

Beglaubigte Abschrift

VG 14 L 24/22



VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

BESCHLUSS

In der Verwaltungsstreitsache

1. der Frau [REDACTED]
  2. des Herrn [REDACTED]
- zu 1 und 2 wohnhaft: [REDACTED]

Antragsteller,

Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Bernard Korn & Partner,  
Stromberger Straße 2, 55545 Bad Kreuznach,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland,  
vertreten durch die Bundesregierung,  
diese vertreten durch das Bundesministerium für Gesundheit,  
Rochusstraße 1, 53123 Bonn,

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:  
[REDACTED]

hat die 14. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin  
durch

den Richter am Verwaltungsgericht [REDACTED]  
den Richter [REDACTED] und [REDACTED]  
die Richterin am Verwaltungsgericht

am 16. Februar 2022 beschlossen:

Es wird im Wege einstweiliger Anordnung festgestellt, dass § 2 Nr. 5 der Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaß-

nahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung – SchAusnahmV) vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 08.05.2021 V1), zuletzt geändert durch Verordnung vom 14. Januar 2022 (BAnz AT 14.01.2022 V1), auf die Antragsteller vorläufig bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache keine Anwendung findet. Auf die Antragsteller findet stattdessen vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache § 2 Nr. 5 SchAusnahmV in der bis zum 14. Januar 2022 geltenden Fassung der vorletzten Änderung durch Verordnung vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5175) Anwendung, wonach ein Genesenennachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrundeliegende Testung durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist und mindestens 28 Tage sowie maximal sechs Monate zurückliegt.

Es wird ferner im Wege einstweiliger Anordnung festgestellt, dass § 2 Nr. 8 der Verordnung zum Schutz vor einreisebedingten Infektionsgefahren in Bezug auf das Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Einreiseverordnung – CoronaEinreiseV) vom 28. September 2021 (BAnz AT 29.09.2021 V1), zuletzt geändert durch Verordnung vom 14. Januar 2022 (BAnz AT 14.01.2022 V1), auf die Antragsteller vorläufig bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache keine Anwendung findet. Auf die Antragsteller findet stattdessen vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV in der bis zum 14. Januar 2022 geltenden Fassung der vorletzten Änderung durch Verordnung vom 22. Dezember 2021 (BAnz AT 22.12.2021 V1) Anwendung, wonach ein Genesenennachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrundeliegende Testung durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist und mindestens 28 Tage sowie maximal sechs Monate zurückliegt.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 20.000,- € festgesetzt.

### Gründe

Der nach den §§ 88, 122 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sachdienlich dahin auszulegende Antrag der Antragsteller,

im Wege der einstweiligen Anordnung festzustellen, dass § 2 Nr. 5 SchAusnahmV und § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV auf die Antragsteller vorläufig bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache keine Anwendung finden,

ist zulässig (I.) und begründet (II.).

I.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Regulationsanordnung ist nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft. In der Hauptsache kann die Antragstellerseite hier ein Feststellungsbegehren nach § 43 Abs. 1 VwGO verfolgen (vgl. zum fachgerichtlichen Rechtsschutz gegen Bundesverordnungen: BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2006 – 1 BvR 541/02 –, juris Rn. 41), so dass sie im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes grundsätzlich einen korrespondierenden Feststellungsantrag stellen kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31. März 2020 – 1 BvR 712/20 –, juris Rn. 15 m.w.N.).

Zwischen den Antragstellern als Normadressaten und der Antragsgegnerin als Normgeberin bestehen hier negativ feststellungsfähige Rechtsverhältnisse im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO, nämlich sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm ergebende rechtliche Beziehungen für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen (vgl. Pietzcker, in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 41. Erg.-Lfg. Juli 2021, § 43 VwGO Rn. 5 ff. m.w.N.).

Unmittelbar zum Normgeber ist ein Rechtsverhältnis dabei nur ausnahmsweise, aber insbesondere dann anzunehmen, wenn mangels administrativen Vollzugs einer Norm kein konkretes Rechtsverhältnis zwischen Normanwender und Normadressat begründet wird, die Rechtsbeeinträchtigung bereits unmittelbar durch die Norm bewirkt wird und effektiver Rechtsschutz nur im Rechtsverhältnis zwischen Normgeber und Normadressat gewährt werden kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010 – 8 C 19/09 –, juris Rn. 28; BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2006, a.a.O.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16. April 2021 – OVG 1 S 43/21 –, juris Rn. 10).

Rechtsverhältnisse im obigen Sinne liegen hier vor. Mit Blick auf § 2 Nr. 4 und 5 SchAusnahmV liegt ein Rechtsverhältnis vor, da diese Vorschriften bundesweit einheitlich und ohne Abweichungsbefugnis (vgl. § 7 Satz 1 SchAusnahmV; hierzu VG Berlin, Beschluss vom 20. September 2021 – 14 L 512/21 –, juris) festlegen, ob eine Person im Rechtssinne als „genesene Person“ gilt, und damit bestimmen, ob die Person in den Genuss der hieran anknüpfenden Erleichterungen und Ausnahmen von bundes- und landesrechtlichen infektionsrechtlichen Schutzmaßnahmen für diesen Personenkreis kommt oder nicht. § 2 Nr. 7 und 8 CoronaEinreiseV legen wiederum fest, ob eine Person als „genesene Person“ im Sinne der Coronavirus-Einreiseverordnung gilt und danach den in der Verordnung an den Genesenenstatus anknüpfenden Ausnahmen, hier konkret hinsichtlich der Absonderungspflicht nach Einreise

in die Bundesrepublik Deutschland (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 2 CoronaEinreiseV) unterliegt.

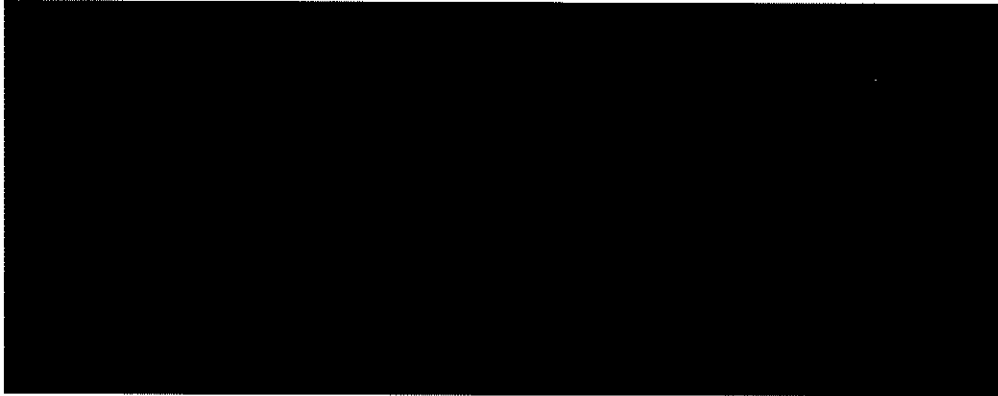
Diese Rechtsverhältnisse bestehen unmittelbar zum Normgeber, da weder § 2 Nr. 5 SchAusnahmV noch § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV eines erkennbaren „Vollzugsakts“ bedürfen und andernfalls effektiver Rechtsschutz deswegen nicht vollumfassend gewährleistet werden könnte. Dies erscheint zum einen hinsichtlich der unmittelbar an § 2 Nr. 4 und 5 SchAusnahmV anknüpfenden bundesweit einheitlichen Schutzmaßnahmen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) offensichtlich, gilt aufgrund der unmittelbaren Auswirkung der Vorschrift auf infektionsschutzrechtliche Maßnahmen der Landesregierungen in Form von Erleichterungen und Ausnahmen aber auch, soweit § 2 Nr. 4 und 5 SchAusnahmV erst in Verbindung mit Landesrecht Wirkung erlangt. Dies erscheint zum anderen aber auch hinsichtlich der an § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV anknüpfenden vorzeitigen Beendigungsmöglichkeit der Absonderung gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 CoronaEinreiseV offensichtlich (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 2 CoronaEinreiseV).

Dabei ist der Antrag hier nur deshalb nicht als Normerlassantrag auszulegen, da die begehrte Rechtsposition vorliegend bereits mit Feststellung der individuellen Unanwendbarkeit von § 2 Nr. 5 SchAusnahmV und § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV erreicht werden kann. Hierdurch leben nämlich die abgeänderten Normen wieder auf, es sei denn – wofür hier keine Anhaltspunkte bestehen – der Wille des Verordnungsgebers geht eindeutig dahin, dass die früheren Normen „auf jeden Fall“ aufgehoben werden sollten (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteile vom 24. Oktober 2013 – 1 S 347/13 –, juris Rn. 45 f., und vom 18. Dezember 1992 – 5 S 173/91 –, juris Rn. 30 mit Verweis auf BVerwG, Urteil vom 10. August 1990 – 4 C 3.90 –, juris; so im Ergebnis auch VG Osnabrück, Beschluss vom 04. Februar 2022 – 3 B 4/22 –, juris Rn. 33).

Ein gegen die im jeweiligen Bundesland geltenden Infektionsschutzmaßnahmen gerichteter Eilantrag entspräche schließlich auch nicht dem Rechtsschutzbegehren der Antragsteller, welche sich nicht gegen die Notwendigkeit der landesrechtlichen Infektionsschutzmaßnahmen als solche, sondern lediglich gegen die bundesrechtliche (Neu-)Festlegung der Geneseneneigenschaft wenden.

Ein Rechtsverhältnis ist schließlich nach ständiger Rechtsprechung nur dann feststellungsfähig, wenn es hinreichend konkret und streitig ist und nicht lediglich die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage erreicht werden soll (vgl. Pietzcker, a.a.O., Rn. 17 m.w.N.). Hieran bestehen vorliegend keinerlei Zweifel.

Die Antragsteller haben auch Ihre Individuelle Betroffenheit hinreichend dargelegt.



Das in der Hauptsache zu verfolgende Feststellungsbegehren ist auch nicht subsidiär (vgl. § 43 Abs. 2 VwGO), da nicht ersichtlich ist, dass die Antragsteller anderweitig die Möglichkeit hätten, Ihre Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage zu verfolgen (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010 – 8 C 19/09 –, juris Rn. 40). Insbesondere besteht weder ein einfachgesetzlicher, noch ein verfassungs- oder unionsrechtlicher Anspruch auf Ausstellung eines „Genesenennachweises“ (vgl. VG Berlin, Beschluss vom 20. September 2021, a.a.O., Rn. 11 ff.; so auch OVG NRW, Beschluss vom 2. Dezember 2021 – 13 B 1200/21 – juris; VG Dresden Beschluss vom 11. Februar 2022 – 6 L 97/22 –, juris; a. A. ohne Nennung einer Anspruchsgrundlage VG Osnabrück, a.a.O., Rn. 13).

Schließlich fehlt den Antragstellern auch weder das nach § 43 Abs. 1 VwGO erforderliche berechtigte Interesse an der vorläufigen Feststellung der individuellen Unverbindlichkeit der angegriffenen Normen noch die in entsprechender Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Antragsbefugnis. Die angegriffene Änderung des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV beschneidet zuvor bestehende Erleichterungen und Ausnahmen von infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen im Bundes- und Landesrecht in zeitlicher Hinsicht, wobei eine mögliche Verfassungs- oder Rechtswidrigkeit dieser Vorschrift mit einer Verletzung jedenfalls der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Artikel 2 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) einher ginge. Die angegriffene Änderung des § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV führt im vorliegenden Einzelfall zu einer Absonderungspflicht der Antragsteller, deren mögliche Verfassungs- oder Rechtswidrigkeit mit einer Verletzung des im Grundrecht auf Freiheit der Person enthaltenen Rechts auf Fortbewegungsfreiheit aus Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 einhergehen könnte (vgl. zu diesem Grundrecht BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 – 1 BvR 781/21 –, juris Rn. 240 ff.).

II.

Der Antrag ist auch begründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn die begehrte Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2, § 294 der Zivilprozessordnung (ZPO) sind dabei die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs (Anordnungsanspruch) in gleicher Weise glaubhaft zu machen wie die Gründe, welche die Eilbedürftigkeit der gerichtlichen Entscheidung bedingen (Anordnungsgrund).

Dem Wesen und Zweck des Verfahrens nach § 123 Abs. 1 VwGO entsprechend kann das Gericht im Wege der einstweiligen Anordnung grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und nicht schon das gewähren, was Ziel eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens wäre. Wird, wie hier, die Vorwegnahme der Hauptsache begehrt, kommt die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nur dann in Betracht, wenn ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und andernfalls schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl. u.a. OVG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 17. Oktober 2017 – OVG 3 S 84.17 – und – OVG 3 M 105.17 –, juris Rn. 2, und vom 28. April 2017 – OVG 3 S 23.17 u.a. –, juris Rn. 1; ferner: Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 123 Rn. 13 ff. m.w.N.).

Vorliegend haben die Antragsteller das Bestehen eines Anordnungsanspruchs (1.) und eines Anordnungsgrunds (2.) in einer die Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigenden Weise glaubhaft gemacht.

1. Nach der in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung ist mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich § 2 Nr. 5 SchAusnahmV (dazu unter a.) und § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV (dazu unter b.) in einem etwaigen Hauptsacheverfahren als rechtswidrig erweisen werden.

a. Rechtsgrundlage des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV ist § 28c Satz 1 IfSG. Danach wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung für Personen, bei denen

von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können, Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes oder von aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln.

(1) An der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage bestehen bei summarischer Prüfung keine durchgreifenden Bedenken, insbesondere dürfte die hierin enthaltene Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen mit Artikel 80 Abs. 1 Satz 2 GG und der sich aus Artikel 20 Abs. 1 und 3 GG ergebenden Wesentlichkeitsdoktrin vereinbar sein (vgl. zur Kritik: Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Ausarbeitung zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung des Genesenennachweises durch Rechtsverordnung vom 28. Januar 2022, WD 3 – 3000 – 006/22, S. 4 ff.; vgl. zum Verhältnis von Artikel 80 Abs. 1 Satz 2 GG und der Wesentlichkeitsdoktrin, BVerfG, Urteil vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15 –, juris Rn. 190 ff., insb. 198 ff.). Dazu ist erforderlich, dass die Ermächtigungsgrundlage nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt ist (vgl. ebd., Rn. 200 f. m.w.N.). Artikel 80 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt dabei jedoch nicht, dass die Ermächtigung in ihrem Wortlaut so genau wie nur irgend möglich gefasst ist. Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung müssen auch nicht ausdrücklich im Gesetzestext bestimmt sein; sie müssen jedoch durch Auslegung des ermächtigenden Gesetzes zu ermitteln sein (vgl. ebd. Rn. 203 m.w.N.). Das im konkreten Fall erforderliche Maß an Bestimmtheit hängt daneben von der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts ab. Bei vielgestaltigen, komplexen Lebenssachverhalten oder absehbaren Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse sind etwa geringere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen als bei einfach gelagerten und klar vorhersehbaren Lebenssachverhalten (vgl. ebd., Rn. 204 m.w.N.).

Bei Zugrundlegung dieses Maßstabs ist die Norm voraussichtlich nicht zu beanstanden. Der Inhalt der Ermächtigung ergibt sich aus § 28c IfSG. Danach ist die Bundesregierung zum einen ermächtigt, die dort genannten „Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes oder von aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln“. Die Norm ist zum anderen dahingehend auszulegen, dass sie auch ermächtigt ist, den Kreis der „Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen“ ist, näher zu bestimmen.

Zweck und Ausmaß der Ermächtigung sind dabei systematisch durch § 1 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 28a IfSG hinreichend bestimmbar vorgegeben. Ziel der Maßnahmen, von denen nach § 28c IfSG Erleichterungen und Ausnahmen geregelt werden können, ist die Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus und der hierdurch verursachten Krankheit COVID-19 durch Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und zur Bewältigung der Auswirkungen auf das Gesundheitswesen. Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist, sind danach Personen, bei denen aufgrund einer durchgemachten Infektion oder aufgrund einer Schutzimpfung typischerweise von einer Schutzwirkung vor einer (Neu-)Infektion, von einer reduzierten Infektiosität und einer signifikant geringeren Gefahr eines schweren Krankheitsverlaufs ausgegangen werden kann. Dabei entspricht es derzeitigen Erkenntnissen, dass die Immunantwort bei einer durchgemachten Infektion oder einer Impfung nicht binär mit „geschützt“ und „ungeschützt“ beantwortet werden kann, sondern wesentlich von individuellen Faktoren (Alter und gesundheitliche Verfassung des Betroffenen, Dauer seit der Impfung/Infektion, Wirksamkeit des verwendeten Impfstoffs, Infektion mit welcher Virusvariante, Schwere des Krankheitsverlaufs) abhängt (vgl. Robert Koch-Institut, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Stand: 26. November 2021, Punkt Nr. 18 „Immunität“, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html), abgerufen am 16. Februar 2022). Die Frage, welcher Immunschutz danach als ausreichend zu erachten ist, um daran Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten anzuknüpfen, ist eine Wertungsfrage, die nach § 28c IfSG je nach Stand des Infektionsgeschehens und der aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnislage durch die Bundesregierung beantwortet werden soll. Ist es das Ziel, aufgrund einer äußerst angespannten Gefahrenlage Neuinfektionen von vornherein weitestgehend zu verhindern, dürften wesentlich strengere Anforderungen an den ausreichenden Immunschutz zu stellen sein, als wenn das Ziel lediglich die Verhinderung schwerer Krankheitsverläufe ist. Angesichts der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts (im Fluss befindliche wissenschaftliche Erkenntnislage, absehbare Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse wie dem Infektionsgeschehen allgemein und der Entstehung neuer Virusvarianten im Besonderen, Neu- oder Weiterentwicklung von Impfstoffen) sind hier geringere Anforderungen an die Bestimmtheit hinzunehmen.

(2) Die Regelung des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV überschreitet in der nach Änderungsverordnung vom 14. Januar 2022 nunmehr vorliegenden Ausgestaltung jedoch die Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung, indem sie die nach § 28c IfSG von der



Bundesregierung zu regelnde Frage, bei welchen Personen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist, in verfassungswidriger Weise auf eine Bundesoberbehörde überträgt.

In der Rechtsprechung ist allerdings geklärt, dass ein Normgeber im Rahmen seiner Regelungen auch auf Vorschriften anderer Normgeber und sogar auf von nichtstaatlichen Normungsgremien geschaffene Regelwerke Bezug nehmen darf (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. Februar 2016 – 1 BvL 8/10 –, juris Rn. 75; BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 3 C 21/12 –, juris Rn. 37 ff.; Urteil vom 26. März 2015 – 5 C 9.14 –, juris Rn. 25). Zulässig dürften daneben auch Bezugnahmen auf schlichte Wissensmitteilungen ohne Normcharakter sein (vgl. hinsichtlich der Bezugnahme auf die vom Robert Koch-Institut veröffentlichte Sieben-Tage-Inzidenz: Bayerischer VGH, Beschluss vom 28. Juli 2020 – 20 NE 20.1609 –, juris Rn. 43; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 – 1 BvR 781/21 –, juris, in dem die entsprechende Bezugnahme in § 28b Abs. 1 Satz 2 IfSG a.F. nicht beanstandet wurde). Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung sind Verweisungen dann unproblematisch, wenn der verweisende Normgeber sich den Inhalt von Rechtsvorschriften des anderen Normgebers in der Fassung zu eigen macht, wie sie bei Erlass seiner Norm galt (statische Verweisung; vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. März 2020 – 2 BvL 5/17 –, juris Rn. 79). Verweist ein Normgeber hingegen auf andere Vorschriften in ihrer jeweils geltenden Fassung (dynamische Verweisung), kann dies dazu führen, dass er den Inhalt seiner Vorschriften nicht mehr in eigener Verantwortung bestimmt und damit der Entscheidung Dritter überlässt. Allerdings sind dynamische Verweisungen nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern nur soweit Rechtsstaatlichkeit, Demokratiegebot und Bundesstaatlichkeit dies erfordern; grundrechtliche Gesetzesvorbehalte können diesen Rahmen zusätzlich einengen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. März 2020, a.a.O.). Für die Beantwortung der Frage, ob die einer dynamischen Verweisung von Verfassungs wegen gezogenen rechtlichen Grenzen eingehalten wurden, kommt es neben dem Sachbereich und der damit verbundenen Grundrechtsrelevanz wesentlich auf den Umfang der Verweisung an (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013, a.a.O., Rn. 42 f. m.w.N.). Für den Ordnungsgeber besteht insoweit eine weitere Grenze, als dass nach Artikel 80 Abs. 1 Satz 4 GG eine Weiterübertragung der ihm übertragenden Ermächtigung durch das Gesetz vorgesehen sein muss. Eine derartige Subdelegation liegt allerdings nur dann vor, wenn auch die Befugnis zum Erlass einer Rechtsverordnung übertragen wird; dies ist nicht der Fall, wenn der Ordnungsgeber lediglich ein Tätigwerden Dritter ermöglicht oder deren konsultati-

ve Einbindung in ein behördliches Verfahren vorsieht (vgl. BVerfG, Urteil vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15 –, juris Rn. 208).

Die danach von Verfassungs wegen gezogenen rechtlichen Grenzen einer Verweisung werden hier überschritten (so auch VG Hamburg, Beschluss vom 14. Februar 2022 – 14 E 414/22 –, juris Rn. 33 ff.). Anders als in der zuvor geltenden Fassung wird hier nunmehr dem Robert Koch-Institut, einer Fachbehörde mit im Wesentlichen beratender und beobachtender Funktion (§ 4 Abs. 2 IfSG), die Befugnis übertragen, eigenständig und unmittelbar wesentliche Vorgaben zum Bestehen und Entfall des Genesenennachweises zu machen. Dabei handelt es sich um eine nach Artikel 80 Abs. 1 Satz 4 GG nicht zulässige Subdelegation. Zwar wird die Befugnis zum Erlass einer Rechtsverordnung hier nicht ausdrücklich auf die Fachbehörde übertragen. Der Sache nach kommt die bestehende Regelung jedoch einer Subdelegation gleich. § 2 Nr. 5 SchAusnahmV verweist nicht auf ein unabhängig von der verweisenden Norm und mit eigener rechtlicher Bedeutung (als Gesetz, Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift) bereits existierendes Regelwerk, vielmehr wird – wie bei einer Delegation – das RKI erst ermächtigt, entsprechende Vorgaben hinsichtlich bestimmter Kriterien zu veröffentlichen (so zutreffend Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Ausarbeitung zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung des Genesenennachweises durch Rechtsverordnung vom 28. Januar 2022, WD 3 – 3000 – 006/22, S. 9 f.). Der normative Charakter der vom RKI zu treffenden Vorgaben kommt auch darin zum Ausdruck, dass die Entscheidung des RKI lediglich „unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft“ erfolgen und damit offenbar eine Abwägung durch das RKI vorgenommen werden soll. Hierin liegt auch der Unterschied zu dem (unproblematischen) gesetzgeberischen Verweis auf die vom RKI zu veröffentlichende Sieben-Tage-Inzidenz in § 28b Abs. 1 Satz 2 IfSG a. F., die für sich genommen eine Grundrechte nicht berührende „schlichte Wissensmitteilung“ über das aktuelle Infektionsgeschehen darstellte (vgl. Bayerischer VGH, Beschluss vom 28. Juli 2020, a.a.O.). Diese Überschreitung der rechtlichen Grenzen der Ermächtigungsgrundlage kann auch nicht dadurch „geheilt“ werden, dass Bundestag und Bundesrat der Änderungsverordnung, wie es § 28c Satz 3 IfSG vorsieht, zugestimmt haben, denn auch sie sind im Rahmen des Zustimmungserfordernisses an die verfassungsrechtlichen Vorgaben und die Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage gebunden (vgl. Artikel 20 Abs. 3 GG).

(3) Es kann danach offenbleiben, ob die in § 2 Nr. 5 SchAusnahmV gewählte Regelungstechnik im Übrigen verfassungsmäßigen Anforderungen genügt (zweifelnd: BVerfG, Beschluss vom 10. Februar 2022 – 1 BvR 2649/21 –, juris Rn 14). Es kann

insbesondere offenbleiben, ob die Regelung gegen das rechtsstaatliche Publizitäts-erfordernis und das Gebot der Normenklarheit verstößt (so VG Hamburg, a.a.O., Rn. 29 ff., 38 ff.). Ob die Regelung in § 2 Nr. 5 SchAusnahmV darüber hinaus rechtswidrig ist, weil die Verkürzung der Gültigkeit des Genesenennachweises auf einen Zeitraum von drei Monaten auf Grundlage der vom Robert Koch-Institut am 3. Februar 2022 veröffentlichten ergänzten wissenschaftlichen Begründung sachlich verfehlt oder unzureichend begründet worden ist sowie – insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Behandlung gegenüber (zweifach) Geimpften – eventuell gegen Artikel 3 GG verstoßen könnte, bedarf vor dem Hintergrund der unabhängig davon mit hoher Wahrscheinlichkeit bestehenden Verfassungswidrigkeit von § 2 Nr. 5 SchAusnahmV ebenfalls keiner Entscheidung (vgl. VG Hamburg, a.a.O., Rn. 17).

b. Auch die – wortgleiche – Regelung des § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV dürfte sich in einem etwaigen Hauptsacheverfahren mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit als rechtswidrig erweisen.

Rechtsgrundlage der Norm ist § 36 Abs. 8 Satz 1 und 2 IfSG. Nach Satz 1 wird die Bundesregierung, sofern der Deutsche Bundestag nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat (vgl. hierzu die Übergangsvorschrift in § 36 Abs. 12 IfSG), ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates festzulegen, dass Personen, die in die Bundesrepublik Deutschland einreisen wollen oder eingereist sind und bei denen die Möglichkeit besteht, dass sie einem erhöhten Infektionsrisiko für die Krankheit ausgesetzt waren, die zur Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite geführt hat, insbesondere, weil sie sich in einem entsprechenden Risikogebiet aufgehalten haben, ausschließlich zur Feststellung und Verhinderung der Verbreitung dieser Krankheit verpflichtet sind, sich unverzüglich nach der Einreise für einen bestimmten Zeitraum in geeigneter Weise auf eigene Kosten abzusondern sowie der zuständigen Behörde durch Nutzung des vom Robert Koch-Institut nach § 36 Abs. 9 IfSG eingerichteten elektronischen Melde- und Informationssystems bestimmte Angaben mitzuteilen. Nach Satz 2 ist in der Rechtsverordnung auch zu bestimmen, in welchen Fällen Ausnahmen von den Verpflichtungen nach Satz 1 bestehen.

Die Regelung des § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV überschreitet in der nach der Änderungsverordnung vom 14. Januar 2022 nunmehr vorliegenden Ausgestaltung die Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung, indem sie die danach von der Bundesregierung zu regelnde Frage, bei welchen Personen Ausnahmen von den Verpflichtungen nach Satz 1 bestehen, weil sie „genesene Personen“ im Rechtssinne sind, in verfas-

sungswidriger Weise auf eine Bundesoberbehörde überträgt. Auf die obigen Ausführungen zu § 2 Nr. 5 SchAusnahmV kann insoweit verwiesen werden (vgl. oben a.).

2. Die Antragsteller haben auch das Bestehen eines Anordnungsgrundes auf eine die Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigende Weise glaubhaft gemacht.

Aufgrund der mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmenden Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Vorschriften sind die Antragsteller nach vorläufiger Einschätzung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren in grundrechtlich geschützten Positionen verletzt. Aufgrund der Änderung der Vorschrift des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV sind die Antragsteller derzeit und fortwährend nicht gerechtfertigten (mittelbaren) Verletzungen jedenfalls der allgemeinen Handlungsfreiheit (Artikel 2 Abs. 1 GG) durch den Wegfall von Erleichterungen und Ausnahmen von Infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen des Bundes und der Länder ausgesetzt. Dies lässt es als unzumutbar erscheinen, sie auf das Abwarten einer Hauptsacheentscheidung zu verweisen. Die Eingriffswirkungen könnten nachträglich nicht mehr beseitigt werden (vgl. zum funktionalen Zusammenhang zwischen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund etwa Schoch, in ders./Schneider, VwGO, 41. Erg.-Lfg. Juli 2021, § 123 Rn. 77, 83). Aufgrund der Änderung des § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV befinden sich die Antragsteller derzeit und noch bis zum [REDACTED] in Absonderung nach § 4 Abs. 2 Satz 1 CoronaEinreiseV, womit eine mit hoher Wahrscheinlichkeit gegebene, unzumutbare Verletzung des Grundrechts auf Freiheit der Person in seiner Gestalt als Recht auf Fortbewegungsfreiheit (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 GG) einhergeht.

### III.

Das Gericht hielt es für geboten, die individuelle Geltung der Vorgängervorschriften für die Antragsteller im Tenor ausdrücklich klarzustellen (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 938 Abs. 1 der Zivilprozessordnung).

### IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Werts des Verfahrensgegenstands beruht auf § 52 Abs. 1 und 2, § 53 Abs. 2 Nr. 1 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Nach § 52 Abs. 1 GKG ist in Verfahren vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit, soweit, wie hier, nichts anderes bestimmt ist, der Streitwert nach der sich aus dem Antrag für den Antragsteller ergebenden Bedeu-

tung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Bietet der Sach- und Streitstand, wie hier, dafür keine genügenden Anhaltspunkte, ist nach § 52 Abs. 2 GKG ein Streitwert von 5.000,- € anzunehmen. Das Gericht setzt den Auffangstreitwert dabei wegen der insoweit begehrten Vorwegnahme der Hauptsache für beide Antragsteller in voller Höhe an (vgl. Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ-Beilage 2013, 57, Punkt 1.5 Satz 2). Da die Antragsteller sich sowohl gegen die Regelung der Coronavirus-Einreiseverordnung als auch gegen die Regelung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung wenden, war der Auffangwert nach § 39 Abs. 1 GKG jeweils zweifach anzusetzen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15. Januar 2021 – 1 L 49/20, amtl. EA, S. 2; Beschluss vom 10. Februar 2021 – 1 S 176/20 – amtl. EA, S. 11).

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Sachentscheidung ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig.

Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich oder in elektronischer Form gemäß § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) einzulegen. Die Frist für die Einlegung der Beschwerde endet zwei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus können auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen auftreten. Ein als Bevollmächtigter zugelassener Beteiligter kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; das Beschäftigungsverhältnis kann auch zu einer anderen Behörde, juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem der genannten Zusammenschlüsse bestehen. Richter dürfen nicht vor dem Gericht, ehrenamtliche Richter nicht vor einem Spruchkörper auftreten, dem sie angehören.

Gegen die Streitwertfestsetzung ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 Euro übersteigt. Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich oder in elektronischer Form oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen. Sie ist innerhalb von sechs Monaten einzulegen, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat. Der Vertretung durch einen Prozessbevollmächtigten bedarf es nicht.

