

# Examensübungsklausur: Nur ohne Diadem in die Krone?

Von Wiss. Mitarbeiter **David Klock**, Wiss. Mitarbeiter **Lars Großmann**, Mannheim\*

*Die Klausur wurde im August 2021 im Examensklausurenkurs der Universität Mannheim gestellt. Es handelt sich um eine Klausur mit mittlerem bis hohem Schwierigkeitsgrad, die im Wesentlichen auf mehreren Beschlüssen der Oberverwaltungsgerichte unterschiedlicher Bundesländer aus dem Oktober und November 2020 beruht.<sup>1</sup> Zu prüfen ist der einstweilige Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO. Diese Konstellation wird aufgrund der gestiegenen Relevanz in der Corona-Pandemie künftig an Bedeutung gewinnen.<sup>2</sup>*

## Sachverhalt

Weltweit ist im Frühjahr 2020 das neuartige und hochansteckende Diadem-Virus ausgebrochen, das beim Zusammenreffen mehrerer Personen durch Aerosole über die Atemluft sehr leicht übertragen wird. Eine Infektion mit dem Virus verläuft in vielen Fällen recht harmlos, teilweise kann das Virus aber die schwere und teils tödliche Atemwegserkrankung Diadem-Virus-Krankheit-2020 (DIVID-20) hervorrufen. Wirksame Medikamente und Impfstoffe stehen bislang nicht zur Verfügung. Eine Infektion kann jedoch mittels eines molekularbiologischen Testverfahrens (sog. PCR-Test) zuverlässig diagnostiziert werden. Nachdem die Infektionszahlen in den Sommermonaten kontinuierlich gesunken waren, befürchtet die Landesregierung von Baden-Württemberg angesichts der im Oktober und November in vielen Bundesländern anstehenden Herbstferien ein erneutes Aufflammen des Infektionsgeschehens. Um die Ausbreitung einzudämmen und die Gesundheit ihrer Bürger zu schützen, beschließt sie unter Einhaltung der einschlägigen Verfahrens- und Formvorschriften ein Beherbergungsverbot auf dem Verordnungsweg (Diadem-Beherbergungs-VO).

Die aus Österreich stammende Henrietta Huber (H) betreibt das Hotel „Zur Krone“ in Mannheim und möchte sich diese Einschränkung nicht bieten lassen. Sie argumentiert, dass sie auch als österreichische Staatsbürgerin gewisse Freiheiten in Deutschland genieße. Die Hoteliers in Baden-Württemberg haben zum Schutz ihrer Gäste gemeinsam ein effektives Hygiene-Konzept ausgearbeitet, bestehend aus einer Maskenpflicht und Abstandsregeln. Damit lasse sich der größte Teil der Ansteckungen verhindern. Auch seien bisher keine nennenswerten Ansteckungen in Hotelbetrieben bekannt. Ohnehin sei die Anknüpfung an einen bestimmten Inzidenzwert, der sich auf den gesamten Landkreis oder eine Stadt beziehe,

zu pauschal und nicht zweckmäßig, um die Infektionsgefahr der Gäste präzise zu beurteilen. Nach Inkrafttreten des Beherbergungsverbots müssen wohl die meisten Hoteliers (so auch sie) ihren Betrieb auf unbestimmte Zeit schließen, da bundesweit in nur wenigen Landkreisen die für das Verbot relevante Inzidenz unterschritten werde. Das Hotelrestaurant habe sie bereits mit Einführung der Maßnahmen im September schließen müssen. Wenn jetzt auch die Übernachtungsgäste ausblieben, müsse sie mit Einnahmeausfällen von über 90 % rechnen. Dies bedrohe sie in ihrer wirtschaftlichen Existenz. Daran ändern auch die in der Verordnung vorgesehenen Ausnahmen nichts. Aufgrund der hohen Kosten für einen PCR-Test (mindestens 100 Euro) ziehen es die meisten Gäste vor, ihre Reise zu stornieren. Ohnehin dauere es aufgrund des hohen Testaufkommens teilweise bis zu 72 Stunden, bis ein Ergebnis vorliege. Geschäftsreisende gebe es aufgrund des verstärkten Einsatzes von Videokonferenzsystemen seit Beginn der Pandemie kaum noch. Letztlich stelle das Beherbergungsverbot auch für die Gäste eine schreiende Ungerechtigkeit dar, weil deren „Reisefreiheit“ für die Herbstferien erheblich beeinträchtigt werde.

Im nachfolgenden Gespräch mit ihrem Rechtsanwalt Ronny Ritter (R) ist dieser ganz der Meinung der H: Eine derart verallgemeinernde und umfassende berufliche Beschränkung der Hoteliers in Baden-Württemberg könne nicht auf §§ 32, 28 Abs. 1 IfSG gestützt werden. Zum einen können berufliche Beschränkungen allenfalls nach § 31 IfSG verhängt werden, der insoweit eine Sperrwirkung entfalte. Unabhängig davon, ob man die Maßnahmen auf § 31 oder § 28 IfSG stütze, können die etwaige Maßnahmen nur gegen die dort jeweils aufgeführten Störer verhängt werden. Zum anderen seien die Vorschriften zu unbestimmt. Es handele sich bei dem Beherbergungsverbot um einen so wesentlichen Eingriff, dass der Parlamentsgesetzgeber mit Blick auf die zwischenzeitliche Dauer der Pandemie von mehr als sechs Monaten und die gewonnenen Erkenntnisse zu Übertragbarkeit und wirksamen Präventionsmaßnahmen selbst hätte aktiv werden müssen. Zudem werde Art. 12 GG in § 32 IfSG nicht aufgeführt, sodass die Vorschrift gegen das Zitiergebot verstoße. Letztlich sei auch der in der Verordnung enthaltene Verweis auf die „Veröffentlichungen des Robert Koch-Instituts“ inhaltlich zu unbestimmt. Es sei überhaupt nicht klar, wo diese Veröffentlichungen eingesehen werden können. In der Verordnung hätte deshalb zumindest die Internetseite angegeben werden müssen.

Die Landesregierung ist dagegen der Auffassung, dass mit dem Beherbergungsverbot allenfalls geringfügige Grundrechtseingriffe verbunden seien. Schließlich werde die Beherbergung von Gästen nicht vollständig untersagt. Angesichts der drohenden Gesundheitsgefahren für eine Vielzahl von Menschen sei ein konsequentes Vorgehen zur Eindämmung der Infektionen nicht nur zulässig, sondern grundrechtlich geboten. Mit der Anknüpfung des Beherbergungsverbots an einen bestimmten Inzidenzwert solle sichergestellt werden, dass die Infektionsketten durch die Gesundheitsämter zuverlässig verfolgt werden können. Das wiederum sei erfor-

\* Die Autoren sind Doktoranden am Lehrstuhl von Prof. Dr. Thomas Fetzer, LL.M. (Vanderbilt), für Öffentliches Recht, Regulierungsrecht und Steuerrecht der Universität Mannheim.

<sup>1</sup> VGH Baden-Württemberg COVuR 2020, 711; OVG Niedersachsen COVuR 2020, 700; VGH Bayern BeckRS 2020, 17622; für weitere Nachweise vgl. auch Fn. 102.

<sup>2</sup> Einen guten Überblick über Aufbau und aktuelle Fallkonstellationen zum einstweiligen Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO bietet Lenk, JA 2021, 388 (388).

derlich, damit das Infektionsgeschehen kontrollierbar bleibe und um festzustellen, ob es sich nur um lokale Ausbrüche oder bereits um ein diffuses Infektionsgeschehen handele. Auch in die Rechte der Gäste werde nur geringfügig eingegriffen. Das Grundgesetz kenne ohnehin kein „Recht auf Urlaub“. Die §§ 32, 28 IfSG seien auch eine verfassungsgemäße Ermächtigungsgrundlage. Diese müssten als Generalklausel weit gefasst sein, damit man dem dynamischen und in weiten Teilen unvorhersehbaren Pandemieverlauf angemessen begegnen könne. Schließlich verweist die Landesregierung auf die aktuell wieder steigenden Fallzahlen, angesichts derer absolut nicht die Zeit sei, Beschränkungen zurückzunehmen. Das sende schon ein falsches Signal an die Bevölkerung.

H will sich über R gerichtlich gegen die Verordnung zur Wehr setzen und deren Aufhebung erreichen. Weil sie bereits zahlreiche Reservierungen für die Herbstferien hat, schärft sie R am 22.10.2020 ein, dass sie sofort eine Entscheidung braucht.

### Aufgabe

In einem Gutachten sind die Erfolgsaussichten des von R zu stellenden Antrags zu beurteilen.

### Bearbeitungsvermerk

Es sind alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – wenn nötig hilfsgutachterlich – zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass der Bund bisher keine besonderen Vorschriften zum Schutz vor COVID-19 erlassen hat. Art. 3 GG sowie die Vorschriften der Landesverfassung Baden-Württemberg sind nicht zu prüfen.

### Verordnung zum Schutz vor der Verbreitung des Diadem-Virus in Beherbergungsbetrieben (Diadem-Beherbergungs-VO – „DB-VO“)

Aufgrund von §§ 32, 28 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) vom 20.7.2000 (BGBl. I S. 1045) in seiner aktuell geltenden Fassung wird verordnet:

#### § 1 Ziel der Verordnung

Diese Verordnung dient dem Schutz der Bevölkerung vor Gefahren für Leib und Leben durch die Ausbreitung des Diadem-Virus.

#### § 2 Beherbergungsverbot bestimmter Gäste

(1) <sup>1</sup>Beherbergungsbetriebe dürfen keine Gäste aufnehmen, die aus einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt anreisen oder dort ihren Wohnsitz haben, in dem oder in der in den letzten sieben Tagen vor der Anreise laut den Veröffentlichungen des Robert Koch-Instituts kumulativ mehr als 50 Neuinfektionen mit dem Diadem-Virus pro 100 000 Einwohnerinnen und Einwohner vorgelegen haben. <sup>2</sup>Ausgenommen von dem Verbot nach Satz 1 sind Gäste, die mittels eines PCR-Testes nachweisen, dass keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Infektion mit dem Diadem-Virus vorhanden sind. <sup>3</sup>Seit Vornahme des Tests dürfen im Zeitpunkt der Anreise nicht mehr als 48 Stunden vergangen sein.

(2) Das Verbot nach Absatz 1 gilt nicht für

- a) zwingend notwendige geschäftliche und dienstlich veranlasste Übernachtungen,
- b) zwingend notwendige und unaufschiebbar medizinisch veranlasste Übernachtungen,
- c) Übernachtungen vor der Abnahme von Prüfungsleistungen, wenn der Prüfungsort mehr als 150 km vom Wohnort entfernt ist und
- d) sonstige besondere Härtefälle.

(3) Beherbergungsbetrieb im Sinne dieser Verordnung ist jede natürliche oder juristische Person, die ein Hotel, eine Pension, eine Jugendherberge, eine Ferienwohnung, ein Ferienhaus oder einen Campingplatz betreibt oder ähnliche Übernachtungsmöglichkeiten gegen Entgelt anbietet.

#### § 3 Ordnungswidrigkeiten

Ordnungswidrig im Sinne des § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 2 Gäste beherbergt.

#### § 4 Inkrafttreten

(1) Die Verordnung tritt am 26.10.2020 in Kraft.

(2) Die Verordnung tritt mit Ablauf des 22.11.2020 außer Kraft, wenn nicht die Landesregierung eine Verlängerung der Maßnahmen beschließt.

### Lösungsvorschlag

Der von H gestellte Antrag hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit des Eilantrags

Der Antrag ist zulässig, soweit die Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen.

#### I. Rechtswegeröffnung

Ebenso wie beim Normenkontrollantrag im Hauptsacheverfahren entscheidet der Verwaltungsgerichtshof gem. § 47 Abs. 1 VwGO nur „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“. Der Rechtsweg ist damit eröffnet, wenn sich aus der Anwendung der im Hauptsacheverfahren angegriffenen Norm Streitigkeiten ergeben können, für die ihrerseits der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.<sup>3</sup> Mangels aufdrängender Sonderzuweisung kommt es hierfür nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO darauf an, ob sich aus der Anwendung der DB-VO öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art ergeben können.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die entscheidende Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.<sup>4</sup> Bei der Anordnung eines infektionsschutzrechtlichen Verbots handelt es sich um eine typische Maßnahme der Eingriffsverwaltung, die ein Verhältnis der Über- und Unterordnung

<sup>3</sup> BVerwG NVwZ 1996, 63 (65); *Schenke/Schenke*, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 27. Aufl. 2021, § 47 Rn. 17.

<sup>4</sup> *Krüger*, JuS 2013, 598 (598).

zum Rechtsunterworfenen begründet und daher stets als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist.<sup>5</sup>

H ist selbst nicht unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt, womit auch die Anforderungen an die sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit<sup>6</sup> nicht erfüllt sind. Die Streitigkeit ist nichtverfassungsrechtlicher Art.

Soweit die Bußgeldvorschrift des § 3 DB-VO betroffen ist, liegt die Überprüfung nach § 68 Abs. 1 S. 1 OWiG ausdrücklich bei den ordentlichen Gerichten. Aufgrund dieser abdrängenden Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg insoweit nicht eröffnet. Für die Überprüfung des Beherbergungsverbots nach § 2 DB-VO ist dagegen der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

*Anmerkung:* Ausführungen zur fehlenden Rechtswegeröffnung für § 3 DB-VO sind nur von guten bis sehr guten Bearbeitungen zu erwarten.

## II. Statthaftigkeit

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers, §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO. H möchte mit ihrem Antrag die möglichst zeitnahe Aufhebung des Beherbergungsverbots erreichen und begehrt hiergegen gerichtlichen einstweiligen Rechtsschutz. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kann gerichtlicher einstweiliger Rechtsschutz nach §§ 80 Abs. 5 S. 1, 80a VwGO durch Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung oder nach § 123 Abs. 1 VwGO beziehungsweise § 47 Abs. 6 VwGO durch einstweilige Anordnung gewährt werden. Letztere ist statthaft, wenn sich der Antragsteller gegen eine untergesetzliche Rechtsvorschrift wendet, die nach § 47 Abs. 1 VwGO mit einem Normenkontrollantrag angegriffen werden kann.<sup>7</sup>

Bei dem Verbot aus § 2 DB-VO handelt es sich nach dem Sachverhalt um eine Rechtsverordnung und damit um eine „im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift“ i.S.d. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, die nach § 4 AGVwGO BW Gegenstand der Normenkontrolle sein kann. Damit ist der Eilrechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO die statthafte Antragsart.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Vgl. *Ruthig*, in: Kopp/Schenke (Fn. 3), § 40 Rn. 11; GmS-OGB NJW 1990, 1527 (1527).

<sup>6</sup> Zum Begriff siehe *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. 2021, Rn. 142; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 49.

<sup>7</sup> *Pietzner/Ronellenfisch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 14. Aufl. 2019, § 58 Rn. 1680; *Schoch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, § 47 Rn. 144.

<sup>8</sup> Der Eilrechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO wäre vorliegend auch in den meisten anderen Bundesländern statthaft, siehe Art. 5 S. 1 BayAGVwGO (Bayern), § 4 Abs. 1 Bbg-VwGG (Brandenburg), Art. 7 Abs. 1 VwGOAG BR (Bremen), § 15 HessAGVwGO (Hessen), § 13 M-V AGGerStrG (Mecklenburg-Vorpommern), § 75 NdsJustizG (Niedersachsen), § 18 SaarLAGVwGO (Saarland), § 109a JustG NRW

*Anmerkung:* Grundsätzlich denkbar wäre auch, dass H mittels einer Feststellungsklage die Feststellung beantragt, dass § 2 DB-VO ihr – in ihrem konkreten Fall – nicht die Beherbergung von Gästen aus Risikogebieten verbietet. Das Gericht müsste dann bei der Beurteilung inzident die Gültigkeit der Verordnung überprüfen. Im einstweiligen Rechtsschutz wäre folglich ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO statthaft. Dies entspricht aber nicht dem Begehren der H, das auf Aufhebung der Norm gerichtet ist.<sup>9</sup> Eine inzidente Überprüfung der Norm im Rahmen der Feststellungsklage ist nur ausnahmsweise statthaft, wenn ein Normenkontrollverfahren nicht in Betracht kommt.<sup>10</sup>

Ein Antrag nach § 32 BVerfGG wäre dagegen aufgrund der Subsidiarität des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes unzulässig. Der Antragsteller muss vielmehr auch vor einem Antrag nach § 32 BVerfGG (Eil-)Rechtsschutz bei den Verwaltungsgerichten beantragen.<sup>11</sup>

## III. Antragsbefugnis

Der Antragsteller ist zur Stellung des Antrags befugt, wenn er geltend macht, dass die in der Hauptsache angegriffene Rechtsnorm ihn in seinen Rechten verletzt oder in absehbarer Zeit zu verletzen droht, § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO.

### 1. Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Für die Geltendmachung einer Rechtsverletzung genügt es, dass der Antragsteller eine mögliche Rechtsverletzung hinreichend substantiiert darlegt, sodass diese nicht von vornherein unter allen Gesichtspunkten als ausgeschlossen erscheint (sog. Möglichkeitstheorie).<sup>12</sup> Feststehen muss allerdings, dass der Antragsteller tatsächlich subjektiv von der beanstandeten Norm betroffen ist.<sup>13</sup>

(Nordrhein-Westfalen), § 24 Abs. 1 SächsJG (Sachsen), § 10 AGVwGO LSA (Sachsen-Anhalt), § 67 LJG SH (Schleswig-Holstein), § 4 ThürAGVwGO (Thüringen). Nicht kontrollfähig wäre die Rechtsverordnung in Rheinland-Pfalz (§ 4 Abs. 1 S. 2 AGVwGO RhPf i.V.m. Art. 130 LV RhPf; dazu auch BVerwG BeckRS 2021, 25377) sowie in Berlin und Hamburg, die keinen Gebrauch von der Öffnungsklausel des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO gemacht haben.

<sup>9</sup> Näher zum Verhältnis von § 47 Abs. 6 VwGO und § 123 Abs. 1 VwGO *Kuhla*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwGO, Stand: 1.1.2022, § 123 Rn. 16 ff.

<sup>10</sup> VGH Bayern NVwZ 2020, 1130 Rn. 2 ff.

<sup>11</sup> Siehe *Walter*, in: Walter/Grünwald (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BVerfGG, Stand: 1.12.2021, § 32 Rn. 39; vgl. aber bei ergangener verwaltungsgerichtlicher Entscheidung zu identischen Rechtsfragen BVerfG NVwZ 2020, 1749 Rn. 6.

<sup>12</sup> BVerwG NJW 1999, 592; BVerwG NVwZ 1998, 732 (733); zur Möglichkeitstheorie *Hufen* (Fn. 6), § 14 Rn. 108 ff.

<sup>13</sup> VGH Baden-Württemberg BeckRS 2004, 22525 Rn. 12; OVG Sachsen-Anhalt BeckRS 2020, 32484 Rn. 11; *Panzer*, in: Schoch/Schneider (Fn. 7), § 47 Rn. 44; *Hoppe*, in: Eyer-

Als Hotelière ist H Adressatin des Beherbergungsverbots und damit unmittelbar betroffen. Durch das Verbot kommt vor allem eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, darüber hinaus auch eine Verletzung von § 1 GewO in Betracht. Im Hinblick auf die Berufsfreiheit ist problematisch, dass es sich bei H um eine österreichische Staatsbürgerin handelt. Art. 12 Abs. 1 GG gilt ausweislich seines Wortlauts aber nur für „Deutsche“, das heißt gem. Art. 116 Abs. 1 GG nur für Personen mit deutscher Staatsangehörigkeit.

Allerdings verbietet das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 18 AEUV im Anwendungsbereich des Unionsrechts jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Damit muss Unionsbürgern jedenfalls materiell derselbe grundrechtliche Schutz gewährleistet werden. Dies lässt sich dogmatisch entweder durch eine Einbeziehung der Unionsbürger in den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 1 GG<sup>14</sup> oder durch eine inhaltliche Angleichung des Auffanggrundrechts des Art. 2 Abs. 1 GG<sup>15</sup> bewerkstelligen. Angesichts des eindeutigen Wortlauts des Grundgesetzes (vgl. Art. 116 GG), der auch bei einer unionsrechtskonformen Auslegung zu beachten ist,<sup>16</sup> sprechen die besseren Gründe für die zuletzt genannte Konstruktion.<sup>17</sup> In jedem Fall steht H aber ein subjektiv-öffentliches Recht zu.

Durch das Beherbergungsverbot liegt zudem eine staatliche Maßnahme vor, die unmittelbare Auswirkungen auf die Möglichkeit zur Beherbergung von Gästen im Betrieb der H hat. Somit erscheint auch eine Verletzung der genannten Rechte nicht von vornherein ausgeschlossen.

*Anmerkung:* Das Problem der Anwendbarkeit der Berufsfreiheit auf Unionsbürger ist im Sachverhalt angelegt und muss an dieser Stelle erörtert werden. Da sich H als Unionsbürgerin aber in jedem Fall auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG oder die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen kann, kann man sich hierzu kurzfassen. Nicht erörtert werden kann das Problem hingegen in der Begründetheit, weil es dort aufgrund

mann (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 44.

<sup>14</sup> So z.B. *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rn. 448; *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 15.2.2022, Art. 12 Rn. 37; *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 43.

<sup>15</sup> So z.B. *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 584; *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 34 f.; in diese Richtung wohl auch BVerfG NJW 2016, 1436 Rn. 10 ff.

<sup>16</sup> EuGH BeckRS 2016, 81458 Rn. 25; EuGH EuZW 2012, 342 Rn. 25.

<sup>17</sup> Die erstgenannte Ansicht ließe sich mit einem partiellen Anwendungsvorrang des Unionsrechts begründen, der Art. 12 Abs. 1 GG zwar nicht in Gänze, sondern nur in Bezug auf das Merkmal „Deutscher“ unangewendet ließe, vgl. etwa *Wernsmann*, Jura 2000, 657 (659).

des objektiven Charakters der Normenkontrolle nicht mehr auf eine Rechtsverletzung der H ankommt.<sup>18</sup>

## 2. Besondere Dringlichkeit

H muss zudem vortragen, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Abwendung schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.<sup>19</sup> Bei Wirksamkeit des Beherbergungsverbots drohen H erhebliche Umsatzeinbußen, die aller Voraussicht nach zu einer weitgehenden Schließung ihres Hotels sowie zu einer Existenzgefährdung führen würden. Damit sind die rechtlich geschützten Interessen der H in besonderem Maße bedroht, sodass ein schwerer Nachteil<sup>20</sup> zumindest möglich erscheint.<sup>21</sup> Angesichts des kurzfristigen Inkrafttretens der Vorschrift ist auch nicht mit einer rechtzeitigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu rechnen, sodass der Erlass einer einstweiligen Anordnung zudem besonders dringlich erscheint.

H ist somit nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO antragsbefugt.

## IV. Zuständigkeit des Gerichts

Für den Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ist das Gericht der Hauptsache zuständig,<sup>22</sup> das heißt gem. § 47 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 184 VwGO, § 1 Abs. 1 S. 1 AGVwGO der VGH Baden-Württemberg.

## V. Ordnungsgemäße Antragstellung

Ein Antrag wurde bisher nicht gestellt. Dieser kann analog § 81 Abs. 1 S. 1 VwGO durch R (§ 67 Abs. 4 S. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 1, S. 2 VwGO) schriftlich erhoben werden und muss analog § 82 Abs. 1 S. 1 VwGO auf die Außervollzugsetzung (nicht: Ungültigerklärung) der angegriffenen Rechtsnorm gerichtet sein.<sup>23</sup>

## VI. Richtiger Antragsgegner

Der Normenkontrollantrag ist gem. § 47 Abs. 2 S. 2 VwGO gegen die Körperschaft zu richten, die die angegriffene Norm erlassen hat. Die DB-VO wurde durch die Landesregierung von Baden-Württemberg erlassen, sodass das Land Baden-Württemberg richtiger Antragsgegner ist.

<sup>18</sup> Vgl. *Giesberts*, in: Posser/Wolff (Fn. 9), § 47 Rn. 34.

<sup>19</sup> *Hufen* (Fn. 6), § 34 Rn. 7; *Schenke* (Fn. 6), Rn. 1127.

<sup>20</sup> Zum Begriff OVG Niedersachsen BeckRS 2014, 56794 Rn. 15: „Ein schwerer Nachteil im Sinne des § 47 Abs. 6 VwGO liegt nur vor, wenn rechtlich geschützte Interessen des Antragstellers in ganz besonderem Maße beeinträchtigt oder ihm außergewöhnliche Opfer abverlangt werden“.

<sup>21</sup> Zur Notwendigkeit der Geltendmachung des Anordnungsgrundes *Hufen* (Fn. 6), § 34 Rn. 7; *Schoch* (Fn. 7), § 47 Rn. 148; *Pietzner/Ronellenfisch* (Fn. 7), Rn. 1682; anders *Lenk*, JA 2021, 388 (392).

<sup>22</sup> *Schenke* (Fn. 3), § 47 Rn. 158; *Hufen* (Fn. 6), § 34 Rn. 4.

<sup>23</sup> *Hufen* (Fn. 6), § 34 Rn. 9; *Schoch* (Fn. 7), § 47 Rn. 145.

*Anmerkung:* Diese Frage lässt sich alternativ unter dem Prüfungspunkt „Passivlegitimation“ zu Beginn der Begründetheit erörtern.

### VII. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

H ist als natürliche Person nach §§ 47 Abs. 2 S. 1 Alt. 1, 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO beteiligungs- und prozessfähig. Das Land Baden-Württemberg ist als Gebietskörperschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts und somit nach § 47 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig. Es wird nach §§ 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 49 Abs. 2 LV BW, § 1 Abs. 1 VertrAnO LReg BW, § 7 VwG BW durch die Landesregierung vor Gericht vertreten.

### VIII. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Die Jahresfrist des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO kann für den in der Hauptsache einzulegenden Rechtsbehelf noch gewahrt werden; auch sonst ist dieser nicht offensichtlich unzulässig.<sup>24</sup> Aufgrund einer Gesamtanalogie zu den §§ 123 Abs. 1 S. 1, 80 Abs. 5 S. 1 VwGO und § 32 BVerfGG kann der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO auch vor Erhebung der Normenkontrolle gestellt werden.<sup>25</sup> Es ist also davon auszugehen, dass der Antrag der H rechtliche oder tatsächliche Vorteile bringen kann.<sup>26</sup> Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis besteht somit.

### IX. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig, soweit er sich gegen das in § 2 DB-VO normierte Beherbergungsverbot richtet.

### B. Begründetheit des Eilantrags

Der Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ist begründet, wenn eine einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Dafür sind insbesondere die Erfolgsaussichten in der Hauptsache maßgeblich.<sup>27</sup> Ist der Antrag in der Hauptsache voraussichtlich unzulässig oder unbegründet, so ist auch der Antrag auf Eilrechtsschutz unbegründet.<sup>28</sup> Ist der Antrag in der Hauptsache dagegen voraussichtlich zulässig und begründet, ist das ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug der

Norm bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen ist, wenn die dem Antragsteller, betroffenen Dritten oder der Allgemeinheit drohenden Nachteile das gebieten.<sup>29</sup> Lediglich bei offenen Erfolgsaussichten bleibt es bei einer reinen Folgenabwägung.<sup>30</sup>

Wie die Normenkontrolle im Hauptsacheverfahren stellt der Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ein objektives Beanstandungsverfahren dar; der VGH prüft die Wirksamkeit der angegriffenen Rechtsnorm unter allen denkbaren Gesichtspunkten, ohne dass es auf das Bestehen einer subjektiven Rechtsverletzung des Antragstellers ankommt.<sup>31</sup>

*Anmerkung:* Die Frage nach dem Prüfungsmaßstab der Begründetheit in § 47 Abs. 6 VwGO ist umstritten. Nach einer in der Literatur und der (früheren) Rechtsprechung vertretenen Auffassung, spielen die Erfolgsaussichten der Hauptsache grundsätzlich keine Rolle. Es sei vor allem wegen des nahezu identischen Wortlauts mit § 32 BVerfGG grundsätzlich nur eine Folgenabwägung mittels Doppelhypothese vorzunehmen.<sup>32</sup> Demgegenüber verlangen andere Stimmen der Literatur sowie die neuere Rechtsprechung (insbesondere das BVerwG) eine Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache.<sup>33</sup> Die Lösungsskizze folgt dem Aufbau dieser neueren Rechtsprechung. Im Ergebnis ist beim Aufbau der Begründetheit vieles vertretbar, vor allem weil auch innerhalb der beiden oben genannten Auffassungen verschiedene Aufbauvarianten diskutiert werden.<sup>34</sup> So ist es insbesondere auch möglich, die Prüfung parallel zum Aufbau der Begründetheit bei § 123 VwGO in (1) Anordnungsanspruch (hier wären dann die Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu prüfen, auf keinen Fall aber eine Rechtsverletzung des Antragstellers [siehe oben zum objektiven Beanstandungsverfahren]) und (2) Anordnungsgrund (hier wären dann etwaige schwere Nachteile und Dringlichkeit zu prüfen) zu unterteilen.<sup>35</sup> Gleiches gilt dafür, zunächst (1) das Vorliegen eines schweren Nachteils und sodann (2) die Erfolgsaussichten in der Hauptsache als „anderen wichtigen Grund“ i.S.d. § 47 Abs. 6 VwGO zu prüfen.<sup>36</sup> Soweit eine reine Folgenabwägung vorgenommen wird, ist aufgrund des Bearbeitungsvermerks jedenfalls eine hilfsgutachtliche Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache beziehungsweise der im Sachverhalt angelegten Probleme vorzunehmen. Da es sich bei diesem Problem um einen Aufbaustreit handelt, sollte es in der Klausur nicht diskutiert werden.

<sup>24</sup> Lenk, JA 2021, 388 (393).

<sup>25</sup> Schoch (Fn. 7), § 47 Rn. 146; Schenke (Fn. 6), Rn. 1127; Hufen (Fn. 6), § 34 Rn. 6.

<sup>26</sup> Schoch (Fn. 7), § 47 Rn. 151.

<sup>27</sup> BVerwG BeckRS 2015, 42594 Rn. 12; BVerwG BeckRS 2019, 10658 Rn. 4; VGH Baden-Württemberg COVuR 2020, 711 Rn. 14; VGH Baden-Württemberg BeckRS 2020, 31490 Rn. 12; OVG Mecklenburg-Vorpommern BeckRS 2020, 37219 Rn. 31; OVG Niedersachsen COVuR 2020, 700 Rn. 21; OVG Nordrhein-Westfalen BeckRS 2020, 36417 Rn. 8; Schenke (Fn. 6), Rn. 1128; Schoch (Fn. 7), § 47 Rn. 171; Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017, S. 209 ff.; Hoppe (Fn. 13), § 47 Rn. 106.

<sup>28</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern BeckRS 2020, 37219 Rn. 31.

<sup>29</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern BeckRS 2020, 37219 Rn. 31.

<sup>30</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern BeckRS 2020, 37219 Rn. 31.

<sup>31</sup> Schenke (Fn. 6), Rn. 988; Panzer (Fn. 13), § 47 Rn. 88.

<sup>32</sup> Siehe z.B. OVG Brandenburg NVwZ-RR 2005, 386 (386 f.); Rasch, BauR 1981, 409 (416).

<sup>33</sup> Siehe Nachweise in Fn. 27.

<sup>34</sup> Hoppe (Fn. 13), § 47 Rn. 105 m.w.N.

<sup>35</sup> Schoch (Fn. 7), § 47 Rn. 159–169g.

<sup>36</sup> So bspw. OVG Niedersachsen NVwZ-RR 2007, 444 (446).

## I. Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags im Hauptsacheverfahren

### 1. Zulässigkeit des Normenkontrollantrags im Hauptsacheverfahren

Hinsichtlich der Zulässigkeit des Normenkontrollantrags ergeben sich aufgrund der Akzessorietät des Eilrechtsschutzes keine Abweichungen. Der Antrag müsste allerdings noch fristgerecht, das heißt gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift, gestellt werden.

### 2. Begründetheit des Normenkontrollantrags im Hauptsacheverfahren

Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn der VGH nach § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO zu der Überzeugung gelangt, dass die angegriffene Rechtsnorm ungültig ist.

*Anmerkung:* Im Einzelfall kann an dieser Stelle die Einschränkung des Prüfungsumfangs nach § 47 Abs. 3 VwGO zu beachten sein. Danach prüft der VGH im Rahmen der Normenkontrolle nicht die Vereinbarkeit der Norm mit Landesrecht, wenn dessen Prüfung gesetzlich dem Landesverfassungsgericht ausschließlich zugewiesen ist. Eine solche Ausschließlichkeitsregelung besteht in Baden-Württemberg nicht.<sup>37</sup> Jedoch verweist die Landesverfassung in Art. 2 Abs. 1 LV BW auf die Grundrechte des Grundgesetzes, sodass sich für die Klausurbearbeitung keine inhaltlichen Abweichungen ergäben.

#### a) Verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müsste sich die DB-VO auf eine formell und materiell verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage stützen.

##### aa) Maßgebliche Ermächtigungsgrundlage

Die DB-VO wurde explizit auf die §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG gestützt, die es den Landesregierungen ermöglichen, zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten auf dem Verordnungsweg die notwendigen Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Fraglich ist, ob für den Erlass der DB-VO § 28 Abs. 1 oder § 31 IfSG die maßgebliche Ermächtigungsgrundlage bildet. Insoweit trägt R vor, § 31 IfSG entfalte bezüglich beruflicher Beschränkungen als speziellere Standardmaßnahme Sperrwirkung. Das wäre der Fall, wenn es sich bei § 31 IfSG um eine gefahrenabwehrrechtliche Standardmaßnahme handeln würde, die gegenüber einer entsprechenden Generalklausel abschließende, einschränkende Voraussetzungen vorsieht.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 316.

<sup>38</sup> Zum Verhältnis von Standardmaßnahmen und Generalklausel im Gefahrenabwehrrecht Möstl, Jura 2011, 840 (842 ff.); grundlegend Schucht, Generalklausel und Standardmaßnahme, 2010, passim.

In der Tat nehmen § 31 S. 1 und S. 2 IfSG im Gegensatz zur Generalklausel des § 28 Abs. 1 IfSG für berufliche Tätigkeitsverbote eine abschließende Einschränkung des Adressatenkreises vor.<sup>39</sup> Diese dürfen nur gegen Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige, Ausscheider und Personen erlassen werden, die Krankheitserreger so in oder an sich tragen, dass im Einzelfall die Gefahr einer Weiterverbreitung besteht. Insofern ist es richtig, dass zur Vermeidung der Umgehung besonderer Tatbestandsmerkmale ein Rückgriff auf die Generalklausel ausscheidet, wenn die Maßnahme in den Anwendungsbereich des § 31 IfSG als spezielle Standardmaßnahme fällt.<sup>40</sup> Fraglich ist allerdings, ob es sich bei dem Beherbergungsverbot aus § 2 Abs. 1 DB-VO überhaupt um eine Maßnahme handelt, die berufliche Tätigkeiten ganz oder teilweise untersagt. Das IfSG bietet keine Definition für den Begriff des beruflichen Tätigkeitsverbots. Im Rahmen der grammatischen Auslegung können unter den Begriff „untersagen“ nach allgemeinem Sprachgebrauch nur solche Maßnahmen gefasst werden, die anordnen, die Ausübung eines Berufs in Gänze oder in Teilen zu unterlassen.<sup>41</sup> Vergleichbar mit der Klassifizierung des BVerfG im Zusammenhang mit der zweiten und dritten Stufe der Drei-Stufen-Theorie in Art. 12 Abs. 1 GG dürften darunter also nur solche Maßnahmen fallen, die das „Ob“ der Berufsausübung regeln. Dafür spricht auch ein systematischer Vergleich mit § 42 Abs. 3 IfSG der festlegt, dass betroffene Personen „ihre Tätigkeit nicht ausüben“ dürfen.

Das Beherbergungsverbot in § 2 Abs. 1 DB-VO untersagt nicht das „Ob“ der Berufsausübung der Hoteliers. Diese dürfen ihre Hotels weiterhin öffnen und auch Gäste beherbergen, soweit das Verbot des § 2 Abs. 1 DB-VO nicht eingreift oder die Ausnahmetatbestände des § 2 Abs. 2 DB-VO erfüllt sind. Somit ist der Anwendungsbereich von § 31 IfSG nicht eröffnet. Mangels einer anderen besonderen Ermächtigung für Beherbergungsverbote kann § 2 DB-VO somit allenfalls auf §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG gestützt werden.

##### bb) Formelle Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage ist formell verfassungsgemäß, wenn die Vorschriften über Kompetenz, Verfahren und Form eingehalten werden. Die §§ 32 S. 1, 28 IfSG beruhen auf der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.

Mit Blick auf das Zitiergebot in Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG wird Art. 12 Abs. 1 GG zwar in § 28 Abs. 1 S. 4 und § 32

<sup>39</sup> Kießling, in: Kießling (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 31 Rn. 8.

<sup>40</sup> Kießling (Fn. 39), § 28 Rn. 4, 52; Gerhardt, Infektionsschutzgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 28 Rn. 4; Poscher, in: Huster/Kingreen, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 4 Rn. 73 f.

<sup>41</sup> Siehe Begriffserklärung „untersagen“ im Duden, abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/untersagen> (16.4.2022).

S. 3 IfSG nicht als einzuschränkendes Grundrecht aufgeführt. Ein Verstoß liegt gleichwohl nicht vor, da das Zitiergebot auf die Berufsfreiheit keine Anwendung findet. Nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann die Berufsausübung durch den Gesetzgeber selbst „geregelt“ werden (Regelungs- und Maßgabevorbehalt); die Norm spricht gerade nicht, wie Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG, von „Einschränkungen“.<sup>42</sup> Andere vom Beherbergungsverbot möglicherweise beschränkte Grundrechte, insbesondere die Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG, sind in der Verordnungsermächtigung ausdrücklich aufgeführt.

Verfahrens- und Formfehler sind damit nicht ersichtlich, sodass die Ermächtigungsgrundlage formell verfassungsmäßig ist.

### cc) Materielle Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Mit Blick auf die materielle Verfassungsmäßigkeit der Verordnungsermächtigung kommt ein Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG in Betracht. Danach muss die Verordnungsermächtigung Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmen. Hintergrund ist, dass sich der parlamentarische Gesetzgeber im Rahmen der Gewaltenteilung nicht selbst entmachten soll, indem er umfassend Gesetzgebungsbefugnisse an die Exekutive delegiert.<sup>43</sup> Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ist deshalb als besondere Ausprägung des allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatzes sowie des allgemeinen Gesetzesvorbehalts (Wesentlichkeitsdoktrin) für Verordnungsermächtigungen zu verstehen und mit diesen in ihrem Anwendungsbereich deckungsgleich.<sup>44</sup>

Um den Bestimmtheitsanforderungen an Inhalt, Zweck und Ausmaß zu genügen, muss bereits aus der Verordnungsermächtigung vorhersehbar sein, „in welchem Fall und mit welcher Tendenz von [ihr] Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Vorschriften haben können“ (sog. Vorhersehbarkeitsformel).<sup>45</sup> Der parlamentarische Gesetzgeber muss selbst entscheiden, „[dass] bestimmte Fragen geregelt werden sollen, [...] die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen und angeben, welchem Ziel [sie] dienen soll“ (sog. Selbstentscheidungsformel).<sup>46</sup> Im Rahmen dieser Zielvorgabe muss erkennbar sein, welches „Programm“ mit der Verordnungsermächtigung beziehungsweise darauf gestützten Verordnungen er-

reicht werden soll (sog. Programmformel).<sup>47</sup> Es ist jedoch nicht erforderlich, dass der parlamentarische Gesetzgeber jede Kleinigkeit selbst regelt; ausreichend ist es grundsätzlich, wenn sich der Inhalt einer späteren Verordnung im Wege der Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck sowie Entstehungsgeschichte der Verordnungsermächtigung ermitteln lässt.<sup>48</sup> Insoweit besteht kein allgemeingültiger Maßstab, sondern die Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG muss für jeden Einzelfall bestimmt werden.<sup>49</sup> Dabei werden die Anforderungen an die Bestimmtheit höher, je schwerer die mit der Verordnungsermächtigung verbundenen Eingriffsmöglichkeiten in die Grundrechte sind.<sup>50</sup> Demgegenüber sinken die Anforderungen, je dynamischer der Regelungsgegenstand ist (beispielsweise bei einer sich ständig wechselnden Faktenslage).<sup>51</sup>

Der Charakter des Seuchenschutzes ist ein solcher, besonders dynamischer Regelungsgegenstand.<sup>52</sup> Es gibt faktisch eine unüberschaubare Zahl an (möglicherweise noch unbekannt) Erregern und daraus resultierenden Krankheiten.<sup>53</sup> Hinzu kommt die unvorhersehbare und möglicherweise hohe Dynamik von Infektionsgeschehen und ein daraus entstehender Handlungsdruck. Es erscheint deshalb geradezu unmöglich, dass der Parlamentsgesetzgeber detaillierte Regelungen und Vorgaben zu unterschiedlichen Ausbruchsszenarien machen kann.<sup>54</sup> Vor diesem Hintergrund dürfen die Anforderungen an die Bestimmtheit im Bereich des Seuchenschutzes nicht zu hoch angesetzt werden. Eine weit gefasste, generalklauselartige Verordnungsermächtigung ist somit im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden.

Die §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG machen mit der „Verhinderung der Verbreitung“ und der „Bekämpfung übertragbarer Krankheiten“ zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung eine klare Programmvorgabe für zu erlassende Verordnungen, sodass jedenfalls der Zweck der Verordnungsermächtigung durch den Gesetzgeber ausreichend bestimmt ist.

Zweifel an der ausreichenden Bestimmtheit bestehen aber mit Blick auf Inhalt und Ausmaß der Verordnungsermächtigung. Denn § 28 Abs. 1 IfSG ist nach seinem Wortlaut als Generalklausel denkbar weit und erfasst eine Vielzahl von Maßnahmen.<sup>55</sup> Bezüglich des persönlichen Anwendungs-

<sup>42</sup> BVerfGE 13, 97 (122); *Goldhammer/Neuhöfer*, JuS 2021, 641 (644).

<sup>43</sup> BVerfGE 1, 14 (59 f.).

<sup>44</sup> BVerfGE 150, I (99 f.).

<sup>45</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 1, 14 (60); zur Vorhersehbarkeitsformel BVerfG NVwZ 2018, 1703 Rn. 202; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 95. Lfg., Stand: Juli 2021, Art. 80 Rn. 66; *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber* (Fn. 14), Art. 80 Rn. 19.

<sup>46</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 2, 307 (334); zum Begriff der Selbstentscheidungsformel siehe bspw. BVerfG NVwZ 2018, 1703 Rn. 202; *Remmert* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 66; *Uhle* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 19.

<sup>47</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 5, 71 (77); zum Begriff der Programmformel siehe bspw. BVerfG NVwZ 2018, 1703 Rn. 202; *Remmert* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 66; *Uhle* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 19.

<sup>48</sup> St. Rspr., siehe bspw. BVerfG NVwZ 2018, 1703 Rn. 203 m.w.N.

<sup>49</sup> BVerfGE 1, 14 (60 f.).

<sup>50</sup> BVerfG NVwZ 2006, 559 Rn. 276 m.w.N.

<sup>51</sup> BVerfG NVwZ 2018, 1703 Rn. 204 m.w.N.

<sup>52</sup> *Uhle* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 27a.1 und 27a.2.

<sup>53</sup> Ähnlich OVG Nordrhein-Westfalen COVuR 2020, 423 Rn. 33; *Martini/Thiessen/Ganter*, NJOZ 2020, 929 (930) m.w.N.

<sup>54</sup> Vgl. *Uhle* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 27a.1 und 27a.2.

<sup>55</sup> *Johann/Gabriel*, in: *Eckart/Winkelmüller* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Infektionsschutzrecht*, Stand: 1.4.2022,

bereichs nennt § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG mit „Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern“ zwar zunächst nur bestimmte Personengruppen. Von der darauffolgenden allgemeinen Möglichkeit, „Personen“ bestimmte Verpflichtungen aufzuerlegen, dürfte dagegen jeder erfasst sein.<sup>56</sup> Auch der sachliche Anwendungsbereich erfasst mit „notwendigen Schutzmaßnahmen“ eine denkbar breite Palette an Maßnahmen. Hinsichtlich des Ausmaßes beziehungsweise Grenzen der Ermächtigung sind nur zwangsweise Heilbehandlungen explizit vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Schließlich werden der Geltung von Verordnungen auch in zeitlicher Hinsicht nur vage Grenzen gesetzt (§ 28 Abs. 1 S. 1 IfSG: „soweit und solange es [...] erforderlich ist“). Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs ergibt sich auch nicht aus der Verwendung der Begriffe „notwendig“ und „erforderlich“.<sup>57</sup> Zwar ist es richtig, dass Maßnahmen nur soweit und solange ergriffen werden dürfen, wie es gegenüber den jeweiligen Adressaten zur Bekämpfung einer übertragbaren Krankheit verhältnismäßig ist. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt aber unabhängig davon, ob der Parlamentsgesetzgeber diesen klarstellend in den Normtext aufnimmt. Allerdings wird man dem Gesetzgeber zugutehalten müssen, dass er mit der Aufnahme von Regelbeispielen sowie der Normierung von Standardmaßnahmen zumindest grobe Vorgaben hinsichtlich denkbarer Schutzmaßnahmen getroffen hat.<sup>58</sup>

Bei einer systematischen Auslegung der §§ 28 ff. IfSG ergibt sich aber, dass der Gesetzgeber für die typischerweise grundrechtsintensiven Maßnahmen der Beobachtung, Absonderung und des Verbots beruflicher Tätigkeiten nach §§ 29, 30, 31 IfSG eigenständige Standardmaßnahmen geschaffen hat. Die Generalklausel soll damit jedenfalls im Grundsatz nur weniger schwerwiegende Eingriffe erfassen.<sup>59</sup> Mit dieser Interpretation ergibt sich also durchaus eine inhaltliche Begrenztheit, die auch mit dem Sinn und Zweck der §§ 31, 28 IfSG als Verordnungsermächtigung vereinbar ist. Sie ist im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung als einzige mit den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vereinbare Interpretation vorzugswürdig.

Vor diesem Hintergrund sind §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG als ausreichend bestimmt anzusehen.

#### *dd) §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG als taugliche Ermächtigungsgrundlage*

Besonders problematisch erscheint allerdings, dass das Beherbergungsverbot aus § 2 Abs. 1 DB-VO möglicherweise eine besonders grundrechtsintensive Maßnahme darstellt. Denn der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3

GG<sup>60</sup> verlangt es dem parlamentarischen Gesetzgeber ab, alle wesentlichen Entscheidungen, insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung, selbst zu treffen.<sup>61</sup> Daraus folgt, dass besonders grundrechtsintensive Eingriffe regelmäßig nicht auf eine Generalklausel gestützt werden können, sondern einer besonderen und detaillierter ausgestalteten Ermächtigungsgrundlage bedürfen.<sup>62</sup> Etwas anderes kann bei neuartigen Maßnahmen allenfalls für einen Übergangszeitraum gelten, wenn der Gesetzgeber noch keine ausreichende Gelegenheit hatte, mit der Schaffung einer Standardmaßnahme zu reagieren.<sup>63</sup>

Das hier in Rede stehende Beherbergungsverbot, aufgrund dessen den Hoteliers in Baden-Württemberg über einen Zeitraum von mindestens vier Wochen Einnahmeausfälle von bis zu 90 % drohen, greift erheblich in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG ein (siehe B. I. 2. c) aa). Es lässt sich damit allenfalls für einen Übergangszeitraum auf die Ermächtigung nach §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG stützen. Mit fortschreitender Dauer der Pandemie wird man verlangen müssen, dass die Verordnungsermächtigung ergänzt wird, wenn ausreichend Erkenntnisse über Ansteckung, Verbreitung und geeignete Schutzmaßnahmen vorliegen.<sup>64</sup> Vorliegend dürfte seit Beginn der Diadem-Pandemie bereits ein erheblicher Zeitraum verstrichen sein. Inzwischen liegen gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse über die Übertragungswege des Virus vor, was zuverlässige Rückschlüsse auf geeignete Schutzmaßnahmen zulässt. Auch wenn es bisher keine wirksamen Medikamente oder Impfstoffe gibt, kann das Virus über den PCR-Test eindeutig nachgewiesen werden. Der Gesetzgeber hatte demnach zwischenzeitlich ausreichend Erkenntnisse und Zeit, um Beherbergungsverbote näher gesetzlich auszugestalten. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass § 2 DB-VO nicht wirksam auf §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG gestützt werden konnte.

*Anmerkung:* Da das IfSG nicht zum Prüfungsstoff gehört, können hier keine Detailkenntnisse erwartet werden. Es ist ausreichend, die allgemeine verfassungsrechtliche Problematik zu erkennen und mithilfe der Hinweise im Sachverhalt zu einem vertretbaren Ergebnis zu gelangen.

Die Anforderungen an die Bestimmtheit nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG wurden im Rahmen der Corona-Pandemie, insbesondere ab Herbst 2020, in Rechtsprechung und Literatur intensiv diskutiert. Dabei wurden bezüglich unter-

IfSG § 28 Rn. 31 f.

<sup>56</sup> Siegel, NVwZ 2020, 577 (578).

<sup>57</sup> So aber wohl OVG Nordrhein-Westfalen COVuR 2020, 423 Rn. 37; Martini/Thiessen/Ganter, NJOZ 2020, 929 (931).

<sup>58</sup> Vgl. Uhle (Fn. 45), Art. 80 Rn. 27a.1.

<sup>59</sup> Ähnlich Kießling (Fn. 39), § 28 Rn. 46; Poscher (Fn. 40), Kap. 4 Rn. 104.

<sup>60</sup> Zur Herleitung des Vorbehalts des Gesetzes siehe Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 45), Art. 20 VI Rn. 97 ff.

<sup>61</sup> BVerfGE 34, 165 (192 f.); 49, 89 (126 f.).

<sup>62</sup> Schoch, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 1 Rn. 230; Möstl, Jura 2011, 840 (842); Kießling (Fn. 39), § 28 Rn. 54.

<sup>63</sup> Poscher (Fn. 40), Kap. 4 Rn. 104; vgl. BVerfG ZD 2013, 126 (127); VGH Baden-Württemberg NJW 2005, 88 (89).

<sup>64</sup> In diese Richtung auch VerfGH Saarland NVwZ 2020, 1513 (1519); ebenso Uhle (Fn. 45), Art. 80 Rn. 27a.3, der von einem „ermächtigungsbezogenen Fortentwicklungsauftrag“ spricht, das Problem aber eher in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verortet.

schiedlicher Pandemiebekämpfungsmaßnahmen immer wieder Zweifel geäußert, ob die §§ 32, 28 IfSG noch den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG beziehungsweise des allgemeinen Parlamentsvorbehalts genügen.<sup>65</sup> Diese Diskussion hat sich mit Erlass des neuen § 28a IfSG entschärft, der detaillierte Regelungen für besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 enthält.<sup>66</sup>

*b) Formelle Rechtmäßigkeit des Beherbergungsverbots*

Die Verordnung, genauer das in § 2 DB-VO geregelte Beherbergungsverbot,<sup>67</sup> müsste formell rechtmäßig sein, das heißt den Anforderungen an Zuständigkeit, Verfahren und Form genügen. Nach § 32 S. 1 IfSG ist die Landesregierung zum Erlass infektionsschutzrechtlicher Verordnungen zuständig, sodass vorliegend die zuständige Behörde gehandelt hat. Auch nimmt die Verordnung ausdrücklich Bezug auf die §§ 32, 28 IfSG als Verordnungsermächtigung, womit die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG gewahrt sind. Sonstige Verfahrens- und Formfehler sind nicht ersichtlich. Die Verordnung ist formell rechtmäßig.

*c) Materielle Rechtmäßigkeit des Beherbergungsverbots*

Das Beherbergungsverbot müsste materiell rechtmäßig sein, das heißt insbesondere den Anforderungen der Ermächtigungsgrundlage genügen. Nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG kann die zuständige Behörde notwendige Schutzmaßnahmen treffen, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war. Aufgrund der vorherrschenden Inzidenz von 67,4 auf 100.000 Einwohner kann davon ausgegangen werden, dass es in Baden-Württemberg eine Vielzahl an Personen gibt, die tatsächlich an DIVID-20 erkrankt sind. Damit sind Kranke festgestellt.

Liegen die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG vor, so trifft die Behörde die „notwendigen Schutzmaßnahmen“; ihr steht daher kein Entschließungs-, aber ein Auswahlermessen zu.<sup>68</sup> Dieses Ermessen ist analog § 114 VwGO nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle auf Ermessensfehler unterworfen.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Siehe bspw. VGH Baden-Württemberg BeckRS 2020, 29935 Rn. 23 ff.; *Volkman*, NJW 2020, 3153; *Siegel*, NVwZ 2020, 577 (581 f.); *Brockner*, NVwZ 2020, 1485; *Uhle* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 27a.1 ff.; anders *Martini/Thiessen/Ganter*, NJOZ 2020, 929 (931).

<sup>66</sup> Zu Zweifeln an der Bestimmtheit von § 28a IfSG *Eibenstein*, CoVuR 2020, 856 (858 f.).

<sup>67</sup> Zum eingeschränkten Prüfungsumfang aufgrund der abdrängenden Sonderzuweisung in § 68 Abs. 1 S. 1 OWiG siehe A. I. <sup>68</sup> *Johann/Gabriel* (Fn. 55), IfSG § 28 Rn. 20.

<sup>69</sup> § 114 VwGO (und § 40 VwVfG) sind unmittelbar nur bei Verwaltungsakten anwendbar. Für das normative Ermessen des Ordnungsgebers können die Normen aber in analoger Anwendung herangezogen werden, dazu *Riese*, in: *Schoch*

Ein Ermessenfehler könnte sich allenfalls daraus ergeben, dass die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten wurden (Ermessensüberschreitung).

R bemängelt insoweit zunächst, dass sich Maßnahmen i.R.d. §§ 32, 28 IfSG nur gegen die dort aufgeführten Störer richten dürfen. Es ist jedenfalls nicht zu erwarten, dass alle Hoteliers in Baden-Württemberg dieser Gruppe zugeordnet werden können, weshalb sich die Maßnahme gegen die falschen Adressaten richten könnte. Mangels einer entsprechenden Einschränkung können Maßnahmen auch gegen Nichtstörer gerichtet werden (siehe oben). Ein Rückgriff auf die allgemeinen Notstandsregelungen für Maßnahmen gegen Nichtstörer im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht nach § 9 PolG BW ist insoweit nicht erforderlich.<sup>70</sup>

Eine Ermessensüberschreitung ergibt sich auch nicht daraus, dass die in § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 3 IfSG genannten Maßnahmen nicht einschlägig sind. Bei diesen handelt es sich nur um Regelbeispiele für notwendige Schutzmaßnahmen, weshalb das Beherbergungsverbot als sonstige notwendige Schutzmaßnahme qualifiziert werden kann.

Die Landesregierung könnte ihr Ermessen aber insoweit überschritten haben, als das Ergreifen einer Schutzmaßnahme nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG nur gestattet ist, „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist“. Bei der Ausübung des Ermessens muss die Behörde also – wie auch sonst – den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten und darf nicht gegen Grundrechte verstoßen.

*aa) Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG*

Das Beherbergungsverbot könnte eine Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellen.

*(1) Eingriff in den Schutzbereich*

Art. 12 Abs. 1 GG umfasst im Rahmen eines einheitlichen Schutzbereichs das Recht auf freie Berufswahl und Berufsausübung aller Deutschen und Unionsbürger.<sup>71</sup> Als Beruf ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit anzusehen, die der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.<sup>72</sup>

Das Betreiben eines Hotels und die damit einhergehende Beherbergung von Gästen gegen Entgelt ist eine Tätigkeit in diesem Sinne. Von dem Verbot sind auch Deutsche und Unionsbürger betroffen, die im Geltungsbereich der Verordnung ein Hotel betreiben. Der Schutzbereich ist eröffnet.

Das Beherbergungsverbot stellt eine finale, unmittelbare und imperative Verkürzung des grundrechtlichen Schutzbe-

*Schneider* (Fn. 7), § 114 Rn. 7.

<sup>70</sup> So wohl auch VGH Bayern BeckRS 2020, 19555 Rn. 25, 35 ff.; *Gerhardt* (Fn. 40), § 28 Rn. 43–44; *Johann/Gabriel* (Fn. 55), IfSG § 28 Rn. 21; a.A. *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417 (418).

<sup>71</sup> Zum einheitlichen Schutzbereich siehe BVerfGE 7, 377 (401 ff.); zur Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs für EU-Bürger siehe A. III. 1.

<sup>72</sup> BVerfGE 7, 377 (397); *Ruffert* (Fn. 14), Art. 12 Rn. 40.

reichs dar, die durch einen Rechtsakt erfolgt. Damit handelt es sich um einen Eingriff, selbst im Sinne des engeren klassischen Eingriffsbegriffs.<sup>73</sup> § 2 Abs. 1 DB-VO betrifft mit dem Beherbergungsverbot im Schwerpunkt eine Tätigkeit, die typischerweise beruflich ausgeübt wird.<sup>74</sup> Mithin hat die Maßnahme berufsregelnde Tendenz.

*Anmerkung:* Die berufsregelnde Tendenz wurde vom Bundesverfassungsgericht eigentlich als Korrektiv entwickelt, damit ein Eingriff bei Maßnahmen unterhalb der Schwelle des klassischen Eingriffs nur bei einer besonderen Schwere oder Finalität zu bejahen ist.<sup>75</sup> Streng genommen bedürfte es an dieser Stelle also keiner gesonderten Prüfung der berufsregelnden Tendenz. Der Vollständigkeit halber kann man diese aber dennoch aufnehmen.

## (2) Rechtfertigung

Eingriffe in die Berufsfreiheit können gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Hier kommt eine Einschränkung auf Grund der §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG in Betracht. Diese Normen sind selbst formell und materiell verfassungsgemäß (siehe B. I. 2. a).

*Anmerkung:* Da Art. 12 Abs. 1 GG unter dem Begriff „Gesetz“ nur ein formelles Parlamentsgesetz versteht,<sup>76</sup> muss an dieser Stelle auf die §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG abgestellt werden. Eine Einschränkung allein durch die DB-VO kommt nicht in Betracht.

Der Grundrechtseingriff müsste auch verhältnismäßig sein. Eine Maßnahme, die in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreift, ist verhältnismäßig, wenn sie einen legitimen Zweck verfolgt sowie geeignet, erforderlich und angemessen beziehungsweise verhältnismäßig im engeren Sinne ist.

Legitime Zwecke können beim Erlass von Rechtsverordnungen durch die Exekutive nur die vom parlamentarischen Gesetzgeber in der Ermächtigungsgrundlage festgelegten Zwecke sein.<sup>77</sup> Die Regierung des Landes Baden-Württemberg erlässt das Beherbergungsverbot ausweislich § 1 DB-VO, um die weitere Verbreitung des Diadem-Virus zu verhindern, das heißt zum Schutz der Gesundheit ihrer Bürger. Diese Zwecksetzung steht in Einklang mit den §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG, die eine Verhinderung der Verbreitung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zum Ziel haben.

Eine Maßnahme ist geeignet, soweit sie die Erreichung des legitimen Zwecks bewirkt oder diese zumindest fördert.<sup>78</sup>

Durch das Beherbergungsverbot wird verhindert, dass Menschen aus Risikogebieten, das heißt solche mit höherem Ansteckungsrisiko, mit Bürgern aus Baden-Württemberg zusammentreffen und diese über die Atemluft anstecken. Das Ziel, die weitere Ausbreitung zu verhindern, wird damit zumindest gefördert.

Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung steht, das gleichermaßen geeignet ist, den legitimen Zweck zu erreichen.<sup>79</sup> Als mögliche mildere Maßnahmen kämen verpflichtende Hygieneanforderungen an die Hotelbesuche im Allgemeinen oder für Besuche von Gästen aus Risikogebieten im Speziellen in Betracht. Da sich das Virus vor allem über die Atemluft überträgt, wären zum Beispiel die Einführung einer Maskenpflicht auf dem gesamten Hotelgelände sowie die Pflicht zur Einhaltung von Abstandsregeln denkbar.

Derartige Maßnahmen müssten jedoch gleich geeignet sein. Auch wenn sich mit Hygienemaßnahmen viele Infektionen verhindern lassen, bleibt ein gewisses Restrisiko, das man nur ausschließen könnte, wenn man das Zusammentreffen von Personen von vornherein unterbindet. Verstärkte Hygienekonzepte sind also nicht in gleicher Weise geeignet, das Infektionsrisiko zu reduzieren. Das Beherbergungsverbot ist somit erforderlich.

*Anmerkung:* Mit entsprechender Argumentation ist an dieser Stelle vieles vertretbar. Angesichts der im Sachverhalt aufgezeigten Zweifel an der Wirksamkeit eines Beherbergungsverbot wird man etwa auch argumentieren können, dass umfassende Hygieneanforderungen gleich geeignet sind. Die Maßnahme wäre dann bereits nicht erforderlich. In diesem Fall wäre dennoch (zumindest hilfsgutachterlich) auf die Angemessenheit einzugehen. Nicht als milderes Mittel kommt hingegen eine Übernahme der Testkosten durch den Staat in Betracht. Denn eine Verschiebung der Kostenlast führt dazu, dass das Mittel nicht mehr gleich geeignet ist.<sup>80</sup>

Angemessen beziehungsweise verhältnismäßig im engeren Sinne ist die Maßnahme nur, wenn die Nachteile, die mit der Maßnahme verbunden sind, nicht außer Verhältnis zum erstrebten Erfolg stehen (Zweck-Mittel-Relation).<sup>81</sup> Erforderlich ist also eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter unter Berücksichtigung der Eingriffsintensität und der Wertigkeit des verfolgten Zwecks.

*Anmerkung:* Die Angemessenheitsprüfung sollte in der Klausur strukturiert erfolgen.<sup>82</sup> Ein „Besinnungsaufsatz“

<sup>73</sup> Zum klassischen Eingriffsbegriff *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 37. Aufl. 2021, Rn. 325.

<sup>74</sup> Zur Definition der berufsregelnden Tendenz *Epping* (Fn. 15), Rn. 400.

<sup>75</sup> *Epping* (Fn. 15), Rn. 399.

<sup>76</sup> *Mann*, in: Sachs (Fn. 15), Art. 12 Rn. 108.

<sup>77</sup> *Grzeszick* (Fn. 60), Art. 20 VII Rn. 111.

<sup>78</sup> *Kingreen/Poscher* (Fn. 73), Rn. 400; *Ipsen*, Grundrechte, 24. Aufl. 2021, § 3 Rn. 189.

<sup>79</sup> *Kingreen/Poscher* (Fn. 73), Rn. 402; *Ipsen* (Fn. 7788), § 3 Rn. 191.

<sup>80</sup> Vgl. BVerfGE 109, 64 (86); *Grzeszick* (Fn. 60), Art. 20 VII Rn. 114.

<sup>81</sup> *Kingreen/Poscher* (Fn. 73), Rn. 406; *Ipsen* (Fn. 78), § 3 Rn. 193 ff.

<sup>82</sup> Zur Struktur der Angemessenheitsprüfung *Reuter*, Jura 2009, 511; *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193.

ist zu vermeiden. Zur Strukturierung bietet es sich an, zunächst (a) abstrakt das Abwägungsmaterial inklusive der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter festzustellen. Im Anschluss sind die Vor- und Nachteile im konkreten Fall zu ermitteln, insbesondere sollten (b) die Intensität des Eingriffs sowie (c) die Nützlichkeit der Maßnahme für den verfolgten Zweck gegenübergestellt werden. Erst dann folgt (d) die Abwägung im Einzelfall.

*(a) Feststellung des Abwägungsmaterials und Bedeutung der Rechtsgüter*

Durch das Beherbergungsverbot wird einerseits das Schutzgut der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) betroffen, das als zentrales Freiheitsrecht zur materiellen Sicherung der individuellen Lebensgestaltung des Einzelnen bereits abstrakt einen hohen Stellenwert genießt.<sup>83</sup> Andererseits kommt auch den Schutzgütern des Lebens und der Gesundheit der Bevölkerung als überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern ein besonderes Gewicht zu.<sup>84</sup> Diese Schutzgüter werden nicht nur nach Art. 2 Abs. 2 GG ebenfalls grundrechtlich geschützt, sondern stellen die vitale Basis der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) dar.<sup>85</sup> Vor diesem Hintergrund trifft die Landesregierung gegebenenfalls sogar eine grundrechtliche Schutzpflicht, aktiv zu werden.<sup>86</sup> Beiden betroffenen Schutzgütern kommt daher bereits abstrakt ein hoher Stellenwert zu.<sup>87</sup>

*(b) Intensität des Eingriffs*

Im Rahmen der Berufsfreiheit kann die Eingriffsintensität mit Hilfe der vom BVerfG entwickelten Drei-Stufen-Theorie bestimmt werden.<sup>88</sup> Man unterscheidet danach drei verschiedene Arten von Eingriffen:

*Erste Stufe:* Auf der niedrigsten Stufe spricht man von Berufsausübungsregeln, das heißt von Maßnahmen, die sich lediglich auf die Art und Weise, das „Wie“ der Berufsausübung auswirken (zum Beispiel Ladenschlussregeln).<sup>89</sup> Wegen der typischerweise geringen Eingriffsintensität sind sie bereits zulässig, wenn sie auf Grund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheinen.<sup>90</sup>

*Zweite Stufe:* Bei den subjektiven Berufswahlregeln wird hingegen die Wahl des Berufs, das heißt das „Ob“ der Berufsausübung beschränkt. Sie knüpfen an persönliche

Eigenschaften oder Fähigkeiten des Betroffenen an (zum Beispiel Ablegen einer berufsbezogenen Prüfung).<sup>91</sup> Subjektive Berufswahlregeln sind typischerweise von höherer Eingriffsintensität und nur zulässig, wenn es um den Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts geht, das gegenüber der Freiheit des Einzelnen vorrangig ist.<sup>92</sup>

*Dritte Stufe:* Die schwerste Form des Eingriffs stellen objektive Berufswahlregeln dar. Auch sie schränken die Berufswahl, das „Ob“ der Berufsausübung ein. Sie beziehen sich jedoch auf objektive Merkmale außerhalb der Person, auf die der Betroffene keinen Einfluss hat (zum Beispiel zahlenmäßige Beschränkung von Anbietern in einem Gebiet).<sup>93</sup> Sie sind nur ausnahmsweise zur Abwendung einer nachweislichen oder höchstwahrscheinlichen Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zulässig.<sup>94</sup>

*Anmerkung:* Die Drei-Stufen-Theorie wurde vom Bundesverfassungsgericht als besondere Ausprägung der Verhältnismäßigkeitsprüfung i.R.v. Art. 12 Abs. 1 GG entwickelt.<sup>95</sup> An sich lassen sich Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG auch anhand einer konsequenten Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beurteilen. Die Drei-Stufen-Theorie kann allerdings als Strukturierungshilfe dienen. Die Übergänge zwischen den Stufen sind fließend und keiner schematischen Anwendung zugänglich.

Bezüglich der Verortung der Drei-Stufen-Theorie im Aufbau der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Art. 12 Abs. 1 GG ist vieles vertretbar. Wichtig ist lediglich, die Theorie anzusprechen und in der Fallprüfung eine Aufbauvariante konsequent zu prüfen. Nicht überzeugend ist es dagegen, die Drei-Stufen-Theorie bereits im Eingriff zu erörtern. Schließlich kommt es für die Frage, ob überhaupt ein Eingriff vorliegt, nicht darauf an, wie schwer dieser Eingriff ist.<sup>96</sup>

Im vorliegenden Fall wird der Betrieb von Hotels beziehungsweise die Aufnahme von Gästen nicht komplett untersagt oder an bestimmte subjektive oder objektive Voraussetzungen geknüpft. Vielmehr sollen lediglich bestimmte Gäste nicht mehr aufgenommen werden, womit das „Wie“ der Berufsausübung betroffen ist. Es handelt sich damit grundsätzlich (nur) um eine Berufsausübungsregel.

Im konkreten Fall ist aber zu berücksichtigen, dass kaum noch Landkreise und Städte eine Inzidenz von unter 50 aufweisen und somit fast alle Gäste aus Risikogebieten stammen, weshalb die meisten Hoteliers ihre Betriebe nach Inkrafttreten des Beherbergungsverbotes werden schließen müssen. Vor diesem Hintergrund ist die Maßnahme mit einer Dauer von vier Wochen unter dem Vorbehalt etwaiger Verlängerun-

<sup>83</sup> Pielow, in: Pielow (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GewO, Stand: 1.1.2022, § 1 Rn. 77; vgl. auch BVerfGE 63, 266 (286).

<sup>84</sup> BVerfGE 7, 377 (414); 121, 317 (349).

<sup>85</sup> BVerfGE 39, 1 (42).

<sup>86</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1 (42); Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 45), Art. 2 Abs. 1 Rn. 61 ff.

<sup>87</sup> Zum Fehlen eines verfassungsrechtlichen Vorranges des Gesundheitsschutzes Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkmann/Wißmann, JZ 2020, 861 (863 f.).

<sup>88</sup> BVerfGE 7, 377 (405 ff.); vgl. Epping (Fn. 15), Rn. 409 ff.; Kingreen/Poscher (Fn. 73), Rn. 1034 ff.

<sup>89</sup> BVerfGE 7, 377 (405 f.).

<sup>90</sup> BVerfGE 7, 377 (405 f.).

<sup>91</sup> Vgl. BVerfGE 7, 377 (406.).

<sup>92</sup> Vgl. BVerfGE 7, 377 (406 f.).

<sup>93</sup> Vgl. BVerfGE 7, 377 (406 f.).

<sup>94</sup> BVerfGE 7, 377 (408).

<sup>95</sup> Voßkuhle, JuS 2007, 429 (430); Reuter, Jura 2009, 511 (514).

<sup>96</sup> Epping (Fn. 15), Rn. 410.

gen potenziell auf einen recht langen Zeitraum angelegt und dürfte mit erheblichen Umsatzeinbußen einhergehen.

Die Ausnahmeregelung in § 2 Abs. 1 S. 2 DB-VO, nach der ein Gast das Beherbergungsverbot durch Vorlage eines negativen Testergebnisses im Einzelfall abwenden kann, ändert nicht viel an diesem Ergebnis. Weil die Kosten für einen Test selbst zu tragen und mit mindestens 100 Euro pro Person sehr teuer sind, werden sich viele Reisende eine Übernachtung nicht mehr leisten können. Aufgrund des Umstandes, dass die Testergebnisse häufig ohnehin erst nach Ablauf der 48-Stunden-Frist aus § 2 Abs. 1 S. 2 DB-VO vorliegen, wird eine Reise in vielen Fällen sogar kurzfristig unmöglich. Auch die Ausnahme nach § 2 Abs. 2 DB-VO hat nur einen sehr engen Anwendungsbereich und wird damit aller Voraussicht nach nur eine kleine Gruppe von Beherbergungsgästen erfassen, sodass mit diesen Gästen allein ein wirtschaftlicher Betrieb von Hotels nicht möglich sein wird.<sup>97</sup>

In ihrer Intensität kommt die Maßnahme deshalb einem vorübergehenden Berufsverbot aufgrund objektiver Kriterien sehr nahe. Mit dem Beherbergungsverbot liegt mithin ein schwerwiegender Eingriff in die Berufsfreiheit vor,<sup>98</sup> der nur angemessen ist, soweit er zur Abwehr einer Gefahr für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter zwingend geboten erscheint.<sup>99</sup>

#### (c) Nützlichkeit der Maßnahme

Das Beherbergungsverbot dient dem Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung und damit einem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das hochansteckende Virus sich sehr schnell verbreitet und schwere Erkrankungen bis hin zum Tod herbeiführen kann. Es stellt damit eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit mit teils irreversiblen Schäden dar. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Diadem-Virus um ein neuartiges Virus handelt, dessen Verbreitungsmechanismen und Wirkweisen noch unzureichend erforscht sind und für das bisher weder wirksame Medikamente noch Impfstoffe zur Verfügung stehen. Das spricht grundsätzlich für einen hohen Nutzen der Maßnahme.

Allerdings ist nicht abschließend klar, ob das Beherbergungsgebot diese drohende Gefahr überhaupt effektiv abwehren kann. Denn die Hoteliers in Baden-Württemberg haben bereits umfassende Hygienekonzepte entwickelt, mit denen sich vermutlich der größte Teil der Ansteckungen verhindern ließe. Bisher sind auch keine nennenswerten Ansteckungen in Hotelbetrieben bekannt; hier halten sich Gäste in der Regel allein oder zusammen mit Personen auf, zu denen sie ohnehin in engem Kontakt stehen.<sup>100</sup> Die Beherbergung erfolgt außer-

dem gewöhnlich in abgetrennten Räumlichkeiten mit eigenen sanitären Einrichtungen, sodass ein Zusammentreffen mit anderen Beherbergungsgästen ausgeschlossen oder doch wesentlich reduziert ist.<sup>101</sup> Es ist deshalb fraglich, ob das Beherbergungsverbot tatsächlich maßgeblich zu einer Reduktion von Infektionen beitragen kann. Ein Festhalten am Beherbergungsverbot aufgrund einer rein politischen „Signalwirkung“ kann jedenfalls keine ausreichende Begründung darstellen.

Bedenken bestehen weiter hinsichtlich der Anknüpfung des Beherbergungsverbots an den Inzidenzwert von 50. Zwar handelt es sich hierbei nicht um eine willkürlich gewählte Zahl, sondern sie soll die Schwelle abbilden, ab der Infektionsketten durch die Gesundheitsämter nicht mehr verfolgt und das Infektionsgeschehen damit nicht mehr kontrolliert werden kann. Dennoch bleibt fraglich, ob der Wert eine verlässliche Aussage zur Infektionswahrscheinlichkeit zulässt. Denn die Inzidenz kann in einem Landkreis schon aufgrund weniger lokaler Ausbrüche (zum Beispiel in einem einzelnen Betrieb) die Schwelle von 50 überschreiten, ohne dass von anderen Personen eine erhöhte Gefahr ausginge. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass eine noch kleinteiligere Begrenzung, zum Beispiel auf Kommunen, praktisch kaum noch handhabbar wäre.

#### (d) Abwägung im Einzelfall

Insgesamt ist festzustellen, dass zwar eine erhebliche Gefährdungslage vorliegt, das Beherbergungsverbot aber voraussichtlich allenfalls in einem sehr eingeschränkten Umfang zu einer Reduzierung von Infektionen beitragen wird beziehungsweise die Wirkung jedenfalls in hohem Maße ungewiss ist.

Für die erforderliche Abwägung der betroffenen Rechtsgüter bleibt deshalb festzuhalten, dass dem fragwürdigen Erfolg der Maßnahme erhebliche Abstriche bei der Berufsausübung gegenüberstehen, die faktisch zu einem zeitweisen Berufsverbot führen. Das Beherbergungsverbot ist zur Abwehr der durch das Virus drohenden Gefahr gerade nicht zwingend geboten, sodass der Eingriff in die Berufsfreiheit außer Verhältnis zum angestrebten Zweck des Gesundheitsschutzes steht. Die Berufsfreiheit überwiegt damit im vorliegenden Fall gegenüber dem Gesundheitsschutz.

*Anmerkung:* Ein anderes Ergebnis ist bei entsprechender Argumentation selbstverständlich gut vertretbar. Eine derart ausdifferenzierte Abwägung wird in der Klausur nicht erwartet. Wichtig ist es vor allem, die Prüfung gut zu strukturieren, die Definitionen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und der Drei-Stufen-Theorie zu beherrschen und das Beherbergungsverbot in die Drei-Stufen-Theorie einzuordnen.

*Zur Vertiefung:* In der Rechtsprechung zu den Beherbergungsverboten hat sich gezeigt, dass deren Verhältnismäßigkeit unter anderem von der allgemeinen Infektionslage

<sup>97</sup> Vgl. OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 27817 Rn. 44; ähnlich OVG Niedersachsen COVuR 2020, 700 Rn. 61.

<sup>98</sup> Vgl. *Goldhammer/Neuhöfer*, JuS 2021, 641 (644).

<sup>99</sup> Zu den Rechtfertigungsanforderungen von Berufsausübungsregeln, die wie Berufswahlregeln wirken *Ruffert* (Fn. 14), Art. 12 Rn. 95 f.

<sup>100</sup> Vgl. OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 27817 Rn. 39.

<sup>101</sup> Vgl. OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 27817 Rn. 39.

abhängt. Haben die Gerichte die Beherbergungsverbote im Herbst 2020 bei einem weitgehend stabilen Infektionsgeschehen noch für voraussichtlich unverhältnismäßig gehalten,<sup>102</sup> so änderte sich diese Einschätzung zum Winter hin, wobei maßgeblich auf die verschärfte Pandemielage verwiesen wurde.<sup>103</sup> Zwar handelt es sich hier letztlich stets um konkrete Einzelfallentscheidungen. Es zeigt sich jedoch die Tendenz, dass Beherbergungsverbote als besonders schwere Eingriffe in die Berufsfreiheit nur als verhältnismäßig beurteilt werden, wenn ein erhebliches Infektionsgeschehen vorherrscht und auch sonst weitreichende Maßnahmen zur Eindämmung von Infektionen getroffen wurden.

*bb) Vereinbarkeit mit Art. 11 GG*

Das Beherbergungsverbot könnte zudem eine Verletzung der Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG bewirken.

*(1) Eröffnung des Schutzbereichs*

Der sachliche Schutzbereich der Freizügigkeit umfasst das Recht, an jedem Ort innerhalb der Bundesrepublik Deutschland Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen.<sup>104</sup> Mit Blick auf Übernachtungen in Beherbergungsbetrieben kommt als geschütztes Verhalten vorliegend nur die freie Wahl des Aufenthaltsorts in Betracht. Aufenthalt meint dabei in Abgrenzung zum Wohnsitz ein lediglich vorübergehendes Verweilen.<sup>105</sup>

Aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen sowohl für die Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs als auch bei der Möglichkeit von Beschränkungen ist in diesem Zusammenhang eine Abgrenzung zur Fortbewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) notwendig.<sup>106</sup> Mit Blick auf die Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt in Art. 11 Abs. 2 GG, die allesamt erst nach einer gewissen Zeit erforderlich werden dürften, ist dabei für einen Aufenthalt zumindest eine gewisse Verweildauer zu verlangen.<sup>107</sup> Um rein zufällige Ergebnisse zu vermeiden, wird man zusätzlich eine erhebliche Bedeutung in Form des jedenfalls vorübergehenden Verlassens des allgemeinen Lebens-

kreises fordern müssen.<sup>108</sup> Von beidem kann im Rahmen eines (ggf. mehrtägigen) Verweilens in einem Beherbergungsbetrieb ausgegangen werden.

*Anmerkung:* Die Anforderungen an den Begriff des Aufenthalts sind im Einzelnen umstritten, wobei es noch mehr als die oben dargestellten Lösungsansätze gibt.<sup>109</sup> Das Bundesverfassungsgericht verlangt, dass die jeweilige Verhaltensweise nach ihrer „Art und Intensität“ eine über die allgemeine Bewegungsfreiheit „hinausgehende Bedeutung für die räumlich gebundene Gestaltung des alltäglichen Lebenskreises“ hat.<sup>110</sup>

Ob Beherbergungsverbote beziehungsweise die Übernachtung in einem Beherbergungsbetrieb vom Schutzbereich erfasst sind, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet. Wie hier ist der VGH Baden-Württemberg davon ausgegangen, dass der Schutzbereich eröffnet ist.<sup>111</sup> Dagegen haben sich insbesondere das OVG Niedersachsen sowie *Eibenstein* und wohl auch *Ogorek* ausgesprochen.<sup>112</sup> Ausdrücklich offen gelassen wurde die Frage vom BVerfG, vom OVG Sachsen-Anhalt sowie vom OVG Berlin-Brandenburg.<sup>113</sup>

Von diesem Verbot sind jedenfalls beim innerdeutschen und innereuropäischen Tourismus auch Deutsche und Unionsbürger betroffen, die im Geltungsbereich der Verordnung in Hotels übernachten wollen. Der Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 GG ist damit eröffnet.

*(2) Eingriff*

Die Landesregierung möchte mit dem Beherbergungsverbot gezielt die Einreise nach und das Verweilen von Personen in Baden-Württemberg einschränken, sodass sie eine finale, unmittelbare und imperative Verkürzung dieses Schutzbereichs darstellt, die durch einen Rechtsakt erfolgt. Damit liegt ein klassischer Eingriff vor.

*(3) Rechtfertigung*

Der Eingriff müsste gerechtfertigt sein. Das Beherbergungsverbot könnte im Rahmen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts des Art. 11 Abs. 2 GG zum Schutze vor der Verbreitung des Diadem-Virus auf Grund der §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG zur Bekämpfung einer Seuchengefahr<sup>114</sup> erforderlich

<sup>102</sup> VGH Bayern BeckRS 2020, 17622; VGH Baden-Württemberg COVuR 2020, 711; OVG Niedersachsen COVuR 2020, 700; OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 27817; OVG Sachsen-Anhalt BeckRS 2020, 28262; OVG Schleswig-Holstein BeckRS 2020, 27894.

<sup>103</sup> VGH Baden-Württemberg BeckRS 2020, 29935; OVG Schleswig-Holstein BeckRS 2020, 29770; OVG Schleswig-Holstein BeckRS 2020, 32543.

<sup>104</sup> BVerfGE 2, 266 (273); 43, 203 (211); 80, 137 (150); 110, 177 (190).

<sup>105</sup> *Sodan*, in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 11 Rn. 2; *Pagenkopf*, in: Sachs (Fn. 15), Art. 11 Rn. 16.

<sup>106</sup> BVerfG BeckRS 2008, 142691 Rn. 21; *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 45), Art. 11 Rn. 77.

<sup>107</sup> Vgl. *Kunig/Graf v. Kielmansegg*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 11 Rn. 30.

<sup>108</sup> Ähnlich VGH Baden-Württemberg COVuR 2020, 711 Rn. 21.

<sup>109</sup> Für einen Überblick *Ogorek*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 14), Art. 11 Rn. 11 f.

<sup>110</sup> BVerfG BeckRS 2008, 142691 Rn. 21.

<sup>111</sup> VGH Baden-Württemberg COVuR 2020, 711 Rn. 21.

<sup>112</sup> OVG Niedersachsen COVuR 2020, 700 Rn. 66; *Eibenstein*, COVuR 2020, 688 Fn. 14; *Ogorek* (Fn. 109), Art. 11 Rn. 13.1.

<sup>113</sup> BVerfG COVuR 2020, 883 Rn. 10; OVG Sachsen-Anhalt BeckRS 2020, 32485 Rn. 70; OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 27817 Rn. 35.

<sup>114</sup> Zum Begriff der Seuchengefahr *Ogorek* (Fn. 109), Art. 11

sein. Diese Voraussetzung ist bei der drohenden Ausbreitung einer schweren übertragbaren Krankheit wie dem Diadem-Virus erfüllt. Zudem müsste der Grundrechtseingriff verhältnismäßig sein. Dabei ergeben sich bezüglich des legitimen Zwecks sowie der Geeignetheit und Erforderlichkeit keine Unterschiede zur Verhältnismäßigkeitsprüfung i.R.d. Art. 12 Abs. 1 GG (siehe B. I. 2. c) aa) (2).

Der Eingriff müsste jedoch auch angemessen sein. Auch bei der Freizügigkeit handelt es sich als Grundrecht um ein Gut von Verfassungsrang. Beiden betroffenen Schutzgütern kommt daher bereits abstrakt ein hoher Stellenwert zu. Es handelt sich um einen Eingriff von mittlerer bis hoher Intensität. Denn das Beherbergungsverbot erschwert es Reisenden aus den nach der DB-VO definierten Risikogebieten erheblich, sich für einen längeren Aufenthalt in Hotels nach Baden-Württemberg zu begeben. Dafür sprechen erneut die hohen Anforderungen für die Ausnahmetatbestände der §§ 2 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DB-VO. Auch bezüglich des äußerst fragwürdigen Nutzens des Beherbergungsverbots ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede zu den Erwägungen der Angemessenheitsprüfung für Art. 12 Abs. 1 GG (siehe B. I. 2. c) aa) (2).

Das Beherbergungsverbot hält mithin auch einer Abwägung in Bezug auf Art. 11 Abs. 1 GG im Ergebnis nicht stand.

#### cc) Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG

Ob der sachliche Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb umfasst, kann dahinstehen. Der dadurch vermittelte Schutz würde jedenfalls nicht weiter reichen als der Schutz seiner Grundlagen, das heißt den Bestand der zum Betrieb gehörenden Sachen und Rechte.<sup>115</sup> Reine Umsatz- und Gewinnchancen, wie sie bei der Möglichkeit, Gäste gegen Entgelt zu beherbergen, betroffen sind, werden jedenfalls nicht erfasst.<sup>116</sup> Insoweit gilt der Merksatz, dass nur Art. 12 Abs. 1 GG den Erwerb, Art. 14 Abs. 1 GG dagegen das Erworbene schützt.<sup>117</sup>

#### dd) Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG

Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG ist subsidiär<sup>118</sup> und daher nicht zu prüfen.

*Anmerkung:* Da es sich bei der Normenkontrolle um ein objektives Beanstandungsverfahren handelt, sind grundsätzlich alle in Betracht kommenden Grundrechtsverstöße zu prüfen. Die Prüfung von Art. 12 Abs. 1 GG bildet nach Gestaltung des Sachverhalts erkennbar den Schwerpunkt der Prüfung. Auch Art. 11 GG muss aufgrund des im Sachverhalt enthaltenen Hinweises zumindest kurz angesprochen werden. Ausführungen zu Art. 14, Art. 2 Abs. 1

GG (und ggf. zu weiteren Grundrechten) sind hingegen nicht zwingend erforderlich. Eine Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG war durch den Bearbeitungsvermerk ausgeschlossen.

#### ee) Verstoß gegen das Bestimmtheits- und Publizitätsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG)

Das Beherbergungsverbot aus § 2 Abs. 1 DB-VO könnte zudem gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitende Bestimmtheitsgebot verstoßen. Nach dem Bestimmtheitsgebot müssen gesetzliche Tatbestände so präzise formuliert sein, dass der Normadressat sein Handeln kalkulieren und auf die Regelung abstimmen kann.<sup>119</sup> Hieraus können sich auch Anforderungen für die Verwendung von Verweisungen ergeben.<sup>120</sup> Zwar ist es grundsätzlich zulässig, dass der Normgeber auf Normen eines anderen Normgebers oder eines nichtstaatlichen Gremiums verweist.<sup>121</sup> Insbesondere bei dynamischen Verweisungen<sup>122</sup> müssen aber Inhalt und Reichweite der Verweisung klar begrenzt werden, weil der Bürger ansonsten in bedenklicher Weise einer anderen, womöglich nicht legitimierten Normsetzungsgewalt ausgeliefert wäre.<sup>123</sup> Zudem muss die in Bezug genommene Bestimmung hinreichend präzise bezeichnet werden; eine Angabe einer „Fundstelle“ ist dann nicht zwingend erforderlich.<sup>124</sup>

Der Verweis auf die Veröffentlichung des Robert Koch-Instituts ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden. Die Verordnung verweist lediglich für die Inzidenzwerte, die vom Normgeber ohnehin nicht beeinflusst werden können, auf die Veröffentlichungen des Robert Koch-Instituts und ist damit inhaltlich eng begrenzt. Der in Bezug genommene Inzidenzwert wird auch hinreichend präzise bezeichnet, sodass sich die entsprechenden Veröffentlichungen zum Beispiel im Internet ohne besondere Schwierigkeiten auffinden und einsehen lassen. Die Angabe der Internetadresse im Verordnungstext war daher nicht zwingend erforderlich. Ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz liegt nicht vor.

*Anmerkung:* Hier ist im Ergebnis vieles vertretbar. Wichtig ist, die Bestimmtheit der Verordnung strikt von der Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung zu trennen. Erstere wird nach Art. 20 Abs. 3 GG beurteilt, letztere ausschließlich nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG (siehe B. I. 2. a) cc).

Rn. 36.

<sup>115</sup> Siehe BVerfG NJW 1992, 36 (37); BVerfG NZS 2008, 588 (589); BVerfGE 143, 246 (331).

<sup>116</sup> So auch OVG Niedersachsen COVuR 2020, 700 Rn. 18; a.A. OVG Sachsen-Anhalt COVuR 2020, 819.

<sup>117</sup> BVerfG NJW 1991, 1667 (1670).

<sup>118</sup> Vgl. Lang, in: Epping/Hillgruber (Fn. 14), Art. 2 Rn. 29.

<sup>119</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 129.

<sup>120</sup> Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 290 m.w.N.

<sup>121</sup> Siehe BVerwG NJOZ 2013, 1754 Rn. 39.

<sup>122</sup> Dynamische Verweisungen nehmen im Gegensatz zu statischen Verweisungen nicht auf eine Norm in einer bestimmten, sondern in ihrer jeweils gültigen Fassung Bezug.

<sup>123</sup> BVerwG NJOZ 2013, 1754 Rn. 42.

<sup>124</sup> BVerfGE 26, 338 (367); BVerfG NJ 1994, 461; BVerwG NJOZ 2013, 1754 Rn. 32; a.A. VGH Bayern BeckRS 2020, 17622 Rn. 43.

### 3. Zwischenergebnis

Der Normkontrollantrag im Hauptsacheverfahren ist zulässig und begründet und hätte somit Aussicht auf Erfolg.

## II. Dringende Gebotenheit einer einstweiligen Anordnung

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung müsste auch i.S.v. § 47 Abs. 6 VwGO dringend geboten sein. Dabei sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache ein „wesentliches Indiz dafür, [den] Vollzug [der Norm] bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache [zu suspendieren, ...] wenn dessen (weiterer) 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.“<sup>125</sup>

Jedenfalls H drohen durch das Beherbergungsverbot erhebliche finanzielle Einbußen, schlimmstenfalls bis hin zum wirtschaftlichen Ruin und damit ein schwerer Nachteil.<sup>126</sup> Der Erlass der einstweiligen Anordnung ist daher dringend geboten.

*Anmerkung:* § 47 Abs. 6 VwGO kennt mit den „schweren Nachteilen“ und „anderen gewichtigen Gründen“ zwei unterschiedliche Anknüpfungspunkte für den Regelungsanlass. Da es sich um ein objektives Beanstandungsverfahren handelt, liegt es nahe, dass im Rahmen der „anderen gewichtigen Gründe“ auch die Belange Dritter oder der Allgemeinheit zu berücksichtigen sind.<sup>127</sup> Teilweise wird aber vertreten, dass auch „andere wichtige Gründe“ stets auf den Antragsteller bezogen sind.<sup>128</sup> Folgt man der erstgenannten Auffassung, kann man im Rahmen der anderen wichtigen Gründe auch die Beeinträchtigungen der anderen Beherbergungsbetriebe in Baden-Württemberg sowie der Übernachtungsgäste berücksichtigen.

## III. Keine Vorwegnahme der Hauptsache

Der vorläufige Rechtsschutz darf grundsätzlich nicht zu einer endgültigen Vorwegnahme der Entscheidung im Hauptsacheverfahren führen. Eine solche Vorwegnahme ist allerdings schon deshalb nicht zu befürchten, weil der VGH im Rahmen der einstweiligen Anordnung die angegriffene Norm lediglich bis zur Entscheidung im Normenkontrollantrag außer Vollzug setzt, nicht aber für unwirksam erklärt.<sup>129</sup> Angesichts der drohenden Existenzgefährdung der H wäre aufgrund der

Notwendigkeit eines effektiven Grundrechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) im Zweifel, das heißt wenn eine Entscheidung des VGH nicht vor Außerkrafttreten der Verordnung erfolgen kann, auch eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache zulässig und geboten.<sup>130</sup>

## C. Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs

Der Antrag der H hat Aussicht auf Erfolg. Der VGH wird die von H beantragte einstweilige Anordnung erlassen und das Beherbergungsverbot vorläufig außer Vollzug setzen.<sup>131</sup>

<sup>125</sup> BVerwG BeckRS 2015, 42594 Rn. 12.

<sup>126</sup> Ähnlich OVG Mecklenburg-Vorpommern BeckRS 2020, 37219 Rn. 45.

<sup>127</sup> BVerwG BeckRS 2015, 42594 Rn. 12; *Schenke* (Fn. 3), § 47 Rn. 152; *Finkelnburg/Dombert/Külpmann* (Fn. 27), § 30 Rn. 603 f.

<sup>128</sup> OVG Saarland BeckRS 2009, 39332; OVG Schleswig-Holstein NVwZ 2012, 771 (773 f.).

<sup>129</sup> Dazu *Schoch* (Fn. 7), § 47 Rn. 139.

<sup>130</sup> Vgl. *Hufen* (Fn. 6), § 34 Rn. 10.

<sup>131</sup> Die Außervollzugsetzung der Norm gilt in diesem Fall, wie im Hauptsacheverfahren (vgl. § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO), allgemein und nicht nur für den Antragsteller, VGH Hessen BeckRS 2013, 54875 Rn. 15; OVG Niedersachsen COVuR 2020, 700 Rn. 68; *Hoppe* (Fn. 13), § 47 Rn. 111; a.A. *Schenke/Schenke* (Fn. 3), § 47 Rn. 150.