

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
19(14)246(19)
zur öffentl Anh am 12.11.2020 -
Drittes Bevölkerungsschutzgesetz
12.11.2020



**FRIEDRICH-SCHILLER-
UNIVERSITÄT
JENA**

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Lehrstuhl für
Deutsches und Europäisches
Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Universität Jena · Rechtswissenschaftliche Fakultät · 07737 Jena

Sekretariat des
Ausschusses für Gesundheit
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Professor Dr. Michael Brenner
Universitätsprofessor

Carl-Zeiß-Straße 3
07743 Jena

Telefon: 0 36 41 9-42240

Telefax: 0 36 41 9-42242

E-Mail: Michael.Brenner@uni-jena.de

Jena, am 11. November 2020

**Vorab per E-Mail: gesundheitsausschuss@bundestag.de
anja.luedtke@bundestag.de**

Stellungnahme für die Anhörung des Ausschusses für Gesundheit

am 12. November 2020 zu dem

Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU: Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

BT-Drucks. 19/22547

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

zu dem o.g. Gesetzentwurf nehme ich wie folgt Stellung. Dabei beschränke ich meine Ausführungen im Wesentlichen auf den in dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen § 28a IfSchG.

1. Das Anliegen des Gesetzentwurfs

Ein wesentliches Anliegen des Entwurfs eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite besteht darin, in §

28a IfSG notwendige Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung des Corona-Virus aufzulisten. Die in dem Entwurf – beispielhaft („insbesondere“) – genannten Maßnahmen decken im Wesentlichen die Palette der in den vergangenen Monaten verfügbaren Maßnahmen ab. Zu begrüßen ist, dass der Gesetzgeber mit dem Gesetzentwurf eine weitreichende Präzisierung der Maßnahmen vornehmen will, die bislang auf der Grundlage von § 28 IfSG getroffen wurden.

2. Der gesetzgeberische Handlungsbedarf

Während es angesichts der Neuartigkeit der Herausforderungen durch das Coronavirus bislang als verfassungsrechtlich hinnehmbar angesehen werden konnte, dass die grundrechtseingreifenden Maßnahmen auf §§ 28 ff. IfSG gestützt und auf der Grundlage von § 32 IfSG von den Landesregierungen durch Rechtsverordnungen umgesetzt wurden, so wird man mit der Fortdauer der Pandemie eine präzisere Fassung möglicher Schutzmaßnahmen zu fordern haben. Dies ist nicht zuletzt der Tatsache geschuldet, dass die Pandemie voraussichtlich noch länger dauern wird, als dies im Frühjahr angenommen werden konnte. Mit Blick hierauf ist der Gesetzgeber gefordert, angesichts der weitreichenden Grundrechtseingriffe, die mit den Corona-Schutzmaßnahmen verbunden sind, diese zumindest exemplarisch und in der ganzen Breite, die in den vergangenen Wochen und Monaten praktiziert wurde, aufzulisten, inhaltlich zu ziselieren und auf diese Weise nicht nur dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot Rechnung zu tragen, sondern zugleich dem Parlamentsvorbehalt aus Art. 80 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG Genüge zu tun.

Darüber hinaus ist insoweit aber auch von Bedeutung, dass die bislang durch das Gesetz ermöglichten Maßnahmen der konkreten Gefahrenabwehr letztlich auf Einzelfälle der zugeschnitten sind. Dies gilt namentlich für § 28 IfSG (Schutzmaßnahmen), aber auch für § 29 IfSG (Beobachtung), § 30 IfSG (Absonderung) und für § 31 IfSG (Berufliches Tätigkeitsverbot). Auch mit Blick hierauf ist der Gesetzgeber gefordert, tätig zu werden, um flächendeckende, letztlich die gesamte Bevölkerung umfassende Maßnahmen treffen zu können. Angesichts der fortdauernden Pandemie

reichen die einzelfallbezogenen Ermächtigungen nicht (mehr) aus, um dieser dauerhaft Herr zu werden.

3. § 28a IfSG im Lichte dieser Vorgaben

Der vorliegende Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD wird den genannten Anforderungen gerecht. Er umreißt mit verfassungsrechtlich gebotener Bestimmtheit und unter Berücksichtigung der Erfahrungen der vergangenen Monate, welche Maßnahmen von den zuständigen Behörden ergriffen werden können. Diesen wird auf der einen Seite Auswahlermessen eingeräumt, dass jedoch durch legislative Soll-Vorgaben wiederum enggeführt wird. Darüber hinaus trägt der Gesetzentwurf dem Verhältnismäßigkeitsgebot Rechnung

a. Hinreichende Bestimmtheit möglicher Maßnahmen

Werden entsprechende Rechtsverordnungen durch die Landesregierungen auf der Grundlage von § 32 IfSG erlassen, so müssen diese den Vorgaben insbesondere des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG gerecht werden, d. h. nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein. Die ausführliche Auflistung möglicher Schutzmaßnahmen wird dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe gerecht. Es ist in der Auflistung nicht nur lediglich das „Programm“ eines möglichen Verordnungsinhalts erkennbar – was nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits ausreichen würde; vielmehr listet die Bestimmung sehr detailliert auf, welche konkreten Einzelmaßnahmen durch eine Verordnung nach § 32 IfSG verhängt werden können. Mehr an Gesetzesermächtigender Bestimmtheit ist nicht erforderlich.

b. Flexibilität und Verhältnismäßigkeit mit Blick auf § 28a Abs. 1 IfSG

Darüber hinaus belässt die Norm den Ländern hinreichende Flexibilität. Sie ermöglicht zunächst ein länderbezogenes Tätigwerden und lässt damit Differenzierungen der entsprechenden Maßnahmen je nach Intensität des Infektionsgeschehens zu. Darüber hinaus ist es den Ländern möglich, aus dem Bukett der 15 aufgeführten Schutzmaßnahmen diejenigen auszuwählen, die mit Blick auf die Situation in dem

betreffenden Bundesland angemessen, mithin insbesondere am wirksamsten erscheinen.

Dies bedeutet freilich nicht, dass den Ländern durch die Norm ein umfassender „Freibrief“ eingeräumt wäre. Selbstverständlich sind die Länder, sofern sie Maßnahmen nach § 28 Abs. 1 IfSG treffen, gehalten, nur solche auszuwählen, die dem Infektionsgeschehen in dem betreffenden Bundesland am besten gerecht werden. Darüber hinaus muss die Auswahl der getroffenen Maßnahmen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen, d. h. insbesondere auch erforderlich sein. Dies bedingt, dass der Landesverordnungsgeber nicht mit „Kanonen auf Spatzen schießen“ darf. Sollte daher z. B. die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung ausreichen, um das Infektionsgeschehen in einem Bundesland zu reduzieren, so wären weitere einschränkende Maßnahmen nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig.

Dies unterstreicht zudem § 28a Abs. 1 S. 2 IfSG, indem die Anordnung der Schutzmaßnahmen ihrerseits verhältnismäßig sein muss.

c. Eingrenzungen durch § 28a Abs. 2 IfSG

Die Flexibilität, die § 28a Abs. 1 IfSG gewährt, wird durch § 28a Abs. 2 IfSG wiederum begrenzt. So sieht die Bestimmung drei Kategorien von Schutzmaßnahmen vor, die sich an Schwellenwerten orientieren.

- Danach kommen „schwerwiegende Schutzmaßnahmen“ insbesondere bei Überschreitung eines Schwellenwerts von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen in Betracht.
- „Stark einschränkende Schutzmaßnahmen“ kommen insbesondere bei Überschreitung eines Schwellenwerts von über 35 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen in Betracht.

- „Einfache Schutzmaßnahmen“ kommen insbesondere bei Unterschreitung eines Schwellenwerts von 35 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen in Betracht.
- Daneben enthält § 28a Abs. 2 IfSG eine Reihe weiterer Vorgaben, die sich auf eine zu erwartende Überschreitung des Schwellenwerts beziehen, auf eine bundesweite Überschreitung eines Schwellenwertes und auf eine landesweite Überschreitung eines Schwellenwertes.

Diese in § 28a Abs. 2 IfSG enthaltenen Vorgaben schränken die den Ländern durch § 28a Abs. 1 IfSG gewährten Handlungsoptionen wiederum weitgehend ein, auch wenn es sich nicht um zwingende Vorgaben handelt, sondern – lediglich – um Sollbestimmungen (vgl. § 28a Abs. 2 S. 1 IfSG). Gleichwohl geht von den Vorgaben des Abs. 2 IfSG eine weitgehende Bindungswirkung aus, da von einer Sollbestimmung nicht ohne triftigen Grund, mithin nicht ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung, abgewichen werden kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Fall des sog. intendierten Ermessens vorliegt.

Zu beachten bleibt, dass die Begriffe der schwerwiegenden Schutzmaßnahmen, der stark einschränkenden Schutzmaßnahmen und der einfachen Schutzmaßnahmen im Gesetz nicht legaldefiniert sind. Dies wiederum relativiert die Bindungswirkung der Vorgaben des § 28a Abs. 2 IfSG ein Stück weit und bietet damit den Ländern einerseits flexible Handlungsmöglichkeiten innerhalb der jeweiligen Kategorie, befreit diese aber andererseits nicht davon, solche Schutzmaßnahmen zu treffen, die der jeweiligen Kategorie gerecht werden.

d. Das Zusammenspiel von § 28a Abs. 1 und Abs. 2 IfSG

§ 28a Abs. 1 und Abs. 2 IfSG verwirklichen daher einen wohlaustarierten Ausgleich zwischen der notwendigen Flexibilität im Zusammenhang mit der Festlegung notwendiger Schutzmaßnahmen, die durch § 28a Abs. 1 IfSG ermöglicht wird, und den

durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip vorgegebenen Bindungen, die in § 28a Abs. 2 IfSG enthalten sind.

Die Länder haben mit anderen Worten zahlreiche Handlungsoptionen, die durch Abs. 1 ermöglicht werden. Sie werden wiederum eingefangen durch die Vorgaben des § 28a Abs. 2 IfSG. Die Norm zäumt die Palette der Schutzmaßnahmen, die § 28a Abs. 1 IfSG ermöglicht, dadurch ein, dass die Schutzmaßnahmen angebunden werden an Schwellenwerte, die wiederum an Inzidenzzahlen ausgerichtet sind. Innerhalb dieser Vorgaben haben die Länder jedoch wiederum Gestaltungsoptionen, da es letztlich ihrer Entscheidung obliegt, wie sie die Begriffe der schwerwiegenden Schutzmaßnahmen, der stark einschränkenden Schutzmaßnahmen und der einfachen Schutzmaßnahmen auslegen.

§ 28a Abs. 1 und 2 IfSG ermöglicht daher eine ausgewogene Balance zwischen notwendiger Flexibilität in Zeiten der Pandemie, der Wahrung der Verhältnismäßigkeit sowie weitgehender rechtsstaatlicher Bindung.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass § 28a IfSG lediglich für Maßnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus gilt. Für Schutzmaßnahmen, die der Bekämpfung anderer Pandemien dienen, kann die Norm nicht herangezogen werden. Sie ist daher inhaltlich und von ihrer Reichweite her begrenzt.

4. Begründungserfordernisse

Angesichts der breiten Palette möglicher Handlungsoptionen wird man vom Verordnungsgeber zukünftig verlangen müssen, dass er seine Auswahlentscheidung mit Blick auf § 28a Abs. 1 IfSG und die Eingrenzungen des § 28a Abs. 2 IfSG begründet.

Während der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts der Auffassung folgt, dass bei Gesetzen allein die rationale Begründbarkeit des Ergebnisses der gesetzgeberi-

schen Tätigkeit maßgeblich sei¹, stellt der Zweite Senat insoweit darauf ab, dass bereits im Gesetzgebungsverfahren entsprechende Darlegungs- und Begründungsanforderungen im Gesetzgebungsverfahren erfüllt sein müssen².

Mit Blick auf die weitreichenden Grundrechtseinschränkungen, die durch auf § 32 IfSG beruhende Rechtsverordnungen bewirkt werden können, wird man indes zu fordern haben, dass der Ordnungsgeber seine Entscheidung zumindest in Grundzügen begründet. Dies wird schon deshalb vonnöten sein, um im Rahmen einer anschließenden verwaltungsgerichtlichen Überprüfung der Rechtsverordnung von Seiten des Gerichts nachvollziehen zu können, was die tragenden Gründe für die Entscheidung des Ordnungsgebers waren, ob dieser mit anderen Worten die Vorgaben des Regelungsgefüges des § 28a Abs. 1 und 2 IfSG hinreichend beachtet und umgesetzt hat. Nur eine hinreichende Begründung ermöglicht dem Gericht mithin, zu überprüfen, ob die Entscheidung des Ordnungsgebers auf fundierter Tatsachengrundlage und unter Anwendung plausibler und in sich konsistenter Entscheidungskriterien getroffen hat.

Aber auch mit Blick auf die Akzeptanz coronabedingter Grundrechtseinschränkungen in der Bevölkerung wird man dem Ordnungsgeber eine solche Begründungspflicht abverlangen können und wohl auch müssen.

5. Befristung von Schutzmaßnahmen

Erwogen werden könnte schließlich, ob Schutzmaßnahmen zeitlich befristet werden sollten. Nach zukünftiger Rechtslage enden Schutzmaßnahmen mit der Beendigung der epidemischen Lage; dies folgt aus § 28a Abs. 1 S. 1 IfSG („für die Dauer der Feststellung der epidemischen Lage“).

¹ Vgl. etwa BVerfGE 132, 134, Rdnr. 70; 139, 148, Rdnr. 61.

² BVerfGE 140, 240, Rdnr. 112 f.



Angesichts der zum Teil weitreichenden Grundrechtseingriffe könnte überlegt werden, ob die einzelnen Schutzmaßnahmen, die durch Rechtsverordnungen vorgenommen werden, darüber hinaus zeitlich befristet werden, im Sinne der sog. Sunset-Gesetzgebung. Davon abgesehen, dass dies derzeit schon geschieht, könnte eine entsprechende Klausel im Gesetz verankert werden. Damit könnte den Bürgern signalisiert werden, dass die Grundrechtseinschränkungen nur für einen begrenzten Zeitraum hinzunehmen sind.

6. Fazit

Abschließend ist festzuhalten, dass § 28a Abs. 1 und 2 IfSG die zur Eindämmung der Pandemie zu treffenden, in Grundrechte eingreifenden Schutzmaßnahmen auf eine rechtsstaatlich tragfähige, dem Parlamentsvorbehalt und den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG genügende und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung tragende Grundlage stellt.

gez. Michael Brenner

Professor Dr. Michael Brenner