine Einschätzungsprärogative nicht, wenn er **soziale Interaktion unter bestimmten Bedingungen zulässt**. Nur so kann er nicht zuletzt auch **anderen grundrechtlich geschützten Freiheiten** Rechnung tragen. Desgleichen kann der Gesetzgeber die **gesellschaftliche Akzeptanz** der angeordneten Maßnahmen berücksichtigen und ein behutsames oder auch wechselndes Vorgehen im Sinne langfristiger wirksamen Lebens- und Gesundheitsschutzes für angezeigt halten.“

2. In einem anderen Verfahren beehrte der Beschwerdeführer, die Maßnahmen für unter 60 Jahre alte Menschen **weiter zu lockern**. Die andauernden Maßnahmen verletzen ihn als Angehörigen der **Nicht-Risikogruppen** in seinen Grundrechten, insbes. aus Art. 2 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG.

BVerfG, Beschl. v. 13.05.2020 – 1 BvR 1021/20, BeckRS 2020, 8418

„[10] Wenn wie hier die Freiheits- und Schutzbedarfe der **verschiedenen Grundrechtsträger in unterschiedliche Richtung** weisen, haben der Gesetzgeber und auch die von ihm zum Verordnungserlass ermächtigte Exekutive nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von Verfassungs wegen einen **Spielraum für den Ausgleich dieser widerstreitenden Grundrechte**. Im vorliegenden Fall besteht dabei wegen der im fachwissenschaftlichen Diskurs auftretenden Ungewissheiten und der damit unsicheren Entscheidungsgrundlage auch ein tatsächlicher **Einschätzungsspielraum**.“

[9]... Nach dem Grundgesetz ist der Staat nicht darauf beschränkt, den Schutz gesundheits- und lebensgefährdeter Menschen **allein durch Beschränkungen ihrer eigenen Freiheit** zu bewerkstelligen. Vielmehr darf der Staat Regelungen treffen, die auch den **vermutlich gesünderen und weniger gefährdeten Menschen** in gewissem Umfang Freiheitsbeschränkungen abverlangen, wenn gerade hierdurch auch den stärker gefährdeten Menschen, die sich ansonsten über längere Zeit vollständig aus dem Leben in der Gemeinschaft zurückziehen müssten, ein gewisses Maß an gesellschaftlicher Teilhabe und Freiheit gesichert werden kann.“

Beide Verfassungsbeschwerden bzw. Eilverfahren blieben daher erfolglos.

**RA Horst Wüstenbecker**