



---

**Ausarbeitung**

---

**Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung des Genesenennachweises  
durch Rechtsverordnung**

**Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung des Genesenennachweises durch Rechtsverordnung**

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 006/22  
Abschluss der Arbeit: 28. Januar 2022  
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

---

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

**Inhaltsverzeichnis**

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Wesentlichkeitstheorie in Bezug auf § 28c IfSG</b>	<b>4</b>
<b>3.</b>	<b>Zulässigkeit der Änderung der Ausnahmenverordnung</b>	<b>7</b>
3.1.	Verkündungsgebot	8
3.2.	Verdeckte Subdelegation?	9
3.3.	Bestimmtheitsgrundsatz	10
<b>4.</b>	<b>Fazit</b>	<b>12</b>

## 1. Einleitung

Nach Zustimmung durch Bundestag und Bundesrat hat die Bundesregierung, gestützt auf § 28c Infektionsschutzgesetz (IfSG) am 14. Januar 2022 Änderungen in der Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (im Folgenden: Ausnahmenverordnung) erlassen.<sup>1</sup> Diese betreffen unter anderem die Vorgaben zur Gültigkeit des sog. Genesenennachweises, der zum Nachweis einer Immunisierung nach einer überstandenen Covid-Infektion dient. Nach der Neuregelung gilt gemäß § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung der Nachweis über eine überstandene Infektion nur dann als Genesenennachweis im Sinne der Ausnahmenverordnung, wenn er „den vom Robert Koch-Institut im Internet unter der Adresse [www.rki.de/covid-19-genesenennachweis](http://www.rki.de/covid-19-genesenennachweis) unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben“ entspricht. Das Robert Koch-Institut (RKI) soll dabei die Vorgaben zur erforderlichen Art der Testung der Immunisierung, zum Beginn des Genesenenstatus sowie zu dessen Ablauf erteilen.<sup>2</sup> Nach der Begründung der Verordnung soll damit „eine kontinuierliche, dem jeweils aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand entsprechende Weiterentwicklung der Definition des Genesenennachweises ermöglicht“ werden.<sup>3</sup>

Im Folgenden wird auf verfassungsrechtliche Aspekte bezüglich der Rechtsänderung bzw. der grundsätzlichen Frage der Regelung dieser Thematik durch Rechtsverordnung eingegangen. Neben der Ausnahmenverordnung wurde eine gleichlautende Änderung auch in § 2 Nr. 8 der Coronavirus-Einreiseverordnung aufgenommen. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit wird im Folgenden nur auf die Ausnahmenverordnung eingegangen.

## 2. Wesentlichkeitstheorie in Bezug auf § 28c IfSG

Vorgelagert stellt sich die Frage, ob die Materie der Immunitätsnachweise überhaupt per Rechtsverordnung geregelt werden darf.

Nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten und in ständiger Rechtsprechung ausgeprägten Wesentlichkeitslehre muss der Gesetzgeber staatliches Handeln in grundlegenden Bereichen durch ein förmliches Gesetz legitimieren und alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen.<sup>4</sup> Im Ergebnis folgt daraus ein Verbot der Delegation wesentlicher Entscheidungen an die Exekutive. Die Wesentlichkeitslehre wird als Ausprägung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes gesehen.<sup>5</sup> Nach diesem Grundsatz darf die Verwaltung nur tätig werden, wenn sie dazu durch ein formelles

---

1 BAnz AT 14. Januar 2022 V1.

2 BT-Drs. 20/390, S. 10.

3 BT-Drs. 20/390, S. 10.

4 St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 40, 237 (249); 49, 89 (126); 83, 130 (142, 151 f.); 95, 267 (307).

5 Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage 2020, § 6 Rn. 11 f.

Gesetz ermächtigt wurde.<sup>6</sup> Anhand des Kriteriums der Wesentlichkeit versucht das Bundesverfassungsgericht zum einen die Notwendigkeit eines Gesetzes und zum anderen dessen erforderliche Regelungsdichte zu bestimmen.<sup>7</sup>

Eindeutige Abgrenzungskriterien zu der Frage, welche Entscheidungen wesentlich und damit durch formelles Gesetz zu regeln sind, existieren nicht. Die Bestimmung der Wesentlichkeit erfolgt vielmehr nach einer Art Gleitformel.<sup>8</sup> Je wesentlicher sich eine Angelegenheit für die Allgemeinheit darstellt, desto stärker ist der parlamentarische Gesetzgeber gefordert und desto detaillierter und bestimmter muss die gesetzliche Regelung ausgestaltet sein.<sup>9</sup> Entscheidend ist für das Bundesverfassungsgericht insbesondere die Grundrechtsrelevanz. Die Wesentlichkeit bestimmt sich demnach vor allem danach, inwieweit eine Maßnahme in Grundrechte des Einzelnen eingreift oder für die Verwirklichung von Grundrechten bedeutsam ist.<sup>10</sup>

§ 28c IfSG, der die Grundlage für die Regelung des Immunitätsnachweises bildet, sieht vor, dass die Bundesregierung „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 oder Verboten im Zuge der Bekämpfung der Corona-Pandemie regeln kann. Die Regelung des Immunitätsnachweises greift zwar selbst nicht in Grundrechte ein, sie bildet aber die Grundlage für die Frage, ob die Grundrechte der betroffenen Person durch die Corona-Maßnahmen beschränkt werden dürfen oder ob aufgrund der Immunisierung eine Ausnahmeregelung gelten kann. Daher sind die Regelungen von hoher Relevanz für die Wahrnehmung von Grundrechten.

Problematisch erscheint, dass die Norm keine Kriterien dazu vorgibt, wann eine Immunisierung vorliegt, durch wen diese festgestellt wird, wie lange sie gilt und welche Ausnahmen möglich sind. Aufgrund der hohen Grundrechtsrelevanz erscheint das vollständige Überlassen der Regelung dieser Frage an die Exekutive kritisch. Dies wird noch dadurch verstärkt, dass § 28c IfSG die Bundesregierung zum Erlass der Ausnahmenvorschriften zwar ermächtigt, nicht jedoch dazu verpflichtet. Die Bundesregierung könnte somit auch auf den Erlass einer entsprechenden Verordnung und damit das Vorsehen von Ausnahmen für Immunisierte verzichten, obgleich das Vorsehen zumindest gewisser Ausnahmen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zwingend sein dürfte.

Die Verordnungsermächtigung (damals in etwas anderer Formulierung als § 28b Abs. 6 IfSG vorgesehen)<sup>11</sup> wurde bereits in der öffentlichen Anhörung des Gesundheitsausschusses am 16. April

---

6 Ehlers, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage 2016, § 2 Rn. 40.

7 Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 20 VI Rn. 106.

8 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage 2020, § 6 Rn. 14; Ehlers, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage 2016, § 2 Rn. 45.

9 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage 2020, § 6 Rn. 14.

10 Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Auflage 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113 m.w.N.

11 Vgl. BT-Drs. 19/28444 S. 5.

2021 von Rechtswissenschaftlern in Bezug auf die Wesentlichkeitslehre kritisiert. So äußerte Möllers:

„Der vom Entwurf in § 28b Abs. 6 Satz 3 IfSchG-E gewählte Weg, eine Lösung dieses Problems in das freie Ermessen des Ordnungsgebers zu stellen, ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Die Ermächtigung ist zu unbestimmt, um dem Maßstab des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu genügen. Sie wäre aber auch ansonsten nicht zulässig, weil solche Fragen der Grundrechtsausübung nicht im Wege der Verordnung geregelt werden können, ohne dass der Gesetzgeber die wesentlichen Kriterien vorgibt.“<sup>12</sup>

Kingreen äußerte sich folgendermaßen:

„Freiheitsrechte für Personen, bei denen von einer Immunisierung auszugehen ist, können aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in exekutives Ermessen gestellt werden. Sie gelten.“<sup>13</sup>

Wollenschläger bezog sich in seiner Stellungnahme zwar nur auf Geimpfte, seine Stellungnahme hat jedoch bezüglich Genesener gleichermaßen Geltung:

„Insoweit Ausnahmen von Schutzmaßnahmen aufgrund einer Immunisierung durch Impfung verfassungsrechtlich aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten sind, was in tatsächlicher Hinsicht von entsprechenden Erkenntnissen hinsichtlich der Wirksamkeit des Impfschutzes abhängt, sind diese vorzusehen und liegen nicht im Ermessen des Ordnungsgebers, wie es in § 28b Abs. 6 IfSG-E anklingt.“<sup>14</sup>

Aufgrund der Stellungnahmen und der oben angeführten Bedenken ergibt sich, dass an der Einhaltung der Wesentlichkeitslehre durch § 28c IfSG und die darauf gestützte Ausnahmenverordnung gezweifelt werden kann. In diesem Sinne dürfte es besonders kritisch zu sehen sein, dass nach der Änderung der Ausnahmenverordnung selbst die Bundesregierung als Verordnungsermächtigte wesentliche Aspekte der Regelung zum Genesenennachweis nicht mehr selbst regelt, sondern dies einer weiteren Stelle, nämlich dem RKI, überlässt.

- 
- 12 Möllers, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite – BT-Drucksache 19/28444, S. 7, abrufbar unter [https://www.bundestag.de/resource/blob/834614/9ace24a12b228c12a677f4b05aec4865/19\\_14\\_0323-2-Prof-Dr-Moellers-viertes-BevSchG-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/834614/9ace24a12b228c12a677f4b05aec4865/19_14_0323-2-Prof-Dr-Moellers-viertes-BevSchG-data.pdf).
- 13 Kingreen, Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BT-Drucksache 19/28444), S. 10, abrufbar unter [https://www.bundestag.de/resource/blob/835086/141e8c66a95c14a9d9def23da8d9a06a/19\\_14\\_0323-19-ESV-Prof-Dr-Thorsten-Kingreen-viertes-BevSchG-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/835086/141e8c66a95c14a9d9def23da8d9a06a/19_14_0323-19-ESV-Prof-Dr-Thorsten-Kingreen-viertes-BevSchG-data.pdf).
- 14 Wollenschläger, Schriftliche Stellungnahme – Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD: Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BT-Drucksache 19/28444 und weiterer Anträge, S. 6 f., abrufbar unter [https://www.bundestag.de/resource/blob/835164/c7062527e14f960f4c71a0aa4a164/19\\_14\\_0323-21-ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger-viertes-BevSchG-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/835164/c7062527e14f960f4c71a0aa4a164/19_14_0323-21-ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger-viertes-BevSchG-data.pdf).

### 3. Zulässigkeit der Änderung der Ausnahmenverordnung

Der geänderte § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung nimmt Bezug auf Angaben, die das RKI auf einer Internetseite veröffentlicht. Dies entspricht zumindest auf den ersten Blick der Gesetzgebungstechnik der Verweisung.<sup>15</sup> Dabei nimmt der Gesetzgeber (bzw. Ordnungsgeber) auf eine an anderer Stelle zu findende Regelung Bezug, ohne ihren Text ausdrücklich wiederzugeben.<sup>16</sup> Durch den Verweis wird die in Bezug genommene Regelung Teil der verweisenden Norm.<sup>17</sup> Eine Norm kann auf Gesetze, Verordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften oder auch private Regelwerke (etwa DIN-Normen) verweisen.<sup>18</sup> Grundsätzlich zulässig können auch Verweisungen auf nichtnormative Regelungen staatlicher Stellen sein.<sup>19</sup> Ein Beispiel dafür ist der Verweis auf die Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft (TA Luft) in der bis 2001 geltenden Fassung von § 67 Abs. 5 BImSchG.<sup>20</sup>

Als im Grundsatz verfassungsrechtlich unproblematisch werden statische Verweisungen eingeschätzt.<sup>21</sup> Dabei handelt es sich um Normen, die auf eine zu einem bestimmten Zeitpunkt geltende Fassung einer anderen Regelung Bezug nehmen, weshalb eine Änderung dieser Regelung keine Änderung der Verweisungsnorm zur Folge hat.<sup>22</sup> Dynamische Verweisungen hingegen verweisen auf eine Regelung in der jeweils aktuell geltenden Fassung. Bei diesen Verweisungen ist der Rechtsgehalt der Norm vom jeweiligen Rechtsstand des Verweisungsobjekts abhängig.<sup>23</sup>

§ 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung nimmt Bezug auf die vom RKI auf einer bestimmten Internetseite unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben. Da diese nicht feststehend sind, sondern durch das RKI geändert werden können, handelt es sich um eine dynamische Verweisung.

---

15 Zur Frage, ob es sich rechtstechnisch auch um eine Subdelegation handeln könnte, siehe unter 3.1.

16 Vgl. Clemens, Die Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften, in: Archiv des öffentlichen Rechts 1986, S. 63 (66).

17 Vgl. Guckelberger, Gesetzgebungstechnik der Verweisung, in: ZG 2004, S. 62 (64).

18 Guckelberger, Gesetzgebungstechnik der Verweisung, in: ZG 2004, S. 62 (63).

19 Vgl. Hömig, Zur Zulässigkeit statischer Verweisungen des Bundesrechts auf nichtnormative Regelungen, in: DVBl. 1979, S. 307 (307); Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970, S. 58.

20 Vgl. Hömig, Zur Zulässigkeit statischer Verweisungen des Bundesrechts auf nichtnormative Regelungen, in: DVBl. 1979, S. 307 (307).

21 Vgl. Guckelberger, Gesetzgebungstechnik der Verweisung, in: ZG 2004, S. 62 (69); Ossenbühl, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzestechnik, in: DVBl. 1967, S. 401 (408).

22 Vgl. Hömig, Zur Zulässigkeit statischer Verweisungen des Bundesrechts auf nichtnormative Regelungen, in: DVBl. 1979, S. 307 (308); Ossenbühl, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzestechnik, in: DVBl. 1967, S. 401 (401).

23 Vgl. Clemens, Die Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften, in: Archiv des öffentlichen Rechts 1986, S. 63 (80).

Dynamische Verweisungen werden in der juristischen Literatur zum Teil als problematisch angesehen.<sup>24</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können dynamische Verweisungen hingegen durchaus zulässig sein, wenn sie verfassungsrechtlichen Prinzipien genügen.<sup>25</sup> Ob eine konkrete Verweisung zulässig ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

### 3.1. Verkündungsgebot

Die Zulässigkeit von Verweisungen kann zunächst in Bezug auf die Pflicht zur Verkündung von Gesetzen und Rechtsverordnungen nach Art. 82 Abs. 1 GG fraglich sein. Unproblematisch sind Verweisungen in dieser Hinsicht, wenn sie Bezug auf ein anderes Gesetz oder eine Rechtsverordnung nehmen, da dabei das Verweisungsobjekt ordnungsgemäß verkündet wurde. Umstritten sind Verweisungen auf Verwaltungsvorschriften und andere Regelungen, die nicht im Bundesgesetzblatt bzw. – im Falle von Rechtsverordnungen – einem anderen gesetzlich vorgesehenen Veröffentlichungsmedium verkündet wurden.<sup>26</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob eine Verweisung auf eine Internetseite den Anforderungen von Art. 82 Abs. 1 GG genügt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Verweisungen zulässig, „sofern die Verweisungsnorm hinreichend klar erkennen läßt, welche Vorschriften im Einzelnen gelten sollen, und wenn die in Bezug genommenen Vorschriften dem Normadressaten durch eine frühere ordnungsgemäße Veröffentlichung zugänglich sind“.<sup>27</sup> Ob danach Verweisungen auf Regelungen, die keiner Veröffentlichungspflicht unterliegen, zulässig sind, ist umstritten. Ein Teil der Literatur läßt auch eine Verweisung auf eine nicht-amtliche Publikation genügen, wenn diese öffentlich zugänglich ist.<sup>28</sup> Nach dieser Ansicht wird etwa eine Verweisung auf DIN-Normen und sonstige nichtgesetzliche Regelungen für verfassungsmäßig erachtet, solange sie für den Rechtsanwender öffentlich verfügbar sind.<sup>29</sup>

In Bezug auf Internetveröffentlichungen wird zum Teil sogar vertreten, dass aufgrund der Tatsache, dass das Internet „der mit Abstand wichtigste Informationskanal, über den die Bürgerinnen und Bürger heutzutage von Gesetzen einschließlich der Normen, auf die sie verweisen, Kenntnis nehmen (können)“ sei, eine „realitätsgerechte“ Auslegung des Publizitätsgebots nur noch verlangen könne, dass die Regelungen, auf die verwiesen wird, über das Internet einsehbar und ausdrückbar seien.<sup>30</sup> Unklar ist allerdings, ob sich diese Ansicht nur auf im Internet abrufbare Gesetze, Rechtsverordnungen und andere juristische Regelwerke bezieht, oder ob sie auch auf nichtnormative Veröffentlichungen anwendbar ist. Gegen die Vereinbarkeit von Verweisungen auf reine Internet-

---

24 So etwa Sachs, in: derselbe, GG, 9. Auflage 2021, Art. 20 Rn. 123a; Kotzur, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 20 Rn. 149

25 BVerfGE 47, 285 (312); BVerfGE 78, 32 (36).

26 Vgl. Mann, in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 82 Rn. 24.

27 BVerfGE 47, 285 (311 f.).

28 So Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 20 VII Rn. 54; Guckelberger, Gesetzgebungstechnik der Verweisung, in: ZG 2004, S. 62 (71).

29 Vgl. Ebsen, Fremdverweisungen in Gesetzen und Publikationsgebot, in: DÖV 1984, 654 (662); Hömig, Zur Zulässigkeit statischer Verweisungen des Bundesrechts auf nichtnormative Regelungen, in: DVBl. 1979, S. 307 (311); dagegen: Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018, Art. 82 Rn. 35.

30 Butzer, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 82 GG Rn. 239.



veröffentlichungen mit Art. 82 Abs. 1 GG kann insbesondere die hohe Flüchtigkeit dieser Veröffentlichungen sprechen. Im Gegensatz zu Gesetzen und anderen Regelungen, die abgedruckt und nur zusätzlich im Internet veröffentlicht werden, ist eine reine Internetveröffentlichung nicht unbedingt auf Dauerhaftigkeit angelegt und problemlos änderbar. Letztlich dürften bei der Frage der Vereinbarkeit von dynamischen Verweisungen mit dem Verkündungsgebot im Allgemeinen und auf Internetfundstellen im Besonderen ähnliche Gesichtspunkte maßgebend sein wie bei der Frage ihrer Vereinbarkeit mit allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen. Bei beiden geht es letztlich darum, dass der Rechtsunterworfenen die für ihn maßgebenden Regelungen hinreichend klar und eindeutig erkennen können muss (siehe zum Bestimmtheitsgebot näher unter 3.3.).

### 3.2. Verdeckte Subdelegation?

Art. 80 GG regelt die Voraussetzungen für eine Rechtsetzung durch Rechtsverordnung. Danach kann durch Gesetz unter anderem die Bundesregierung zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt werden. § 28c IfSG ist eine solche Ermächtigung und bildet die Grundlage für die Ausnahmenverordnung.

Nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG bedarf es einer zusätzlichen gesetzlichen Ermächtigung, wenn die Verordnungsermächtigung weiter übertragen werden soll (sog. Subdelegation). Eine solche Ermächtigung erteilt § 28c IfSG nur in Bezug auf die Landesregierungen (vgl. § 28c Satz 4 IfSG). Es stellt sich die Frage, ob es sich bei dem Verweis auf Vorgaben des RKI eventuell weniger um einen Verweis als um eine (verdeckte) Subdelegation handelt, die mangels Ermächtigung unzulässig wäre.

Zumindest teilweise wird in der Rechtswissenschaft angenommen, dass eine dynamische Verweisung in einer Rechtsverordnung stets eine verdeckte Subdelegation darstelle, wenn der Verordnungsgeber „zu seiner Entlastung andere Behörden unterermächtigen oder zur Mitgestaltung der Verordnung heranziehen“ wolle.<sup>31</sup> Wenn der Verordnungsgeber nur einen rechtlichen Rahmen bilde, die konkrete Ausgestaltung aber einer anderen Stelle überlasse, so komme diese „in der tatsächlichen und rechtlichen Auswirkung einer Unterermächtigung gleich“.<sup>32</sup>

Eine Verweisung setzt zudem regelmäßig voraus, dass die Regelung, auf die verwiesen wird, bereits existiert, und zwar unabhängig von der verweisenden Norm und mit einer eigenen rechtlichen Bedeutung (als Gesetz, Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschrift etc.). Bei einer Delegation hingegen wird der Ermächtigte erst aufgrund der Ermächtigung tätig, um die Regelung zu schaffen. Vorliegend wird ausweislich des Wortlauts auf der betreffenden Internetseite das RKI deshalb tätig, weil es in der Ausnahmenverordnung so vorgegeben ist:

„Gemäß Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14.01.2022 weist das RKI aus, welche fachlichen Vorgaben ein Genesenennachweis erfüllen muss.“

Die vom RKI veröffentlichten Vorgaben dienen somit zumindest dem Wortlaut nach nur dazu, den Regelungen des § 2 Nr. 5 Ausnahmenverordnung nachzukommen. Es erscheint daher naheliegend,

---

31 Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970, S. 123.

32 Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970, S. 123.

dass die Bundesregierung als Ordnungsgeber auf diese Weise eigene Aufgaben an das RKI weitergibt. Damit dürfte es zumindest vertretbar sein, die Regelung nicht als Verweisung, sondern als verdeckte Subdelegation zu interpretieren. Da die Bundesregierung nach § 28c IfSG zu einer Subdelegation – abgesehen von einer Delegation an die Landesregierungen (vgl. § 28c Satz 4 IfSG) – nicht ermächtigt ist, erscheint dieses rechtlich unklare Vorgehen im Hinblick auf die Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG bedenklich.

### 3.3. Bestimmtheitsgrundsatz

Gesetzliche Regelungen müssen dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen, der aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet wird.<sup>33</sup> Das Erfordernis der Rechtssicherheit verlangt hinreichend präzise Normformulierungen.<sup>34</sup> Dies bedeutet, dass die von der Norm Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten daran ausrichten können müssen.<sup>35</sup> Die Anforderungen an die Normenklarheit dienen zudem dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen.<sup>36</sup> Außerdem hat der Grundsatz den Zweck, die Gerichte in die Lage zu versetzen, die Verwaltung anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren.<sup>37</sup>

Verweisungen erschweren im Regelfall das Verständnis einer gesetzlichen Regelung, da nicht aus der bloßen Lektüre der Verweisungsnorm abgelesen werden kann, was die Rechtslage ist.<sup>38</sup> Dennoch können Verweisungen in Bezug auf die Bestimmtheit grundsätzlich zulässig sein.<sup>39</sup> Das Bundesverfassungsgericht stellt an die Normenklarheit je nach Regelungsgegenstand der Vorschrift unterschiedlich strenge Vorgaben. Im Grundsatz müssen Rechtsvorschriften so genau gefasst werden, „wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist“.<sup>40</sup>

Besondere Anforderungen gelten, wenn eine Norm Grundrechtsrelevanz hat<sup>41</sup>: „Allgemein unterscheiden sich die Anforderungen an den Grad der Bestimmtheit je nach Art der Norm. Sie sind umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff ist, den eine Norm vorsieht [...]. Insbesondere erhöhen sich die Anforderungen dann, wenn die Unsicherheit in der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert [...]. Die Bestimmtheitsanforderungen sind folglich

---

33 Vgl. BVerfGE 45, 400 (420).

34 Schmidt-Aßmann, in: Handbuch des Staatsrechts, Band II, 2004, § 26 Rn. 85.

35 St. Rspr. des Bundesverfassungsgerichts, siehe etwa BVerfGE 17, 306 (314); 45, 400 (420).

36 BVerfGE 110, 33 (54).

37 BVerfGE 110, 33 (54).

38 Guckelberger, Gesetzgebungstechnik der Verweisung, in: ZG 2004, 62 (66) m.w.N.

39 Vgl. BVerfGE 5, 25 (31).

40 BVerfG, NJW 2016, 3648 (3649).

41 BVerfGE 83, 130 (145).

geringer bei Normen, die nicht oder nicht intensiv in Grundrechte eingreifen, und bei Normen, die nicht von solcher Art sind, dass Adressaten und Betroffene sich bei der Wahrnehmung von Grundrechten auf ihren Inhalt im Detail vorausschauend einrichten können müssen.“<sup>42</sup>

Besonders hoch sind die Anforderungen an die Bestimmtheit aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG, wenn eine Norm strafrechtliche Relevanz hat.<sup>43</sup> Diese erhöhten verfassungsrechtlichen Anforderungen gelten ebenso in Bezug auf Ordnungswidrigkeiten.<sup>44</sup> Wird der Tatbestand einer strafrechtlichen oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Vorschrift von einer außerhalb des Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrechts liegenden Norm ausgefüllt, die damit über das „Ob“ der Strafbarkeit entscheidet, so bestehen die erhöhten Bestimmtheitsanforderungen auch für diese ausfüllende Norm.<sup>45</sup>

Wie oben dargestellt, ist der Bereich des Genesenennachweises von hoher Grundrechtsrelevanz. Darüber hinaus hat § 2 Nr. 5 der Ausnahmeverordnung ordnungswidrigkeitenrechtliche Relevanz. § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung ist zwar selbst keine straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Vorschrift; die aus der Norm in Verbindung mit der Internetseite des RKI abgeleitete Definition, wann ein gültiger Genesenennachweis vorliegt, ist allerdings Grundlage für die Einschlägigkeit einer solchen Vorschrift. So handelt etwa nach § 73 Abs. 1a Nr. 7h IfSG ordnungswidrig, wer entgegen § 20a Abs. 5 Satz 1 IfSG einen Nachweis über die Immunität gar nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vorlegt. Dazu zählt nach § 20a Abs. 2 Nr. 2 IfSG unter anderem ein Genesenennachweis im Sinne des § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung. § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung bildet somit die Grundlage dafür, ob ein vorgelegter Genesenennachweis gültig ist und entscheidet damit über das „Ob“ des Bestehens einer Ordnungswidrigkeit nach § 73 Abs. 1a Nr. 7h IfSG.

Es sind folglich besonders hohe Anforderungen an die Bestimmtheit von § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung zu stellen.

Die Gesetzestechnik des § 2 Nr. 5 Ausnahmenverordnung mittels Verweises auf eine Internetseite erscheint vor diesem Hintergrund problematisch. Zum einen ist eine Änderung des Inhalts der Seite ohne größeren Aufwand und damit sehr viel schneller möglich als ein Rechtssetzungsverfahren. Dies hat für den Rechtsanwender im Grunde zur Folge, dass er ständig überprüfen muss, ob die Internetseite noch denselben Inhalt hat, um über die Rechtslage informiert zu bleiben. Zudem stellt sich die Frage, ob im Falle einer Änderung der Internetseite der frühere Inhalt archiviert abrufbar bleibt, sodass es sowohl für den Bürger als auch die Behörden und Gerichte nachvollziehbar bleibt, ob zu einem bestimmten Zeitpunkt rechtskonform gehandelt wurde. Dies kann insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn in der Rückschau festgestellt werden muss, ob ein Bürger den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 73 Abs. 1a Nr. 7h IfSG erfüllt hat. Zumindest als Nebenaspekt besteht

---

42 BVerfGE 131, 88 (123).

43 Kotzur, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 20 GG Rn. 149.

44 Kunig/Saliger, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 103 Rn. 32; Radtke, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 49. Edition Stand: 15. August 2021, Art. 103 Rn. 19; vgl. auch BVerfGE 38, 348 (371).

45 Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Auflage 2018, Art. 103 Rn. 31; Degenhardt, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Auflage 2021, Art. 103 Rn. 65 m.w.N.

---

zudem die Problematik eines möglichen technischen Ausfalls der Internetseite, sodass die Regelungen nicht abgerufen werden könnten.

Auch wenn man grundsätzlich der Auffassung sein sollte, dass Konstellationen denkbar sind, in denen die Regelungstechnik des dynamischen Internetverweises trotz der damit regelmäßig verbundenen Bestimmtheitsdefizite mit Blick auf die „Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts“ oder den „Normzweck“ gerechtfertigt werden kann, so sind bei § 2 Abs. 5 der Ausnahmenverordnung derartige rechtfertigende Gesichtspunkte jedenfalls nicht ohne weiteres erkennbar, zumal vorliegend, wie gezeigt, erhöhte Bestimmtheitsanforderungen gelten. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass ein Wandel der wissenschaftlichen Erkenntnisse in Bezug auf den Genesenenstatus einen derartigen zeitlichen Regelungsdruck erzeugen könnte, dem sich nicht durch eine Anpassung der Rechtsverordnung im regulären Rechtssetzungsverfahren Rechnung tragen ließe. Der parlamentarische Gesetzgeber scheint insoweit jedenfalls nicht von einer besonderen Eilbedürftigkeit auszugehen, da er die Bundesregierung in § 28c Satz 3 IfSG nur unter dem Vorbehalt der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat zum Erlass und zur Änderung der Ausnahmenverordnung ermächtigt und dadurch sogar selbst zur Entschleunigung des Rechtssetzungsverfahrens beiträgt.

Nach alledem ergeben sich Zweifel, ob die geänderte Fassung von § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung verfassungsrechtlichen Maßstäben genügt.

#### **4. Fazit**

Die Regelung der Immunitätsnachweise mittels Rechtsverordnung ist hinsichtlich der Anforderungen der Wesentlichkeitslehre kritisch zu bewerten.

Die Gesetzgebungstechnik der dynamischen Verweisung kann grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig sein. Die Verweisung auf eine Internetseite in § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung erscheint jedoch aus verschiedenen Gründen problematisch. Es ist zweifelhaft, ob eine solche Verweisung dem Verkündungsgebot nach Art. 82 Abs. 1 GG und dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 20 Abs. 3 bzw. Art. 103 Abs. 2 GG genügt. Zudem erscheint es zumindest vertretbar, die Verweisung als eine unzulässige verdeckte Subdelegation einzuordnen.

\*\*\*