

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
19(14)323(17)
gel VB zur öffentl. Anh. am
16.04.2021 - viertes BevSchG
16.04.2021



**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 16. April 2021

Nur per E-Mail: gesundheitsausschuss@bundestag.de

anja.luedtke@bundestag.de

Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Gesundheit

am 16. April 2021

zu dem von den Fraktionen der CDU/CSU und SPD vorgelegten

Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

BT-Drucks. 19/28444

und hierzu eingegangener Anträge der Fraktion DIE LINKE

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

zu dem o.g. Gesetzentwurf nehme ich wie folgt Stellung:

1. Das Anliegen des Gesetzentwurfs

Mit dem Gesetzentwurf will der Bundesgesetzgeber eine bundesweit verbindliche Notbremse ab einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 verwirklichen. Für den Fall, dass in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt – wobei Berlin und Hamburg als kreisfreie Städte gelten, vgl. § 28b Abs. 7 – an drei aufeinander folgenden Tagen die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus je 100.000 Einwohnern innerhalb von sieben Tagen den Schwellenwert von 100 überschreitet, gelten dort ab dem übernächsten Tag verschiedene Maßnahmen, die in § 28b des Gesetzentwurfs aufgeführt sind.

Zudem wird die Bundesregierung ermächtigt, zur einheitlichen Festsetzung von Corona-Maßnahmen Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundestages und des Bundesrates zu erlassen. Die Rechtsverordnungen sind ebenfalls an die Überschreitung einer Inzidenz von 100 geknüpft.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Gesetzesvorschlag ist erkennbar von dem Anliegen getragen, die seit geraumer Zeit wieder dramatisch ansteigenden Infektionszahlen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie einzudämmen. Es soll mit Blick auf die nahe Zukunft vermieden werden, dass das Gesundheitssystem an seine Grenzen gelangt und Patienten nicht mehr oder nicht mehr im gebotenen Umfang auf den Intensivstationen der Krankenhäuser behandelt werden können. In letzter Konsequenz geht es aber auch darum, zu verhindern, dass Krankenhausärzte im Wege der Triage Entscheidungen treffen müssen, die ihnen kaum zumutbar sind und für die es letztlich auch keine gesetzliche Grundlage gibt.

Hier wird erkennbar, dass der Gesetzentwurf der staatlichen Schutzpflicht für Leben und Gesundheit – Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG – Rechnung tragen will. Grundrechtsdogmatisch lässt sich der Gesetzentwurf mithin in der Weise beschreiben, dass er – zum Teil weitreichende – Grundrechtseinschränkungen vorsieht, die von dem Anliegen

des Schutzes von Leben und Gesundheit der Bürger und der Erhaltung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems getragen sind. Angesichts der nach wie vor hohen Infektionszahlen in Deutschland ist jedenfalls aus grundsätzlicher Sicht nichts dagegen einzuwenden, dass der Gesetzgeber im Rahmen einer sachgerechten Abwägung dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems den Vorrang gegenüber verschiedenen Grundrechten – körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person, Freizügigkeit und Unverletzlichkeit der Wohnung – einräumt und diese einschränkt.

Hervorzuheben ist, dass die im Gesetzentwurf enthaltenen Grundrechtseinschränkungen durch den Gesetzgeber selbst vorgenommen werden, nicht hingegen, wie bisher, durch Rechtsverordnungen der Bundesländer und durch Allgemeinverfügungen.

3. Die Fortschreibung bisheriger Regelungen

Die in § 28b des Gesetzentwurfs vorgesehenen Regelungen sind im Wesentlichen bereits nach bisher geltender Rechtslage möglich; insoweit enthält der Entwurf keine weitergehenden Grundrechtseinschränkungen. Im Gesetzentwurf wird der Sache nach letztlich nichts anderes geregelt, was bereits nach geltendem Recht geregelt ist oder geregelt werden kann, insbesondere auf der Grundlage von § 28a InfSchG. Neu ist die durch Bundesgesetz verfügte verpflichtende Anordnung der in § 28b Abs. 1 des Entwurfs vorgesehenen Maßnahmen. Es liegt damit ab einer Überschreitung des Inzidenzwerts von 100 nicht mehr in den Händen der Bundesländer oder einzelner Landkreise bzw. kreisfreien Städte, ob sie entsprechende Maßnahmen ergreifen oder nicht.

4. Der ausschließlich inzidenzbasierte Maßstab

Der ausschließlich inzidenzbasierte Maßstab erscheint angesichts der Dynamik des Infektionsgeschehens sinnvoll. Er markiert frühzeitig – mit Blick auf andere Indikatoren am frühesten – und gesichert das Ansteigen der Infektionszahlen und ist daher

als Maßstab für die „Aktivierung“ der in § 28b des Gesetzentwurfs vorgesehenen Maßnahmen ohne Zweifel am geeignetsten. Die Anzahl der auf den Intensivstationen behandelten und ggf. beatmeten Patienten wie auch die Anzahl der an COVID 19 Verstorbenen stellen wegen der diesen Zahlen zwangsläufig immanenten zeitlichen Verzögerung keine geeigneten Kriterien dar, um die Dynamik eines ansteigenden Infektionsgeschehens in den Griff zu bekommen. Dies dürfte auch für den R-Wert gelten, da dieser das Infektionsgeschehen vor etwa einer bis zwei Wochen abbildet.

5. Die vorgesehenen Maßnahmen im Einzelnen

a. § 28a Abs. 1 Nr. 1: Die Regelung begegnet zwar keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, geht aber wegen der Beschränkung auf eine haushaltsferne Person wohl an der Realität vorbei. So können insbesondere Großeltern die Familie ihres Kindes und die ggf. vorhandenen Enkel nur alleine, nicht hingegen als Ehepaar besuchen. Dass diese Regelung älteren Personen, die in ihrer Mobilität eingeschränkt und auf die Hilfe ihres Partners bei Besuchen angewiesen sind, die Möglichkeit nimmt, Kinder und Enkel zu besuchen, befördert nicht die gesellschaftliche Akzeptanz der Bestimmung.

Doch abgesehen davon, ist die Begrenzung von Zusammenkünften fraglos eine wirksame und auch verhältnismäßige Maßnahme, um Infektionsketten zu unterbrechen.

b. Art. 28b Abs. 1 Nr. 2: Die Regelung stellt einen äußerst weitreichenden Grundrechtseingriff dar, der nicht zuletzt mit Blick auf Entscheidungen von Gerichten einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.

aa. VGH Baden-Württemberg

So hat der VGH Baden-Württemberg in seinem Beschluss vom 5.2.2021 ausgeführt, dass nächtliche Ausgangsbeschränkungen nur dann in Betracht kommen können, wenn der Verzicht auf Ausgangsbeschränkungen auch unter Berücksichtigung aller

anderen ergriffenen Maßnahmen zu einer wesentlichen Verschlechterung des Infektionsgeschehens führe.

Darüber hinaus hat der VGH in dem Beschluss zudem dargetan, dass mit Blick auf § 28a Abs. 3 IfSG vom Ordnungsgeber eingehend zu prüfen sei, ob Ausgangsbeschränkungen landesweit angeordnet werden müssen oder ob insoweit differenziertere Regelungen in Betracht kommen, da beim Erlass von Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie grundsätzlich ein differenziertes, gestuftes Vorgehen geboten sei, das sich an dem tatsächlichen regionalen Infektionsgeschehen orientieren solle. Dieser Vorgabe wird der Gesetzentwurf jedenfalls gerecht, da die Ausgangssperre auf das Überschreiten des Inzidenzwertes in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt abstellt. Indes lässt insoweit durchaus eine weitere Differenzierung vornehmen, vgl. hierzu sogleich unter cc.

bb. Niedersächsisches Obergerverwaltungsgericht

Darüber hinaus hat das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 7. April 2021 dargelegt, dass eine Ausgangsbeschränkung nur in einem begrenzten Umfang geeignet sei, die mit ihr zweifellos verfolgten legitimen Ziele zu erreichen, nämlich im Interesse des Schutzes von Leben und Gesundheit die Bevölkerung vor der Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus zu schützen, die Verbreitung der Krankheit COVID-19 zu verhindern und eine Überlastung des Gesundheitssystems infolge eines ungebremsten Anstiegs der Zahl von Ansteckungen, Krankheits- und Todesfällen zu vermeiden. Nach Auffassung des Gerichts sei die mit der Ausgangsbeschränkung verbundene freiheitsbeschränkende Wirkung ganz erheblich, denn den betroffenen Personen werde für einen mehrstündigen Zeitraum an jedem Tag das Verlassen der eigenen Wohnung ohne triftigen Grund untersagt. Eine Ausgangsbeschränkung sei jedenfalls solange unangemessen, wie von den zur Durchsetzung berufenen Behörden nicht alles Mögliche und Zumutbare unternommen worden sei, um die Befolgung anderer Schutzmaßnahmen sicherzustellen. Bevor dies nicht geschehen sei oder bevor nicht feststehe, dass solche Maßnahmen nicht

erfolgversprechend ergriffen oder verbessert werden könnten, erscheine es nicht angemessen, alle in einem bestimmten Gebiet lebenden Personen einer Ausgangsbeschränkung zu unterwerfen, nur weil einzelne Personen und Personengruppen die geltenden allgemeinen Kontaktbeschränkungen nicht freiwillig befolgten oder nicht staatlicherseits alles Mögliche und Zumutbare unternommen worden sei, um gegenüber diesen Personen und Personengruppen die Einhaltung der allgemeinen Kontaktbeschränkungen durchzusetzen, zumal auch die Ausgangsbeschränkung der freiwilligen Befolgung oder nötigenfalls der staatlichen Durchsetzung bedürfte.

cc. Wertung mit Blick auf den Gesetzentwurf

Die vorgesehene Ausgangssperre dürfte in erster Linie darauf abzielen, Zusammenkünfte mehrerer, nicht zu einem Haushalt gehörender und damit gegen § 28b Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzentwurfs verstoßender Personen zu verhindern, die sich unter Missachtung von Abstands- und Hygieneregeln im Freien treffen, woraus sich ein erhebliches Infektionsrisiko ergibt. In der Praxis wird dies häufig auf Jugendliche zutreffen, die sich unter bewusster oder auch fahrlässiger Missachtung von Abstands- und Hygieneregeln treffen. Auch zufällige Zusammenkünfte werden durch eine Ausgangssperre auf ein Minimum zurückgeführt. Zu berücksichtigen ist zudem, dass in anderen Ländern – Großbritannien und Israel – nächtliche Ausgangssperren zu einer erheblichen Reduzierung der Infektionszahlen geführt haben, mit der Folge, dass dort derzeit eine Normalisierung des öffentlichen Lebens stattfinden kann.

Als milderer Mittel zur Verhinderung solcher nächtlichen Kontakte wäre eine verstärkte polizeiliche Präsenz und Kontrolle vorstellbar. Ob dies allerdings eine realistische Alternative ist, wie das offenbar das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht meint, muss jedoch mit einem Fragezeichen versehen werden. Gerade im ländlichen Raum, in dem die Inzidenzzahlen in den letzten Tagen und Wochen merklich nach oben gegangen sind, dürfte die Polizei schlechterdings nicht in der Lage sein, flächendeckend Kontrollen durchzuführen, um zu überprüfen, ob die erlaubte Anzahl von Personen bei einem Zusammentreffen eingehalten ist und ob die Abstands- und

Hygieneregeln eingehalten sind. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Treffen von Jugendlichen, die sich im Freien an Stellen treffen, die eher nicht im Fokus der Polizei stehen.

Darüber hinaus dürfte außer Frage stehen, dass eine nächtliche Ausgangssperre auch verhindert, dass sich Personen über den zeitlichen Beginn der Ausgangssperre hinaus in geschlossenen Räumen treffen und sich damit einem erhöhten Ansteckungsrisiko aussetzen. Denn diese Personen müssten damit rechnen, dass sie von der Polizei kontrolliert werden, wenn sie erst nach Beginn der Ausgangssperre nach Hause zurückkehren.

Um unter Berücksichtigung dieser Erwägungen einerseits eine weitere Ausbreitung des Virus auch in den Abend- und Nachtstunden zu verhindern, andererseits aber das von einer Ausgangssperre insbesondere betroffene Grundrecht der Bewegungsfreiheit gleichwohl zu größtmöglicher Wirksamkeit gelangen zu lassen, sollte der Gesetzentwurf in zweierlei Hinsicht geändert werden:

- Zum einen wird vorgeschlagen, den Beginn der Ausgangssperre auf 22 Uhr festzusetzen. Damit würde der Ansatz des Gesetzentwurfs, eine Ausbreitung des Virus zu verhindern, in nahezu gleicher Weise erreicht werden; doch könnten private Zusammenkünfte, etwa Abendessen, in einem realitätsnahen zeitlichen Rahmen abgewickelt werden.

- Zum anderen wird vorgeschlagen, dass mit Blick auf die Ausgangssperre der maßgebliche Bezugsrahmen nicht der Landkreis, sondern das jeweilige Gemeindegebiet ist. Es ist mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit nicht nachvollziehbar, dass für einen ganzen Landkreis eine Ausgangssperre verhängt wird, wenn nur in einer Gemeinde der Inzidenzwert die Zahl von 100 übersteigt. Dies gilt insbesondere für Landkreise, die eine große flächenmäßige Ausdehnung aufweisen.

Darüber hinaus trägt die Bestimmung aber dem Verhältnismäßigkeitsprinzip auch insofern Rechnung, als in lit. a bis lit. f. eine Reihe von – verfassungsrechtlich gebotenen – Ausnahmen vorgesehen sind.

c. Art. 28b Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5: Die Regelungen begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, da sie sämtlich geeignet sind, die Ausbreitung des Coronavirus zu verhindern. Durch die Ausnahmeregelungen ist die Versorgung der Bevölkerung gewährleistet. Die Verhältnismäßigkeit wird zudem dadurch sichergestellt, dass Einnahmeeinbußen durch Ausgleichszahlungen in erheblichem Umfang kompensiert werden.

d. Art. 28b Abs. 1 Nr. 6: Angesichts der Übertragungsrisiken begegnet auch die Beschränkung sportlicher Aktivitäten keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

e. Art. 28b Abs. 1 Nr. 7: Die Verhältnismäßigkeit der Schließung von Gaststätten wird dadurch sichergestellt, dass die Auslieferung von Speisen und Getränken sowie deren Abverkauf zum Mitnehmen für zulässig erklärt wird.

f. Art. 28b Abs. 1 Nr. 8: Die Regelung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Zu hinterfragen ist indes mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG, warum vor der Wahrnehmung von Dienstleistungen von Friseuren ein negativer Coronatest vorgelegt werden muss, dies hingegen nicht gilt für die Inanspruchnahmen von therapeutischen, pflegerischen oder seelsorgerischen Leistungen.

g. Art. 28b Abs. 1 Nr. 9: Die Regelung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

h. Art. 28b Abs. 1 Nr. 10: Die Regelung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.



6. Die Verhältnismäßigkeit in zeitlicher Hinsicht

In zeitlicher Hinsicht wahrt der Gesetzentwurf die Verhältnismäßigkeit in besonders anschaulicher Weise: § 28b Abs. 2 des Gesetzentwurfs sieht vor, dass bei Unterschreiten des Inzidenz-Schwellenwertes die Maßnahmen nach Absatz 1 außer Kraft treten.

Darüber hinaus knüpft § 28b Abs. 8 die Fortgeltung des § 28b des Gesetzentwurfs an die Dauer der Feststellung der epidemischen Lagen von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 S. 1 InfSchG durch den Deutschen Bundestag. Auch diese Bestimmung ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips in zeitlicher Hinsicht.

7. § 28b Abs. 3

Die Regelung begründet keinen Eingriff in die Kultushoheit der Bundesländer. Sie hat ihren Schwerpunkt eindeutig im Infektionsschutzrecht und ist daher von der Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG gedeckt. Die Maßnahme greift nicht in die kulturelle Gestaltungshoheit der Länder ein.

8. § 28 Abs. 5

Die Regelung wahrt die Versammlungsfreiheit und die Religionsfreiheit und sichert grundrechtliche Freiheiten. Es liegt an den Veranstaltern einer Versammlung bzw. an den Religionsgemeinschaften, für die Einhaltung der Abstands- und Hygieneregulungen Sorge zu tragen.

9. § 28b Abs. 6

Die der Bundesregierung erteilte Ermächtigung ist durch die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes gedeckt. Sie tritt neben die den Ländern erteilten Verordnungsermächtigungen. Sie gilt zudem nur für den Fall des Überschreitens des Schwellenwerts von 100 und ist damit inhaltlich begrenzt.

Hervorzuheben ist, dass S. 2 vorsieht, dass Rechtsverordnungen auch Erleichterungen oder Ausnahmen sowie besondere Regelungen für Personen vorsehen können, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus vorlegen können.

Damit enthält die Verordnungsermächtigung die Möglichkeit, die vollumfängliche Geltung der Grundrechte für diese Personen wiederherzustellen. Dies erscheint verfassungsrechtlich zwingend geboten: Steht fest, dass von diesen Personen eine Ansteckungsgefahr für sie selbst und für andere nicht mehr ausgehen kann, so ist ein sachlicher Grund für die Aufrechterhaltung von grundrechtseinschränkenden Maßnahmen nicht mehr vorhanden; für diese Personen werden die getroffenen Maßnahmen unverhältnismäßig und sind daher verfassungsrechtlich nicht mehr gerechtfertigt.

Dass die Rechtsverordnungen neben der Zustimmung des Bundestages auch der Zustimmung des Bundesrates bedürfen, erscheint sinnvoll, um eine breite parlamentarische Basis für die Maßnahmen zu treffen und die Bundesländer durch die notwendige Mitwirkung des Bundesrates in die Entscheidung miteinzubinden.

Gegen die Zustimmungsfiktion des Bundestages in S. 4 bestehen keine Bedenken. Die Genehmigungsfiktion ist eine im öffentlichen Recht gängige Gestaltungsvariante. Exemplarisch mag insoweit auf § 42a VwVfG verwiesen werden, wonach eine beantragte Genehmigung nach Ablauf einer für die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt gilt (Genehmigungsfiktion), wenn dies durch Rechtsvorschrift angeordnet und der Antrag hinreichend bestimmt ist.

gez. Michael Brenner

Professor Dr. Michael Brenner