



Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und
Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie

Gebäude GD E2/437
Universitätsstraße 150, 44801 Bochum

PD DR. ANDREA KIESSLING
Fon +49 (0)234 32-26818
Fax +49 (0)234 32-14271
andrea.kiessling@rub.de
www.oer.ruhr-uni-bochum.de

31. August 2021

**Stellungnahme als geladene Einzelsachverständige
für die öffentliche Anhörung im Gesundheitsausschuss
des Deutschen Bundestages
am 31.8.2021**

Art. 12 des Entwurfes eines Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 – AufbhG 2021) der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 19/32039)

Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zu Art. 12 des Entwurfes vom 30.8.2021

Aufgrund der sehr kurzen Frist kann nicht auf alle Aspekte des Gesetzentwurfs eingegangen werden.

I. Art. 12 Nr. o

a) § 28 Abs. 1 Nr. 2a IfSG-E

Die geplante Regelung des § 28a Abs. 1 Nr. 2a IfSG ist nicht zwingend notwendig, da die Pflicht zur Vorlage dieser Nachweise nach geltendem Recht unter den Begriff der Beschränkung fallen kann, wie er in § 28a Abs. 1 Nr. 5-8, 11-15 IfSG verwendet wird. Die **Klarstellung** in einer eigenen Nummer ist dennoch zu **begrüßen**, da diese Vorlagepflicht einen immer größer werdenden Stellenwert in der aktuellen Pandemiebekämpfung einnimmt.

b) § 28a Abs. 3 IfSG-E

Hintergrund der geplanten Änderung des § 28a Abs. 3 IfSG ist die Tatsache, dass die dort aufgeführten Schwellenwerte von 35 und 50 (7-Tage-Inzidenz) angesichts der gestiegenen Impfquote nicht mehr die gleiche Aussagekraft im Sinne eines „Frühwarnsystems“ für eine Überlastung des Gesundheitssystems haben wie im November 2020, als § 28a ins IfSG eingefügt wurde. Es ist deswegen **richtig**, § 28a Abs. 3 IfSG an die derzeitige Lage anzupassen, idealerweise durch eine Regelung, die nicht in wenigen Monaten erneut überholt ist.

aa) Ziel des § 28a Abs. 3

Die Systematik des § 28a Abs. 3 S. 2ff. IfSG erklärt sich nur vor dem Hintergrund des § 28a Abs. 3 S. 1 IfSG, in dem das Ziel der Corona-Schutzmaßnahmen festgehalten ist. An S. 1 will der vorliegende Entwurf auch nichts ändern. Er lautet:

„Entscheidungen über Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) nach Absatz 1 in Verbindung mit § 28 Absatz 1, nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und den §§ 29 bis 32 sind insbesondere an dem **Schutz von Leben und Gesundheit** und der **Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems** auszurichten; dabei sind absehbare Änderungen des Infektionsgeschehens durch ansteckendere, das Gesundheitssystem stärker belastende Virusvarianten zu berücksichtigen.“

Die Norm macht deutlich, dass die Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems nur ein Ziel von mehreren ist. Sie bezweckt den **Schutz von Leben und Gesundheit** auch in Fällen, in denen das Gesundheitssystem durch eine Erkrankung nicht überlastet wird. § 28a Abs. 3 S. 1 IfSG kann deswegen z.B. so ausgelegt werden, dass Dauerschäden nach einer Erkrankung (etwa nach

einer intensivmedizinischen Behandlung) oder Long-Covid-Fälle (auch ohne vorangegangene Hospitalisierung) verhindert werden sollen¹.

Die geplante Änderung des § 28a Abs. 3 S. 2 ff. IfSG berücksichtigt dieses zweite Ziel (Schutz von Leben und Gesundheit) nicht. Als Kriterien für die Ergreifung von Schutzmaßnahmen sollen in Zukunft gem. S. 4 und 5 gelten:

- Anzahl der stationär zur Behandlung aufgenommenen Patienten, die an COVID-19 erkrankt sind, je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (= Hospitalisierungsrate)
- die nach Altersgruppen differenzierte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohnern innerhalb von sieben Tagen (= nach Altersgruppen aufgeschlüsselte 7-Tage-Inzidenz)
- die verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten
- die Anzahl der gegen COVID-19 geimpften Personen (= Impfquote).

Es geht also vorrangig um den Krankenhaussektor, wie sich auch ausdrücklich aus dem geplanten S. 6 ergibt („stationäre Versorgung“). Es wird noch nicht einmal die ambulante Versorgung in den Blick genommen, die auch überlastet sein kann, was sich negativ auf die Versorgung in anderen Krankheitsfällen auswirkt. Auch inwiefern Kinder bei steigenden Infektionszahlen geschützt werden müssen, beantwortet die geplante Änderung nicht. Eine solche einseitige Fokussierung passt nicht zu der Regelung des § 28a Abs. 3 S. 1 IfSG, dessen Änderung nicht geplant ist.

bb) Handlungsstufen

Die jetzige Regelung enthält mit den Inzidenzstufen von 35 und 50 klare Grenzwerte, bei deren Überschreiten ein Tätigwerden geboten ist. Zumindest in der Theorie war deswegen für die Bevölkerung (und die Verantwortlichen) klar, bei welchem Infektionsgeschehen allgemein mit weiteren Maßnahmen zu rechnen war. Dass sich die Bundesländer in der Praxis nicht immer daran hielten, ändert hieran zunächst nichts.

Eine ähnliche Vorhersehbarkeit bietet die geplante Änderung nicht. Zwar ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass die Norm selbst keine konkreten Schwellenwerte mehr nennen soll, da eine solche Regelung sehr starr ist und durch ein geändertes Infektionsgeschehen überholt werden kann. Vorzugswürdig ist die Festlegung von Schwellenwerten durch ein flexibleres Handlungsinstrument wie eine Rechtsverordnung, die bei veränderter Lage angepasst werden kann. Der geplante § 28a Abs. 3 S. 6 IfSG soll es nun den Landesregierungen ermöglichen, „unter Berücksichtigung der jeweiligen stationären Versorgungskapazitäten durch Rechtsverordnung Schwellenwerte nach den Sätzen 4 und 5 festzulegen“. Verpflichtet würden die Bundesländer jedoch nicht, es stünde in

¹ Vgl. etwa Kießling, in: dies. (Hrsg.), IfSG, 2. Aufl. 2021, § 28a Rn. 18f.

ihrem **Ermessen**, ob sie eine entsprechende Rechtsverordnung erließen. Entschieden sie sich dagegen, wäre für die Bevölkerung **nicht vorhersehbar**, wann strengere Schutzmaßnahmen ergriffen würden. Zwar zwingt § 28a Abs. 5 S. 1 IfSG die Bundesländer dazu, in den Corona-Schutzverordnungen zu begründen, warum sie welche Maßnahmen treffen. Dies ermöglicht es der Bevölkerung aber nur, *nach* Erlass der Verordnung die Einschätzung des Infektionsgeschehens und der Auslastung des Gesundheitssystems durch die Landesregierung nachzuvollziehen. Bei welcher Änderung des Infektionsgeschehens die Verordnung geändert würde, wäre nicht absehbar.

Selbst wenn alle Bundesländer eine entsprechende Verordnung erlassen, führte die geplante Regelung dazu, dass es **16 verschiedene Regelungsmodelle** geben könnte. Zwar ist es verfassungsrechtlich nicht zwingend vorgegeben, dass alle Bundesländer ihre Coronamaßnahmen an den gleichen Schwellenwerten ausrichten. Angesichts der Tatsache, dass in den anderthalb Jahren der Pandemie immer wieder bundesweit einheitliche Maßnahmen gefordert wurden, um die Akzeptanz der Maßnahmen innerhalb der Bevölkerung zu erhöhen, ist es jedoch unverständlich, dass von einer Vereinheitlichung jedenfalls der Schwellenwerte abgesehen wird. Eine Verordnungsermächtigung für das Bundesgesundheitsministerium würde dieses Problem lösen.

cc) Schutzmaßnahmen: Strategie für Herbst/Winter

Was der Entwurf offenlässt, ist die Frage, mit welchen Maßnahmen gegenüber welchen Personengruppen in den nächsten Monaten die Epidemie eingedämmt werden soll.

§ 28a Abs. 3 IfSG-E soll in Zukunft zwischen „vorsorglichem Infektionsschutz“ und anderen Maßnahmen unterscheiden, womit wohl gemeint ist, dass die in S. 2 des Entwurfes genannten Maßnahmen nicht von den in den folgenden Sätzen aufgeführten Kriterien abhängig sind. (Eindeutig ergibt sich dies allerdings nicht aus dem Wortlaut, da der geplante S. 4 nur allgemein von „Schutzmaßnahmen“ und nicht von „weitergehenden Schutzmaßnahmen“ spricht wie S. 3.) Abstandsgebote, Maskenpflicht, „3-G“ oder „2-G“, Hygienekonzepte und Kontaktdatenerfassung könnten somit wohl auch dann angeordnet werden, wenn eine Überlastung des Gesundheitssystems noch nicht konkret bevorsteht. Das ist in der Sache zu begrüßen, die Regelungsart ist dennoch zu kritisieren: So sollte **auf den Begriff „vorsorglicher Infektionsschutz“ verzichtet werden**, weil die in S. 2 des Entwurfes aufgeführten Maßnahmen nicht mehr oder weniger zur Vorsorge gehören als die anderen Schutzmaßnahmen des § 28a Abs. 1 IfSG. Der Begriff lässt sich nicht in die gebräuchlichen Begriffe des Gefahrenabwehrrechts einfügen. Wenn man diese Maßnahmen von der Berücksichtigung besonderer Kriterien lösen will, empfiehlt es sich, diese Maßnahmen

von der Feststellung der epidemischen Lage durch den Bundestag nach § 5 Abs. 1 IfSG zu entkoppeln².

Bei den Maßnahmen, die nicht in § 28a Abs. 3 S. 2 IfSG-E genannt werden, trifft die geplante Neuregelung keine Eingrenzung in Bezug auf den Katalog des § 28a Abs. 1 IfSG. Theoretisch denkbar sind somit weiterhin nächtliche Ausgangssperren gem. § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG und Schulschließungen gem. § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG. Es findet sich auch keine allgemeine Vorgabe in der geplanten Änderung in dem Sinne, dass etwa zunächst Maßnahmen gegenüber ungeimpften Erwachsenen und erst zum Schluss Maßnahmen gegenüber Kindern ergriffen werden dürfen.

Schon bei der aktuellen Fassung des § 28a Abs. 3 IfSG wird kritisiert, dass die dort genannten Schwellenwerte nicht auf bestimmte Maßnahmen oder Maßnahmetypen bezogen werden und somit unklar bleibt, welche Maßnahmen bei Überschreitung eines Schwellenwerts ergriffen werden müssen³. Diese **Unbestimmtheit soll nun in Zukunft vergrößert werden**, weil sowohl der Maßstab unklar ist (und ggf. noch nicht einmal durch die Bundesländer offengelegt wird) als auch die Folgen offenbleiben. Eine **gerichtliche Kontrolle** der durch die Bundesländer verordneten Corona-Schutzmaßnahmen ist dadurch **nicht möglich**.

c) § 28a Abs. 7 IfSG-E

Nach geltendem Recht ermöglicht es § 28a Abs. 7 IfSG einzelnen Ländern, weiterhin Corona-Schutzmaßnahmen zu ergreifen, wenn sich die Situation in anderen Bundesländern so entspannt hat, dass der Bundestag die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 IfSG nicht mehr für gegeben hält und deswegen die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite aufhebt bzw. nicht mehr verlängert. § 28a Abs. 7 IfSG setzt somit voraus, dass sich die epidemische Lage bundesweit unterscheidet und gerade keine epidemische Lage von *nationaler* Tragweite vorliegt (vgl. den Wortlaut „nur in einzelnen Ländern ausbreitet“). Dies schließt es aus, dass alle 16 Bundesländer gleichzeitig die epidemische Lage von landesweiter Tragweite feststellen⁴. In einem solchen Fall läge es in der politischen Verantwortung des Bundestages, die epidemische Lage von nationaler Tragweite gem. § 5 Abs. 1 IfSG festzustellen. Bliebe er untätig, wären die Bundesländer

² Ausführlich *Kießling*, Die Konstruktionsfehler des § 28a IfSG. Warum die zentrale Norm der Epidemiebekämpfung überarbeitet werden muss, Verfassungsblog v. 4.8.2021.

³ *Gallon*, Schutzverpflichtungen aus dem Infektionsschutzgesetz. Warum Landesregierungen und Gesundheitsämter bei Überschreitung der gesetzlichen Schwellenwerte die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen verschärfen müssen, Verfassungsblog v. 18.3.2021; *Kießling*, in: dies. (Hrsg.), IfSG, 2. Aufl., § 28a Rn. 129.

⁴ Hierzu auch *Kießling*, NVwZ 2021, 1246.

handlungsunfähig, weil der Rückgriff auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 IfSG für alle in § 28a Abs. 1 IfSG genannten Schutzmaßnahmen durch § 28a IfSG gesperrt ist⁵.

Durch die geplante Änderung des § 28a Abs. 7 IfSG wird es nun möglich, dass nach dem Ende der vom Bundestag festgestellten epidemischen Lage alle 16 Bundesländer eine epidemische Lage von landesweiter Tragweite feststellen und somit den Anwendungsbereich des § 28a IfSG eröffnen. Ein Untätigbleiben des Bundestages bei tatsächlich bestehender epidemischer Lage von nationaler Tragweite führt somit nicht mehr zur Handlungsunfähigkeit der Bundesländer. Aus **juristischer Sicht ist dies zu begrüßen**; die politische Verantwortung des Bundestages bliebe in einem solchen Fall jedoch bestehen: Wenn eine epidemische Lage von nationaler Tragweite im Sinne des § 5 Abs. 1 IfSG tatsächlich vorliegt, sollte der Bund nicht die Verantwortung der Epidemiebekämpfung vollständig zu den Bundesländern schieben.

II. Art. 12 Nr. 1

Die Verordnungsermächtigung des § 36 Abs. 10 IfSG ermächtigt bislang allein zur Festlegung einer Testpflicht für Einreisende, die bei denen die Möglichkeit besteht, dass sie im Ausland einem erhöhten Infektionsrisiko für die Krankheit ausgesetzt waren (S. 1 Nr. 1 iVm Abs. 8 S. 1), oder die „auf dem Luftweg befördert werden“ (S. 1 Nr. 1a). Eine Verordnungsermächtigung, die es erlaubt, eine Testpflicht für alle Einreisenden festzulegen, existiert bislang nicht. Das BMG hat dennoch durch die Coronavirus-Einreiseverordnung v. 30.7.2021⁶ eine solche allgemeine Einreisetestpflicht verordnet (§ 5).

Es ist zu **begrüßen, dass nun eine Rechtsgrundlage** für diese bereits geltende allgemeine Einreisetestpflicht der Coronavirus-Einreiseverordnung **geschaffen wird**, damit die seit einem Monat bestehende verfassungswidrige Situation beseitigt wird.

PD Dr. Andrea Kießling

⁵ Ausführlich *Kießling*, NVwZ 2021, 1246.

⁶ BAnz AT 30.07.2021 V.