Die Konstruktionsfehler des § 28a IfSG

Warum die zentrale Norm der Epidemiebekämpfung überarbeitet werden muss

Andrea Kießling

04.08.2021 doi: 10.17176/20210804-140037-0

Die aktuellen flächendeckenden Corona-Bekämpfungsmaßnahmen wie Maskenpflicht, Abstandsgebote und Beschränkungen bei Veranstaltungen werden fast alle auf den im November 2020 ins IfSG eingefügten § 28a gestützt. Eine Ausnahme bilden allein die Maßnahmen für Reiserückkehrer, für die der Bund nach § 36 Abs. 8ff. IfSG zuständig ist. § 28a IfSG wurde in einer Situation konzipiert, die in vielen Punkten nicht mehr mit der jetzigen vergleichbar ist. Für die weitere Epidemiebekämpfung im Spätsommer und im Herbst muss § 28a IfSG dringend überarbeitet werden.

Ausgangslage im November 2020

Von März bis November 2020 wurden die flächendeckenden Epidemiebekämpfungsmaßnahmen der Bundesländer auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 IfSG gestützt. Mit Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz war das nicht vereinbar war und erforderte eine Nachbesserung des IfSG, die mit dem neu geschaffenen § 28a IfSG im November 2020 durch das 3. Bevölkerungsschutzgesetz kam. Die Vorschrift zählt in Abs. 1 verschiedene Schutzmaßnahmen auf, die bis dahin zur Bekämpfung der Epidemie eingesetzt worden waren und nach wie vor eingesetzt werden. Neuere Maßnahmen – wie der Einsatz verpflichtender Schnelltests vor Besuch einer Veranstaltung etc. – fallen unter die in § 28a Abs. 1 IfSG erwähnten „Beschränkungen".

Bei der Frage, an welchem Ziel sich die Maßnahmen zu orientieren haben und bei welchem Infektionsgeschehen welche Maßnahmen zum Einsatz kommen sollen, ist der § 28a IfSG nun auf eine Situation zugeschnitten, die in dieser Weise nicht mehr besteht. Die Norm ist an einigen Stellen zu detailreich (etwa bei der Nennung konkreter Inzidenzwerte), an anderen zu unbestimmt (etwa bei der Nennung der Ziele und den Maßnahmen im Bildungsbereich). Im November 2020 waren einerseits noch keine – besonders ansteckenden – Virusvarianten in Deutschland verbreitet, andererseits gab es noch keine zugelassenen Impfstoffe. Schwere Erkrankungen waren insbesondere innerhalb der älteren und/oder vorerkrankten Bevölkerung zu beobachten (den sogenannten Risikogruppen).

Was machen wir mit den Erkenntnissen zu Long Covid?

Das vorherrschende Ziel aller Maßnahmen war es – so hörte man es jedenfalls seitens der Politik –, die Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden. § 28a Abs. 3 S. 1 1. Hs IfSG gibt deswegen als Ziel von Schutzmaßnahmen vor, dass diese sich „insbesondere an dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems auszurichten" haben. Was der Gesetzgeber konkret mit dem „Schutz von Leben und Gesundheit" meinte, blieb zwar im Unklaren – das gesamte IfSG dient schließlich diesem Ziel –, konnte aber letztlich so lange dahinstehen, wie die Intensivstationen bzw. die Krankenhäuser an der Überlastungsgrenze arbeiteten und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems geschützt werden musste. Mittlerweile hat sich die Lage in den Krankenhäusern jedoch entspannt. Angesichts der aktuellen (und hoffentlich weiter steigenden) Durchimpfungsrate insbesondere in den älteren Bevölkerungsgruppen wird eine Überlastung der Intensivstationen auch bei dem aktuell steigenden Inzidenzwert nicht mehr so schnell drohen wie noch im Frühjahr dieses Jahres. Spätestens jetzt zeigt sich, wie unklar das Ziel der Corona-Schutzmaßnahmen immer war (siehe dazu schon Volkmann).

Solange die Intensivstationen überlastet waren, konnte man dieser Frage noch ausweichen, jetzt muss die Politik aber präzisieren. Sie muss sich der Frage

stellen, welche Bedeutung dem ersten der zwei in Abs. 3 S. 1 genannten Ziele zukommt: dem „Schutz von Leben und Gesundheit“. Wiederholt diese Formulierung nur das allgemeine Ziel des § 1 IfSG oder stellt sie ein eigenständiges Ziel dar? Der Gesetzgeber hat die Bedeutung dieser Formulierung im Gesetzgebungsverfahren offengelassen; auch die Literatur hält sich erstaunlich bedeckt bei der Interpretation. Gemeint ist mit der Formulierung sicher nicht, dass jede Infektion verhindert werden soll (auch wenn dies vereinzelt anklingt). Es lässt sich gut vertreten, Abs. 3 S. 1 1. Var. so auszulegen, dass auch der Schutz vor Langzeitfolgen wie Long Covid legitimes Ziel der Epidemiebekämpfung ist. Nicht gesagt ist damit aber, welche Art von Maßnahmen gerechtfertigt wären, um dieses Ziel zu erreichen, und wie man Maßnahmekonzepte darauf ausrichtet.

Kontaktnachverfolgung und Delta-Variante

Dass § 28a IfSG im Herbst 2020 konzipiert wurde, zeigt sich auch an den Schwellenwerten, die Abs. 3 in S. 5 und 6 als maßgeblich für die zu treffenden Schutzmaßnahmen nennt:

> *„Bei Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen sind umfassende Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten lassen. Bei Überschreitung eines Schwellenwertes von über 35 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen sind breit angelegte Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die eine schnelle Abschwächung des Infektionsgeschehens erwarten lassen.“*

Die in § 28a Abs. 3 genannten Schwellenwerte von 35 und 50 wurden im Herbst 2020 oft als Kapazitätsgrenze für die Gesundheitsämter genannt, die Kontakte von Infizierten nachverfolgen zu können, auch wenn immer wieder bezweifelt wurde, dass bei solchen (wohl zu hoch angesetzten) Werten die Kontaktnachverfolgung im notwendigen Umfang gelingt. Betrachtet man nun die erhöhte Ansteckungsrate der Delta-Variante im Vergleich zum Wildtyp des Virus, kann man wohl unterstellen, dass sie die Kontaktnachverfolgung weiter erschwert. Das spräche für eine Absenkung der Grenzwerte in Abs. 3. Die Berücksichtigung „ansteckendere[r], das Gesundheitssystem stärker belastende Virusvarianten“ wird in Abs. 3 S. 1 2. Hs. ausdrücklich als Möglichkeit bei der Aufstellung von Schutzkonzepten genannt, wenn auch im Zusammenhang mit dem Ziel und nicht dem Maßstab der Maßnahmen – die genaue Bedeutung innerhalb der Norm ist hier unklar. Letztlich bleibt der Zusammenhang von Kontaktnachverfolgungskapazitäten und Grenzwerten in § 28a unbestimmt, denn er zeigt sich nicht im Gesetz selbst: § 28a IfSG nennt die effektive Kontaktnachverfolgung nicht als Ziel der Maßnahmen (vgl. zu einem solchen Vorschlag hier [Anhang S. 2, 9]), die Kontaktdatenerfassungspflicht bei Veranstaltungen und in der Gastronomie etc. wird lediglich als mögliche Schutzmaßnahme in § 28a Abs. 1 Nr. 17 aufgeführt.

Ist 200 das neue 50?

Damit tritt eine andere Bedeutung des Inzidenzwerts in den Vordergrund: die eines Frühindikators für Hospitalisierungen und die Auslastung der Intensivstationen. So konnte man bis vor Kurzem an der Entwicklung des Inzidenzwerts mit einem gewissen zeitlichen Vorlauf abschätzen, wie sich die Zahlen in den Krankenhäusern entwickeln würden. Mit steigender Impfquote verliert der Inzidenzwert jedoch in dieser Hinsicht an Bedeutung; wegen der Quote der Vollgeimpften von insgesamt ca. 53% und innerhalb der Gruppe der über 60-Jährigen von ca. 80% hat sich die Hospitalisierungsrate in einem gewissen Umfang vom Inzidenzwert entkoppelt.

Wie mit der steigenden Durchimpfungsquote umzugehen ist, lässt § 28a offen. Liest man § 28a Abs. 3 S. 6 IfSG isoliert, müssten die Bundesländer bzw. Kommunen, die nach dem Fall der Infektionszahlen im Mai und Juni mittlerweile wieder über der Schwelle von 35 liegen, mit Schutzmaßnahmen gegensteuern. Berücksichtigt man hingegen gleichzeitig das in § 28a Abs. 3 S. 1 genannte Ziel, die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu schützen, zwingt das Überschreiten des Grenzwertes von 35 noch nicht sofort

zum Eingreifen. Hierauf ist die Norm aber nicht wirklich ausgelegt, zumal dabei die Frage offenbliebe, inwiefern das Ziel der Verhinderung von Long Covid berücksichtigt werden müsste (s.o.). Auch abgesehen vom Ziel der Maßnahmen bleibt das weitere Vorgehen unklar: Zwar ist in Abs. 3 S. 4 die Rede davon, dass der Inzidenzwert nur „insbesondere" der Maßstab für das Ergreifen von Schutzmaßnahmen ist; anders lesen sich aber die Sätze 5 und 6. Auch andere zu berücksichtigende Kriterien werden in der Norm nicht genannt. Nur für die „Prüfung der Aufhebung oder Einschränkung der Schutzmaßnahmen" sind nach S. 12 seit März 2021 „insbesondere auch die Anzahl der gegen COVID-19 geimpften Personen und die zeitabhängige Reproduktionszahl zu berücksichtigen". Wie genau eine solche Prüfung aussehen soll bzw. wie man die verschiedenen Kriterien verarbeitet (und warum diese Kriterien nicht auch beim Ergreifen von Schutzmaßnahmen eine Rolle spielen sollten), lässt die Norm offen.

Man könnte nun überlegen, ganz auf den 7-Tages-Inzidenzwert in § 28a zu verzichten, wie es bereits im November 2020 einige forderten. Man kann den Inzidenzwert als Maßstab mit guten Gründen kritisieren (insbesondere weil er nicht ins Verhältnis zur absoluten Zahl durchgeführter Tests gesetzt wird), das soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Entscheidend ist: Will man am Inzidenzwert als Frühwarnsystem festhalten (dazu hier), muss man die neuen Schwellenwerte, die den Staat zum Handeln verpflichten sollen – Jens Spahn z.B. sieht einen Inzidenzwert von 200 als „das neue 50" –, in § 28a Abs. 3 IfSG verankern (allgemein zur Notwendigkeit der Änderung der Schwellenwerte gestern auch das OVG Lüneburg). Entsprechendes gilt für die Hospitalisierungsrate, will man sie in Zukunft als gleichrangige Kenngröße heranziehen (dazu hier, kritisch hier).

Und die Kinder?

Ein weiterer Konstruktionsfehler des § 28a liegt darin, dass er die Situation der Kinder nicht in angemessener Weise berücksichtigt. Erstaunlicherweise werden Schulschließungen sowie Beschränkungen im Unterricht bloß in Nr. 16 im Katalog des Abs. 1 erwähnt (man vergleiche im Gegensatz dazu die ausführliche Regelung der Bundesnotbremse in § 28b Abs. 3 IfSG) und nicht den erhöhten Anforderungen des § 28a Abs. 2 unterstellt: Während nächtliche Ausgangssperren und Gottesdienstverbote nur nachrangig gegenüber anderen Schutzmaßnahmen ergriffen werden dürfen, stehen Beschränkungen in Schulen vom Wortlaut der Norm her auf der gleichen Stufe wie Maskenpflicht und Abstandsgebote; auch Abs. 6, der zur Berücksichtigung bestimmter Belange zwingt, greift den Bildungsbereich nicht gesondert auf.

Hinzu kommt nun, dass es für Schüler*innen unter 12 Jahren in den nächsten Monaten keine Impfung geben wird. Das bedeutet zum einen, dass diese Personengruppe nicht in dem Maße auf Eigenverantwortung verwiesen werden kann, wie dies bei Erwachsenen der Fall ist, die sich z.B. nicht impfen lassen wollen. Zum anderen sinkt das allgemeine Ansteckungsrisiko in Schule und Kita nicht, weil sich dort mit Ausnahme des Personals keine Geimpften befinden. Dementsprechend sind die Inzidenzwerte in dieser Altersgruppe aktuell höher als im Rest der Bevölkerung. Man könnte überlegen, deswegen eigene Schwellenwerte für Schulen und Kitas in das Gesetz aufzunehmen (vgl. z.B. hier). Man muss aber auch gleichzeitig berücksichtigen, dass Kinder in der Regel weniger schwer erkranken als Erwachsene. Es bedarf jedenfalls einer Risikoabwägung (die die Erkenntnisse über mögliche schwere Erkrankungen und längere Einschränkungen bei Kindern einbezieht), die in keiner Weise in § 28a angelegt ist und in angemessener Weise die möglichen und notwendigen Schutzmaßnahmen – auch im Verhältnis zu Maßnahmen für die ungeimpfte, erwachsene Bevölkerung – aufführt.

Maskenpflicht bei niedrigen Fallzahlen?

Sollte die Durchimpfungsquote innerhalb der erwachsenen Bevölkerung so stark ansteigen, dass die Fallzahlen wieder wie im Mai und Juni dieses Jahres nachhaltig sinken, wird sich die Frage stellen, in welchem Umfang Schutzmaßnahmen noch erforderlich sind, um die Kinder zu schützen, bis diese geimpft werden können, soweit sie (bzw. ihre Eltern) es wollen. Bereits im Juni waren wir in Deutschland in der Situation, dass

die Fallzahlen sehr niedrig waren, insbesondere die Maskenpflicht aber als weiterhin erforderlich angesehen wurde. Wenn man den Begriff der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ an die befürchtete Überlastung des Gesundheitssystems koppelt (vgl. aber die Definition des § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG, die auch anders verstanden werden kann), kann man in einer solchen Situation anzweifeln, dass überhaupt noch eine epidemische Lage in diesem Sinne besteht; der Bundestag dürfte dann eine solche nicht feststellen bzw. seine Feststellung verlängern. Für die Anordnung der Maskenpflicht bedeutete dies, dass es für sie keine Rechtsgrundlage mehr gäbe, da § 28a Abs. 1 IfSG die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag gem. § 5 Abs. 1 IfSG voraussetzt. (Die Generalklausel des § 28 Abs. 1 IfSG heranzuziehen, käme in einer solchen Situation nicht in Betracht, will man nicht das System der §§ 28ff. IfSG aushebeln.) Es empfiehlt sich deswegen, in § 28a IfSG zwischen verschiedenen Kategorien von Schutzmaßnahmen zu trennen und z.B. die Maskenpflicht und Abstandsgebote nicht mehr an die Feststellung der epidemischen Lage zu koppeln.

Dringender Diskussionsbedarf

§ 28a IfSG wurde in einer ganz bestimmten Situation konzipiert, die aus verschiedenen Gründen nicht mehr dem aktuellen Stand entspricht. Eine Antwort auf die Frage, welche Maßnahmen bei welchem Infektionsgeschehen gegenüber welchen Bevölkerungsgruppen (geimpfte Erwachsene, ungeimpfte Erwachsene, Kinder) bei steigender Durchimpfungsquote, niedriger Auslastung des Gesundheitssystems, aber ansteckenderen Virusvarianten und vermehrten Erkenntnissen zu Langzeitschäden ergriffen werden müssen bzw. dürfen, hält § 28a nicht bereit. Die Probleme konnten hier nur angerissen werden, sie bedürfen dringend einer Diskussion.

AUTOR*IN

Andrea Kießling
Andrea Kießling ist Professorin für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Migrationsrecht an der Goethe-Universität Frankfurt.

EMPFOHLENE ZITATION
Kießling, Andrea: Die Konstruktionsfehler des § 28a IfSG: Warum die zentrale Norm der Epidemiebekämpfung überarbeitet werden muss, Verfassungsblog, 04.08.2021, doi: 10.17176/20210804-140037-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20210804-140037-0.