

Deutscher Bundestag

Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache

**20(14)48(34)**

gel. ESV zur öffent. Anh am

29.08.2022 - COVID-19-SchG

29.08.2022

Prof. Dr. Andrea Kießling | Goethe-Universität | 60629 Frankfurt am Main

**Stellungnahme als geladene Einzelsachverständige  
für die öffentliche Anhörung im Gesundheitsausschuss  
des Deutschen Bundestages  
am 29.8.2022**

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19 der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP (BT-Drs. 20/2573)

Änderungsanträge der Fraktionen der SPD, von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und der FDP (BT-Drs. 20(14)50)

*Aufgrund der sehr kurzen Frist und der umfangreichen Änderungsanträge beschränkt sich die Stellungnahme weitestgehend auf eine punktuelle Bewertung der geplanten Änderungen an §§ 28a und 28b IfSG.*

28. August 2022

Fachbereich Rechtswissenschaft

Professur für Öffentliches Recht,  
Sozial- und Gesundheitsrecht und  
Migrationsrecht

Prof. Dr. Andrea Kießling

Besucheradresse  
Campus Westend | IKB-Gebäude  
Eschersheimer Landstraße 121  
60322 Frankfurt am Main

Postadresse  
60629 Frankfurt am Main  
Germany

[kiesling@jur.uni-frankfurt.de](mailto:kiesling@jur.uni-frankfurt.de)  
[www.uni-frankfurt.de](http://www.uni-frankfurt.de)

### I. Vorbemerkung

Seit November 2021 werden die Rechtsgrundlagen für die Corona-Schutzmaßnahmen befristet. §§ 28a und 28b galten zunächst bis 18.3.2022 und wurden dann überarbeitet, um sie der damaligen Infektionslage anzupassen; die Änderungen wurden wieder befristet. Beide Vorschriften gelten aktuell nur bis zum 23.9.2022, weswegen ein erneutes Gesetzgebungsverfahren notwendig ist.

Dieses Vorgehen hat der Sachverständigenausschuss zur Evaluation zentraler Vorschriften des IfSG nach § 5 Abs. 9 IfSG mit folgenden Worten kritisiert:

„Ein solches Vorgehen ist im Gefahrenabwehrrecht unüblich, überdehnt die Bedeutung des Parlamentsvorbehalts und birgt die Gefahr, dass die Länder nicht in angemessener Zeit auf neue Entwicklungen reagieren können.“<sup>1</sup> „Auf häufige Änderungen des Rechtsrahmens sollte verzichtet werden.“<sup>2</sup>

Auf diese Kritik geht der Gesetzgeber nicht ein, §§ 28a und 28b sollen vielmehr erneut befristet werden: Die geplanten Änderungen sollen nur bis 7.4.2023 gelten. Danach wird ein weiteres Gesetzgebungsverfahren notwendig sein. Eine nachhaltige Reform des IfSG ist mit dem aktuellen Gesetzgebungsverfahren also nicht verbunden.

### II. Systematik der §§ 28a, 28b IfSG-E

Der Gesetzgeber gibt mit den geplanten Änderungen erstmals die bestehende Systematik von §§ 28a und 28b IfSG auf. Während bislang § 28b IfSG bundesweit unmittelbar durch Gesetz geltende Maßnahmen enthielt und § 28a IfSG Ermächtigungsgrundlagen für die Länder bereitstellte, soll in Zukunft § 28b IfSG-E die alleinige Rolle in der Ergreifung von Schutzmaßnahmen spielen. Die bundesweit unmittelbar geltenden Maßnahmen sollen weiterhin in Abs. 1 enthalten sein, die Ermächtigungsgrundlagen für die Länder sollen in Abs. 2–4 geregelt werden. § 28a IfSG wird aber nicht aufgehoben. Es ist also (theoretisch) möglich (wenn auch politisch wohl ausgeschlossen), dass der Bundestag die epidemische Lage von nationaler Tragweite gem. § 5 Abs. 1 IfSG feststellt und die Länder auf den umfangreichen Katalog des § 28a Abs. 1 IfSG zurückgreifen können.

Für die Verschiebung in der Systematik von §§ 28a, 28b IfSG einerseits und das Festhalten an § 28a IfSG andererseits ist rechtspolitisch kein Grund ersichtlich. Es wird nur eine weitere „Rechtsschicht“ hinzugefügt, ohne das bisherige Recht wirklich zu entschlacken<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> S. 111 des Berichts, abrufbar unter [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/S/Sachverstaendigenausschuss/220630\\_Evaluationsbericht\\_IFSG\\_NEU.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/S/Sachverstaendigenausschuss/220630_Evaluationsbericht_IFSG_NEU.pdf).

<sup>2</sup> S. 16 des Berichts (o. Fn. 1).

<sup>3</sup> Siehe dazu auch *Kingreen*, Wie ein Fortsetzungsroman mit Schwachstellen, Ito v. 11.8.2022.

### III. Systematik der § 28b Abs. 2–4 IfSG-E

Abs. 2 und Abs. 4 übernehmen weitestgehend die Grundkonzeption der bisherigen § 28a Abs. 7 und 8 IfSG: § 28b Abs. 2 IfSG-E stellt den Grundtatbestand dar, während § 28b Abs. 4 IfSG-E wie der bisherige § 28a Abs. 8 IfSG eine sogenannte Hotspotregelung darstellt, die durch einen Landtagsbeschluss „freigeschaltet“ wird. Unklarheit besteht aber bei den Eingriffsschwellen:

§ 28b Abs. 2 IfSG-E setzt die Eingriffsschwelle höher an als der bisherige § 28a Abs. 7 IfSG, der gar keine Eingriffsschwelle enthält. § 28b Abs. 2 IfSG-E fordert in Zukunft, dass die Maßnahmen „zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen erforderlich“ sind.

§ 28b Abs. 4 IfSG-E soll fordern, dass „eine konkrete Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen besteht“.

§ 28b Abs. 4 fordert also eine konkrete Gefahr, während § 28b Abs. 2 dies nicht tut; beide beziehen sich aber auf die gleichen Schutzgüter. Aus der Systematik beider Absätze ergibt sich, dass die Schwelle des Abs. 4 höher anzusetzen ist als die des Abs. 2. Zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen erforderlich sind also Maßnahmen bereits unterhalb der Schwelle der konkreten Gefahr. Der Maßstab hierfür bleibt aber unklar. Es ist davon auszugehen, dass dieser Voraussetzung in der Praxis keine Steuerungswirkung zukommt. Es bleibt auch unklar, was der Gesetzgeber mit dieser im Vergleich zur bisherigen Regelung des § 28a Abs. 7 IfSG zusätzlichen Voraussetzung genau bezweckt.

Wann eine konkrete Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastrukturen im Sinne des § 28b Abs. 4 IfSG-E besteht, soll Abs. 7 S. 1 regeln: „wenn aufgrund eines besonders starken Anstiegs von Indikatoren nach Satz 2 erster Halbsatz oder deren Stagnation auf einem sehr hohen Niveau oder bei einem versorgungsrelevanten Rückgang der stationären Kapazitäten davon auszugehen ist, dass es im Gesundheitssystem oder den sonstigen kritischen Infrastrukturen zu einem schwerwiegenden Sach- oder Personalmangel oder einer Überlastung der Kapazitäten kommt.“ Mit „Indikatoren nach Satz 2 erster Halbsatz“ sind „Abwassermonitoring, die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen, die Surveillance-Systeme des Robert Koch-Instituts für respiratorische Atemwegserkrankungen, die Anzahl der in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit 2019 (COVID-19) in ein Krankenhaus aufgenommenen Personen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen“ gemeint. Der übrige Abs. 7 ähnelt dem bisherigen § 28a Abs. 3 IfSG.

Zu begrüßen ist zunächst, dass von der aktuellen Definition des § 28a Abs. 8 S. 2 IfSG Abstand genommen werden soll. Inwieweit aber durch die Vorgaben des § 28b Abs. 7 IfSG-E tatsächlich ein praktikables Vorgehen ermöglicht wird, kann an dieser Stelle nicht prognostiziert werden. Bislang haben die Länder die Vorgaben des § 28a Abs. 3 IfSG recht eigenständig interpretiert (zum Teil auch ignoriert). Viel wird vom politischen Willen abhängen, Maßnahmen zu ergreifen; zu berücksichtigen ist auch, dass nach wie vor (wie bislang bei § 28a Abs. 8 IfSG) ein Landtagsbeschluss erforderlich sein soll, damit die Landesregierung die Maßnahmen nach § 28b Abs. 4 IfSG-E ergreifen kann. Eine solche parlamentarische Rückkoppelung ist aus juristischer Sicht nicht notwendig. Sie stellt eine politische Hürde auf, die der effektiven Pandemiebekämpfung nicht zuträglich ist.

Es wird empfohlen, das Erfordernis des Landtagsbeschlusses zu streichen.

##### 1. „Öffentlich zugängliche Innenräume“ (§ 28b Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a IfSG-E)

Nach § 28b Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a soll eine Maskenpflicht in „öffentlich zugänglichen Innenräumen“ festgelegt werden können. In der Begründung wird ein sehr weiter Begriff der öffentlichen Zugänglichkeit zugrundegelegt:

„Öffentlich zugängliche Innenräume sind Bereiche innerhalb eines Gebäudes, die nach dem erkennbaren Willen des Inhabers von jedermann benutzt oder betreten werden können. Die Zugänglichkeit muss sich nach allgemeinen Merkmalen bestimmen, die grundsätzlich jeder erfüllen kann. Die Entrichtung eines Eintrittspreises oder die Zugangsbeschränkung für Mitglieder stehen der Annahme eines öffentlich zugänglichen Innenraums nicht entgegen.“<sup>4</sup>

Beispielhaft werden aufgeführt

Verkaufseinrichtungen, Dienstleistungsbetriebe, Kultureinrichtungen, gastronomische Einrichtungen, Hotel- und Beherbergungsbetriebe, Freizeiteinrichtungen, Arztpraxen, Einrichtungen für ambulantes Operieren, Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, in denen eine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt, Dialyseeinrichtungen, Rettungsdienste und Tageskliniken.<sup>5</sup>

Nicht öffentlich zugänglich sind nach der Definition aber ggf. Universitäten und Tagungen/Kongresse/Konferenzen :

- Die Räumlichkeiten von Universitäten können größtenteils zwar faktisch von der Allgemeinheit betreten werden und manche Bereiche sind auch ausdrücklich für die Allgemeinheit geöffnet (wie Mensen und Vortragsveranstaltungen, die sich an die allgemeine Bevölkerung richten). Lehrveranstaltungen aber sind nur für die Studierenden des jeweiligen Studiengangs oder jedenfalls nur für Universitätsangehörige vorgesehen, auch wenn faktisch jede:r eine große Vorlesung besuchen kann, ohne dass seine Zugehörigkeit zur Universität vor Betreten des Hörsaals überprüft wird. Viele Veranstaltungen aber sehen Anmeldepflichten oder sogar Personenobergrenzen (etwa Seminare) vor; hier wird also die Zugehörigkeit zum Studiengang bzw. der Universität und die Zulassung zu der Lehrveranstaltung überprüft; Externe können an diesen Veranstaltungen nicht teilnehmen. Diese Lehrveranstaltungen sind ganz sicher nicht der Öffentlichkeit zugänglich. Erst recht gilt dies für Gremiensitzungen.
- Auf Tagungen/Kongressen/Konferenzen ist die Zugänglichkeit unterschiedlich geregelt: Auch hier gibt es Veranstaltungen, die der Allgemeinheit ausdrücklich offen stehen. In anderen Fällen aber dürfen die Tagungen nur von Mitgliedern einer bestimmten Vereinigung besucht werden oder nur von Personen, die bestimmte Merkmale erfüllen (die z.B. dem wissenschaftlichen „Nachwuchs“ angehören). Auch wenn die Begründung davon spricht, dass eine „Zugangsbeschränkung für Mitglieder“ der Zugänglichkeit nicht

---

<sup>4</sup> BT-Drs. 20(14)50, S. 63.

<sup>5</sup> BT-Drs. 20(14)50, S. 63.

entgegensteht, ist damit wahrscheinlich etwas anderes gemeint: Diese Formulierung zielt möglicherweise auf Fitnessstudios, bei denen jede Person eine Mitgliedschaft abschließen kann, so dass sich hieraus die allgemeine Zugänglichkeit ergibt, auch wenn die Mitgliedschaft Voraussetzung für die Nutzung des Fitnessstudios ist. Veranstaltungen von Vereinigungen, bei denen nicht jede Person Mitglied werden kann, sondern die Mitglieder bestimmte Voraussetzungen erfüllen müssen, sind im Gegensatz dazu nicht öffentlich zugänglich.

- Weitere Beispiele lassen sich finden: etwa Elternabende in Kitas oder Schulen (auch wenn die Begründung diese als erfasst ansieht) oder Veranstaltungen, die nur auf besondere Einladung besucht werden dürfen (wie die Empfänge politischer Parteien oder anderer Veranstalter). Hier würden die Veranstalter bzw. Organisatoren Personen ohne Einladung den Zutritt verwehren.

Dass diese Räumlichkeiten alle von der Vorschrift ausgenommen sein sollen, widerspricht möglicherweise dem zugrundeliegenden Schutzkonzept. So erwähnte der Bundesjustizminister auf der Pressekonferenz am 24.8.2022 beiläufig die Universitäten als erfasst.

Um den Begriff „öffentliche Zugänglichkeit“ nicht zu überdehnen bzw. um keine Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten zu lassen, sollte die Formulierung geändert oder auf sie verzichtet werden. Es ist nicht ersichtlich, welchen Zweck der Gesetzgeber mit der Einschränkung „in öffentlich zugänglichen Innenräumen“ verfolgt, welche Räume er also von einer Maskenpflicht ausnehmen will und inwiefern eine Einschränkung gegenüber den Formulierungen des § 28a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 7 S. 1 Nr. 1 und Abs. 8 S. 1 Nr. 1 IfSG überhaupt notwendig ist.

## 2. Bildungsbereich

§ 28b Abs. 3 IfSG-E enthält besondere Vorgaben für den Bildungsbereich. Aus der Begründung ergibt sich, dass die Regelung Besonderheiten Rechnung tragen soll, die bei der Erwachsenenbildung nicht vorliegen<sup>6</sup>. § 28b Abs. 3 soll also nicht für die Erwachsenenbildung gelten; die Festlegung einer Maskenpflicht in Volkshochschulen<sup>7</sup> und Universitäten ist also nicht von der Voraussetzung abhängig, dass sie „zur Aufrechterhaltung eines geregelten Präsenz-Unterrichtsbetriebs erforderlich ist“.

Nicht ganz eindeutig ist, ob die Vorschrift für Berufsschulen anwendbar sein soll: Dort spricht man zwar auch von „Schülerinnen und Schülern“, so dass der Wortlaut des § 28b Abs. 3 S. 1 Nr. 1 IfSG-E einschlägig sein könnte („Schülerinnen und Schüler ab dem fünften Schuljahr“), bei ihnen handelt es sich aber gleichzeitig um Erwachsene, so dass sie vom Schutzzweck des § 28b Abs. 3 IfSG-E nicht unbedingt erfasst sein müssten.

Unklar ist, wie die Vorschrift in der Praxis gehandhabt werden soll. Nach der Begründung ist eine Gefährdung des geregelten Präsenzunterrichtsbetriebes „u. a. dann anzunehmen, wenn durch eine Vielzahl von Infektionen und dadurch bedingten Krankheits- und Isolationszeiten der Übergang zu hybriden oder digitalen Unterrichtsmodellen droht oder wenn durch einen hohen Krankenstand des

---

<sup>6</sup> BT-Drs. 20(14)50, S. 66.

<sup>7</sup> Diese werden ausdrücklich erwähnt, BT-Drs. 20(14)50, S. 66.

Lehrpersonals ein geregelter Unterricht absehbar nicht mehr gewährleistet werden kann“.<sup>8</sup> Dies sind Voraussetzungen, die sich nicht nur von Gemeinde zu Gemeinde, sondern von Schule zu Schule unterscheiden werden. Festlegen würde eine Maskenpflicht sinnvollerweise deswegen wohl nicht die Landesregierung für das gesamte Bundesland, sondern eine Gemeinde für einzelne Schulen durch Allgemeinverfügung. In der Begründung ist aber „von den Ländern“ die Rede, die Maskenpflichten „anordnen“.

Eindeutig nicht erfasst sein sollen Grundschul Kinder. In Grundschulen wird nach dem Entwurf somit keine Maskenpflicht möglich sein. Als Grund wird nur angeführt, dass ein „verantwortungsvoller Umgang mit der Maske [...] bei älteren Kindern eher wahrscheinlich als im Grundschulalter“ sei<sup>9</sup>. Es wird also nicht auf ein geringeres Ansteckungsrisiko in Grundschulen – und somit auf eine geringere Schutzbedürftigkeit der Kinder – abgestellt, sondern auf eine möglicherweise nicht so effektive Befolgung einer Maskenpflicht durch Grundschülerinnen und -schüler. Der Entwurf erläutert aber nicht, wie der Schutz in den Grundschulen gewährleistet werden soll (etwa durch verhältnispräventive Maßnahmen).

### **3. Begründung – keine Befristung?**

§ 28b Abs. 5 IfSG-E enthält eine Begründungspflicht, aber keine Befristungspflicht wie bei § 28a Abs. 5 IfSG. Eine Befristungspflicht ist aber notwendig, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in zeitlicher Hinsicht<sup>10</sup> Rechnung zu tragen<sup>11</sup>.

Es wird empfohlen, die Formulierung des § 28a Abs. 5 IfSG zu übernehmen.

### **V. Rechtsgrundlagen, die ursprünglich an die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag anknüpfen**

Durch das 3. BevSchG v. 18.11.2020 wurde nicht nur die Ergreifung von Corona-Schutzmaßnahmen nach dem 5. Abschnitt des IfSG an die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag gem. § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG geknüpft, indem in § 28a Abs. 1 IfSG diese Voraussetzung aufgenommen wurde. Auch Einreisebeschränkungen nach § 36 Abs. 8 und 10 IfSG sowie die Regelung von Ansprüchen auf Corona-Impfungen, Tests und Schutzmasken über eine Verordnung nach § 20i Abs. 3 S. 2 IfSG wurden an dieses Erfordernis geknüpft. Diese parlamentarische Rückkoppelung sollte zum Ausdruck bringen, dass es sich jeweils um Ausnahmetatbestände handelt, die der Bundestag durch einen Beschluss nach § 5 Abs. 1 IfSG, der alle drei Monate verlängert werden muss, freischaltet.

Im November 2021 ist der Gesetzgeber von dieser Konstruktion abgerückt. Dies war grundsätzlich zu begrüßen, was der Gesetzgeber jedoch versäumte, war die Schaffung nachhaltiger Nachfolgeregelungen: Die Ausnahmeregelungen wurden bloß vom Erfordernis des Bundestagsbeschlusses entkoppelt, ihre Anwendbarkeit wurde im Gesetz für ein weiteres Jahr erklärt (vgl. die jetzigen § 36 Abs. 12 IfSG, § 20i Abs. 3 S. 16 und 17 SGB V). Eigene Voraussetzungen, die vor der Anwendung der Rechtsgrundlagen geprüft werden müssten, wurden nicht aufgenommen. Die Fristen will der Gesetzgeber nun erneut verlängern (bis 7.4.2023). In der Sache bedeutet das,

---

<sup>8</sup> BT-Drs. 20(14)50, S. 67.

<sup>9</sup> BT-Drs. 20(14)50, S. 67.

<sup>10</sup> Dazu Siegel, NVwZ 2020, 577 (581); Kingreen, JURA 2020, 1019 (1028 f.).

<sup>11</sup> Kießling, in: dies. (Hrsg.), IfSG, 3. Aufl. 2022, § 28a Rn. 188.

dass Regelungen, die ursprünglich als Ausnahmeregelungen konzipiert wurden, auch über 3 Jahre nach Beginn der Pandemie weiter Ausnahmeregelungen darstellen werden.

Es wird empfohlen, die entsprechenden Vorschriften in nachhaltige, eigenständige Regelungen zu überführen.

Prof. Dr. Andrea Kießling