

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
20(14)13(18)
gel ESV zur öffent. Anh am
14.03.2022 - IfSG
14.03.2022

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM | 44780 Bochum | Germany

JURISTISCHE FAKULTÄT

**Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial-
und Gesundheitsrecht und Rechts-
philosophie**

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

14. März 2022

Stellungnahme als geladene Einzelsachverständige für die öffentliche Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 14.3.2022

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften
der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP (BT-Drs. 20/958)

*Aufgrund der sehr kurzen Frist beschränkt sich die Stellungnahme auf eine Bewertung
der geplanten Änderungen an § 28a.*

Stellungnahme

I. Tatsachengrundlage

An keiner Stelle erläutert der Gesetzentwurf, wie die drei Fraktionen die aktuelle Infektionslage einschätzen und welche Strategie der Epidemiebekämpfung in Frühjahr und Sommer und mittelfristig in Herbst und Winter verfolgt werden soll. Insbesondere vor dem Hintergrund der aktuell wieder steigenden Infektionszahlen auf sehr hohem Niveau stellt sich die Frage, inwiefern die derzeitige Lage die Mitte Februar geplanten Öffnungsschritte und damit auch die jetzt geplanten Änderungen an § 28a und § 28b rechtfertigt. So hatte die Bund-Länder-Runde („MPK“) Mitte Februar angemahnt, dass vor jedem Öffnungsschritt „in beide Richtungen zu prüfen [sei], ob die geplanten Maßnahmen lageangemessen sind“¹.

Nach zwei Jahren Corona-Epidemie, wiederholten Änderungen des IfSG und immer kürzeren Abständen zwischen den Gesetzgebungsverfahren **irritiert es, dass die Tatsachengrundlage, auf der die geplanten Änderungen konzipiert wurden, nicht offengelegt wird**, insbesondere weil der Gesetzgeber von bisherigen Schutzkonzepten Abstand nimmt und offene Wertungswidersprüche in der Gesetzessystematik entstehen lässt (siehe dazu unten III. und IV. 4.).

Zwar ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, Gesetzentwürfe zu begründen; entscheidend ist laut Bundesverfassungsgericht, „dass im Ergebnis die Anforderungen des Grundgesetzes nicht verfehlt werden“². Eine fehlende Begründung kann aber auf die materielle Prüfung eines Gesetzes durchschlagen, etwa wenn das verfolgte Ziel nicht klar wird und somit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung oder die Prüfung der Verletzung des Untermaßverbotes nicht erfolgen können, weil der Bezugspunkt fehlt.

II. Bedeutung des Parlamentsvorbehalts

Die Bedeutung des Parlamentsvorbehalts wird überdehnt, wenn man ihn so versteht, dass der Bundestag in kurzen Abständen den Rahmen für die Epidemiebekämpfung der Bundesländer anpassen muss, indem er bestimmte Schutzmaßnahmen gar nicht mehr im Gesetz vorsieht. Das gesamte Instrumentarium sollte vielmehr grundsätzlich im IfSG weiterhin vorgesehen werden; der Bundestag kann und sollte dann mit abstrakt bestimmten und je nach Maßnahme unterschiedlichen Eingriffsschwellen arbeiten, die das Vorgehen der Exekutive steuern und es dieser aber auch ermöglichen, im Notfall schnell tätig zu werden. Gesetzgebungsverfahren wie das dieser Woche sind zu schwerfällig, um auf eine geänderte Infektionslage zu reagieren.

¹ Videoschaltkonferenz des Bundeskanzlers mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 16.2.2022, Beschluss, S. 3.

² BVerfGE 140, 65 (79f.); 143, 246 (345f.); siehe auch BVerfG, Beschl. v. 1.2.2018, 1 BvR 1379/14, Rn. 9.

III. Änderung des § 28a Abs. 7 S. 1 IfSG

In Zukunft soll es nur unter den Voraussetzungen des geplanten § 28a Abs. 8 möglich sein, eine allgemeine Maskenpflicht für Innenräume anzuordnen. Die Maßnahme, die bislang als eine der effektivsten im Vergleich zur Eingriffswirkung für die Betroffenen und als „Basisschutzmaßnahme“³ galt, wird also aus dem allgemeinen „Instrumentenkasten“ gestrichen. Erläutert wird diese Abkehr vom bisherigen Konzept vom Gesetzgeber nicht.

§ 28a Abs. 7 S. 1 Nr. 1 IfSG-E erlaubt die Maskenpflicht nur für bestimmte Einrichtungen und Unternehmen sowie den ÖPNV. Die Maskenpflicht nach Nr. 1 lit. a wird mit dem Schutz vulnerabler Personen begründet⁴, bei denen im Entwurf dann aufgeführten Einrichtungen und Unternehmen handelt es sich jedoch nur um einige derjenigen, an die das IfSG allgemein bestimmte erhöhte Hygieneanforderungen stellt. Allgemein ist schon nicht verständlich, warum z.B. in Arztpraxen und Entbindungseinrichtungen und beim Rettungsdienst keine Maskenpflicht mehr möglich sein sollte. Darüber hinaus entsteht ein **Wertungswiderspruch** im Vergleich zu **§ 20a Abs. 1 IfSG**, der die Einrichtungen und Unternehmen aufzählt, in denen eine Corona-Impfpflicht für die dort Tätigen gilt, der also die Personengruppen näher eingrenzt, die vom Gesetzgeber in Bezug auf Corona als vulnerabel eingestuft werden. Es liegt somit nahe, in diesen Unternehmen und Einrichtungen eine Maskenpflicht zu ermöglichen. Der Entwurf erläutert jedenfalls nicht, wieso in bestimmten Einrichtungen und Unternehmen eine Impfpflicht für die dort Tätigen gilt (vgl. § 20a IfSG), aber gleichzeitig nicht in all diesen Einrichtungen und Unternehmen eine Maskenpflicht angeordnet werden darf.

Ein weiterer Wertungswiderspruch ergibt sich durch einen Vergleich mit der Testpflicht nach Nr. 2. Diese wird für Schulen (und Kitas), Justizvollzugsanstalten, Abschiebungshafteinrichtungen, Maßregelvollzugseinrichtungen sowie andere Abteilungen oder Einrichtungen, wenn und soweit dort dauerhaft freiheitsentziehende Unterbringungen erfolgen, damit begründet, dass dort „Menschen einer Pflicht zum Aufenthalt nachkommen müssen“, weswegen „es hier geboten sein [könne], die Wahrscheinlichkeit einer Ansteckung durch eine Testpflicht zu verringern“⁵. Die Wahrscheinlichkeit einer Ansteckung wird durch eine Testpflicht aber nur für Folgeinfektionen reduziert, indem durch eine Testpflicht bestehende Infektionen erkannt und Ansteckungsketten unterbrochen werden; die ersten Infektionen dieser Ketten werden gerade nicht verhindert. **Die Wahrscheinlichkeit einer Ansteckung kann durch die Maskenpflicht wohl in größerem Umfang reduziert werden.** Warum die Maskenpflicht in § 28a Abs. 7 S. 1 auf die in Nr. 1 genannten Einrichtungen begrenzt wird, erläutert der Gesetzentwurf nicht. Diese Frage stellt sich bei einem Vergleich von Nr. 1 und Nr. 2 auch in Bezug auf die Erstreckung der Maskenpflicht auf Einrichtungen nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 (Einrichtungen zur

³ Vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-regeln-und-einschrankungen-1734724> [abgerufen am 14.3.2022].

⁴ BT-Drs. 20/958, S. 19.

⁵ BT-Drs. 20/958, S. 20.

gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern); eine Begründung auf die Aufnahme dieser Personengruppe findet sich nicht.

Da es sich bei der Maskenpflicht um eine Maßnahme mit nur geringer Eingriffsintensität handelt, **sollte überlegt werden, in Abs. 7 S. 1 die Möglichkeit der Anordnung einer Maskenpflicht allgemein in Innenräumen vorzusehen**. Dies entspricht auch der Empfehlung des Corona-Expert:innenrates v. 13.2.2022⁶ und dem Beschluss der Bund-Länder-Runde („MPK“) v. 16.2.2022⁷.

IV. Änderung des § 28a Abs. 8 S. 1 IfSG

§ 28a Abs. 8 IfSG-E wirft an mehreren Stellen Fragen auf:

1. Eingriffsschwelle

Voraussetzung soll zunächst inhaltlich die „konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage“ in einer Gebietskörperschaft sein. Zu den Gebietskörperschaften gehören insbesondere **Gemeinden** und **Gemeindeverbände**, aber auch die **Bundesländer**⁸. Abs. 8 S. 1 ist somit auch einschlägig, wenn sich die Infektionslage in einem Bundesland als vergleichbar darstellt; es ist nicht notwendig, dass einzelne Städte oder Landkreise eine im Vergleich zum restlichen Bundesland besondere Infektionslage aufweisen. Dass der Gesetzgeber an zwei Stellen in der Begründung den Begriff „Hot Spot“⁹ verwendet, steht dem nicht entgegen: „Hot Spot“ ist – anders als Gebietskörperschaft – kein Rechtsbegriff.

Entscheidend ist somit **allein die Frage**, ob in einer Stadt, in einem Landkreis oder im gesamten Bundesland die „**konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage**“ besteht. Dabei passt „konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage“ nicht zu den in S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 aufgestellten Voraussetzungen, da eine sich dynamisch ausbreitende Infektionslage nicht erst vorliegt, wenn eine bestimmte Krankheitslast durch einen Erreger hervorgerufen wird oder eine Überlastung des Gesundheitssystems droht, sondern bereits dann, wenn der R-Wert konstant über 1 oder auf hohem Niveau konstant bei ca. 1 liegt. Demnach liegt aktuell in Deutschland eine sich dynamisch ausbreitende Infektionslage vor, zumal nur die „konkrete Gefahr“ einer solchen Infektionslage bestehen muss, d.h. die hinreichende Wahrscheinlichkeit.

⁶ 6. Stellungnahme v. 13.2.2022, S. 3.

⁷ Videoschaltkonferenz des Bundeskanzlers mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 16.2.2022, Beschluss, S. 5.

⁸ Vgl. nur Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2021, § 5 Rn. 183.

⁹ BT-Drs. 20/958, S. 1 und 13.

Der Gesetzgeber will den Begriff aber anders verstanden wissen und definiert den Begriff in § 28a Abs. 8 S. 2 IfSG-E:

- Hier stellt sich die Frage, wie die Voraussetzung der **Nr. 1** gemeint ist, insbesondere worauf sich die „signifikant höhere Pathogenität“ bezieht: höher im Vergleich wozu? Im Vergleich zum Wildtyp oder im Vergleich zur Omikron-Variante? Auch ist offen, nach welchem Maßstab bestimmt wird, ob diese erhöhte Pathogenität vorliegt; welcher Erkenntnisse bedarf es? Wann ist die Pathogenität „signifikant“ erhöht? Soll dies – vergleichbar mit Nr. 2 – an der Krankenhausauslastung gemessen werden oder werden hier auch Erkenntnisse zu Long Covid einbezogen? Muss die erhöhte Pathogenität zweifelsfrei feststehen oder reichen erste Anhaltspunkte (etwa aufgrund von Daten aus dem Ausland) aus? Ggf. bietet sich hier die Formulierung „wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Virusvariante eine signifikant höhere Pathogenität aufweist“, an. Unklar ist außerdem, wann eine „Ausbreitung“ vorliegt: Muss diese andere Variante Omikron verdrängt haben?
- Bei **Nr. 2** stellt sich die Frage, was eine „besonders hohe Anzahl von Neuinfektionen“ oder ein „besonders starker Anstieg an Neuinfektionen“ ist. Muss diese Anzahl höher sein als jetzt oder haben wir nicht vielmehr aktuell eine „besonders hohe Anzahl an Neuinfektionen“? Liegt ein besonders starker Anstieg ab einem bestimmten R-Wert vor? Es wird auch nicht klar, wofür es diese beiden Voraussetzungen braucht, wenn letztlich die drohende „Überlastung der Krankenhauskapazitäten in der jeweiligen Gebietskörperschaft“ ausschlaggebend sein soll. Diese Voraussetzung wirft ihrerseits Fragen auf, die sich schon gestellt haben, als die Verhinderung der drohenden Überlastung des Gesundheitssystems noch hauptsächlich als Zweck der Corona-Schutzmaßnahmen verstanden wurde¹⁰. Ist die drohende Überlastung der Krankenhauskapazitäten nun Eingriffsschwelle, stellt sich noch mehr die Frage, wann diese Überlastung droht bzw. anhand welcher Kriterien dies festgestellt werden soll: Soll hierfür auf die Hospitalisierungsinzidenz zurückgegriffen werden? Dafür spricht auf den ersten Blick, dass der geplante Abs. 8 in S. 3 auf Abs. 3 und somit auch auf dessen S. 4 verweist; unklar bliebe aber weiterhin, welcher Schwellenwert eine Überlastung markieren würde. Da der geplante Abs. 8 im Grundsatz Maßnahmen auf einzelne Gebietskörperschaften beschränken will, stellt sich außerdem die Frage, wie die Möglichkeit der Verlegung von Patient:innen in andere Gebietskörperschaften bei der Prüfung der Überlastung der Krankenhauskapazitäten einer einzelnen Gebietskörperschaft berücksichtigt werden soll. Abs. 3 S. 3 (auf den der geplante Abs. 8 in S. 3 verweist) spricht insofern von der „Berücksichtigung des jeweiligen regionalen und überregionalen Infektionsgeschehens“.

¹⁰ Dazu ausführlich *Leisner-Egensperger*, JZ 2021, 913 (920).

Die Voraussetzungen des geplanten Abs. 8 S. 2 sind insgesamt **so unbestimmt**, dass zu befürchten steht, dass sie **sowohl in einem sehr engen als auch in einem sehr weiten Sinne** durch die Bundesländer **ausgelegt** werden könnten, was sich in den letzten Tagen schon durch unterschiedliche Interpretationen innerhalb der Politik andeutete und letztlich dadurch befördert wird, dass die Einschätzung der derzeitigen Infektionslage durch den Gesetzgeber nicht offengelegt und keine Prognose hinsichtlich der erwarteten Auswirkungen der geplanten Gesetzesänderungen abgegeben wird.

Insgesamt steht zu befürchten, dass der geplante Abs. 8 in der Praxis zu großen Schwierigkeiten bei der Anwendung führen wird.

2. Landtagsbeschluss

Sehr schwerfällig erscheint die Regelung des Abs. 8 S. 1, die einen Landtagsbeschluss für jede Gebietskörperschaft verlangt. Zwar wird man die Vorschrift auch so verstehen können, dass für mehrere Gebietskörperschaften gleichzeitig (bzw. direkt für das gesamte Bundesland als Gebietskörperschaft, s.o.) ein entsprechender Beschluss gefasst werden kann; theoretisch ist aber auch der Fall denkbar, dass der Landtag in kürzester Zeit mehrere Beschlüsse hintereinander für verschiedene Landkreise/Städte erlassen muss.

Fragen wirft der **Inhalt des Landtagsbeschlusses** auf: Das Parlament soll sowohl „das Vorliegen der konkreten Gefahr“ als auch „die Anwendung konkreter Maßnahmen in dieser Gebietskörperschaft“ feststellen:

- Bei der Feststellung, dass die Voraussetzungen des Abs. 8 S. 2 erfüllt sind, ist zweifelhaft, dass der Landtag das richtige Organ ist, um z.B. die Pathogenität der Virusvariante zu beurteilen.
- Die Feststellung der „Anwendung konkreter Maßnahmen“ könnte so verstanden werden, dass der Landtag feststellen soll, welche Maßnahmen des Abs. 8 in der jeweiligen Gebietskörperschaft ergriffen werden sollen (also etwa „Maßnahmen nach Abs. 8 S. 1 Nr. 2 und 3“ oder „Maßnahmen nach Abs. 8 S. 1 Nr. 1 und 2“). Welche Maßnahmen bei welchem Infektionsgeschehen in welchem Landkreis ergriffen werden sollen, kann der Landtag aber nicht beurteilen. Gemeint ist deswegen wahrscheinlich, dass der Landtag nur den **Maßnahmekatalog des Abs. 8 „freischaltet“**, wie dies aktuell bei § 28a Abs. 8 der Fall ist. Sowohl „Anwendung“ als auch „konkreter Maßnahmen“ sind jedenfalls jeweils für sich missverständlich, wahrscheinlich ist die „Anwendbarkeit“ der Ermächtigungsgrundlage gemeint (vgl. auch den Wortlaut des aktuellen § 28a Abs. 8 S. 1: „Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6“). Hier ist eine Anpassung des Gesetzeswortlauts erforderlich, damit die Vorschrift überhaupt verständlich wird.

- Offen lässt Abs. 8 S. 1 auch, ob die Landesregierung eine Rechtsverordnung iVm § 32 IfSG für die jeweilige Gebietskörperschaft erlassen soll oder ob Landkreise und Städte Allgemeinverfügungen erlassen.

3. Einzelne Maßnahmen

- **Nr. 3** ermächtigt zur Festlegung der Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises einschließlich der Vorlage eines amtlichen Lichtbildausweises. Was **fehlt**, ist die Ermächtigung, die Inhaber der Gewerbe/Betriebe zu verpflichten, die Nachweise zu **kontrollieren** und im Falle der Nichtvorlage der Nachweise den Kund:innen den Zugang zu verwehren (**Zugangsbeschränkung**). Diese beiden Maßnahmen können nicht als automatisch von Nr. 3 erfasst angesehen werden. Dies ergibt sich für die Zugangsbeschränkung schon aus einem Vergleich mit § 28a Abs. 7 S. 1 Nr. 4 in der derzeitigen Fassung, der die Zugangsbeschränkung ausdrücklich nennt, und für die Kontrollpflicht aus der Rechtsprechung zu § 28a Abs. 1 Nr. 2a und Abs. 7 S. 1 Nr. 4¹¹.
- Bislang war die Verpflichtung zur Erstellung und Anwendung von Hygienekonzepten relativ offen gefasst (vgl. § 28a Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 7 S. 1 Nr. 5), d.h. das Konzept konnte insbesondere (aber nicht nur) „die Aufstellung von Desinfektionsspendern, die räumliche Entzerrung bzw. die Durchsetzung von räumlichen Abständen zwischen KundInnen und das regelmäßige Lüften“¹² als mögliche Maßnahmen zur Reduktion des Ansteckungsrisikos vorsehen. Abs. 7 S. 1 Nr. 5 nennt zusätzlich ausdrücklich die „Vorgabe von Personenobergrenzen“. Der geplante § 28a Abs. 8 S. 1 **Nr. 4** ist nun enger gefasst, er nennt (abschließend) „die Bereitstellung von Desinfektionsmittel und die Vermeidung unnötiger Kontakte“. Unklar ist, was mit „die **Vermeidung unnötiger Kontakte**“ gemeint ist. Da Abstandsgebote bereits in Nr. 2 erwähnt werden, könnten **Personenobergrenzen** wie im jetzigen § 28a Abs. 7 S. 1 Nr. 5 **oder Kapazitätsbeschränkungen** wie im jetzigen § 28a Abs. 7 S. 1 Nr. 6 gemeint sein. Dann stellte sich aber die Frage, warum ein anderer Begriff gewählt wurde. Die Begründung des Entwurfs erläutert die Bedeutung dieser Maßnahme nicht. Nicht erläutert wird auch, wieso der Begriff jetzt so eng gefasst wird, dass offenbar das Lüften nicht mehr erfasst sein soll.

¹¹ Ausführlich VGH Mannheim Beschl. v. 11.1.2022 – 1 S 3805/21.

¹² *Kießling*, in: dies. (Hrsg.), IfSG, 2. Aufl. 2021, § 28a Rn. 49.

4. Verhältnis zu § 28a Abs. 3 S. 2

Ein **Wertungswiderspruch** ergibt sich für den gesamten § 28a Abs. 8 IfSG-E im Vergleich zum jetzigen § 28a Abs. 3 S. 2, auf den der geplante Abs. 8 verweist (vgl. S. 3). Nach dem geplanten Abs. 8 sollen die dort aufgeführten Maßnahmen nur zum **Schutz der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems** ergriffen werden dürfen. Die Maßnahmen des geplanten Abs. 8 S. 1 Nr. 1-4 entsprechen denen des § 28a Abs. 1 Nr. 1, 2, 2a und 4. Die Maßnahmen des § 28a Abs. 1 Nr. 1, 2, 2a und 4 bezeichnet § 28a Abs. 3 S. 2 wiederum als Maßnahmen des „präventiven Infektionsschutz[es]“, die **ohne weitere Voraussetzungen** ergriffen werden können. Erst für andere Maßnahmen nach § 28a Abs. 1 wird die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems relevant (vgl. § 28a Abs. 3 S. 3).

Die gleiche Vorschrift (§ 28a) verknüpft also die gleichen Maßnahmen in zwei Absätzen (geplanter Abs. 8 und Abs. 3) mit unterschiedlichen Zielen, während der eine Absatz (geplanter Abs. 8) auf den anderen Absatz (Abs. 3) und somit auch auf dessen Ziel verweist.

V. Änderung des § 28a Abs. 10

Nicht vollständig klar wird die Bedeutung des geplanten Abs. 10 S. 3: Diese Übergangsregelung soll wohl aussagen, dass die Länder vor dem 19.3. Maßnahmen ergreifen dürfen, die bis 2.4. gelten, soweit diese im geplanten § 28a Abs. 7 oder 8 aufgeführt sind. Es handelt sich also nicht um eine allgemeine Übergangsregelung, von der alle Maßnahmen des jetzigen § 28a Abs. 7 und 8 erfasst sind, sondern nur um die Möglichkeit, bis 2.4. ohne Landtagsbeschluss Maßnahmen nach dem geplanten § 28a Abs. 8 zu ergreifen. Wenn es aber darum geht, die Erforderlichkeit des Landtagsbeschlusses entfallen zu lassen, stellt sich die Frage, wieso Abs. 7 in Abs. 10 S. 3 erwähnt wird – die Maßnahmen des geplanten Abs. 7 bedürfen keiner Übergangsregelung.

PD Dr. Andrea Kießling