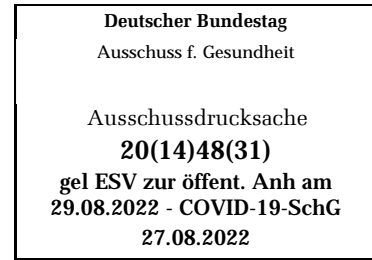


Dr. Robert Seegmüller
Richter am Bundesverwaltungsgericht
Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofes
des Landes Berlin

Berlin, den 26. August 2022



Stellungnahme

zu dem

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19 (BT-Drs. 20/2573)

dem

Antrag Gut vorbereitet für den Herbst - Pandemiemanagement verbessern (BT-Drs. 20/2564)

und dem

Antrag Auf sich verändernden Pandemieverlauf vorbereiten - Maßnahmenplan vorlegen (BT-Drs. 20/2581)

Die Stellungnahme erfolgt auf der Grundlage der genannten Bundestagsdrucksachen und der Formulierungshilfen¹ für Änderungsanträge zum Gesetzentwurf zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19 (COVID-19-SchG) und hier insbesondere des Änderungsantrags 12. Sie beschränkt sich aufgrund der zur Verfügung stehenden Zeit im Wesentlichen auf die geplanten Änderungen von § 28a und § 28b IfSG.

¹ https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/I/Formulierungshilfen_AendAntragege_COVID-19-SchG.pdf

I. Inhalt des Gesetzentwurfes in der Änderungsfassung

Der Gesetzentwurf in der genannten Änderungsfassung sieht vor, die zulässigen Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019 (COVID-19) zukünftig auf zwei Vorschriften zu verteilen. In § 28a IfSG-E sollen die Schutzmaßnahmen zusammengefasst sein, die während der Geltung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite angeordnet werden können. § 28b IfSG-E regelt den Umgang mit COVID-19, solange keine epidemische Lage von nationaler Tragweite vom Bundestag festgestellt ist. § 28a IfSG-E entspricht bis auf wenige redaktionelle Änderungen dem bisher geltenden § 28a Abs. 1 bis 6 IfSG. § 28b IfSG enthält folgende wesentliche Regelungen:

1. Maskenpflicht im Flug- und öffentlichen Personenfernverkehr

§ 28b Abs. 1 IfSG-E verpflichtet die Flug- und Fahrgäste in Verkehrsmitteln des Luftverkehrs und des öffentlichen Personenfernverkehrs, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, zum Tragen einer Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar) (§ 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG-E) und das Kontroll- und Servicepersonal, sowie das Fahr- und Steuerpersonal in den genannten Verkehrsmitteln zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske oder einer Atemschutzmaske, soweit tätigkeitsbedingt physische Kontakte zu anderen Personen bestehen (§ 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG-E).

2. Masken- und Testpflicht in medizinischen und Pflegeeinrichtungen und bei Dienstleistungen in der Pflege

§ 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 IfSG-E regelt, dass Krankenhäuser, Rehabilitationseinrichtungen, in denen eine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt und voll- oder teilstationäre Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen und vergleichbare Einrichtungen nur von Personen betreten werden dürfen, die eine Atemschutzmaske tragen und einen Testnachweis hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Infektion mit COVID-19

vorlegen. Außerdem dürfen bestimmte Dienstleistungen in der Pflege nur mit Atemschutzmaske und mit Testnachweis erbracht werden (§ 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 IfSG-E).

3. Maßnahmen zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen

§ 28b Abs. 2 IfSG-E ermöglicht den zuständigen Infektionsschutzbehörden, eine Verpflichtung zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske oder einer Atemschutzmaske in Verkehrsmitteln des ÖPNV (Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a und Satz 1 Nr. 2), in öffentlich zugänglichen Innenräumen (Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b) und in bestimmten Einrichtungen (Gemeinschaftseinrichtungen, Schulen, Vollzugsanstalten, § 28b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe c)) anzuordnen. § 28b Abs. 2 Satz 3 IfSG-E nimmt negativ auf das Corona-Virus getestete Personen bei bestimmten Veranstaltungen und in bestimmten Einrichtungen von der Maskenpflicht aus. § 28b Abs. 2 Satz 4 IfSG-E gestattet den zuständigen Infektionsschutzbehörden zusätzlich geimpfte und genesene Personen von der Maskenpflicht auszunehmen.

4. Maßnahmen zur Aufrechterhaltung eines geregelten Präsenz-Unterrichtsbetriebs

§ 28 Abs. 3 IfSG berechtigt die zuständigen Infektionsschutzbehörden zur Aufrechterhaltung eines geregelten Präsenz-Unterrichtsbetriebs die Verpflichtung zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske für bestimmte Gruppen von Schülern anzuordnen.

5. Maßnahmen bei konkreter Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen

Bei Vorliegen einer konkreten Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen können die zuständigen Infektionsschutzbehörden weitergehende Verpflichtungen zum Tragen von medizinischen Gesichtsmasken und Atemschutzmasken (§ 28b Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und 2 IfSG-E), zur Erstellung von Hygienekonzepten, der Bereitstellung von Desinfektionsmitteln, zur

Vermeidung unnötiger Kontakte und zur Erstellung von Lüftungskonzepten (§ 28b Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 IfSG-E), zur Einhaltung eines Mindestabstandes (§ 28b Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 IfSG-E) und zur Einhaltung von Personenobergrenzen (§ 28b Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 IfSG-E) anordnen, wenn das Parlament des betroffenen Landes die Gefahr außerdem festgestellt hat. Die genannte konkrete Gefahr ist in § 28b Abs. 7 IfSG definiert.

II. Bewertung der Regelungen

1. Maskenpflicht im Flug- und öffentlichen Personenfernverkehr

Die Begründung für die Verpflichtung zur Tragung von Atemschutzmasken in Verkehrsmitteln des Luft- und Personenfernverkehrs genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen derzeit nicht.

a) Die Verpflichtung in Verkehrsmitteln des Flug- und öffentlichen Personenfernverkehrs eine Atemschutzmaske bzw. eine medizinische Gesichtsmaske zu tragen, beeinträchtigt den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und darüber hinaus wohl auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) des Verpflichteten. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt nicht nur die Intimsphäre und die Privatsphäre, sondern auch allgemein die Sozialsphäre jedes Einzelnen. Zur Sozialsphäre gehört die gesamte Teilnahme des Grundrechtsträgers am öffentlichen Leben. Der Einzelne soll selbst darüber befinden dürfen, wie er sich gegenüber Dritten oder in der Öffentlichkeit darstellen will und was seinen sozialen Geltungsanspruch ausmachen soll.² Die Entscheidung, ob in den genannten Verkehrsmitteln eine Atemschutzmaske aufgesetzt wird, ist von diesem Recht umfasst. Das Gebot eine solche zu tragen, greift daher auch in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen ein.

b) Die Begründung des Gesetzentwurfs vermag die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht derzeit nicht zu rechtfertigen.

aa) Eine Rechtfertigung der genannten Grundrechtseingriffe setzt voraus, dass der Gesetzgeber damit einen legitimen Zweck verfolgt und der Eingriff im verfassungs-

² BVerfG, Beschluss vom 8. Februar 1983 - 1 BvL 20/81 - BVerfGE 63, 131 Rn. 30; Rixen, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 71; Gersdorf, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 2 GG Rn. 8

rechtlichen Sinne geeignet, erforderlich und angemessen ist. Ob ein Grundrechtseingriff verfassungsrechtlich legitime Zwecke verfolgt, unterliegt der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.³ Jedenfalls bei Gesetzen, mit denen der Gesetzgeber von ihm angenommenen Gefahrenlagen für die Allgemeinheit oder für Rechtsgüter Einzelner begegnen will, erstreckt sich die Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht auch darauf, ob die dahingehende Annahme des Gesetzgebers hinreichend tragfähige Grundlagen hat.⁴ Gegenstand verfassungsgerichtlicher Überprüfung ist also sowohl die Einschätzung des Gesetzgebers zum Vorliegen einer solchen Gefahrenlage als auch die Zuverlässigkeit der Grundlagen, aus denen er diese abgeleitet hat oder ableiten durfte.⁵ Die Einschätzung und die Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren sind verfassungsrechtlich darauf zu überprüfen, ob sie auf einer hinreichend gesicherten Grundlage beruhen. Je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten des Gesetzgebers, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, kann die verfassungsgerichtliche Kontrolle dabei von einer bloßen Evidenz- über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen. Sind wegen Unwägbarkeiten der wissenschaftlichen Erkenntnislage die Möglichkeiten des Gesetzgebers begrenzt, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, genügt es den verfassungsrechtlichen Anforderungen in jedem Fall, wenn er sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert.⁶

bb) Die Verpflichtung zum Tragen einer Atemschutzmaske in Verkehrsmitteln des Luft- und des Personenfernverkehrs dient der Abwehr von Gefahren für das Funktionieren des Gesundheitssystems und anderer kritischer Infrastrukturen durch die Verbreitung von COVID-19, was im Wortlaut der Vorschrift durch die Verknüpfung des Satzteils "Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019" und des weiteren Satzteils "Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen" mit dem Wort "und" zum Ausdruck kommt. Die verfassungsrechtlichen Erfordernisse an die Darlegung des tatsächlichen Vorliegens der

³ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 - juris Rn. 169; Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15 - juris Rn. 233

⁴ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 - juris Rn. 170; Urteil vom 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07 - juris Rn. 103

⁵ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 - juris Rn. 170

⁶ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 - juris Rn. 170, Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15 - juris Rn. 238

vom Gesetzgeber angenommenen Gefahr, sind, weil er auch in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen eingreift, hoch. Sie gehen daher über eine bloße Evidenz- bzw. Vertretbarkeitskontrolle hinaus.

Diesen Anforderungen genügen derzeit weder die Gesetzesbegründung, noch die von ihr in Bezug genommene 11. Stellungnahme des Corona-Expertenrats der Bundesregierung und der Bericht des Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG. Ausgehend von der Annahme einer erhöhten Zahl von Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus und anderer die Atemwege betreffender Krankheitserreger (Influenza, RSV) erwartet die Gesetzesbegründung (nur) eine deutliche Belastung des Gesundheitssystems und der sonstigen Infrastrukturen im Zeitraum 1. Oktober 2022 bis 7. April 2023.⁷ Darüber hinaus hält die Begründung das Auftreten neuer Varianten mit neuartigen Erreger- bzw. Immunfluchteigenschaften für lediglich möglich und unvorhersehbar. Die Maskenpflicht in Verkehrsmitteln des Luftverkehrs und des Personenfernverkehrs zielt sodann aber darauf, eine Überlastung⁸ des Gesundheitswesens und der sonstigen kritischen Infrastrukturen zu verhindern – mithin einer Gefahr, die der Gesetzentwurf selbst gar nicht prognostiziert.

Soweit die Gesetzesbegründung die 11. Stellungnahme des Expertenrats der Bundesregierung zu COVID-19 teilweise wiedergibt, erfüllt dies die verfassungsrechtlichen Begründungslasten ebenfalls nicht. Denn sie verweist lediglich auf eine dort geäußerte Einschätzung, wonach es in der gesamten kälteren Jahreszeit zu einem gehäuferten Auftreten von Infektionen und Arbeitsausfällen in der berufstätigen Bevölkerung kommen werde.⁹ Die im Übrigen zitierte Einschätzung des Expertenrates, dass dies flächendeckende Maßnahmen des Übertragungsschutzes erforderlich machen könnte, ersetzt, schon weil sie dies nur für möglich hält, die erforderliche Gefahrprognose nicht. Das gleiche gilt für die - bei Eintritt des ungünstigsten der drei denkbaren Szenarien - für möglich gehaltene regionalen Überlastungen des Gesundheitssystems.¹⁰ Die Verweise auf den Bericht des Sachverständigenausschusses zu § 5 Abs. 9 IfSG verhalten sich zur Frage einer drohenden Überlastung des Gesundheitssystems und der sonstigen kritischen Infrastrukturen nicht.

⁷ S. 63 des Kabinettentwurfs

⁸ S. 63 des Kabinettentwurfs

⁹ S. 64 des Kabinettentwurfs

¹⁰ S. 64 des Kabinettentwurfs 2. Absatz

Schließlich enthalten die beiden zitierten Berichte¹¹ selbst keine weitergehenden Anhaltspunkte dafür, dass die der Regelung der Maskenpflicht zugrundeliegende Gefahr der Überlastung des Gesundheitswesens oder sonstiger kritischer Infrastrukturen im Herbst / Winter 2022 / 2023 droht. Auch dort wird allenfalls eine regionale Überlastung des Gesundheitswesens im ungünstigsten Szenario für möglich gehalten. Dass der Eintritt dieses Szenarios mehr als nur möglich ist, wird nicht behauptet und schon gar nicht, wie erforderlich, näher begründet.

Regelungsalternative: Umgestaltung der Verpflichtung in Verkehrsmitteln des Flug- und öffentlichen Personenfernverkehrs eine Atemschutzmaske bzw. eine medizinische Gesichtsmaske zu tragen in eine Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung, die unter dem Vorbehalt einer konkreten Gefährdung des Gesundheitswesens oder konkret zu bezeichnender anderer kritischer Infrastrukturen steht.

2. Masken- und Testpflicht in medizinischen und Pflegeeinrichtungen und bei Dienstleistungen in der Pflege

a) Die Maskenpflicht in medizinischen und Pflegeeinrichtungen greift, wie oben bereits ausgeführt, in die allgemeine Handlungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen und die Testpflicht jedenfalls in deren allgemeine Handlungsfreiheit ein.

Jede der genannten Pflichten hält für sich genommen einer Überprüfung am Maßstab der Verfassung stand. Beide Maßnahmen verfolgen das verfassungsrechtlich legitime Ziel des Schutzes vulnerabler Personen in den in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 IfSG-E genannten medizinischen und Pflegeeinrichtungen sowie bei Dienstleistungen in der Pflege. Sie sind zur Erreichung dieses Ziels jeweils auch geeignet im Sinne von zweckförderlich. Die Eignung des Tragens von Masken zur Verringerung von Infektionsrisiken legt der Gesetzentwurf unter Bezugnahme auf den Bericht des Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG verfassungsrechtlich einwandfrei dar.¹² Bedenken gegen die Erforderlichkeit und Angemessenheit jeder der beiden Maßnahmen für sich bestehen ebenfalls nicht.

¹¹ <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975196/2048684/fe0a6178b1b60172726d4f859acb4b1d/2022-06-08-stellungnahme-expertinnenrat-data.pdf?download=1>; https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Daten/3_Downloads/S/Sachverstaendigenausschuss/BER_lfSG-BMG.pdf

¹² Begründung Regierungsentwurf S. 64

b) Allerdings wirft die Kumulation beider Maßnahmen auf der Ebene der Erforderlichkeit die verfassungsrechtliche Frage auf, welchen Infektionsschutzgewinn die Kumulation beider Maßnahmen verspricht. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzentwurf bei Freizeit-, Kultur- und Sportveranstaltungen, in Freizeit- und Kultureinrichtungen sowie in gastronomischen Einrichtungen regelt, dass eine Maskenpflicht bei Vorliegen eines negativen Tests nicht angeordnet werden kann.¹³

Verspricht die Kumulation beider Maßnahmen gegenüber der Anordnung lediglich einer der beiden Maßnahmen aber keinen messbaren zusätzlichen Infektionsschutz, ist ihre kumulative Anordnung verfassungsrechtlich unzulässig.

Regelungsalternative: Wer eine der in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 IfSG-E genannten Einrichtungen betritt oder eine der in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 IfSG-E genannten Dienstleistungen erbringt, muss eine Atemschutzmaske tragen oder über einen Testnachweis nach § 22a Abs. 3 IfSG verfügen.

3. Maßnahmen zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen

a) Die verfassungsrechtliche Bewertung des Regelungsvorschlages muss an dem durch Auslegung zu ermittelnden Norminhalt ansetzen:

aa) Die in § 28b Abs. 2 IfSG-E genannten Maßnahmen können von den zuständigen Infektionsschutzbehörden zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 und zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen grundsätzlich angeordnet werden.

Die Verknüpfung der beiden Satzteile "zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019" und "zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen" durch das Wort "und" zeigt zunächst, dass die in § 28b Abs. 2 IfSG-E genannten Schutzmaßnahmen nur angeordnet werden dürfen, wenn die Voraussetzungen beider Satzteile zugleich erfüllt sind. Erforderlich ist also, dass die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen wegen der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 erforderlich ist.

¹³ § 28b Abs. 2 Satz 3 IfSG-E

Die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen muss dann "gewährleistet" werden, wenn sie bedroht - im Sinne von gefährdet - ist.

Die Anordnung der in § 28b Abs. 2 Satz 1 IfSG-E genannten Maßnahmen ist daher zulässig, wenn die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens oder anderer kritischer Infrastrukturen wegen der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 gefährdet ist. Erforderlich ist eine im Einzelfall bestehende - konkrete - Gefahr für die genannten Schutzgüter.

bb) Einer weiteren begrifflichen Präzisierung entzieht der Gesetzentwurf sich. Ihm ist weder zu entnehmen, wann die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens "gefährdet" ist, noch was unter "kritischer Infrastruktur" zu verstehen sein soll. Insoweit hilft auch ein Rekurs auf die allgemein anerkannte Begriffsverständnisse nicht weiter. Der Begriff des Gesundheitswesens ist im normalen Sprachgebrauch ohne klare Kontur. Unter kritische Infrastruktur werden üblicherweise Organisationen und Einrichtungen mit wichtiger Bedeutung für das staatliche Gemeinwesen verstanden, bei deren Ausfall oder Beeinträchtigung nachhaltig wirkende Versorgungsengpässe, erhebliche Störungen der öffentlichen Sicherheit oder andere dramatische Folgen eintreten würden.¹⁴ Welche Organisationen und Einrichtungen im einzelnen dazu zu zählen sind, ist bisher nicht geklärt.

b) Mit dem durch Auslegung nur begrenzt ermittelbaren Inhalt begegnet § 28b Abs. 2 Satz 1 IfSG-E erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG).

aa) Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs müssen hinreichend klar und bestimmt geregelt sein. Der Gesetzgeber ist gehalten, seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Die Betroffenen müssen die Rechtslage erken-

¹⁴ https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/KRITIS-und-regulierte-Unternehmen/Kritische-Infrastrukturen/kritis_node.html

nen und ihr Verhalten daran ausrichten können und die gesetzesausführende Verwaltung muss für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden.¹⁵

Die notwendige Bestimmtheit fehlt aber nicht schon deshalb, weil eine Norm auslegungsbedürftig ist. Dem Bestimmtheitserfordernis ist vielmehr genügt, wenn die Auslegungsprobleme mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können. Es ist in erster Linie Aufgabe der Rechtsanwendungsorgane, Zweifelsfragen zu klären und Auslegungsprobleme mit den herkömmlichen Mitteln juristischer Methode zu bewältigen.¹⁶

bb) Diesen Maßstäben genügt der Gesetzentwurf nicht, weil die von ihm zur Voraussetzung für Grundrechtseingriffe erhobenen Tatbestandsvoraussetzungen mit den herkömmlichen Methoden der Gesetzesanwendung nicht hinreichend konkretisiert werden können.

(1) Das gilt zunächst sowohl für den Begriff des Gesundheitswesens als auch für den Begriff der kritischen Infrastruktur. Beide Begriffe können sehr eng verstanden werden; etwa im Sinne von Krankenhausversorgung und Polizei, Feuerwehr, Bundeswehr. Sie können aber auch sehr weit verstanden werden; etwa im Sinne aller Einrichtungen der Gesundheitsversorgung und Pflege bzw. aller Einrichtungen, die für das Funktionieren der Gesellschaft in Deutschland relevant sind. Welches Begriffsverständnis zugrunde gelegt werden soll, erläutert der Gesetzentwurf nicht. Eine klare Konturierung ist aber für die daran anknüpfende Gefahrprognose zwingend erforderlich.

(2) Der Gesetzentwurf klärt jenseits der genannten begrifflichen Unschärfe auch nicht, auf welche räumlichen Teilbereiche des Gesundheitswesens bzw. der anderen kritischen Infrastrukturen die mit dem Vollzug des Infektionsschutzgesetzes betrauten Behörden bei ihren Entscheidungen über Grundrechtseingriffe abzustellen haben. Auch hierauf lässt sich im Wege der Auslegung keine eindeutige den verfassungsrechtlichen Anforderungen noch genügende Antwort ermitteln.

(3) Der Gesetzentwurf klärt darüber hinaus auch nicht, wann davon auszugehen ist, dass das Gesundheitswesen oder eine kritische Infrastruktur nicht mehr funktioniert;

¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2013 - 2 BvE 6/08, 2 BvR 2436 - juris Rn. 126 f. mwN

¹⁶ BVerfG, Beschluss vom 12. Oktober 2010 - 2 BvL 59/06 - BVerfGE 127, 335 <356>

sich mithin die abzuwehrende Gefahr realisiert. Die Bandbreite der möglichen Gesetzesinterpretationen reicht insoweit von einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit, die mehr als nur eine Belastung darstellt, bis hin zu einem vollständigen Ausfall der Funktion des Gesundheitswesens oder einer kritischen Infrastruktur.

(4) Schließlich klärt der Gesetzentwurf den erforderlichen Gefährdungsgrad und damit die Eingriffsschwelle nicht. Aus dem Vergleich mit der in § 28b Abs. 7 IfSG-E definierten „konkreten“ Gefahr kann man lediglich schließen, dass die Eingriffsschwelle unterhalb der dort für eingriffsintensivere Maßnahmen definierten Schwelle liegen muss.

(5) Hinzu kommt, dass die Möglichkeiten, die verwendeten gesetzlichen Begriffe in Rechtschutzverfahren zu klären, kaum vorhanden sind. Grundrechtseingriffe auf der Grundlage von § 28b Abs. 2 IfSG werden voraussichtlich in der Gestalt von Rechtsverordnungen angeordnet werden. Diese können überwiegend mit einem Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO vor den Oberverwaltungsgerichten / Verwaltungsgerichtshöfen angegriffen werden. Allerdings unterschreitet die Dauer der Geltung der Vorschrift die übliche Dauer eines solchen Hauptsacheverfahrens. Nach Ablauf einer Ermächtigungsgrundlage für Infektionsschutzmaßnahmen verneinen die Oberverwaltungsgerichte / Verwaltungsgerichtshöfe in der Praxis regelmäßig ein Fortführungsinteresse für bereits laufende, diese Ermächtigungsgrundlage betreffende Hauptsacheverfahren.

Die während der Geltung der Ermächtigungsgrundlage gegen Infektionsschutzmaßnahmen darüber hinaus möglichen Eilverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO werden zudem zumeist am Maßstab einer Güterabwägung entschieden. Diese führt wegen der unterschiedlichen Wertigkeit der abzuwägenden Rechtsgüter Leben / körperliche Unversehrtheit auf der einen und der Freiheitsgrundrechte auf der anderen Seite und weil die Wahrscheinlichkeit der Verletzung der genannten Rechtsgüter jeweils unberücksichtigt bleibt, regelmäßig dazu, dass diese Anträge auch dann keinen Erfolg haben, wenn sie in einem Hauptsacheverfahren Erfolg haben könnten.

Regelungsalternative: Das Rechtsgut, zu dessen Schutz § 28b Abs. 2 IfSG-E dienen soll, muss klarer konturiert werden. Insbesondere müssen die Einrichtungen, die zum Gesundheitswesen und zu den kritischen Infrastrukturen gezählt werden sollen, präziser definiert werden. Außerdem muss geklärt werden, wann das Schutzgut ver-

letzt ist; wann also von einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens und anderer kritischer Infrastrukturen auszugehen ist. Schließlich muss auch der erforderliche Gefährdungsmaßstab konkreter gefasst werden.

4. Maßnahmen zur Aufrechterhaltung eines geregelten Präsenz-Unterrichtsbetriebs

§ 28b Abs. 3 IfSG-E genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Infektionsschutzmaßnahmen ohne Weiteres. Sowohl die Definition des Schutzgutes als auch die Eingriffsschwelle sind hinreichend konkret beschrieben. Ob Maßnahmen, die auf die Vorschrift gegründet werden, verhältnismäßig sind, muss in den Rechtschutzverfahren gegen diese Maßnahmen geklärt werden.

5. Maßnahmen bei konkreter Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen

a) Die Bewertung dieser Regelung muss ebenfalls an ihrem zunächst durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt ansetzen.

Die in der Vorschrift genannten Rechtsfolgen dürfen angeordnet werden, wenn eine „konkrete“ Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen besteht. Was unter „konkreter“ Gefahr zu verstehen ist definiert § 28b Abs. 7 IfSG-E näher. Der Definition ist zu entnehmen, dass die für Eingriffe nach § 28b Abs. 4 IfSG erforderliche Gefahr dann anzunehmen sein soll, wenn eine erhebliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder anderer kritischer Infrastrukturen in großer zeitlicher Nähe droht. Damit wird nach dem hergebrachten Begriffsverständnis des Gefahrenabwehrrechts eine „unmittelbare Gefahr“ und nicht (nur) eine „konkrete“ Gefahr beschrieben.

Konkret ist eine Gefahr schon dann, wenn sie im Einzelfall besteht. Eine abstrakte Gefahr ist demgegenüber eine Gefahr, die mit abstrakt-generellen Merkmalen beschrieben wird. Die Gefahren, die Voraussetzung für die Anwendung der Maßnahmen nach § 28b Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 IfSG-E sind, sind jeweils konkrete Gefahren, weil sie jeweils eine im Einzelfall bestehenden Gefahr für die Funktionsfähigkeit

des Gesundheitswesens oder anderer kritischer Infrastrukturen oder den Präsenzunterricht abwehren sollen. „Unmittelbar“ sind konkrete Gefahren, deren Eintritt zeitlich kurz – eben unmittelbar – bevorsteht. Eine solche unmittelbare Gefahr bezeichnet § 28b Abs. 4 IfSG.

b) Dieses Verständnis zugrunde gelegt, begegnet die Regelung allerdings ebenso wie § 28b Abs. 2 IfSG-E verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf ihre Bestimmtheit. Denn auch in § 28b Abs. 4, Abs. 7 IfSG-E wird weder der Begriff des Gesundheitswesens noch der kritischen Infrastruktur hinreichend präzise definiert. Ausreichend geklärt ist dagegen die Eingriffsschwelle, die in dem beschriebenen Sinne erfüllt ist, wenn die Schädigung des Schutzgutes zeitlich nah - unmittelbar - bevorsteht.

Regelungsalternative: Wie bei § 28b Abs. 2 IfSG-E müssen die Einrichtungen, die zum Gesundheitswesen und zu den kritischen Infrastrukturen gezählt werden sollen, präziser definiert werden.

6. Rechtsschutz gegen Maßnahmen nach § 28b Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 IfSG-E und bei Entschädigungsforderungen wegen Maßnahmen nach dem IfSG

Die Rechtsschutzmöglichkeiten bei Überschreitung des gesetzlichen Rahmens durch die Infektionsschutzbehörden müssen verbessert werden:

a) Die Möglichkeit einer abstrakten Normenkontrolle gegen Infektionsschutzverordnungen sollte bundeseinheitlich in die Verwaltungsgerichtsordnung aufgenommen werden.

b) Der Maßstab für Entscheidungen im Eilverfahren gegen Infektionsschutzverordnungen sollte inhaltlich präzisiert werden und stärker an dem im Hauptsacheverfahren geltenden Maßstab orientiert werden. Folgende Regelungen wären dazu zu treffen:

aa) Der Verordnungsgeber müsste verpflichtet werden, die Tatsachengrundlage für die seiner Verordnung zugrundeliegende Gefahrprognose binnen kurzen Frist nach Eingang des Eilrechtsschutzantrags beim Oberverwaltungsgericht / Verwaltungsgerichtshof einzureichen.

bb) Das Obergerverwaltungsgerichts müsste verpflichtet werden, seine Entscheidung im Eilrechtsschutzverfahren auf Grundlage der eingereichten Unterlagen zu treffen. Auf dieser Grundlage müsste es bereits im Eilverfahren entsprechend der im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht in Hauptsacheverfahren üblichen Verfahrensweise beurteilen, ob die von dem Verordnungsgeber angestellte Gefahrprognose aus Sicht des objektiven Betrachters in der Lage des Verordnungsgebers auch gerechtfertigt ist.

c) Die Ausweitung des Verwaltungsrechtswegs auf alle Entschädigungsansprüche wegen Maßnahmen nach dem IfSG in Art. 1 Nr. 21 des Gesetzentwurfs ist sachgerecht. Sie ermöglicht eine einheitliche Rechtsprechung in diesen Rechtsstreitigkeiten.

7. Redaktionelle Hinweise

In § 13 Abs. 7 und Abs. 8 IfSG-E fehlt „(8)“ vor dem Beginn von Absatz 8.¹⁷

In § 23 Abs. 3 Nr. 10 und in § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 7 ISFG-E fehlt am Ende jeweils ein „und“.¹⁸

Berlin, den 26. August 2022

Dr. Robert Seegmüller

¹⁷ Art. 1 Nr. 8 Buchstabe c) BT-Drs. 20/2573

¹⁸ Art. 1 Nr. 15 Buchstabe b) und c) BT-Drs. 20/2573