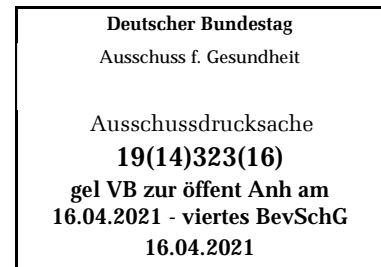


Dr. Robert Seegmüller  
Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofes  
des Landes Berlin

Berlin, den 15. April 2021



## **Stellungnahme**

zu dem

### **Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BT-Drs. 19/2844)**

dem

### **Antrag „Lockdown-Maßnahmen durch Gesetz, nicht durch Verordnungen“ (BT-Drs. 19/25882)**

und dem

### **Antrag „Corona-Strategie für besonders gefährdete Menschen zum Nutzen der ganzen Gesellschaft“ (BT-Drs. 19/24453)**

## **I. Gesetzesvorhaben und Anträge**

Der vorliegende Gesetzentwurf sieht bei Überschreitung der Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 von 100 je 100 000 Einwohner in einem Landkreis Kontaktbeschränkungen (§ 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG-E), Aufenthaltsverbote außerhalb der eigenen Wohnung und des dazugehörigen befriedeten Besitztums (§ 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG-E), die Schließung von Einrichtungen (§ 28b Abs. 1 Nr. 3 bis 5, 7 IfSG-E) und weitere Freiheitseinschränkungen in diesem Landkreis vor. Verstöße gegen die genannten Verbote werden bußgeldbewehrt (§ 73 Abs. 1a Nr. 11b bis 11k IfSG-E). Außerdem ermächtigt der Gesetzentwurf die Bundesregierung ab Überschreitung des genannten Schwellenwertes Ge- und Verbote nach § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 und § 28a Abs. 1 IfSG zur Bekämpfung von Krankheiten, die durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursacht werden, durch Rechtsverordnung zu erlassen (§ 28b Abs. 6 IfSG-E).

Die Anträge, die Gegenstand der Anhörung sind, fordern eine stärkere Parlamentsbeteiligung beim Erlass von Maßnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 und eine verbesserte Strategie zum Schutz für besonders gefährdete Menschen ein.

## **II. Bewertung der Regelungen**

### **1. Das Ziel des Gesetzentwurfs**

Der Gesetzentwurf verfolgt das Ziel, Leben und körperliche Unversehrtheit der Menschen in Deutschland zu schützen und dabei insbesondere auch die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems sicherzustellen. Von vornherein verfassungsrechtlich unbedenklich ist dieses Ziel nur insoweit es um den Schutz der Gesundheit von Menschen in Situationen geht, denen sie nicht ausweichen können und soweit es um die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens geht.

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG weist dem Einzelnen das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu. Es schützt ihn vor ungerechtfertigten staatlichen Eingriffen. Zugleich garantiert das allgemeine Persönlichkeitsrecht jedem Einzelnen das Recht, selbstbestimmt die Entscheidung zu treffen, sein Leben eigenhändig bewusst und gewollt zu beenden<sup>1</sup>. Erst recht darf der Einzelne sich daher dafür entscheiden, Risiken für sein Leben und seine körperliche Unversehrtheit, etwa eine Ansteckung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, einzugehen.

Situationen, in denen alle Beteiligten von diesem Recht Gebrauch machen, sind staatlicher Regelung daher nicht unter Hinweis auf die dadurch wechselseitig bewirkten Lebensgefahren zugänglich; wohl aber unter Hinweis auf eine hiervon (mit-) ausgelöste Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems.

### **2. Die Inzidenz als Tatbestandsvoraussetzung**

Der Gesetzentwurf knüpft die Freiheitseinschränkungen und die Verordnungsermächtigungen an die Überschreitung der Anzahl der Neuinfektionen mit dem

---

<sup>1</sup> BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15, u.a. - Rn. 204 ff.

Coronavirus SARS-CoV-2 von 100 je 100 000 Einwohner. Maßstab sind gemäß § 28b IfSG-E i.V.m. § 28a Abs. 3 Satz 13 IfSG die in den Landkreisen, Bezirken oder kreisfreien Städten auftretenden Inzidenzen.

Das für das Eingreifen der Freiheitseinschränkungen und der Verordnungsermächtigung verwendete Kriterium ist mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich nur dann einwandfrei, wenn es sich als sachgerecht, insbesondere nicht als willkürlich darstellt. Das setzt einerseits einen gleichbleibenden Modus der Datenerhebung voraus und andererseits eine Kongruenz zwischen den die Leistungsfähigkeit des Gesundheitswesens definierenden Parametern (u.a. Zahl der Intensivbetten und Beatmungsmöglichkeiten). Beides kann nicht ohne Weiteres angenommen werden.

Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 werden derzeit weder nach einem festen Schema angeordnet und durchgeführt, noch bleibt ihre Zahl gleich. Die nach § 28a Abs. 3 Satz 13 IfSG vom RKI veröffentlichten Werte werden daher auch von den Zufälligkeiten der jeweiligen Teststrategie, der Zahl der Testungen und des Meldedatums je Landkreis geprägt<sup>2</sup>.

Es kann auch nicht ohne Weiteres von einer gleichbleibenden Korrelation zwischen der Belastung der die Leistungsfähigkeit des Gesundheitswesens definierenden Parameter (u.a. Zahl der Intensivbetten und Beatmungsmöglichkeiten) und des gesetzlichen Schwellenwertes ausgegangen werden. Die Immunisierung der Bevölkerung erfolgt derzeit im Wesentlichen nach dem Prinzip je älter, je früher. Diese Vorgehensweise bleibt nur dann ohne Auswirkung auf das Verhältnis von Neuinfektionen und Belastung des Gesundheitswesens, wenn die Zahl der schweren, intensivbehandlungspflichtigen Fälle in jeder Altersgruppe gleich ist.

Das für das Eingreifen der Freiheitsbeschränkungen und der Verordnungsermächtigung der Bundesregierung verwendete Kriterium sollte daher präziser gefasst werden, so dass es die drohende Belastung des Gesundheitswesens verlässlicher und gleichmäßiger abbildet. Das kann entweder durch Regelungen geschehen, die die Vergleichbarkeit der Inzidenzzahlen sicherstellen oder durch eine Berücksichtigung weiterer Parameter (z.B. Auslastung der Intensivbetten oder der Beatmungsmöglichkeiten).

---

<sup>2</sup> <http://corona.rki.de> - Covid-19-Fälle - Erläuterungen

### **3. Kontaktbeschränkungen**

Die in § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG-E vorgesehenen Kontaktbeschränkungen differenzieren zwischen Kindern bis 14 Jahren und älteren, noch nicht volljährigen Kindern. Die Regelung muss sich an Art. 3 Abs. 1 GG messen lassen. Ein sachlicher Grund für die Differenzierung wird im Gesetzentwurf nicht mitgeteilt. Ein solcher liegt auch nicht auf der Hand. Die Beschränkung der Zusammenkünfte eines Haushalts mit einer weiteren Person und deren Kindern bis 14 Jahren sollte daher familienfreundlicher dahingehend gefasst werden, dass Zusammenkünfte eines Haushalts mit einer weiteren Person und deren minderjährigen Kindern (ohne Altersbeschränkung) zulässig sind.

### **4. Ausgangsbeschränkungen**

Die in § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG-E vorgesehenen Ausgangsbeschränkungen stellen sich als Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 Abs. 1 GG dar. Es handelt sich nicht nur um eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit, die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird.<sup>3</sup>

Art. 104 Abs. 1 GG gestattet Freiheitsbeschränkungen nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen. Eine Freiheitsbeschränkung durch ein förmliches Gesetz, erlaubt die Vorschrift dagegen nicht ausdrücklich.<sup>4</sup>

Darüber hinaus liegt die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme nicht auf der Hand. Sie zielt der Begründung nach darauf ab, die Einhaltung der Kontaktregeln in den Abendstunden zu sichern. Die Eignung der Maßnahme zur Erreichung des von ihr verfolgten Zwecks setzt zunächst voraus, dass die von den Kontaktbeschränkungen des § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG-E betroffenen Personen sich an diese in signifikantem Umfang nicht halten werden. Hierfür nennt der Gesetzentwurf keinen Beleg. Auch sonst ist keiner ersichtlich. Nichteinhaltung der Kontaktbeschränkungen des § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG-E unterstellt, müsste weiterhin zu erwarten sein, dass diejenigen, die sich nicht an die genannten Kontaktbeschränkungen halten, die Ausgangsbeschränkungen des § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG-E jedenfalls zum Teil einhalten werden.

---

<sup>3</sup> Vgl. Epping/Hillgruber, GG, Art. 2 Rn. 84 f.

<sup>4</sup> Vgl. Epping/Hillgruber, GG, Art. 104 - Einführung

Dafür benennt der Entwurf keinen Beleg. Sonst ist ebenfalls keiner ersichtlich. Die im Gesetzentwurf zitierten Studien sind schließlich insoweit unergiebig.

Die genannten Argumente spiegeln sich bei der Prüfung der Erforderlichkeit der Maßnahme. Es ist nicht ersichtlich, dass das von dem Gesetzentwurf verfolgte Ziel nicht ebenso wirksam alleine mit den Kontaktbeschränkungen des § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG-E erreicht werden kann. Mit dieser Begründung haben die Verwaltungsgerichte Ausgangsbeschränkungen bereits beanstandet.<sup>5</sup>

Schließlich ist zweifelhaft, ob das erhebliche Gewicht der Freiheitseinschränkungen nicht völlig außer Verhältnis zu der dadurch über die Kontaktbeschränkungen des § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG-E erreichten Infektionsminderung steht. Eine verfassungskonforme Auslegung der Forderung der Vorschrift dürfte zu dem Ergebnis führen, dass im Grundsatz jeder sachliche, nicht von vornherein unzulässige Grund geeignet ist, das Verlassen der Wohnung zu rechtfertigen.<sup>6</sup>

Soweit in der Begründung des Gesetzentwurfs ausgeführt wird, das Vorliegen triftiger Gründe zum Verlassen der Wohnung zwischen 21.00 Uhr und 5.00 Uhr sei auf Verlangen gegenüber der Polizei glaubhaft zu machen, bildet der Entwurfstext diese Verpflichtung bisher nicht ab.

Die Bußgeldbewehrung von Verstößen gegen die Ausgangsbeschränkungen des § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG-E dürfte schließlich mit Blick auf die sehr unscharfe Formulierung von § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG-E kaum einer Kontrolle am Maßstab des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes genügen.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 6. April 2021 - 13 ME 166/21 - juris Rn. 26 - „Die mit der Ausgangsbeschränkung verbundene Untersagung, dass die von ihr betroffenen Personen in der Zeit von 22 Uhr bis 5 Uhr beim Nichtvorliegen triftiger Gründe den eigenen Haushalt nicht verlassen und sich daher auch nicht allein oder mit weiteren, ihrem Haushalt angehörenden Personen in der Öffentlichkeit aufhalten dürfen, ist zur Kontaktreduzierung und zur Infektionsvermeidung ersichtlich nicht erforderlich. Etwaige Zufallskontakte zu haushaltsfremden Personen bei Aufenthalt in der Öffentlichkeit sind angesichts deren Singularität und des damit allenfalls verbundenen sehr geringen Infektionsrisikos zu vernachlässigen (vgl. hierzu auch das vom RKI entwickelte Intensitätsstufenkonzept und die Toolbox zum Stufenkonzept, veröffentlicht unter [www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Downloads/Stufenplan.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Downloads/Stufenplan.pdf?__blob=publicationFile), Stand: 19.3.2021, die sich nicht mit Aufenthalt als solchen, sondern nur mit Zusammenkünften im Freien befassen).“

<sup>6</sup> Vgl. BayVGh, Beschluss vom 28. April 2020 - 20 NE 20.849 - juris Rn. 47

<sup>7</sup> Vgl. VerfGH Berlin, Beschluss vom 20. Mai 2020 - 81 A/20 - juris Rn. 18

## **5. Schließung von Einrichtungen und Dienstleistungsverbote**

Die Schließung von Einrichtungen gemäß § 28b Abs. 1 Nr. 3 bis 5 und 7 IfSG-E sowie das Verbot, bestimmte Dienstleistungen zu erbringen (§ 28b Abs. 1 Nr. 8 IfSG-E) sind nicht nur am Maßstab von Art. 12 Abs. 1 GG zu messen, sondern müssen auch einer Kontrolle anhand von Art. 3 Abs. 1 GG standhalten. Im ersten Fall stellt sich unter anderem die Frage, ob die Beschränkung der Nutzung dieser Einrichtungen auf Geimpfte, Genesene und Getestete, von denen ein kaum messbares Infektionsrisiko ausgeht, nicht ein gleich wirksames milderes Mittel zur Erreichung des vom Gesetzgeber verfolgten Zwecks darstellt; sich mithin die vollständige Schließung dieser Einrichtungen als nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig erweisen muss. Im zweiten Fall stellt sich die Frage, ob die Gleichbehandlung von Geimpften, Genesenen und Getesteten auf der einen und aller übrigen Personen auf der anderen Seite sich aufgrund der großen Unterschiede hinsichtlich ihrer Infektiosität als willkürlich darstellt.

Es sollte daher erwogen werden, Geimpfte, Genesene und Getestete von vornherein weitgehend von den vorgesehenen Beschränkungen auszunehmen. Die insoweit vorgesehene Verordnungsermächtigung für Erleichterung in § 28b Abs. 6 IfSG-E kann dann insoweit entfallen.

## **6. Verordnungsermächtigung**

Ab Überschreitung des Schwellenwerts von 100 wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung Gebote und Verbote nach § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 und § 28a Abs. 1 IfSG zu erlassen. Unklar bleibt insoweit, ob damit die bundesweite Inzidenz gemeint ist, oder ob schon eine Inzidenzüberschreitung in einem Landkreis oder Bundesland ausreicht, um eine Regelungskompetenz des Bundes insoweit zu begründen. Dies sollte im Gesetzgebungsverfahren klargestellt werden.

Die Vorschrift ist zudem an Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu messen“. Das bedeutet, der Gesetzgeber muss Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung regeln. Den Zweck der Verordnungsermächtigung benennt die Vorschrift mit der Formulierung „zur Bekämpfung von Krankheiten, die durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursacht werden.“. Inhalt und Ausmaß der denkbaren Rechtsfolgen beschreibt der

Gesetzgeber in wohl gerade noch vertretbarer Weise durch Verweis auf die in § 28 und § 28a IfSG enthaltenen Rechtsfolgen.<sup>8</sup>

Die Ermächtigung zur Schaffung von besonderen Regelungen 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, besteht nach dem derzeitigen Wortlaut des Gesetzentwurfes nur, wenn die Inzidenz den Schwellenwert übersteigt. Sie sollte auch unterhalb des Schwellenwertes bestehen.

Berlin, den 15. April 2021

Robert Seegmüller

---

<sup>8</sup> Vgl. BayVGh, Beschluss vom 8. Dezember 2020 - 20 NE 20.2461 - juris Rn. 22