

An den
Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Gesundheit -
Platz der Republik 1

11011 Berlin

FAKULTÄT FÜR
RECHTSWISSENSCHAFT

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Sozialrecht und Gesundheitsrecht

Prof. Dr. Thorsten Kingreen

Telefon +49 941 943-2607

Telefax +49 941 943-3634

E-Mail: thorsten.kingreen@jura.uni-regensburg.de

Universitätsstraße 31

D-93053 Regensburg

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
19(14)323(19)
gel ESV zur öffentl. Anh. am
16.04.2021 - viertes BevSchG
16.04.2021

Regensburg, 15.04.2021

Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum

Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

(BT-Drucks. 19/28444)

I.

Mitten in einer neuen Hochphase der Pandemie stellt der Gesetzentwurf die Governance für die Schutzmaßnahmen gegen das Virus und den gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Schutzmaßnahmen grundlegend um. Das geschieht in einem Gesetzgebungsverfahren, in dem geladenen Sachverständigen nur wenige Stunden Zeit für eine schriftliche Stellungnahme für den Ausschuss für Gesundheit belassen wird.

1. Der Grundansatz **bundeseinheitlicher gesetzlicher Vorgaben für Schutzmaßnahmen** ist **zu begrüßen**. Er greift das Konzept eines **Stufenplans** auf, das die Fraktionen der FDP (BT-Drucks. 19/26536) und von Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drucks. 19/26530) bereits in der ersten Februarhälfte 2021 in die parlamentarische Beratung eingebracht haben. Bereits in meiner Stellungnahme für diesen Ausschuss vom 17.02.2021 hatte ich darauf hingewiesen, dass gesetzlich normierte Stufenpläne den Vorzug haben, „dass die zuständigen Landesbehörden schneller als bislang auf veränderte Rahmendaten, insbesondere auch auf steigende Infektionszahlen, reagieren könnten“ (Stellungnahme, S. 3). Je detaillierter die bundesgesetzlichen Regelungen sind, desto weniger bedarf es der Koordination zwischen den Ländern durch den Entscheidungsmodus der sog. Ministerpräsidentenkonferenzen (MPK), der jedenfalls in der bisherigen Form nicht weiterverfolgt werden soll. Auch das ist im Interesse der Effektivität der Gefahrenabwehr und der politischen und rechtlichen Legitimation der Schutzmaßnahmen zu begrüßen.
2. Der vorgeschlagene neue § 28b IfSG (§ 28b IfSG-E) verfolgt diesen im Prinzip sinnvollen Grundansatz aber erstens **nicht konsequent** (dazu a)). Zweitens **verschiebt er** ohne einen erkennbaren Nutzen **die bewährte horizontale und vertikale Gewaltenbalance bei der Gesetzgebung und der Verwaltung** (b)) und führt drittens zu einer **dysfunktionalen Teilung des Rechtsschutzes** (c)):
 - a) Der in der MPK vom 03.03.2021 politisch vereinbarte Stufenplan wird nur in eine Richtung, nämlich als Schließungs-, aber nicht als Öffnungsplan in das Gesetz überführt.

Das ist ein weiterer Schritt in die falsche Richtung: Schon mit § 28a IfSG war eigentlich das Ziel verfolgt worden, die mit den Schutzmaßnahmen einhergehenden tiefgreifenden Eingriffe in Grundrechte stärker parlamentarisch zu legitimieren (BT-Drucks. 19/23944). Herausgekommen ist aber das Gegenteil: Weder § 28a Abs. 3 noch § 28b IfSG-E schaffen demokratische Legitimation für Grundrechtseingriffe: Sie regeln nicht, wie das für eine Norm eines rechtsstaatlichen Gefahrenabwehrrechts üblich ist, unter welchen Voraussetzungen grundrechtliche Freiheit beschnitten werden darf, sondern wann sie beschnitten werden muss. Es wird also ein **Untermaßverbot für den Schutz** normiert, aber (mit Ausnahme der Fälle des § 28a Abs. 2 IfSG) **kein Übermaßverbot für Freiheitseingriffe**. Damit wird die eigentliche Funktion des

Parlamentarvorbehalts verfehlt, der ausreichend bestimmte Regelungen für Grundrechtseingriffe fordert (*Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II; 36. Aufl. 2020, Rn. 312 ff.).

b) Der Gesetzentwurf führt eine gänzlich neue Form der föderalen Governance ein: Ab einem Inzidenzwert von 100 folgen die Maßnahmen der Gefahrenabwehr unmittelbar aus dem Gesetz, unterhalb dieses Wertes allein und nach wie vor aus den Landes-Rechtsverordnungen, die allerdings nach § 28b Abs. 4 IfSG-E auch bei Inzidenzwerten über 100 „weitergehende Schutzmaßnahmen“ als die in § 28b Abs. 1 IfSG-E geregelten vorsehen können. Der **Mehrwert dieses dualen Pandemiebekämpfungssystems erschließt sich nicht:**

- Die Länder verlieren oberhalb eines Inzidenzwerts von 100 im Hinblick auf die in § 28b Abs. 1 IfSG-E genannten Maßnahmen ihre Verwaltungskompetenz. Damit wird die **bewährte Tradition des deutschen Vollzugsföderalismus mit zentraler Rechtsetzung und dezentraler bürgernahe Ausführung von Gesetzen (Art. 83 GG)** in einer in der Geschichte des Grundgesetzes einzigartigen Weise **durchbrochen**. Weder die Landesregierungen noch die örtlichen Behörden können noch regionale oder lokale Besonderheiten berücksichtigen. Sie tragen dadurch auch die Folgen von Entscheidungen, die sie nicht selbst fällen. Beispielsweise entscheiden sie nicht mehr über Schulschließungen (§ 28b Abs. 3 IfSG-E), müssen aber als Zahlungsverpflichtete nach § 66 Abs. 1 IfSG die aufgrund der Schulschließungen entstehenden Entschädigungszahlungen übernehmen.
- Mit der föderal-vertikalen **verschiebt sich auch die horizontale Gewaltenbalance zwischen Legislative und Exekutive**. Es stellt einen unter dem Aspekt der **Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG)** **fragwürdigen Formenmissbrauch** dar, wenn ihrer Natur nach exekutive Maßnahmen der Gefahrenabwehr als Maßnahmegesetz erlassen werden. Das hat **Folgen auch für den Rechtsschutz**, dazu unten c).
- Die Regelung führt zu einem weiteren **Verlust an Rechtssicherheit** und damit auch Normvertrauen: Schon jetzt klagen Normadressaten verbreitet darüber, dass sie nicht mehr wissen, welche Regeln gerade gelten. Der Gesetzentwurf verschärft dieses Problem, weil nunmehr zwei einander zum Teil überschneidende

Regelungsregime gelten, die über den volatilen Inzidenzwert nur sehr notdürftig voneinander abgrenzbar sind. Wegen der Möglichkeit der Länder, weitergehende Schutzmaßnahmen zu erlassen (§ 28b Abs.4 IfSG-E), wird zudem selbst oberhalb eines Inzidenzwertes von 100 das politische Ziel bundeseinheitlicher Regelungen nicht erreicht.

- Das **Verhältnis zwischen § 28b Abs. 1 IfSG-E und § 28a Abs. 3 IfSG** wirkt **wegen der unterschiedlichen Inzidenzwerte** merkwürdig unabgestimmt. Nach § 28a Abs. 3 S. 5 müssen die Landesregierungen bei Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen „umfassende Schutzmaßnahmen“ ergreifen, die eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten lassen und bei einer Überschreitung eines Schwellenwertes von über 35 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen „breit angelegte Schutzmaßnahmen“ ergreifen, die eine schnelle Abschwächung des Infektionsgeschehens erwarten lassen (§ 28a Abs. 3 S. 6 IfSG). Was aber unterscheidet diese „umfassenden“ bzw. breit angelegten Schutzmaßnahmen“ von den nun gesetzlich in § 28b Abs. 1 IfSG festgelegten Schutzmaßnahmen?

c) Die Neuregelung führt zu einer **problematischen Zweiteilung beim Rechtsschutz**:

- §28b Abs. 1 IfSG ist „**self-executing**“, bedarf also keiner Umsetzung mehr durch die Länder. Gegen die in § 28b Abs. 1 aufgeführten, ab einem Inzidenzwert von 100 greifenden gesetzlichen Gefahrenabwehrmaßnahmen können Normadressaten nur noch Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht einlegen; der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz entfällt. Es ist zumindest verfassungspolitisch fragwürdig, das **Bundesverfassungsgericht** zur **ersten Instanz** gegen ihrer Natur nach exekutive Maßnahmen der Gefahrenabwehr zu erklären. Ihm wird damit der **Spagat aufgebürdet, entweder aus Gründen der Staatsräson auch Fragwürdiges durchwinken zu müssen oder mit einer stattgebenden Verfassungsbeschwerde die politische Legitimation der Schutzmaßnahmen insgesamt auszuhöhlen.**

- Es lassen sich auch **verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Entziehung des fachgerichtlichen Rechtsschutzes** formulieren: Das Bundesverfassungsgericht hat zu Art. 14 Abs. 3 GG festgehalten, dass eine Administrativenteignung gegenüber einer Legalenteignung das mildere Mittel ist, weil sie mehr Rechtsschutzmöglichkeiten bietet. Es hat daher gesagt, dass eine Legislativenteignung nur zulässig ist, wenn die Administrativenteignung „mit erheblichen Nachteilen für das Gemeinwohl verbunden wäre, denen nur durch eine gesetzliche Regelung begegnet werden kann“ (BVerfGE 95, 1/22). Das ist aber nicht der Fall, weil es eine einfacher Regelungsmöglichkeit gibt, mit der das Ziel einer bundeseinheitlichen „Notbremse“ ebenso erreicht werden kann, s. unten 3.
- **Einwände gegen die erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts greifen nicht durch:** Im Hinblick auf die Maßnahmen nach § 28b Abs. 1 IfSG-E bleibt zwar theoretisch der durch die Amtsgerichte gewährte Rechtsschutz gegen Bußgeldbescheide möglich. In der Praxis wird das aber keine Bedeutung haben. Es kann nämlich unmittelbar Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz erhoben werden, weil es den Normadressaten nicht zumutbar ist, sich erst ordnungswidrig verhalten zu müssen, bevor verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz möglich ist (BVerfGE 81, 70/82f.). Schon bislang spielt die amtsgerichtliche Rechtsprechung eine nur untergeordnete Rolle, weil die Klagen fast durchweg von Personen erhoben werden, die sich noch gar nicht ordnungswidrig verhalten haben.
– Eine aktuell im politischen Raum kolportierte, vor den Verwaltungsgerichten zu erhebende „negative Feststellungsklage“, die darauf gerichtet ist, kein Normadressat zu sein, ist schon gar nicht zulässig. Denn eine Feststellungsklage kann sich nicht auf die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm beziehen, sondern nur auf „die Feststellung des Bestehens bzw. Nichtbestehens von sich aus der Norm für den Kläger ergebenden Rechten und Pflichten im konkreten Fall“ (*Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 18 Rn. 8). Anderenfalls würde die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von exekutiven Einzelfallentscheidungen zu einer allein dem Bundesverfassungsgericht obliegenden Verfassungskontrolle von Parliamentsgesetzen umfunktioniert werden.

- Hingegen gelten unterhalb des Inzidenzwertes von 100 weiterhin die Landesrechtsverordnungen und damit der Rechtsschutz vor den Oberverwaltungsgerichte. Diese blieben auch oberhalb eines Inzidenzwertes von 100 für „weitergehende Schutzmaßnahmen“ der Länder i.S.v. § 28b Abs. 4 IfSG-E zuständig. Das führt zu **erheblichen praktischen Schwierigkeiten beim Rechtsweg**. Wegen der Volatilität der Inzidenzwerte können Klagen vor den Oberverwaltungsgerichten nach Klageerhebung unzulässig werden, weil der Inzidenzwert unterdessen die Grenze von 100 überschritten hat und umgekehrt vor dem Bundesverfassungsgericht unzulässig werden, wenn der Inzidenzwert nach Klageerhebung wieder unter 100 sinkt. Noch komplizierter wird es, wenn neben die gesetzlichen „weitergehende Schutzmaßnahmen der Länder“ treten. Wo müsste ein in einem Landkreis mit einem Inzidenzwert über 100 lebender Bürger klagen, wenn in seinem Bundesland strengere Regelungen für private Zusammenkünfte, Ausgangsbeschränkungen oder die für den einzelnen Kunden zugelassene Verkaufsfläche gelten als sie in § 28b Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4.b. festgelegt sind? Das zuständige Oberverwaltungsgericht wäre jedenfalls nicht befugt, die partiell auf Parlamentsrecht beruhenden Regelungen für verfassungswidrig zu erklären; umgekehrt wäre das Bundesverfassungsgericht nicht für den unmittelbaren Rechtsschutz gegen Landesrechtsverordnungen zuständig.

3. **Reformvorschlag:** Die unter 2. b) und c) aufgeführten Verwerfungen ließen sich vermeiden, ohne das Ziel bundeseinheitlicher Vorgaben und damit der Effektivität der Gefahrenabwehr aufzugeben. Die in § 28b Abs. 1 IfSG aufgeführten Maßnahmen wären nicht wie bislang („gelten [...] die folgenden Maßnahmen“) als „self-executing“ zu formulieren, sondern als **an die zuständigen Landesbehörden gerichtete Verpflichtung, in ihren Rechtsverordnungen vorzusehen, dass bei einer Überschreitung des Inzidenzwertes von 100 die in der Aufzählung genannten Maßnahmen ergriffen werden müssen**. Damit würde insbesondere erreicht werden, dass sich die Schutzmaßnahmen einheitlich und inzidenzwertunabhängig allein aus den Rechtsverordnungen ergeben und der Rechtsschutz wieder einheitlich durch die Oberverwaltungsgerichte gewährleistet werden würde.

II.

Angesichts der knappen zur Verfügung stehenden Zeit kann auf die Problematik vieler Einzelregelungen nur noch exemplarisch und cursorisch eingegangen werden:

1. Grundsätzlich problematisch ist die durchgängige **Gleichsetzung der Kontakte in geschlossenen Räumen und unter freiem Himmel**. Es ist in den zuständigen Fachwissenschaften nicht bestritten, dass der ganz überwiegende Teil der Ansteckungen in geschlossenen Räumen erfolgt.

a) Vor diesem Hintergrund werfen die in § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG-E vorgesehenen **nächtlichen Ausgangssperren** diverse verfassungsrechtliche Fragen auf, die angesichts der knappen Zeit nur angerissen werden können:

- Der Gesetzentwurf selbst (vgl. § 28b Abs. 9 IfSG-E) geht davon aus, dass Ausgangssperren in die **Freiheit der Person** (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) eingreift. Es handelt sich um Freiheitsbeschränkungen i.S.v. Art. 104 Abs. 1 GG, für die spezielle Verfahrensregelungen vorgesehen sein müssen, die hier gänzlich fehlen. Zudem sind Eingriffe nach Art. 104 Abs.1 GG nur „auf Grund“ eines Gesetzes und nicht unmittelbar durch Gesetz zulässig (*Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 104 Rn. 3: „Eine Einschränkung unmittelbar durch Gesetz ist ausgeschlossen“).
- Unabhängig davon besteht für nächtliche Ausgangssperren zudem **erheblicher Rechtfertigungsbedarf**, weil sie ausgerechnet den Aufenthalt unter freiem Himmel verbieten, übrigens ohne erklären zu können, warum dieser Aufenthalt vor 21.00 infektionsschutzrechtlich ungefährlicher ist als danach. Insbesondere in den Sommermonaten ist eine Begrenzung am Abend auf 21.00, also noch bei Tageslicht, geradezu lebensfremd. Er zwingt Menschen an warmen Sommerabenden in enge Wohnungen anstatt ihnen den Aufenthalt an der frischen Luft zu ermöglichen.
- Es ist also schon fraglich, ob Ausgangsbeschränkungen überhaupt geeignet sind, einen Beitrag zur Pandemiebekämpfung zu leisten. Der Gesetzentwurf greift insoweit eher selektiv drei Einzelstudien heraus (BT-Drucks. 19/28444, 12), die ih-

rerseits nicht unumstritten sind, weil sich die Effekte eher vermuten denn wirklich belegen lassen und auch in erheblichem Maße durch soziale Konventionen und Gewohnheiten beeinflusst sind. Selbst diese drei Studien stellen nämlich nur fest, dass Ausgangssperren **allenfalls einen moderaten, möglicherweise sogar gar keinen Effekt auf das Infektionsgeschehen** haben.

- Die verfassungsrechtlichen Bedenken werden noch gravierender, wenn man berücksichtigt, dass die Ausgangssperren **allein an den problematischen Inzidenzwert anknüpfen** (dazu 2.) und zudem **selbst für vollständig geimpfte Personen gelten sollen** (s. unten 3).
- Insgesamt muss sich der Gesetzentwurf bezogen auf die Ausgangssperren die politisch-taktische Frage gefallen lassen, **warum er ein so hohes verfassungsrechtliches Risiko für eine Maßnahme eingehen will, die ohnehin keinen Eckpfeiler der Pandemiebekämpfung darstellt.**

b) Insbesondere vor dem Hintergrund der nahenden wärmeren Jahreszeit sind **gesetzliche Differenzierungen zwischen dem Aufenthalt in geschlossenen Räumen und unter freiem Himmel insgesamt und durchgängig angezeigt**, insbesondere auch für **private Zusammenkünfte**. Maßnahmen sollten gerade im Frühling und Sommer darauf abzielen, die Menschen zu motivieren, sich nur draußen zu treffen. Die bislang vorgesehenen Regelungen bewirken genau das Gegenteil: Wer in einer Stadt oder einem Landkreis mit einem Inzidenzwert über 100 beide Elternteile oder die nicht im eigenen Haushalt lebenden Kinder gleichzeitig sehen möchte, wird dies in geschlossenen Räumen, um nicht entdeckt zu werden. Sinnvoll wären hingegen gelockerte Kontaktbeschränkungen, die diese Treffen im Freien ermöglichen, in geschlossenen Räumen hingegen verbieten.

2. Fragwürdig ist es zudem, dass nach § 28b Abs. 1 IfSG-E **allein der Inzidenzwert** die bundesunmittelbaren gesetzlichen Gefahrenabwehrmaßnahmen auslösen soll. Das ist ein Unterschied zur für die Landesrechtsverordnungen maßgeblichen Regelung in § 28a Abs. 3 S. 4 IfSG-E, wonach der Inzidenzwert die zwar wichtigste, aber nicht die einzige Richtgröße („insbesondere“) sein soll. Auf die von den Wissenschaftlichen Diensten des Deutschen Bundestages (Zum Inzidenzwert als Grundlage für Maßnahmen zur Gefahrenab-

wehr der Corona-Pandemie, WD3-3000-046/21 v. 19.03.2021) zusammengetragenen rechtlichen Bedenken gegen die alleinige Maßstäblichkeit des Inzidenzwertes kann hier nur verwiesen werden. Ergänzend sei auf Folgendes hingewiesen:

- Die **Ungeeignetheit des Inzidenzwerts** erweist sich gerade in der **aktuellen Zuspitzung im Bereich der Intensivversorgung**. Obwohl die Inzidenzwerte vor Ostern deutlich unter denjenigen vor Weihnachten lagen, ist die Situation zumindest ähnlich dramatisch, wenn nicht möglicherweise noch schlimmer. Das liegt nach weitgehend übereinstimmender Einschätzung daran, dass die Patient:innen auf den Intensivstationen immer jünger werden und dort wesentlich länger verbleiben als noch im vergangenen Jahr als vorwiegend ältere Menschen betroffen waren. Für die Auslastung der Kapazitäten kann also eine Inzidenz von etwa 130 (zu Ostern) wesentlich herausfordernder sein als eine solche von 200 (kurz vor Weihnachten). Die vergleichsweise niedrigen Inzidenzwerte haben zu einer Scheinsicherheit geführt, die das im März zu zögerliche politische Regime erklärt, aber nicht rechtfertigt.
- Exemplarisch zeigt der Streit um die Inzidenzwerte zudem einmal mehr, dass nach wie vor politisch und rechtlich unklar ist, in welchem **Verhältnis das Anliegen des Schutzes der individuellen Gesundheit zum Ziel steht, die öffentliche Gesundheitsinfrastruktur zu schützen**.
- In dem neuartigen, unter 2. skizzierten und kritisieren Regelungskonzept kann die Maßgeblichkeit des Inzidenzwerts **kontraproduktive Effekte** haben. Die Länder könnten beispielsweise als „weitergehende Schutzmaßnahmen“ i.S.v. § 28b Abs. 4 IfSG-E Testpflichten an Schulen vorsehen, die über die zweimal wöchentlichen Tests hinausgehen. Mehr Tests dienen auch dazu, mehr Infektionen frühzeitig zu entdecken, um die Verbreitung des Virus zu verhindern. Diese also epidemiologisch grundsätzlich sinnvolle Maßnahme wird aber politisch unattraktiv, weil mit ihr auch die Inzidenzwerte steigen und damit die Wahrscheinlichkeit, unter die bundesgesetzlichen Beschränkungen in § 28b Abs. 1 IfSG-E zu fallen. Warum soll man die Kinder in den Schulen jeden Tag testen, wenn das dazu führt, dass die Schwimmbäder, in denen die Kinder das Schwimmen lernen sollen, auch dadurch wieder geschlossen werden?

- Schließlich stellen sich Fragen der **rechtsstaatlichen Bestimmtheit**, denn anders als bei den Landes-Rechtsverordnungen gibt es in § 28b Abs. 1 IfSG-E keine Regelung zur Bekanntmachung der Überschreitung des Inzidenzwertes von 100. Der Gesetzgeber geht also offenbar davon aus, dass sich die Bürger:innen selbst über den gerade aktuellen Inzidenzwert informieren.

Empfehlung: Es sollte das Verfahren (etwa : Publikation im digitalen Amtsblatt und auf der Website der Gemeinde) für die Bekanntmachung der Über- und Unterschreitung des Inzidenzwertes geregelt werden.

3. § 28b Abs. 5 S. 2 IfSG stellt **Erleichterungen und Ausnahmen für Personen, bei denen von einer Immunisierung auszugehen ist** oder die getestet sind, in das Ermessen der Bundesregierung, die dazu eine Rechtsverordnung erlassen können soll.

a) Die Regelung ist **inkonsistent** und **verfassungsrechtlich nicht haltbar**:

- Sie wirft zunächst die Frage auf, ob diese Erleichterungen und Ausnahmen **nur bei Inzidenzwerten über 100 möglich sein sollen** (was offensichtlich sinnwidrig wäre). Dafür spricht aber der Bezug in § 28b Abs. 5 S. 2 IfSG („Solche Rechtsverordnungen“). Dagegen könnte man zwar einwenden, dass nach der allgemeinen Regelungssystematik unterhalb einer Inzidenz von 100 ohnehin weiterhin die Länder vollumfänglich regelungsbefugt sein sollen. Wenn diese aber auch Erleichterungen und Ausnahmen sollen regeln können, müsste aus systematischen Gründen auch für die Landes-Rechtsverordnungen eine entsprechende Regelung geschaffen werden. Sonst könnte eine systematische Auslegung (Umkehrschluss) ergeben, dass nur der Bund Erleichterungen vorsehen darf, und das eben nur bei Inzidenzwerten über 100. Denn „Erleichterungen oder Ausnahmen“ für Geimpfte lassen sich nicht unter „weitergehende Schutzmaßnahmen“ i.S.v. § 28b Abs. 4 IfSG subsumieren.
- **Freiheitsrechte für Personen, bei denen von einer Immunisierung auszugehen ist, können aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in exekutives Ermessen gestellt werden.** Sie gelten. Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen sowie Quarantäne-Regelungen für Geimpfte sind verfassungswidrig, solange es bei der Einschätzung namentlich des RKI bleibt, dass Geimpfte mit hoher Wahrscheinlichkeit

nicht mehr infektiös sind (www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/spahn-impfung-freiheit-101.html).

b) Regelungsvorschläge:

- Die Regelung zu § 28b Abs. 5 S. 2 IfSG sollte im Hinblick auf Personen, bei denen Immunität vermutet werden darf, gestrichen werden.
- In § 2 IfSG [Begriffsbestimmungen] sollten in den für das Gesetz relevanten Personenkreis in Nr. 7a „Immune“ aufgenommen und definiert werden.
- In einem neuen § 28 Abs. 2 IfSG wäre dann allgemein und nach dem Vorbild der polizei- und ordnungsrechtlichen Bestimmungen über Nichtverantwortliche/Nichtstörer zu regeln, dass Maßnahmen gegen Immune nur ergriffen werden können, wenn die Infektionsgefahren ohne deren Inanspruchnahme nicht abgewehrt werden können. Auf dieser Grundlage könnten dann die Landes-Rechtsverordnungen jeweils vorsehen, welche Maßnahmen auch für Immune gelten.

III.

Der Gesetzentwurf verfolgt ein legitimes Anliegen bundesweit maßgeblicher Vorgaben für infektionsschutzrechtliche Schutzmaßnahmen.

Aber er verknüpft eine fragwürdige und zum Teil dysfunktionale konzeptionelle Neuausrichtung der Governance-Strukturen der Pandemiebekämpfung mit einem inhaltlichen Regelungskonzept, das sich von den bisherigen Bestimmungen in den Landes-Rechtsverordnungen überhaupt nicht substantiell unterscheidet. Er präsentiert den gleichen Katalog an Schutzmaßnahmen, die aufgrund der Landes-Rechtsverordnungen auch schon galten und wirkten, als die Inzidenzzahlen etwa ab dem 19.02.2021 (im sog. „harten Lockdown“) aufgrund der erheblich gefährlicheren Mutation wieder anzogen, obwohl die Schutzmaßnahmen zu diesem Zeitpunkt noch nicht gelockert worden waren. Was genau hart bzw. was im Vergleich zum Status quo an dem Lockdown härter sein soll, der mit Inkrafttreten des Gesetzes gelten soll, bleibt in der gesamten Debatte merkwürdig diffus.

Auch nach vier Monaten Impfkampagne fehlt es zudem an einem erkennbaren Konzept für den grundrechtlichen Status Geimpfter.

Insgesamt wirft der Gesetzentwurf damit diverse neue Probleme auf, ohne die bestehenden Herausforderungen anzugehen.

Prof. Dr. Thorsten Kingreen