

Stellungnahme

zu dem

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie

Der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie regelt insbesondere den Umfang der besonderen Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 neu (Art. 1 Nr. 6), führt eine tätigkeitsbezogene Pflicht zum Nachweis einer Immunität gegen COVID-19 ein (Art. 1 Nr. 4, § 20a Abs. 1 IfSG-E) und ändert das Verfahren zum Nachweis der Erfüllung einer Impfpflicht bzw. einer Immunität (Art. 1 Nr. 3, § 20 Abs. 2 IfSG-E und Art. 1 Nr. 4, § 20a Abs. 2 IfSG-E). Die vorgeschlagenen Regelungen sind nicht in jeder Hinsicht verfassungsrechtlich unbedenklich und erreichen im Übrigen ihr Regelungsziel nur ungenügend.

1. Die den Behörden in §§ 28 ff. IfSG eingeräumten Befugnisse genügen auch in der Fassung des Art. 1 Nr. 6 des Gesetzentwurfes nicht, um die Erreichung der Ziele des Infektionsschutzgesetzes sicherzustellen (a). Die Unschärfe der in § 28 Abs. 8 Satz 1 IfSG-E verwendeten Begriffe steht zudem einem rechtssicheren Vollzug des Infektionsschutzgesetzes entgegen (b).

a) Das Infektionsschutzgesetz zielt darauf, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionskrankheiten frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern (§ 1 Abs. 1 IfSG). Es ist damit ein Sonderordnungsgesetz, das zukünftige, vom Gesetzgeber definierte, unerwünschte Ereignisse abwenden soll. Seine Aufgabe kann es nur dann erfüllen, wenn den mit seinem Vollzug befassten Behörden alle hierfür erforderlichen Befugnisse eingeräumt werden. Die Vielgestaltigkeit und Unvorhersehbarkeit zukünftiger Gefahrenlagen gebietet es, eine möglichst

große Bandbreite an möglichen Rechtsfolgen vorzusehen. Dem entspricht es, dass Gesetze, die Behörden zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ermächtigen auf der Rechtsfolgenseite regelmäßig keine Begrenzung der möglichen Rechtsfolgen vorsehen. Zulässig sind regelmäßig alle zur Gefahrenabwehr "notwendigen" oder "erforderlichen" Maßnahmen.

Die Verfassung begrenzt die im Rahmen gefahrenabwehrender Tätigkeit der Sicherheitsbehörden denkbaren Rechtsfolgen nicht von vornherein. Das gilt auch für Eingriffe zur Abwehr von Gesundheitsgefahren durch das COVID-19-Virus (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, u.a. - Rn. 170 ff., 247 ff.). Unter dem Gesichtspunkt der staatlichen Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, u.a. - Rn. 176 m.w.N.) gebietet sie die Schaffung möglichst umfassender rechtliche Möglichkeiten zur Gefahrenabwehr sogar.

Die von Art. 1 Nr. 6 des Gesetzentwurfs vorgesehene Reduzierung der ausnahmslos ausgeschlossenen Rechtsfolgen ist, gemessen an den Anforderungen an ein effektives Gesetz zur Gefahrenabwehr, ein Schritt in die richtige Richtung. Er reicht aber noch nicht aus, weil § 28a Abs. 8 Satz 1 IfSG-E den mit dem Vollzug des Gesetzes betrauten Behörden weiterhin zahlreiche Rechtsfolgen verwehrt, deren Anwendung zur Erreichung der Ziele des Gesetzes in Zukunft notwendig werden kann.

Die in § 28a Abs. 8 Satz 1 Halbsatz 2 unter Nr. 1 bis 7 IfSG-E genannten einschränkenden Maßgaben sollten daher entfallen und die von dem Gesetzentwurf beabsichtigte grundrechtsschonende Einhegung der Eingriffe zum Schutz vor Infektionen mit dem Covid-19-Virus stattdessen auf Tatbestandsseite verwirklicht werden. Dies kann durch eine präzisere Formulierung der Rechtsgüter, die mit Eingriffen nach dem Infektionsschutzgesetz verfolgt werden dürfen (z.B. Schutz der Intensivstationen vor Überlastung, Schutz von Menschen vor Infektion an Orten an denen sie rechtlich zwingend mit anderen Menschen zusammentreffen müssen, also etwa in Behörden, Gerichten und am Arbeitsplatz), durch die Formulierung von besonderen Tatbeständen mit erhöhten Eingriffsanforderungen für bestimmte besonders grundrechtssensible Eingriffe, durch die Verpflichtung der Behörden zu wissenschaftlich fundierter Aufklärung von Infektionsrisiken vor der Anordnung von Eingriffen in Grundrechte

und schließlich durch die präzisere Beschreibung der Personen, gegen die behördliche Eingriffe zur Gefahrenabwehr gerichtet werden dürfen (Störer, verantwortliche Nichtstörer), geschehen.

b) Die in dem Ausnahmekatalog des § 28a Abs. 8 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 1 bis 7 IfSG-E enthaltenen Maßgaben sollten, wenn sie nicht, wie vorgeschlagen, ganz gestrichen werden, jedenfalls präzisiert werden. In ihrer derzeitigen Formulierung ermöglichen sie den mit dem Vollzug des Infektionsschutzgesetzes betrauten Behörden keine rechtssichere Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Eingriffen. Das betrifft insbesondere die Abgrenzung von Sporteinrichtungen, die nicht geschlossen werden dürfen, von Freizeiteinrichtungen, die geschlossen werden dürfen und von Ansammlungen, die untersagt werden können. Bei weitem Verständnis des Begriffs Sporteinrichtung könnten auch kommerzielle Sportereignisse (z.B. Bundesliga-Fußballspiele) unter diesen Begriff gefasst werden. Das widerspräche aber wohl dem Willen des Gesetzentwurfs, die Untersagung kommerzieller Sportereignisse durch die Streichung des Begriffs der Ansammlung in § 28a Abs. 8 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 3 IfSG-E wieder zu ermöglichen. Bei weitem Verständnis des Begriffs Freizeiteinrichtungen könnten auch Sporteinrichtungen, die zu Freizeitzwecken aufgesucht werden, unter diesen Begriff subsumiert werden. Die von der Gesetzesbegründung insoweit angebotene Schwerpunktbetrachtung (S. 44 f. zu Art. 1 Nr. 6 Buchstabe b des Gesetzentwurfes) ermöglicht – weil zu sehr auf den jeweiligen Einzelfall bezogen - keine rechtssichere abstrakt-generelle Abgrenzung von geschlossenen und nicht geschlossenen Einrichtungen in Infektionsschutzverordnungen.

2. Die tätigkeitsbezogene Pflicht zum Nachweis einer Immunität gegen COVID-19, die § 20a Abs. 1 IfSG-E enthält, ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Regelung schränkt, weil tätigkeits- und nicht personenbezogen, schwerpunktmäßig die Berufsfreiheit der Betroffenen aus Art. 12 Abs. 1 GG und nicht ihr Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG auf Leben und körperliche Unversehrtheit ein. Die Betroffenen können der Verpflichtung zum Nachweis einer Immunität gegen das COVID-19-Virus stets dadurch ausweichen, dass sie der Tätigkeit, die diese Pflicht auslöst, nicht nachgehen. Sie werden daher, bei Fehlen eines Genesenennachweises, nicht zu einer Impfung verpflichtet, sondern lediglich in ihrer Berufsausübung beschränkt. Die Regelung ist durch das mit ihr verfolgte Ziel verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Sie verfolgt zunächst mit dem Ziel des Schutzes von Leben und körperlicher Unversehrtheit

(vulnerabler) Personen, die die in § 20a Abs. 1 IfSG-E genannten medizinischen Einrichtungen aufsuchen, ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel. Die Regelung der Pflicht zum Nachweis einer Immunität gegen COVID-19 ist geeignet, dieses Ziel zu erreichen, weil sie das Risiko für die Patienten dieser Einrichtungen verringert, von dort tätigen Personen mit dem COVID-19-Virus infiziert zu werden. Anhaltspunkte dafür, dass die Annahme des Gesetzentwurfes, geimpfte und genesene Personen würden seltener mit dem COVID-19-Virus infiziert und somit auch seltener zu dessen Überträgern (vgl. Gesetzentwurf S. 37), den dem Gesetzgeber vom Bundesverfassungsgericht insoweit zugestandenen Einschätzungsspielraum (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 – 1 BvR 781/21, u.a. - Rn. 185) überschreitet, bestehen nicht. Zweifel an der Erforderlichkeit der Nachweispflicht bestehen ebenfalls nicht. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Einschätzung des Gesetzentwurfes, eine Verpflichtung zur regelmäßigen Testung der in den Einrichtungen gemäß § 20a Abs. 1 IfSG-E Tätigen könne keinen gleichwertigen Schutz für deren Patienten bewirken (Gesetzentwurf S. 37), den dem Gesetzgeber auch insoweit vom Bundesverfassungsgericht zugestandenen Einschätzungsspielraum (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 – 1 BvR 781/21, u.a. - Rn. 204) überschreitet. Schließlich ist die Pflicht zur Vorlage eines Immunitätsnachweises im Hinblick auf das mit der Einführung dieser Pflicht verfolgte hochrangige Ziel des Gesundheitsschutzes auch als verhältnismäßig im engeren Sinne anzusehen (zum Maßstab vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 – 1 BvR 781/21, u.a. - Rn. 216).

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Gesetzentwurf bestehen allerdings insoweit, als er hinsichtlich der beizubringenden Impf- und Genesenennachweise auf § 2 Nr. 3 und § 2 Nr. 5 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils gültigen Fassung verweist (§ 20a Abs. 2 IfSG-E). Dieser Verweis führt dazu, dass der Ordnungsgeber der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung mit der genannten Verordnung der Sache nach nicht nur Ausnahmen und Erleichterungen von Ge- und Verboten nach dem fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes regelt, sondern auch den Umfang der nach § 20a IfSG-E beizubringenden Nachweise. Mit der Bestimmung der Voraussetzungen für den Genesenennachweis, der derzeit nur mit Hilfe eines positiven PCR-Tests und nicht auch mit einem Antikörpernachweis erbracht werden kann, bestimmt der Ordnungsgeber der Sache nach zudem den Umfang der Impfnotwendigkeit für Personen, die in Einrich-

tungen gemäß § 20a Abs. 1 IfSG-E tätig sind. Solche Regelungen deckt die Verordnungsermächtigung des § 28c Satz 1 und 2 IfSG aber bisher nicht ab. Die Verordnungsermächtigung ist daher entweder entsprechend der der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung durch den Gesetzentwurf zugedachten größeren Bedeutung so zu erweitern, dass die Ermächtigung auch diese Regelungswirkung abdeckt. Andernfalls können die Definitionen geimpfter und genesener Personen auch unmittelbar in das Infektionsschutzgesetz aufgenommen werden.

3. Das in §§ 20a und 20 b IfSG-E vorgesehene Verfahren zur Kontrolle der Beibringung von Immunitätsnachweisen genügt sowohl für Bedienstete, deren Dienstverhältnis bei Inkrafttreten der Nachweispflicht am 16. März 2022 bereits besteht (§ 20a Abs. 2 IfSG-E), als auch für Fälle, in denen ein Immunitätsnachweis nach Inkrafttreten der Nachweispflicht erneuert werden muss (§ 20a Abs. 4 IfSG-E), nicht um einen durchgehend hohen Infektionsschutz für die Patienten von Einrichtungen der Gesundheitsversorgung nach § 20a Abs. 1 IfSG-E sicherzustellen. Die insoweit geplanten gesetzlichen Regelungen sehen lediglich eine Mitteilungspflicht der mit der Kontrolle der Nachweise betrauten Stellen an das zuständige Gesundheitsamt vor, das die hinsichtlich der Nachweise säumigen Personen dann nach § 20a Abs. 5 IfSG-E zur Beibringung eines Nachweises unter Fristsetzung auffordert. Erst wenn die gesetzte Frist fruchtlos verstrichen ist, kann das Gesundheitsamt der säumigen Person das Betreten der Einrichtung der Gesundheitsversorgung nach § 20a Abs. 1 IfSG-E untersagen, § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG-E. Bis dahin kann eine Person, die den Immunitätsnachweis nicht erbringt, weil sie ihn mangels Immunität nicht erbringen kann, weiter in der Einrichtung der Gesundheitsversorgung nach § 20a Abs. 1 IfSG-E arbeiten. Dem dadurch ausgelösten erhöhte Infektionsrisiko für Patienten dieser Einrichtungen ist durch die Möglichkeit einer frühzeitigeren Anordnung eines Betretungsverbots durch das Gesundheitsamt zu begegnen. Die Einschränkung in § 20 Abs. 5 IfSG-E, dass ein Betretungsverbot erst nach fruchtlosem Fristablauf verhängt werden darf, sollte daher entfallen.

Berlin, den 8. November 2021

Dr. Robert Seegmüller