

Handbuch Infektionsschutzrecht

Huster / Kingreen

2021

ISBN 978-3-406-76020-4

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

onsherd begründet die Wahrscheinlichkeit, dass es zur Infektion und damit zu Schäden an der Gesundheit oder sogar zum Tod derjenigen Personen kommt, die durch den Herd infiziert werden. Nur dann können die zuständigen Behörden gegen Erreger übertragbarer Krankheiten vorgehen, nicht etwa gegen Erreger in Forschungseinrichtungen oder sonstigen Laboren, in denen die Verbreitung einer entsprechenden Erkrankung nicht zu befürchten ist.

Die **Verantwortlichkeit** für die Maßnahmen nach §§ 16–19 IfSG richtet sich nach der Inhaberschaft der tatsächlichen Gewalt. In den Kategorien des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts wird insoweit eine spezielle Verantwortlichkeit des Zustandsstörers etabliert. Bei ihr wird nicht zwischen Fällen unterschieden, in denen lediglich einem Gefahrverdacht nachgegangen wird, und solchen, bei denen bereits eine Gefahr vorlag. Die Verantwortlichkeit bezieht also den Verdachtsstörer ein. Entsprechend sieht § 65 Abs. 1 IfSG für die Maßnahmen nach §§ 16 und 17 IfSG eine Entschädigungsregelung vor (dazu Kap. 9), soweit sich der Verdacht nicht bestätigt.

Mit der Ermächtigung zu den „notwendigen Maßnahmen“ enthalten die Generalklauseln in dem Abschnitt zur Verhütung übertragbarer Krankheiten einen Hinweis auf den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**. Soweit die Maßnahmen mit Grundrechtseingriffen verbunden sind, muss er bereits von Verfassung wegen berücksichtigt werden. Die Maßnahmen müssen also nicht nur, wie es der Gesetzeswortlaut verlangt, geeignet und erforderlich sein, sondern auch angemessen. Soweit darauf hingewiesen wird, dass Maßnahmen nach den §§ 16 und 17 IfSG bereits weitreichenden Charakter haben können,⁹⁸ ist dies theoretisch möglich, trifft aber nicht mehr die Situation nach dem Ausbruch der Corona-Epidemie. Theoretisch ist es denkbar, dass bereits das Entstehen eines Infektionsherds und die Abwehr der mit ihm verbundenen Übertragungsgefahr mit Maßnahmen verhütet werden soll, wie sie zur Bekämpfung der Verbreitung des Corona-Virus eingesetzt wurden. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass allgemeine Schutzmaßnahmen, wie Veranstaltungs- und Ausgehverbote, in einem ähnlichen Umfang erforderlich werden könnten wie bei der Bekämpfung einer bereits ausgebrochenen Epidemie. Für Maßnahmen nach den §§ 16 und 17 IfSG werden sich daher Fragen der Verhältnismäßigkeit nicht in der Schärfe stellen wie für Maßnahmen nach dem fünften Abschnitt des Gesetzes.

Gegenüber dem allgemeinen Polizeirecht weisen die Generalklauseln des Infektionsschutzrechts insoweit eine interessante Struktur auf, als sie zwar auch den Kreis der Maßnahmen lediglich final begrenzen, aber den Behörden **kein Entschließungsermessen** einräumen. Die zuständigen Behörden sind vielmehr zum Einschreiten verpflichtet. Durch die Weite des lediglich final begrenzten Maßnahmenbegriffs bleibt ihnen aber ein sehr weites **Maßnahmeermessen**. Dieses wird Behörden nicht nur über Kann-Bestimmungen eingeräumt. Vielmehr entsteht Ermessen auch dadurch, dass die Beschreibung der Rechtsfolge notwendigerweise die zu treffenden Maßnahmen nicht vollständig spezifizieren kann. Deskriptiv ist die Welt für uns unerschöpflich.⁹⁹ Unsere Beschreibungen ihrer Zustände müssen notwendigerweise einzelne Aspekte offenlassen. Daher geht mit der Anwendung einer jeden Rechtsnorm notwendig ein Maßnahmeermessen einher. Hans Kelsen hat dies bereits trefflich hervorgehoben: „Selbst ein noch so ins Einzelne gehender Befehl, muss dem ihn Vollziehenden eine Fülle von Bestimmungen überlassen. Trifft das Organ A die Anordnung, dass das Organ B den Untertan C verhaften solle, so muss das Organ B nach eigenem Ermessen entscheiden, wann und wo und wie es den Haftbefehl verwirklichen will, Entscheidungen, die von äußeren Umständen abhängen, die das anordnende Organ nicht vorausgesehen hat und zum großen Teil auch nicht voraussehen kann.“¹⁰⁰ So wie dies bereits für einen „noch so ins Einzelne gehende[n] Befehl“ gilt, gilt dies umso mehr, je weniger die Bestimmung der Rechtsfolgen „ins Einzelne“ geht. Besonders groß ist der

⁹⁸ *Fleischfresser* in Kluckert Infektionsschutzrecht § 13 Rn. 15.

⁹⁹ *Keil* in Keil/Tietz Phänomenologie und Sprachanalyse.

¹⁰⁰ *Kelsen* Reine Rechtslehre, 1934, 91.

Ermessensspielraum, der durch die notwendige Unvollständigkeit unserer Beschreibungen von Rechtsfolgen entsteht, wenn sie, wie typischerweise im Gefahrenabwehrrecht, nur final eingegrenzt sind. Die Behörde kann dann zwischen allen Maßnahmen wählen, die nur irgendwie geeignet sind, die Gefahr zu erforschen oder abzuwehren. Für §§ 16 und 17 IfSG bedeutet dies, dass die Behörde grundsätzlich über ein Maßnahmeermessen verfügt, das alle Maßnahmen einschließt, die entweder zur Erforschung eines Infektionsherds oder zur Abwehr einer Ausbruchsgefahr geeignet sind. Auch wenn die Generalklauseln der §§ 16 und 17 IfSG als zwingende Normen ausgestaltet sind, verfügen die zuständigen Behörden daher über ein Maßnahmeermessen, das demjenigen im allgemeinen Polizeirecht entspricht.

- 62 Das **Maßnahmenauswahlermessen** wird aber durch allgemein zu beachtende rechtliche Vorgaben wie den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** diszipliniert. Die zuständigen Behörden dürfen mithin nur zu denjenigen geeigneten Maßnahmen greifen, die notwendig und angemessen sind. Doch ist zu bedenken, dass für die Geeignetheit bereits genügt, dass eine Maßnahme den Infektionsschutzzweck überhaupt nur fördert. Von den in diesem Sinn infektionsschutzförderlichen Maßnahmen werden lediglich diejenigen ausgeschlossen, für die weniger belastende Alternativen zur Verfügung stehen oder die sich angesichts ihrer geringeren infektionsschützenden Wirkung im Vergleich zu den betroffenen Rechtsgütern als unangemessen erweisen.
- 63 Bei dem Maßnahmeermessen darf sich die zuständige Behörde, wie auch sonst im Gefahrenabwehrrecht, nicht allein durch das Ziel der Gefahrenabwehr leiten lassen. Das Maßnahmeermessen eröffnet ihr einen Raum für Zweckmäßigkeitsüberlegungen. Bei diesen muss die Behörde andere relevante Gesichtspunkte des Gemeinwohls und nicht zuletzt die Grundrechtspositionen der durch die Maßnahmen direkt oder mittelbar Betroffenen mit in die Ermessenserwägungen einbeziehen, wenn Letztere nicht ohnehin schon zur Unverhältnismäßigkeit einer Maßnahme führen. Einzubeziehen sind auch die sozialen und volkswirtschaftlichen Kosten der ihr zur Verfügung stehenden Mittel.¹⁰¹ Für die Maßnahmen nach § 28a IfSG weist § 28a Abs. 6 S. 2 IfSG auf diese Abwägungsaspekte auch noch einmal ausdrücklich hin. Würden sie nicht berücksichtigt, wären die Entscheidungen wegen eines **Ermessensdefizits** im Sinn von § 40 VwVG iVm § 114 VwGO ermessensfehlerhaft. Zu welchem Ergebnis die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens hinsichtlich einer konkreten Verhütungsmaßnahme kommt, ist ihr im Rahmen der gesetzlichen Grenzen des Ermessens nicht vorgegeben. Das fehlende Entschließungsermessen verbietet ihr lediglich, untätig zu bleiben.

2. Verhütungsverordnungen

- 64 Für seine Verordnungsermächtigungen bedient sich das Infektionsschutzgesetz der **Verweisungen**. Die Verordnungsermächtigung zur Verhütung übertragbarer Krankheiten in § 17 Abs. 4 IfSG bestimmt, dass Gebote und Verbote zur Verhütung übertragbarer Krankheiten unter den Voraussetzungen von § 16 IfSG vorgesehen werden können. Daneben finden sich in § 17 Abs. 5 IfSG noch besondere Verordnungsermächtigungen zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten durch Gesundheitsschädlinge.¹⁰²
- 65 Die Verweisung in § 17 Abs. 4 IfSG ist jedoch interpretationsbedürftig, da die auf Einzelmaßnahmen in Form von Verwaltungsakten und Realakten zugeschnittenen Tatbestände der §§ 16 und 17 Abs. 1 IfSG nicht ohne Weiteres für die gänzlich anders geartete Handlungsform der Verordnung passend sind. Würde man die Verweisung wörtlich nehmen, so setzte auch die Verordnungsermächtigung jeweils das Vorliegen einer **konkreten**

¹⁰¹ Dazu bedarf es nicht der Annahme von Einschätzungsprärogativen oder Beurteilungsspielräumen; vgl. aber *Fleischfresser* in Kluckert Infektionsschutzrecht § 13 Rn. 16.

¹⁰² Zur Verfassungsmäßigkeit der Verordnungsermächtigungen s. o. Rn. 42.

Gefahr, die von einem Infektionsherd ausgeht, oder jedenfalls eines entsprechenden konkreten Gefahrverdachts voraus. Die Handlungsform der Verordnung ist aber auf eine abstrakt-generelle Regelung gerichtet, die ihrer Natur nach auch Fälle erfassen kann, in denen keine konkrete Gefahr und kein konkreter Gefahrverdacht vorliegt. Typischerweise werden etwa Hygieneverordnungen auf § 17 Abs. 4 S. 1 IfSG gestützt,¹⁰³ die unabhängig davon Anwendung finden sollen, ob in einem bestimmten Betrieb eine konkrete Gefahr oder ein konkreter Gefahrverdacht eines Infektionsherds besteht. Man wird die Verordnungsermächtigungen daher so auslegen müssen, dass sie die der Handlungsform entsprechende Anwendung der Voraussetzungen der §§ 16 und 17 IfSG verlangen. Für den Erlass einer Verordnung zur Verhütung übertragbarer Krankheiten ist demnach eine **abstrakte Gefahr** oder ein abstrakter Gefahrverdacht erforderlich. Es ist also ausreichend, dass typischerweise eine Gefahr oder ein Gefahrverdacht des Auftretens einer übertragbaren Krankheit vorliegt.

III. Bekämpfung übertragbarer Krankheiten

Ist eine übertragbare Krankheit erst einmal ausgebrochen, geht es um die **Bekämpfung** 66 ihrer weiteren **Verbreitung**. Davon handelt der fünfte Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes. Wie der vierte Abschnitt operiert er mit Generalklauseln sowohl für Verwaltungsakte als auch für Rechtsverordnungen. Noch deutlicher unterscheidet der fünfte Abschnitt zwischen Maßnahmen der Gefahrforschung, die im Gesetz als Ermittlungsmaßnahmen firmieren, und solchen der Gefahrenabwehr, die das Gesetz als Schutzmaßnahmen bezeichnet.

1. Gefahrforschungseingriffe

Den **Gefahrforschungsmaßnahmen** hat der fünfte Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes mit den §§ 25–27 IfSG eigene Vorschriften gewidmet. Für die Gefahrermittlungsmaßnahmen hat sich allerdings der Bezugspunkt geändert. Gegenstand der Ermittlung sind nicht mehr Infektionsherde, von denen eine Übertragung auf den Menschen ausgehen kann, sondern nach dem Ausbruch einer übertragbaren Krankheit diejenigen Personen, die krank, krankheitsverdächtig, ansteckungsverdächtig oder Ausscheider sein können. Die Vorschrift gilt der Ermittlung der Gefahr eines anderen Schadensereignisses, vor dem das Schutzgut der Gesundheit bewahrt werden soll. Es geht nicht mehr um die Verhinderung des Ausbruchs einer übertragbaren Krankheit, sondern um die Verhinderung ihrer Weiterverbreitung.

Auf der Grundlage von § 25 IfSG können die Behörden Ermittlungen zu **Art, Ursache,** 68 **Ansteckungsquelle** und Ausbreitung einer Krankheit anstellen. Dies dient vor allem dazu, Maßnahmen vorzubereiten, die die Ausbreitung der übertragbaren Krankheit bekämpfen. Dazu können die Behörden bei den behandelnden Medizinern Informationen einholen oder die betroffenen Personen dazu verpflichten, sich durch das Gesundheitsamt untersuchen zu lassen. Sie dürfen zudem die Wohnung der Betroffenen aufsuchen, weshalb nicht nur die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit der Person als eingeschränkte Grundrechte genannt sind, sondern auch Art. 13 Abs. 1 GG.

Da es sich um Gefahrermittlungsmaßnahmen handelt, lässt § 25 Abs. 1 IfSG zutreffend 69 ausreichen, dass eine Ansteckungsgefahr „anzunehmen“ ist. Bei Gefahrermittlungsmaßnahmen reicht der **Gefahrverdacht** aus, da es häufig gerade darum geht, das Vorliegen einer Übertragungsgefahr überhaupt erst zu ermitteln.

Im gefahrenabwehrrechtlichen Sinn **verantwortlich** sind zum einen diejenigen, die mit 70 der übertragbaren Krankheit bereits in Kontakt gekommen sind und bei denen die Möglichkeit besteht, dass sie die Erkrankung weiter übertragen. Bei ihnen geht es darum,

¹⁰³ S. etwa MedHygV Bay v. 1.12.2010 (GVBl. 817); HygVO Saarl v. 16.4.2014 (ABl. I 147).

Quellen, Ursachen und Art der Erkrankung zu ermitteln. Zu ihnen zählt das Gesetz Krankheitsverdächtige, bei denen Symptome eine übertragbare Krankheit vermuten lassen (§ 2 Nr. 5 IfSG). Ferner können sich Maßnahmen gegen Ausscheider i. S. v. § 2 Nr. 6 IfSG richten, die Krankheitserreger ausscheiden und dadurch eine Ansteckungsquelle für die Allgemeinheit sein können, ohne krank oder krankheitsverdächtig zu sein. Gerade in der Corona-Epidemie hat sich herausgestellt, wie gefährlich gerade **Ausscheider** für die Ausbreitung einer übertragbaren Krankheit sein können, da sie die Krankheit unwissentlich und unerkennbar verbreiten können. Ebenfalls verpflichtet sind **Ansteckungsverdächtige** i. S. v. § 2 Nr. 7 IfSG, von denen anzunehmen ist, dass sie Krankheitserreger aufgenommen haben, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein, d. h. die sich infiziert haben könnten, ohne aber selbst bereits infektiös zu sein. Ansteckungsverdächtige zu ermitteln, kann sinnvoll sein, wenn die Krankheit erst nach einer gewissen Inkubationszeit infektiös wird.

- 71 Die Untersuchungsmaßnahmen sind durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt. Das Gesetz bringt dies dadurch zum Ausdruck, dass es die Ermittlungen auf die erforderlichen begrenzt. Da mit den Untersuchungsmaßnahmen bei den Betroffenen regelmäßig Grundrechtseingriffe verbunden sind, ist das Erforderlichkeitskriterium verfassungsgeleitet im Sinne eines Verweises auf den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** zu verstehen. Dies kommt bereits durch das Gesetz selbst zum Ausdruck, da es Kriterien für die Angemessenheit des Eingriffs spezifiziert. § 25 Abs. 3 S. 3 IfSG macht deutlich, dass besonders invasive Eingriffe, die eine Betäubung erfordern, nur mit Einwilligung des Betroffenen vorgenommen werden dürfen. Die Regelung sorgt dafür, dass die Angemessenheit des Untersuchungseingriffs gewahrt bleibt. Zudem werden zulässige Untersuchungsmaßnahmen in § 25 Abs. 3 Nr. 1 IfSG beispielhaft näher konkretisiert und bilden damit einen Anhaltspunkt für die Beurteilung der durch das Gesetz für angemessen erachteten Untersuchungsmaßnahmen.
- 72 Auffällig ist, dass das Infektionsschutzgesetz **Gefahrermittlungsmaßnahmen** nach §§ 25–27 IfSG nicht in die **Verordnungsermächtigungen** nach § 32 IfSG aufgenommen hat. Dies zeigt sich nicht nur im Wortlaut, sondern auch daran, dass die körperliche Unversehrtheit in § 32 S. 3 IfSG nicht in den Kreis der durch die Verordnungsermächtigung betroffenen Grundrechte aufgenommen worden ist. In der Corona-Epidemie lassen sich also Untersuchungspflichten etwa für **Rückkehrer aus Risikogebieten** nicht auf § 32 i. V. m. §§ 25–27 IfSG stützen. Dafür besteht vielmehr eine besondere Anordnungsermächtigung des Bundesministeriums für Gesundheit in § 36 Abs. 7 IfSG, von der der Bund auch Gebrauch gemacht hat.¹⁰⁴ Hinter dieser besonderen Verordnungsermächtigung des Bundes steht das verständliche Bestreben, gegenüber den Risikogebieten im Ausland eine einheitliche Haltung einzunehmen. Die Länder haben damit aber keine Möglichkeit, entsprechende Untersuchungspflichten für ihre Landesgebiete oder ihre Regionen durch Rechtsverordnung einzuführen.¹⁰⁵ Testpflichten können allenfalls aus besonderem Anlass für sehr umgrenzte Gebiete bzw. für einen eingeschränkten Personenkreis im Wege der Allgemeinverfügung erlassen werden. Dies kann etwa Betriebe und deren Mitarbeiter betreffen, in denen es zu einem größeren Infektionsgeschehen gekommen ist.¹⁰⁶

¹⁰⁴ § 1 Verordnung zur Testpflicht von Einreisenden aus Risikogebieten vom 6.8.2020, BAnz AT 7.8.2020 V1.

¹⁰⁵ Zu den ebenfalls an einen Aufenthalt in Risikogebieten anknüpfenden Quarantänebestimmungen in Landesverordnungen s. u. Rn. 102. Zum Teil ergeben sich aus ihnen Untersuchungsobliegenheiten.

¹⁰⁶ Vgl. VG Münster Beschl. v. 6.8.2020, 5 L 596/20 (BeckRS 2020, 18971), Rn. 16, 23, das eine – allerdings auf § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG gestützte – Verfügung, die pauschal alle fleischverarbeitenden Betriebe unabhängig von dem jeweiligen betrieblichen Infektionsgeschehen zu Testungen des Personals verpflichtete, im einstweiligen Rechtsschutz für unverhältnismäßig erachtete.

2. Schutzmaßnahmen

Die §§ 28–32 IfSG regeln vom Infektionsschutzgesetz als Schutzmaßnahmen bezeichnete 73 Realakte, Verwaltungsakte und Verordnungen der zuständigen Behörden zur Abwehr von weiteren Gesundheitsschädigungen durch die Übertragung einer bereits ausgebrochenen Infektion. Die **Struktur** der Bekämpfungsvorschriften orientiert sich ganz an dem aus dem **allgemeinen Gefahrenabwehrrecht** her vertrauten Schema: Der Grund wird durch eine weit gefasste Generalklausel zur Verbreitungsbekämpfung in § 28 IfSG gelegt; dann folgen in den §§ 29–31 IfSG Regelungen zu allgemeinen Standardmaßnahmen, die für den Verbreitungsschutz eingesetzte Instrumente typisieren; § 28a IfSG sieht spezielle Standardmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vor; den Abschluss bildet eine Verordnungsgeneralklausel, wie sie sich ebenfalls in allen allgemeinen Gefahrabwehrregelungen findet.

Als allgemeine **Standardmaßnahmen** benennt das Gesetz die **Beobachtung** von 74 Kranken (§ 30 IfSG), Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern (§ 29 IfSG), deren **Absonderung** (§ 30 IfSG) und den Erlass beruflicher **Tätigkeitsverbote** (31 IfSG). In der Corona-Pandemie haben diese allgemeinen Standardmaßnahmen als solche keine bedeutende Rolle gespielt. Sie wurden jedoch jedenfalls zum Teil bei Erlass von Corona-Verordnungen in Bezug genommen, da die Verordnungsermächtigung in § 32 Abs. 1 S. 1 IfSG gerade auch auf die Standardmaßnahmen verweist und damit zu erkennen gibt, dass sie davon ausgeht, dass diese auch im Wege der Verordnung angeordnet werden können. Im Folgenden werden daher die allgemeinen Standardmaßnahmen lediglich insoweit weiter erläutert, wie sie für die Corona-Regelungen im Rahmen der Generalklausel Bedeutung entfaltet haben.

Vor dem Ausbruch der Pandemie waren weder die **Generalklauseln** in § 28 Abs. 1 S. 1 75 IfSG und § 32 Abs. 1 S. 1 IfSG noch die allgemeinen Standardmaßnahmen der §§ 29–31 IfSG **forensisch auffällig**.¹⁰⁷ So finden sich einige Entscheidungen zu Schulbetretungsverboten insbesondere wegen Masernausbrüchen¹⁰⁸ oder zu eingeschränkten beruflichen Tätigkeitsverboten¹⁰⁹. Die in der Rechtsprechung diskutierten Maßnahmen waren allerdings nicht annähernd von der Radikalität wie die Maßnahmen im Zusammenhang mit dem **Corona-Ausbruch**. Auf beide Generalklauseln wurde im Zusammenhang mit diesem pandemischen Ereignis eine Fülle zum Teil **einschneidendster Schutzmaßnahmen** gestützt, die Grundrechte in einer Breite eingeschränkt haben, wie dies noch nie zuvor in der Geschichte der Bundesrepublik als notwendig erachtet wurde. Die Maßnahmen reichten von Kontakt- über Ansammlungs- und Berufsverbote bis zu allgemeinen Ausgangsbeschränkungen. Dem flächendeckenden Charakter einer Pandemie entsprach es, dass diese Maßnahmen nicht gegen Einzelne getroffen wurden, sondern flächendeckend für alle im Anwendungsbereich der entsprechenden Regelung galten.

Im Dritten Bevölkerungsschutzgesetz hat der Gesetzgeber die bislang im Rahmen der Corona-Pandemie ergriffenen Maßnahmen in § 28a IfSG weitgehend aufgegriffen. Dabei hat er sich der auch bislang im Infektionsschutzgesetz verfolgten Regelungstechnik bedient und sie als bloße Regelbeispiele zur Generalklausel in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ausgewiesen. Damit weicht das Infektionsschutzgesetz weiterhin von der im allgemeinen Polizeirecht üblichen Regelungstechnik ab, Standardmaßnahmen als selbstständige Ermächtigungstatbestände auszugestalten. Dennoch sollte der häufig kritisierte Unterschied auch nicht überbetont werden. Gerade für die Corona-Pandemie ist er dem Umstand geschuldet, dass sich immer noch nicht klar absehen lässt, welche Bekämpfungsmaßnahmen unter welchen Bedingungen erfolgreich sind. Die Ausgestaltung als Regelbeispiele nimmt den Regelun-

¹⁰⁷ Allgemein zur überschaubaren Rechtsprechung zum Infektionsschutzrecht *Rixen* in Kloepper Pandemie 67.

¹⁰⁸ S. etwa BVerwGE 142, 205 ff.; OVG Lüneburg Urt. v. 3.2.2011, 13 LC 198/08 (BeckRS 2011, 46763); VG Berlin Beschl. v. 11.3.2015, 14 L 36.15 juris Rn. 15.

¹⁰⁹ VG Berlin, NVwZ-RR 2003, 42 ff.

gen nicht jegliche Verbindlichkeit. Eine Abweichung von den in § 28a IfSG vorgesehenen Maßnahmen und den dort vorgesehenen Voraussetzungen kann nicht beliebig als ein unbenannter Anwendungsfall der Generalklausel gerechtfertigt werden. Mit ihrer Regelung in § 28a IfSG hat der Gesetzgeber zu erkennen geben, welche Maßnahmen er unter welchen Voraussetzungen für zulässig erachtet. Die Behörden können daher grundsätzlich nicht vergleichbar intensive Eingriffe unter abweichenden Voraussetzungen anordnen. So wie auch vor der Einführung von § 28a IfSG eine Absonderung oder ein Tätigkeitsverbot nicht ohne Rücksicht auf die Voraussetzungen der §§ 30 und 31 IfSG angeordnet werden konnte. Etwas anderes kann nur gelten, wenn – wie zu Beginn der Corona-Pandemie – gänzlich unerwartete Umstände eintreten, die es erforderlich machen, ähnlich schwerwiegende Maßnahmen zur Abwendung ganz erheblicher Gefahren ergreifen zu müssen, bevor der Gesetzgeber in der Lage ist, sie erneut zu typisieren. Dies unterscheidet sich aber nicht grundsätzlich von dem Verhältnis zwischen den Generalklauseln des allgemeinen Polizeirechts und den dort zumeist vorgesehenen selbstständigen Standardmaßnahmen. Auch dort wird ein Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel selbst bei besonders eingriffsintensiven Maßnahmen unter neu auftretenden Umständen für eine Übergangszeit grundsätzlich für zulässig erachtet (s. u. Rn. 103).

a) Handlungsform

- 76 Die Systematik der regelnden Handlungsformen orientiert sich im Verwaltungsrecht an den Unterscheidungen von konkretem versus abstraktem Ereignisbezug und individuell versus generell bestimmtem Adressatenkreis. Idealtypus der abstrakt-generellen Verwaltungsmaßnahme ist die **Verordnung**, der der konkret-individuellen der **Verwaltungsakt**. In der Corona-Pandemie reagierten die Behörden auf ein konkretes, historisch einmaliges Pandemiegeschehen, das generelle Auswirkungen zeitigte, da es potenziell jedermann betreffen kann. Es verwundert daher nicht, dass Unsicherheiten hinsichtlich der zutreffenden Handlungsform aufkamen. Die Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie wurden zum Teil auf die Anordnungsermächtigung in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG und zum Teil auf die Verordnungsermächtigung in § 32 IfSG gestützt, obwohl sie sich in ihrem Regelungsgehalt kaum unterscheiden.
- 77 Soweit § 35 S. 2 VwVfG so verstanden wird, dass **Allgemeinverfügungen** nach der ersten Alternative der Vorschrift nur vorliegen, wenn der Kreis der Adressaten zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung abgeschlossen ist,¹¹⁰ erfüllten viele der während der ersten Phase der Corona-Epidemie erlassenen Allgemeinverfügungen diese Anforderung nicht, da sie an einen zwar durch Merkmale bestimmbar, aber nicht abgeschlossenen Personenkreis adressiert waren. Sie galten nicht nur für die zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung anwesenden Bewohner oder etwa der aktiven Einzelhändler, Lokale und Läden einer Gemeinde, sondern auch für später dazukommende. Ausgangsbeschränkungen etwa erfassten auch später Zugereiste, die zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung nicht bestimmbar waren. Soweit die Gemeinden und Kreise nicht zum Erlass von Rechtsverordnungen nach § 36 S. 2 IfSG ermächtigt wurden, hätten sie entsprechende Beschränkungen nicht erlassen dürfen. Soweit sie sie als Allgemeinverfügungen erlassen hatten, wären diese nach diesem engeren Begriff bereits mangels ausreichender Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig.
- 78 Die Rechtsprechung ist aber wohl zu Recht großzügiger¹¹¹ und hat dies bezeichnenderweise zuerst in einem epidemiologischen Fall so entschieden¹¹². Indem der Gesetzgeber die Variante des „nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder **bestimmbaren Personen-**

¹¹⁰ So etwa Bull/Mehde Allgemeines Verwaltungsrecht, 2015, Rn. 701; Laubinger in Arndt Völkerrecht und deutsches Recht 305 (318 f.); Maurer/Waldhoff Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, § 9 Rn. 17; Schöch JURA 2012, 26 (27)

¹¹¹ Etwa OVG Münster Beschl. v. 20.7.2010, 2 A 61/08, juris Rn. 14 ff. Ausführlich dazu auch Alemann/Scheffczyk in BeckOK VwVfG § 35 Rn. 286 ff.; Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG § 35 Rn. 282.

¹¹² BVerwGE 12, 87 (89).

kreises“ eingeführt hat,¹¹³ entschied er die vor Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes umstrittene Frage der notwendigen Individualisierbarkeit der Adressaten eines Verwaltungsakts zugunsten der großzügigeren Auffassung.¹¹⁴ Dass die Einführung des Merkmals der bloßen Bestimmbarkeit lediglich auf den epistemischen Umstand hinweisen soll, dass der bestimmte Personenkreis erst anhand der Merkmale bestimmt werden muss, wirkt doch zu konstruiert, um überzeugend zu sein. Die beiden Alternativen liegen im Gesetz gerade nicht auf verschiedenen Ebenen,¹¹⁵ sondern stehen nebeneinander.

Die Fälle, die sie unterscheiden, lassen sich anhand einer in der philosophischen Diskussion um sog. definitive Beschreibungen eingeführten Unterscheidung gut erläutern. Keith Donnellan konnte den zwischen Bertrand Russell und Peter Strawson geführten Streit um die richtige Charakterisierung definitiver Beschreibungen¹¹⁶ dadurch entschärfen, dass er bemerkte, dass es zwei verschiedene Arten des Gebrauchs definitiver Beschreibungen gibt: **referentiellen** und **attributiven**.¹¹⁷ Referentiell werden definitive **Beschreibungen**, die mit „allgemeinen Merkmalen“ operieren, eingesetzt, wenn sie vom Sprecher dazu genutzt werden, den bereits feststehenden Referenten des Ausdrucks für den Hörer zu kennzeichnen. Donnellans berühmtes Beispiel ist der Satz „Schmitts Mörder ist verrückt.“ Wird er im Gerichtssaal verwandt, weil sich der für den Mord angeklagte Jones erratisch verhalten hat, soll die definitive Beschreibung „Schmitts Mörder“ dazu dienen, denjenigen, nämlich Jones, zu kennzeichnen, den der Sprecher als verrückt bezeichnen will. Ähnlich können allgemeine Merkmale im Rahmen einer Allgemeinverfügung referentiell dazu benutzt werden, einen bereits „bestimmten Personenkreis“ lediglich zu markieren. So könnte etwa eine Gruppe von Personen, die von einer Versammlung ausgeschlossen werden soll, weil sie keine Masken trägt, über dieses Merkmal gekennzeichnet werden: „Die Gruppe der Maskenverweigerer hinten rechts wird hiermit aus der Versammlung ausgeschlossen.“ Ausdrücke wie „Schmitts Mörder“ können aber auch attributiv genutzt werden. Donnellan bildet das Beispiel, dass der Kommissar am Tatort die grausam verstümmelte Leiche von Schmitt vorfindet und feststellt: „Schmitts Mörder ist verrückt.“ Hier dient die definitive Beschreibung nicht dazu, einen bereits bestimmten Referenten zu kennzeichnen. Jones ist ja noch nicht ermittelt. Sie bezieht sich vielmehr auf wer auch immer Schmitt ermordet hat. Die definitive Beschreibung macht einen noch nicht bestimmten Referenten bestimmbar. Auf einen solchen attributiven Gebrauch allgemeiner Merkmale bezieht sich der durch den Gesetzgeber erst spät im Gesetzgebungsverfahren eingefügte zweite Unterfall des „bestimmbaren Personenkreises“. Dem entspräche etwa eine Allgemeinverfügung, die allen Maskenverweigerern die Teilnahme an einem Demonstrationszug verbietet. Diejenigen, für die das Verbot gilt, stehen noch nicht fest, sind aber aufgrund des Attributs „Maskenverweigerer“ bestimmbar.

Die Entscheidung des Gesetzgebers, den attributiven Gebrauch allgemeiner Merkmale in die Legaldefinition des Verwaltungsakts einzubeziehen, hat allerdings die unbefriedigende Konsequenz, dass für die Abgrenzung zu abstrakt-generellen Regelungen kein diskretes Kriterium mehr verbleibt. Mit dem Wegfall der Individualisierbarkeit der Adressaten zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung lässt sich die Konkretheit einer Regelung nur noch anhand ihres räumlichen oder zeitlichen Geltungsanspruchs bestimmen. Aufgrund der Kontinuität von Raum und Zeit gerät die **Abgrenzung** damit aber notwendigerweise **gradualistisch**. Dies macht einerseits den Widerstand gegen die gesetzliche Ausweitung des Verwaltungsakts in der Literatur verständlich und erklärt andererseits, warum die

¹¹³ Laubinger in Arndt Völkerrecht und deutsches Recht 305 (318 f.).

¹¹⁴ So etwa Alemann/Scheffczyk in BeckOK VwVfG § 35 Rn. 249 ff.; Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG § 35 Rn. 267; a. A. Laubinger in Arndt Völkerrecht und deutsches Recht 305 (318 m. w. N.).

¹¹⁵ Laubinger in Arndt Völkerrecht und deutsches Recht 305 (319).

¹¹⁶ Dazu m. w. N. Ludow in Zalta Stanford Encyclopedia of Philosophy, 5.1.

¹¹⁷ Donnellan The Philosophical Review 1966, 281 (285 ff.).

Abgrenzung zwischen Allgemeinverfügungen und Verordnungen nunmehr weitgehend kasuistisch erfolgt¹¹⁸.

- 81 Da die zuständigen Behörden in der Corona-Epidemie zumeist Regelungen für gesamte Gemeindegebiete getroffen haben, scheidet auch in den meisten Fällen eine Konkretisierung in räumlicher Hinsicht aus. Die Konkretheit der Regelungen lässt sich dann lediglich noch zeitlich-kontextuell begründen. Hier geben allerdings die beiden anderen sachbezogenen Alternativen von § 35 S. 2 VwVfG einen Hinweis darauf, wie konkret der Ereignisbezug aussehen muss. So wie es sich bei den sachbezogenen Allgemeinverfügungen um solche handeln muss, die eine bestimmte Sache zum Gegenstand haben, muss bei denen gemäß der ersten Alternative ein Bezug auf ein **zeitlich beschränktes** oder jedenfalls auf ein als solches beschreibbares **Ereignis** vorliegen. Zu Beginn des Ausbruchs der Corona-Epidemie konnte u. U. noch davon ausgegangen werden, dass es sich um Ad-hoc-Regelungen in Bezug auf einen zeitlich begrenzten Anlass mit entsprechend kurz ausgestalteter Regelungsdauer handelte. Damit ließ sich der Allgemeinverfügungscharakter etwa von Ausgangsbeschränkungen¹¹⁹, Beschränkungen des Einzelhandels¹²⁰ oder Einschränkungen der Nutzung von Ferienwohnungen¹²¹ zu Beginn der Pandemie vielleicht noch anhand eines weiten Allgemeinverfügungsbegriffs begründen. Aufgrund der abzusehenden Längerfristigkeit der pandemischen Bedrohung eignet sich aber auch der Anlass nicht mehr dazu, den entsprechenden Regelungen einen konkreten Charakter zuzusprechen. Nunmehr dürften die Entscheidungen richtig liegen, die den Verwaltungsaktcharakter von Corona-Regelungen ablehnen, die weder räumlich im Verhältnis zur örtlichen Zuständigkeit noch personell begrenzt sind,¹²² soweit nicht ein besonderer Ereignisbezug, wie etwa eine besondere Sportveranstaltung o.ä., hinzutritt. Allgemeinverfügungen, die darüber hinausgehen, sind rechtswidrig und bereits wegen der unterschiedlichen formellen Anforderungen an den Verordnungserlass auch dann nicht in solche umzudeuten, wenn die Behörden eine Verordnungsbefugnis haben.
- 82 Anders als dies in der Rechtsprechung zum Teil angenommen wird, lassen sich Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung nicht anhand der unterschiedlichen materiellen tatbestandlichen Anforderungen unterscheiden. Obwohl es richtig ist, dass Rechtsverordnungen, die sich auf § 32 IfSG stützen, eine abstrakte Gefahr voraussetzen (vgl. oben Rn. 64 zu § 17 Abs. 4 IfSG), während Anordnungen nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG eine konkrete Gefahr oder einen konkreten Gefahrenverdacht verlangen, lässt sich der Allgemeinverfügungscharakter von Anordnungen zur Bekämpfung der Corona-Epidemie nicht damit begründen, dass eine konkrete Gefahr vorgelegen habe.¹²³ **Abstrakte** und **konkrete Gefahr** stehen in **keinem Ausschlussverhältnis**. Der abstrakten Gefahr müssen immer konkrete Gefahren zugrunde liegen. Die abstrakte Gefahr erlaubt lediglich, eine Regelung auf typische Gefahrenmerkmale zu stützen und dabei atypische gefahrausschließende Umstände im Einzelfall außer Acht zu lassen. Die Aufzugdoppeltürenverordnung verbietet Paternoster in Sportleistungszentren auch dann, wenn dort keine erhöhte Unfallgefahr besteht. Sind die typischen gefahrbegründenden Merkmale aber derart, dass es gar keine atypischen Fälle gibt, so liegt in allen Fällen, in denen eine abstrakte Gefahr vorliegt, zugleich eine konkrete vor. Wären Paternoster auch in Sportleistungszentren unfallträchtig, so fielen für die Doppeltürenverordnung abstrakte und konkrete Gefahr stets zusammen, d. h. hinsichtlich jedes Paternosters läge sowohl eine abstrakte wie eine konkrete Gefahr vor. Dass Verordnungen also konkrete Gefahren erfassen und dass vielleicht sogar in jeder ihrer Anwendungsfälle eine konkrete Gefahr vorliegt, steht der Handlungsform nicht ent-

¹¹⁸ Vgl. etwa die kasuistische Darstellung des Abgrenzungsproblems bei *Stelkens* in Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG § 35 Rn. 283 ff.; *Alemann/Scheffczyk* in BeckOK VwVfG § 35 Rn. 255 ff.

¹¹⁹ Vgl. VG Saarlouis Beschl. v. 30.3.2020, 6 L 340/20 (BeckRS 2020, 4980), Rn. 9.

¹²⁰ VGH München, NJW 2020, 1240 (1241).

¹²¹ OVG Schleswig, NJW 2020, 1382 (1383).

¹²² VG München Beschl. v. 24.3.2020, M 26 S 20.1255 (BeckRS 2020, 4632), Rn. 22.

¹²³ So aber VG Saarlouis Beschl. v. 30.3.2020, 6 L 340/20 (BeckRS 20204980), Rn. 9.