

## **Aktualisierte Stellungnahme**

### **zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite<sup>1</sup>**

*Prof. Dr. Franz Reimer*

(Stand: 14.4.2021, 11:30 Uhr)

#### **I. Hintergrund**

Der Entwurf eines § 28b IfSG verfolgt mit Blick auf die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG das Ziel einer wirksamen Pandemiebekämpfung. Er sieht dazu „Maßnahmen mit bundeseinheitlichen Standards“ als erforderlich an, die in einem Landkreis ab einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 bzw. 200 pro 100.000 Einwohner gelten sollen. Hierzu enthält der Entwurf in § 28b Abs. 1 IfSG-E bei einer Inzidenz von 100 automatisch in Kraft tretende allgemeine Ge- und Verbote, in Abs. 3 für Schülerinnen und Schüler bei einer Inzidenz von 200 geltende Maßnahmen und in Abs. 6 eine Ermächtigung der Bundesregierung zu weitergehenden Maßnahmen,<sup>2</sup> ferner eine entsprechende Erweiterung des Ordnungswidrigkeitenkatalogs des § 73 Abs. 1a IfSG.<sup>3</sup> Es geht dem Entwurf ausweislich der Begründung um ein „möglichst kurzes, weil möglichst effektives Herunterfahren des öffentlichen Lebens und der zwischenmenschlichen Kontakte“; mitentscheidend für eine schnelle Rückkehr zur Normalität sei „auch die Gesamtsignalwirkung der Maßnahmen“.<sup>4</sup>

Dieser Entwurf begegnet – jenseits der hier nicht behandelten Frage der Grenzen der Bundeskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG und der Zustimmungsbefähigung des Entwurfs<sup>5</sup> sowie jenseits der eilbedingten redaktionellen Schwächen – in seiner Struktur gravierenden verfassungsrechtlichen (II.), legislatischen (III.) und verfassungspolitischen (IV.) Bedenken.

#### **II. Verfassungsrechtliche Bedenken**

##### **1. Inkrafttreten der Ge- und Verbote nach § 28b Abs. 1 IfSG-E ohne Bekanntgabeverfahren (normativer Automatismus)**

Die in § 28a Abs. 1 GG vorgesehenen tiefgreifenden Grundrechtseingriffe werden *ipso iure* durch die Überschreitung des Schwellenwerts von 100 einer Inzidenz im Sinne von § 28a Abs. 3 Satz 13 IfSG in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt (oder im Land Berlin und in der Freien und Hansestadt Hamburg, Abs. 7 Satz 1) an drei aufeinander folgenden Tagen ausgelöst. Nach § 28a Abs. 3 Satz 13 IfSG werden die Inzidenzen „zur Bestimmung des [...] jeweils maßgeblichen Schwellenwertes durch das Robert Koch-Institut im Rahmen der laufenden Fallzahlenberichterstattung auf dem RKI-Dashboard unter der Adresse <http://corona.rki.de> im Internet veröffentlicht.“ Eine separate hoheitliche Feststellung der

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 19/28444, Stand 14.4.2021, 8:30 Uhr (unlektorierte Vorabfassung).

<sup>2</sup> Art. 1 Nr. 2 des Gesetzentwurfs.

<sup>3</sup> Art. 1 Nr. 3 des Gesetzentwurfs.

<sup>4</sup> BT-Drs. 19/28444, S. 11.

<sup>5</sup> Zu beidem *Hinnerk Wißmann*, Ad-hoc-Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD für ein „Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ v. 12.4.2021, S. 9-11.

Fallzahlen für den jeweiligen Landkreis oder die kreisfreie Stadt sieht der Entwurf des § 28b IfSG nicht vor. Anders als bisher erfolgt keine Veröffentlichung eines pflichtenauslösenden Rechtsakts (wie einer Rechtsverordnung nach § 32 IfSG oder einer Allgemeinverfügung nach §§ 28, 28a IfSG) durch den jeweils zuständigen Hoheitsträger. Bewohnerinnen und Bewohner des Bundesgebietes, die sich über ihre Pflichten nach § 28b Abs. 1 IfSG-E orientieren wollen (was sich angesichts der Sanktionierung durch Ordnungswidrigkeiten empfiehlt), müssen daher das Verweisungsgeflecht entschlüsseln, täglich das RKI-Dashbord konsultieren und die dortigen Informationen eigenständig subsumieren (oder sich auf Medienberichte verlassen); verbindliche Feststellungen über die Geltung der Ge- und Verbote sind jedenfalls nicht vorgesehen.

Ein solcher Verzicht auf die Bekanntgabe von Ge- und Verboten ist in Fällen weniger problematisch, in denen es um längerdauernde, insbesondere nicht kurzfristig in Kraft tretende Maßnahmen geht, in denen nicht tiefgreifende Grundrechtseingriffe in Frage stehen und in denen nur bestimmte Berufsgruppen betroffen sind, die entsprechende Routinen aufbauen und/oder Hilfen von Kammern, Verbänden o.ä. in Anspruch nehmen können. Als Jedermanns-Obliegenheit ist eine derartige tägliche Information und Subsumtion angesichts der ganz erheblichen Grundrechtsintensität der Ge- und Verbote und angesichts ihrer Sanktionierung (§ 73 Abs. 1a Nr. 11b-11k IfSG-E) rechtsstaatlich inakzeptabel. Dies gilt besonders mit Blick auf ältere Menschen und den *digital divide*. In Rechnung zu stellen sind ferner Einschüchterungseffekte (Verzicht auf die Grundrechtsausübung angesichts von konstruktionsbedingter Rechtsunsicherheit und Sanktionierungsfurcht).

## **2. Abwägungslose Kumulierung der Grundrechtseingriffe (*en-bloc*-Mechanismus)**

Die Ge- und Verbote des § 28b Abs. 1 Nr. 1-10 (!) IfSG-E treten zwingend kumulativ ein. Die Norm sieht keinerlei Entschließungs- und Auswahlermessen vor. Das ist ein politisch möglicherweise gewollter, aber gravierender Unterschied zu §§ 28, 28a IfSG (auch i.V.m. § 32 IfSG) und allgemeiner eine Abweichung von den hergebrachten Strukturen des Gefahrenabwehr- und Gefahrenvorsorgerechts. Verfassungsrechtlich relevant ist, dass eine Abwägung nicht mehr stattfinden kann; sie wird vom Gesetzgeber abstrakt – und zwar allein gebunden an das Inzidenz-Kriterium – vorweggenommen und dann gewissermaßen eingefroren. Die Vielzahl der grundrechtsrelevanten Gesichtspunkte kann nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens keine Berücksichtigung mehr finden. Der Gesetzgeber immunisiert die Ge- und Verbote gegen räumliche und zeitliche Besonderheiten, aber auch gegen neue wissenschaftliche Erkenntnisse (beispielsweise zur epidemiologischen Wirksamkeit von Ausgangssperren oder zu den psychosozialen Folgen einer Unterbindung privater Zusammenkünfte); es bleibt insbesondere bei der gesetzlichen Monopolisierung des Inzidenz-Kriteriums. Dies ist grundrechtlich umso fragwürdiger, als das Gesetz nicht befristet ist; wann immer der Bundestag eine epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellt, greift situationsblind (ohne Abwägung) die Eingriffsmechanik. Eine solche Abstrahierung der Abwägung durch Vorausedeterminierung aller möglichen Anwendungssituationen stellt sich mit Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens als faktischer Abwägungsausfall dar. Dies wird der Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt nach Art. 1 Abs. 3 GG nicht gerecht und ist im Ergebnis verfassungswidrig.

## **3. Problematik der Einzelmaßnahmen**

Die Einzelmaßnahmen sind nicht nur in ihrer Automatik und ihrer Kumulation fragwürdig, sondern zum Teil auch bei isolierter Betrachtung, was hier nur exemplarisch gezeigt werden kann.

a) Das Verbot privater Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum (§ 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG-E) knüpft mit dem Tatbestandsmerkmal der Privatheit an ein unscharfes Kriterium an,<sup>6</sup> besonders mit

---

<sup>6</sup> Dies auch unter Berücksichtigung der Begründung, BT-Drs. 19/28444, S. 11.

Blick auf die anderen Verbotstatbestände, etwa bei Treffen zwischen Künstlerinnen und Künstlern während des Quasi-Berufsverbots (vgl. Abs. 1 Nr. 5 – Abgrenzung zur beruflichen Motivation) oder zwischen Erziehungsberechtigten zur Absprache der gemeinsamen Verfolgung der Bildungspflicht bei Entfall des Präsenzunterrichts (Abs. 3 Satz 2 – Abgrenzung zur schulischen Motivation). Dies ist besonders mit Blick auf die Sanktionsbewehrung des Verbots problematisch (§ 73 Abs. 1a Nr. 11b IfSG-E).

Überdies dürfte das Verbot, während sich seine Verhältnismäßigkeit insgesamt nur mit Blick auf die sich je wandelnden Rahmenbedingungen von Pandemie, Gesundheitsversorgung etc. beurteilen lässt (oben 2.), insoweit in jedem Falle unverhältnismäßig, da nicht erforderlich, sein, als es auch Zusammenkünfte unter freiem Himmel unter Wahrung empfohlener Mindestabstände erfasst.

b) Sofern die – möglicherweise aus Stadtperspektive formulierte – Ausgangssperre (Nr. 2) beispielsweise den nächtlichen Gang in den angrenzenden Wald oder auch nur in den eigenen Garten untersagt, ist dies unverhältnismäßig. Legitime Erwägungen praktikabler Kontrollierbarkeit und Typisierungsbefugnisse des Gesetzgebers können einen derartig tiefgreifenden Grundrechtseingriff (als deutliches Mehr etwa gegenüber Abstandsgeboten oder Betretungsverboten) nicht rechtfertigen.<sup>7</sup>

c) Die kategorische Untersagung der „Öffnung von Einrichtungen wie Theatern, Opern, Konzerthäuser, Bühnen, Musikclubs, Kinos mit Ausnahme von Autokinos, Museen, Ausstellungen, Gedenkstätten sowie zoologische[n] und botanische[n] Gärten“ (Nr. 5) verkennt grundsätzlich den vorbehaltlosen Schutz der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Zwar ist, wie sich aus der Begründung ergibt, allen Einrichtungen ein Probebetrieb erlaubt,<sup>8</sup> doch zeigt die Begründung, dass der Gesetzgeber Kunst nur unter dem Gesichtspunkt der „Einnahmeeinbußen und [...] wirtschaftlichen Belastungen“<sup>9</sup> sieht.

d) Zu unbestimmt ist auch das Verbot, Speisen am „Ort des Erwerbs oder in seiner näheren Umgebung“ zu verzehren (Nr. 7), insbesondere mit Blick auf die zweite Alternative. Unklar erscheint ferner, ob sich die daran anknüpfende Ordnungswidrigkeit des § 73 Abs. 1a Nr. 11h Alt. 2 IfSG-E („vor Ort verzehrt“) auf beide Ortsalternativen bezieht, also auch das Umgebungsverbot.

e) Verfassungsrechtlich problematisch, weil unverhältnismäßig, ist ferner, dass weder geimpfte Personen noch solche mit hinreichend Antikörpern von den Beschränkungen befreit sein sollen.

#### **4. Rechtsschutzdefizite**

Während Betroffene – natürliche und juristische Personen – gegen die bisher auf der Basis des IfSG getroffenen Pandemiebekämpfungsmaßnahmen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz suchen konnten (Erhebung der Anfechtungsklage gegen konkret-individuelle Verwaltungsakte sowie Allgemeinverfügungen vor den Verwaltungsgerichten; Stellen eines Normenkontrollantrags gegen die Landesrechtsverordnungen vor den Oberverwaltungsgerichten/Verwaltungsgerichtshöfen), erfolgen die Eingriffe künftig unmittelbar durch Bundesgesetz (§ 28b Abs. 1 IfSG-E) und Rechtsverordnung des Bundes (nach § 28b Abs. 6 IfSG-E). Prinzipaler Rechtsschutz ist damit nur durch Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht möglich, das damit trotz bereits bestehender Überlastung zu einer Superzugangsinstantz wird.

Sollte § 28b IfSG-E unbefristet ergehen, erscheint ferner mit Blick auf die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG als problematisch, dass die Rechtsverletzung einer Beschwerdeführerin oder eines Beschwerdeführers je nach konkreter Situation erst nach Ablauf der Jahresfrist eintreten mag.

---

<sup>7</sup> Überzeugend insoweit Niedersächsisches OVG, Beschl. v. 06.04.2021, 13 ME 166/21, Rn. 25 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Begründung, S. 13: „Öffnung“ im Sinne dieser Vorschrift bedeutet ein Zugänglichmachen der jeweiligen Einrichtung für den Publikumsverkehr.“

<sup>9</sup> Begründung, S. 13.

Hinsichtlich der Rechtsverordnungen nach § 28b Abs. 6 IfSG-E ließe sich eine Normenkontrolle zum Bundesverwaltungsgericht andenken;<sup>10</sup> am Rechtsschutzdefizit hinsichtlich der zahlreichen gesetzesunmittelbaren Ge- und Verbote nach Abs. 1 würde dies nichts ändern.

### III. Legistische Bedenken

1. Die zentrale Anwendungsvoraussetzung für § 28b IfSG-E, das Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, versteckt der Entwurf in Abs. 8.
2. Die verfassungsrechtlich zwingenden und (mit Blick auf den weiten Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sowie den weiten Versammlungsbegriff des Art. 8 GG) praxiswichtigen Ausnahmen von den Beschränkungen des § 28b Abs. 1 IfSG-E verbergen sich in Abs. 5.
3. Die Anforderungen an zulässige Masken sind in der derzeitigen Fassung ohne erkennbaren Sachgrund uneinheitlich formuliert (Abs. 1 Nr. 4 lit. c einerseits, Nr. 8 und Nr. 9 andererseits).
4. Die Verordnungsermächtigung in § 28b Abs. 6 IfSG-E dürfte wegen des (wohl erforderlichen) Zustimmungserfordernisses für den Bundesrat als Eilinstrument der Bundesregierung ins Leere laufen.
5. § 28b Abs. 7 regelt nach der Begründung „Begrifflichkeiten“, aber heterogener Art und Thematik.
6. Die gesetzgeberische Betonung der aktuellen Situation und ihrer Besonderheiten würde nahelegen (wenn nicht verfassungsrechtlich erzwingen), das Gesetz von vornherein befristet zu erlassen.<sup>11</sup>

### IV. Verfassungspolitische Bedenken

Der Entwurf mag auf der unausgesprochenen Prämisse defizitären Pandemiemanagements durch die Länder ruhen (einer Annahme, der nachdrücklich zu widersprechen ist), beruft sich in der Gesetzesbegründung aber explizit auf eine „bundesuneinheitliche Auslegung der gemeinsam von den Ländern in der regelmäßig stattfindenden Ministerpräsidentenkonferenz beschlossenen Maßnahmen“<sup>12</sup>, die eine Schutzlücke aufgeworfen habe. Dabei wird übersehen, dass die Maßnahmen politische Festlegungen sind und einer „bundesuneinheitlichen Auslegung“ rechtlich von vorneherein offenstehen, dass diese geradezu der vom Grundgesetz gewollte Zustand im Bundesstaat ist (vgl. Art. 30, 83 GG). Eine „bundesuneinheitliche Auslegung“ rechtlich unverbindlicher Beschlüsse ist keine tragfähige Begründung für die Zentralisierung von Entscheidungen. Soweit es (wie hier) um Grundrechtseingriffe von höchster Intensität geht, muss es im Gegenteil bei der Bewahrung der bundesstaatlichen *checks and balances* bleiben.

Fehl geht auch die weitere Prämisse des Entwurfs, dass die vermeintliche Schutzlücke durch zentrale, vorab konfektionierte und automatisch ausgelöste Vorgaben (s.o. II.1, 2) geschlossen werden kann. Das ist mit Blick auf den gesteigerten Akzeptanzbedarf der intensiven Grundrechtseingriffe zu bezweifeln. Starre Vorgaben „aus der Ferne“ verspielen ohne Not das Akzeptanz- und Legitimationsreservoir der bisherigen dezentralen – föderalen und regionalen – Problemlösung.

### V. Fazit

Die Grundgedanken des angedachten § 28b IfSG-E (vgl. insbes. II.1, 2, 4) begegnen tiefgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Auch legistische Schwächen (III.) und verfassungspolitische Zweifel (IV.) legen nahe, den Gesetzentwurf einer eingehenden öffentlichen Diskussion und des gestreckten parlamentarischen Verfahrens zu unterziehen. Notfalls müsste – bei Annahme eines materiellen Prüfungsrechts des Bundespräsidenten i.R.v. Art. 82 Abs. 1 Satz 1 GG – nach hier vertretener Ansicht eine präsidiale Notbremse für die Notbremse erwogen werden.

---

<sup>10</sup> So *Wißmann* (Fn. 5), S. 12.

<sup>11</sup> Hierfür mit Blick auf die Ausnahmelage nachdrücklich *Wißmann* (Fn. 5), S. 2, 13.

<sup>12</sup> BT-Drs. 19/28444, S. 9.