

Notbremse für die Notbremse?

Zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite i.d.F. der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit¹

Prof. Dr. Franz Reimer

(Stand: 20.4.2021, 18:30 Uhr)

Abstract: Trotz der Verbesserung des Gesetzentwurfs durch das Verfahren trägt der Entwurf mit Blick auf den situationsblinden en-bloc-Automatismus der Maßnahmen (II.1) und das Rechtsschutzdefizit (Bundesverfassungsgericht als Eingangsstanz, II.2) ein hohes verfassungsrechtliches Risiko in sich.

I. Hintergrund

Der Entwurf von § 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 165 geltende Maßnahmen und in Abs. 6 eine Ermächtigung der Bundesregierung zu weitergehenden Maßnahmen,² ferner eine entsprechende Erweiterung des Ordnungswidrigkeitenkatalogs des § 73 Abs. 1a IfSG.³ 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“.⁴

Die Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses greift verfassungsrechtliche Kritik auf und beinhaltet, um das Bekanntgabeproblem zu lösen, eine Pflicht der zuständigen Landesbehörde zur Bekanntmachung der Schwellenwerte (§ 28b Abs. 1 Satz 3 f. IfSG-E) sowie eine Befristung der Geltung der Vorschrift durch § 28b Abs. 10 Satz 1 HS 2 IfSG-E (n.F.). Ferner sollen „Erleichterungen oder Ausnahmen“ für Geimpfte und ähnliche Personen durch Rechtsverordnung der Bundesregierung ermöglicht werden (§ 28c IfSG-E). Dennoch begegnet der Entwurf – jenseits der hier nicht behandelten Frage der Grenzen der Bundeskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG⁵ – in seiner Struktur nach wie vor erheblichen verfassungsrechtlichen (II.), legistischen (III.) und verfassungspolitischen (IV.) Bedenken.

II. Verfassungsrechtliche Bedenken

1. 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 Auswahlermessungen vor. Das ist ein politisch möglicherweise gewollter,

¹ BT-Drs. 19/28444 (Gesetzentwurf) und BT-Drs. 19/28692 v. 19.4.2021 (Beschlussempfehlung, unlektorierte Vorfassung).

² Art. 1 Nr. 2 des Gesetzentwurfs.

³ Art. 1 Nr. 3 des Gesetzentwurfs sowie Zf. 5 der Beschlussempfehlung.

⁴ BT-Drs. 19/28444, S. 11.

⁵ Hierzu *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.

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. Wann immer der Bundestag eine epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellt, greift situationsblind (ohne Abwägung) die Eingriffsmechanik. Eine solche Abstrahierung der Abwägung durch Vorausdeterminierung 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.

2. 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 erscheint auch in Phasen dramatischer Inzidenzen unverhältnismäßig, da nicht erforderlich, insoweit es auch Zusammenkünfte unter freiem Himmel unter Wahrung empfohlener Mindestabstände erfasst.

b) Die vielkritisierte und nun zeitlich und räumlich abgemilderte Ausgangssperre (Nr. 2) erscheint, da ein deutliches Mehr etwa gegenüber Abstandsgeboten oder Betretungsverboten, nach wie vor als unverhältnismäßig,⁶ auch wenn man die bezweckte Gesamtsignalwirkung der Maßnahmen (s.o. I) mit einbezieht.

c) Die kategorische Untersagung der Öffnung von Einrichtungen wie Theatern, Opern, Konzerthäuser, Bühnen und Museen (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,⁷ doch zeigt die Begründung, dass der Gesetzgeber Kunst nur unter dem Gesichtspunkt der „Einnahmeeinbußen und [...] wirtschaftlichen Belastungen“⁸ sieht.

d) Zu unbestimmt ist auch das Verbot, Speisen am „Ort des Erwerbs oder in seiner näheren Umgebung“ zu verzehren (Nr. 7 HS 5), insbesondere mit Blick auf die zweite Alternative. Unklar erscheint ferner, ob sich die daran anknüpfende Ordnungswidrigkeit des § 73 Abs. 1a Nr. 11i Alt. 2 IfSG-E („vor Ort verzehrt“) auf beide Ortsalternativen bezieht, also auch das Umgebungsverbot.

e) Verfassungsrechtlich problematisch, weil unverhältnismäßig, ist nach hier vertretener Ansicht ferner, dass auch geimpfte, getestete und vergleichbare Personen allen Beschränkungen unterliegen, solange nicht die Bundesregierung durch Rechtsverordnung nach § 28c IfSG-E mit Zustimmung von Bundestag und Bundesrat abweichende Regelungen getroffen hat. Die von der vorgeschlagenen Norm eröffnete bloße Befreiungsmöglichkeit genügt nicht, weil ihre Nutzung und damit der Grundrechtsschutz

⁶ Vgl. zu den Kriterien Niedersächsisches OVG, Beschl. v. 06.04.2021, 13 ME 166/21, Rn. 25 ff.

⁷ Vgl. Begründung, S. 13: „Öffnung“ im Sinne dieser Vorschrift bedeutet ein Zugänglichmachen der jeweiligen Einrichtung für den Publikumsverkehr.“

⁸ Begründung, S. 13.

der Betroffenen nach dem Wortlaut der vorgeschlagenen Norm vom Rechtsetzungsermessen der Bundesregierung („wird ermächtigt“), jedenfalls aber von mehreren kumulativ erforderlichen Faktoren bzw. (anders formuliert) einem separaten Verfahren abhängt. Stattdessen bedürfte es einer ex-lege-Befreiung, die hinsichtlich der konkreten Voraussetzungen durch eine Rechtsverordnungsermächtigung zugunsten der Bundesregierung ergänzt werden könnte; doch müsste (auch dies im Gegensatz zum Vorschlag des § 28c IfSG-E) eine eindeutige Pflicht der Bundesregierung zum Erlass der Rechtsverordnung statuiert werden.

3. 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 Supereingangsstanz wird.

Hinsichtlich der Rechtsverordnungen nach § 28b Abs. 6 IfSG-E ließe sich eine Normenkontrolle zum Bundesverwaltungsgericht andenken;⁹ am Rechtsschutzdefizit hinsichtlich der zahlreichen und grundrechtlich entscheidenden 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, verstecken Entwurf und Beschlussempfehlung in Abs. 10 (n.F.).
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. 4.
3. Die Anforderungen an zulässige Masken sind auch in der derzeitigen Fassung ohne klar erkennbaren Sachgrund uneinheitlich (Abs. 1 Nr. 4 lit. c, Nr. 8 und Nr. 9, Nr. 9 letzter HS, Abs. 9 Satz 2).
4. Das Homeoffice-Gebot in § 28b Abs. 7 IfSG-E ist in Satz 1 grammatisch fehlerhaft formuliert („Der Arbeitgeber hat [...] anzubieten, diese Tätigkeit in deren Wohnung auszuführen.“), in Satz 2 inhaltlich zweifelhaft, soweit an die Gründe keine Anforderungen gestellt werden („keine Gründe entgegenstehen“).

IV. Verfassungspolitische Bedenken

1. 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“¹⁰, 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

⁹ So *Wißmann* (Fn. 5), S. 12.

¹⁰ BT-Drs. 19/28444, S. 9.

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.

2. 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.

3. Die Pflicht zur unverzüglichen Bekanntmachung der Voraussetzungen durch die zuständigen Landesbehörden (§ 28b Abs. 3 Sätze 3 f. IfSG-E) ist als Verfahrensregelung zu qualifizieren, die nicht abweichungsfest ist (vgl. Art. 84 Abs. 1 GG). Die Länder könnten sie durch eigene Verfahrensregelungen konterkarieren. Wollte der Bund das Verfahren abweichungsfest machen, bedürfte § 28b IfSG-E wohl der Zustimmung des Bundesrates (Art. 84 Abs. 1 Satz 6 GG).

V. Fazit

Die Grundgedanken des angedachten § 28b und § 28c IfSG-E begegnen trotz der Verbesserungen, die das Gesetzgebungsverfahren bisher erbracht hat, nach wie vor tiefgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Dies gilt insbesondere für den abwägungslosen *en-bloc*-Automatismus (II.1) und das Rechtsschutzdefizit einschließlich der Umwandlung des Bundesverfassungsgerichts zu einer „Supereingangsinstanz“ (II.3). Insofern besteht bei Annahme eines materiellen Prüfungsrechts des Bundespräsidenten i.R.v. Art. 82 Abs. 1 Satz 1 GG das Risiko einer Ausfertigungsverweigerung oder einer Beanstandung durch das Bundesverfassungsgericht.