

**Gutachterliche Stellungnahme
zu einigen Rechtsfragen in Zusammenhang
mit § 28b des Infektionsschutzgesetzes**

I. Gutachtauftrag

Auf Wunsch des Ältestenrats hat der Präsident des Abgeordnetenhauses den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst mit der Erstellung eines Gutachtens zu den Auswirkungen des § 28b des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) auf den Landesgesetz- bzw. Landesverordnungsgeber beauftragt. Im Einzelnen sind folgende Fragen zu prüfen:

1. Können bei einer Inzidenz von unter 100 Maßnahmen angeordnet werden, die über die in der Notbremse in § 28b IfSG festgelegten Maßnahmen hinausgehen?
2. Sind bei einer Inzidenz von über 100 Maßnahmen, die über die in § 28b IfSG festgelegten Regelungen hinausgehen, besonders begründungsbedürftig? Muss insbesondere durch den Landesgesetz- oder Landesverordnungsgeber dargelegt werden, ob und ggf. warum die Maßnahmen des § 28b IfSG für nicht hinreichend erachtet werden?
3. Sind mit Blick auf § 28b IfSG überhaupt noch Regelungen durch Landesgesetz oder Landesverordnung denkbar, die an ein inzidenzunabhängiges Pandemiegeschehen anknüpfen oder sind inzidenzabhängige Regelungen zur Einordnung in das vorgegebene Normengefüge im Ergebnis notwendig?

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt. Die Gutachten geben nicht die Auffassung des Abgeordnetenhauses, eines seiner Organe oder der Abgeordnetenhausverwaltung wieder. Sie liegen allein in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Leitung der Abteilung Wissenschaftlicher Dienst.

II. Gutachten

1. Frage 1

Können bei einer Inzidenz von unter 100 Maßnahmen angeordnet werden, die über die in der Notbremse in § 28b IfSG festgelegten Maßnahmen hinausgehen?

Durch das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite¹ wurde u. a. § 28b in das Infektionsschutzgesetz (IfSG)² eingefügt.

§ 28b IfSG gilt nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag³, längstens jedoch bis zum Ablauf des 30. Juni 2021 (§ 28b Abs. 10 IfSG).

Die Vorschrift verfolgt das Ziel, durch Maßnahmen nach bundeseinheitlichen Standards eine Abschwächung des Infektionsgeschehens zu erreichen, um die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems und damit die bestmögliche Krankenversorgung weiterhin sicherzustellen.⁴

Zu diesem Zweck führt die Vorschrift eine bundesweit verbindliche Notbremse ein, die folgende Voraussetzungen hat:

Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen der durch das Robert-Koch-Institut veröffentlichte Inzidenzwert innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die in § 28b Abs. 1 IfSG enumerativ aufgeführten Maßnahmen unmittelbar und von Gesetzes wegen. Einer weiteren Umsetzung bedarf es nicht. Das Land Berlin gilt in diesem Zusammenhang als kreisfreie Stadt (§§ 28a Abs. 3 Satz 3, 28b Abs. 8 IfSG).

Für die Einschränkung von Präsenzunterricht an allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen wird neben dem Schwellenwert von 100 (§ 28b Abs. 3 Satz 2 IfSG) ein Schwellenwert von 165 zugrunde gelegt (§ 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG).

Unterschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt ab dem Tag nach dem Eintreten der Maßnahmen des § 28b Abs. 1 IfSG an fünf aufeinanderfolgenden Werkta-

¹ Vom 22. April 2021 (BGBl. I S. 802).

² Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 22. April 2021 (BGBl. I S. 802).

³ Mit Beschluss vom 4. März 2021 wurde nochmals festgestellt, dass die epidemische Lage von nationaler Tragweite (weiter) fortbesteht (BT-PIPr 19/215, 27052C).

⁴ Gesetzentwurf BT-Drs. 19/28444 S. 1.

gen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so treten an dem übernächsten Tag die Maßnahmen des § 28b Abs. 1 IfSG außer Kraft (§ 28b Abs. 2 Satz 1 IfSG). Für das Außerkrafttreten des Verbots von Präsenzunterricht an allgemein- und berufsbildenden Schulen nach § 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG liegt der relevante Schwellenwert bei 165 (§ 28b Abs. 3 Satz 6 IfSG).

Die Länder sind dann nach den §§ 28 Abs. 1 und 28a Abs. 1 IfSG gehalten, die notwendigen Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 in eigener Zuständigkeit zu treffen, ohne dabei an die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 28b Abs. 1 und 3 IfSG gebunden zu sein. Diese Maßnahmen sollen an den in § 28a Abs. 3 Satz 4 bis 12 IfSG genannten Schwellenwerten ausgerichtet werden, die zwar niedriger als die in § 28b genannten sind, den Ländern aber Spielraum für die Berücksichtigung regionaler Besonderheiten lassen. Bei der bundesweiten Überschreitung einer Inzidenz von über 50 sind bundesweit abgestimmte Schutzmaßnahmen anzustreben (§ 28a Abs. 3 Satz 9 IfSG).

Sofern die Länder unter der Geltung des § 28b IfSG in Gesetzen oder Rechtsverordnungen Maßnahmen getroffen haben, die über die in § 28b Abs. 1 und 3 IfSG geregelten Mindestmaßnahmen hinausgehen, bleiben diese in Kraft (vgl. § 28b Abs. 5 IfSG)⁵, soweit deren Befristung noch nicht abgelaufen ist (vgl. für Rechtsverordnungen § 28a Abs. 5 Satz 2 IfSG, § 4 Abs. 2 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes⁶). Da die Inzidenz in dem betreffenden Gebiet nach Außerkrafttreten der Maßnahmen des § 28b Abs. 1 und 3 IfSG aber unter dem Schwellenwert von 100 bzw. 165 liegt, besteht aufgrund der Grundrechtsrelevanz erhöhter Legitimationsbedarf, aus welchen Gründen die strengeren Landesregelungen weiterhin erforderlich sind.

Gleiches gilt für Landesgesetze bzw. Rechtsverordnungen, die nach Außerkrafttreten der in § 28b Abs. 1 und 3 IfSG geregelten Mindestmaßnahmen erlassen werden, deren Regelungen aber – wie in Frage 1 angelegt – über die in § 28b Abs. 1 IfSG geregelten bundeseinheitlichen Mindestmaßnahmen hinausgehen. Auch in diesem Fall ist der Gesetz- bzw. Ordnungsgeber nicht gehindert, die in § 28b Abs. 1 und 3 IfSG genannten Maßnahmen anzuordnen, sofern er dies für erforderlich hält.

Alle im Rahmen des Infektionsschutzgesetzes getroffenen Maßnahmen müssen jedoch mit Blick auf ihre Grundrechtsrelevanz verhältnismäßig sein. D. h. der Gesetz- bzw. Ordnungsgeber muss darlegen, warum er in der betreffenden Region noch über die Maßnahmen hinausgehen will, die der Bundesgesetzgeber erst ab einer Inzidenz von über 100 bzw. 165 für zwingend erforderlich hält. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass solche

⁵ Gesetzentwurf BT-Drs. 19/28444 S. 15.

⁶ Vom 1. Februar 2021 (GVBl. S. 102).

Maßnahmen aufgrund von regionalen Besonderheiten und anhand weiterer Kriterien (R-Wert, Anzahl der für Covid-19-Erkrankte benötigten Intensivbetten) zulässig sind.

Die Frage, ob bei einer Inzidenz von unter 100 Maßnahmen angeordnet oder beschlossen werden können, die über die in § 28b IfSG festgelegten hinausgehen, ist mithin keine Frage der Anordnungs- oder Regelungskompetenz des Landes, sondern der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen.

2. Frage 2

Sind bei einer Inzidenz von über 100 Maßnahmen, die über die in § 28b IfSG festgelegten Regelungen hinausgehen, besonders begründungsbedürftig? Muss insbesondere durch den Landesgesetz- oder Landesverordnungsgeber dargelegt werden, ob und ggf. warum die Maßnahmen des § 28b IfSG für nicht hinreichend erachtet werden?

Die Länder regeln ihre Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 auf der Grundlage des § 32 i. V. m. §§ 28 und 28a IfSG. Da § 32 IfSG die Landesregierungen ermächtigt, sind die Länder zu einer Regelung auch durch Gesetz befugt (Art. 80 Abs. 4 GG).

Im Land Berlin folgt die Ermächtigung des Senats auch aus § 2 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes.

Rechtsverordnungen, die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG erlassen werden, sind mit einer allgemeinen Begründung zu versehen und zeitlich zu befristen (§ 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG; § 3 Satz 1 und § 4 Abs. 2 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes).

Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 28a Abs. 5 IfSG dient die Begründungspflicht dazu, *„die wesentlichen Entscheidungsgründe für die getroffenen Maßnahmen transparent zu machen und dient damit insbesondere der Verfahrensrationalität wie auch der Legitimationssicherung. Sie gewährleistet als prozedurale Anforderung den Grundrechtsschutz durch Verfahren.“*⁷

Insbesondere muss die Begründung nach dem Willen des Bundesgesetzgebers eine Erläuterung dazu enthalten, *„in welcher Weise die Schutzmaßnahmen im Rahmen eines Gesamtkonzepts der Infektionsbekämpfung dienen.“* Nicht erforderlich ist indes eine *„empirische und umfassende Erläuterung“*. Die Begründung muss auch nicht zusammen mit der

⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) BT-Drs. 24334, S. 74.

Verordnung selbst veröffentlicht werden. Es genügt vielmehr eine zeitnahe Veröffentlichung nach Erlass der Rechtsverordnung.⁸

Diese Begründungspflicht gilt über Art. 80 Abs. 4 GG auch für den Landesgesetzgeber.

Im Fall der Frage 2 muss mithin aufgrund der Grundrechtsrelevanz begründet werden, warum die bereits nach § 28b Abs. 1 und 3 IfSG aufgrund von höherrangigem Bundesrecht geltenden Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie in der betreffenden Region (hier: Land Berlin, vgl. § 28a Abs. 3 Satz 2 und 3 IfSG) nicht ausreichen und es erforderlich ist, darüber hinausgehende Maßnahmen anzuordnen. Aufgrund regionaler Besonderheiten sollte dies aber – bei Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen – möglich und somit zulässig sein (s. o. Frage 1).

§ 28a Abs. 3 und 6 IfSG enthält für die im Rahmen der Verhältnismäßigkeit vorzunehmende Entscheidung über die in Betracht kommenden Schutzmaßnahmen einige Klarstellungen und Maßgaben.⁹

Vergleichbare Vorgaben ergeben sich auch aus § 6 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes.

Eine *besondere* Begründungspflicht, die über die in § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG statuierte allgemeine Begründungspflicht hinausgeht, ist nicht ersichtlich. Generell ist aber zu berücksichtigen, dass der Begründungsaufwand umso höher ist, je intensiver die mit den Maßnahmen verbundenen Grundrechtseingriffe sind.

3. Frage 3

Sind mit Blick auf § 28b IfSG überhaupt noch Regelungen durch Landesgesetz oder Landesverordnung denkbar, die an ein inzidenzunabhängiges Pandemiegeschehen anknüpfen oder sind inzidenzabhängige Regelungen zur Einordnung in das vorgegebene Normengefüge im Ergebnis notwendig?

§ 28b IfSG regelt ein bundeseinheitlich und unmittelbar gesetzlich geltendes Mindestmaß an Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der Coronavirus-Krankheit-2019 in Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen die Sieben-Tage-Inzidenz an drei aufeinander folgenden Tagen den Schwellenwert von 100 bzw. 165 überschreitet. Sofern bestehende

⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) BT-Drs. 24334, a.a.O.; *Johann/Gabriel*, in: Eckhart/Winkelmüller (Hrsg.), BeckOK Infektionsschutzrecht, 4. Edition, Stand: 01.05.2021, § 28a IfSG Rn. 44.

⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) BT-Drs. 24334, S. 74; vgl. auch *Johann/Gabriel*, a.a.O., Rn. 46 - 48.

oder künftige Regelungen der Länder strenger sind als der Katalog des § 28b IfSG, gelten diese fort (§ 28b Abs. 5 IfSG).¹⁰

Aufgrund der Konzeption, die dem § 28b IfSG zugrunde liegt und die an eine den Schwellenwert von 100 übersteigende Inzidenz anknüpft, ist davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber insoweit abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz aus Artikel 74 Abs. 1 Nummer 19 GG (Maßnahmen gegen übertragbare Krankheiten beim Menschen)¹¹ Gebrauch gemacht hat.

Könnten die Länder von den in der Vorschrift genannten Schwellenwerten als Tatbestandsvoraussetzung für die unmittelbar und zwingend geltenden Maßnahmen nach § 28b IfSG nach oben abweichen (indem sie z. B. festlegen, dass die in § 28b geregelten Maßnahmen erst ab einer Inzidenz von 120 greifen) oder diese durch andere Kriterien ersetzen, so wäre der mit der Vorschrift angestrebte Mindeststandard an Maßnahmen für die betroffenen Landkreise und kreisfreien Städte mangels Vergleichbarkeit nicht mehr gewährleistet. Dafür spricht auch die Gesetzesbegründung zu der Regelung in § 28b Abs. 5 IfSG, wonach weitergehende Schutzmaßnahmen (der Länder) auf Grundlage dieses Gesetzes unberührt bleiben.

Dort heißt es, *„dass bereits bestehende und künftige Regelungen, insbesondere in Rechtsverordnungen (...) der Länder (vor allem nach den §§ 28 ff., 32 IfSG) (...), weiter gültig sind, soweit sie über die in § 28b vorgesehenen infektionsschutzrechtlichen Einschränkungen hinausgehen, d. h. gleichsam zu einem stärkeren Infektionsschutz führen, oder soweit die nach dieser Vorschrift maßgeblichen Inzidenzwerte nicht überschritten oder wieder unterschritten werden. Die bundeseinheitlichen Maßnahmen dienen lediglich dazu, ein Mindestmaß an Schutzmaßnahmen bei besonderem Infektionsgeschehen sicherzustellen.“*¹² (Unterstreichung vom Verf.)

Bei Geltung der bundesweiten Notbremse des § 28b IfSG haben die Länder demnach die Kompetenz, von dieser Norm insoweit abzuweichen, indem sie in ihren Regelungen (Gesetzen oder Verordnungen) entweder die in § 28b IfSG vorgesehenen Maßnahmen verschärfen oder die dort geregelten Inzidenzwerte unterschreiten. Die Länder können in ihren Regelungen auch beide Möglichkeiten kombinieren. Je strenger die Maßnahmen und je niedriger die Inzidenzwerte sind, desto höher sind jedoch die Anforderungen an die Erforderlichkeit und Notwendigkeit der angeordneten Maßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die damit verbundenen Grundrechtseinschränkungen.

¹⁰ Gesetzentwurf BT-Drs. 19/28444 S. 1, 15.

¹¹ Gesetzentwurf BT-Drs. 19/28444 S. 10.

¹² Gesetzentwurf BT-Drs. 19/28444 S. 15.

Die Länder sind mit Blick auf § 28b IfSG nicht daran gehindert, strengere Maßnahmen an zusätzliche Kriterien wie z. B. den R-Wert oder die Anzahl freier Intensivbetten zu knüpfen. Die Heranziehung weiterer Kriterien wird in vielen Fällen sogar unumgänglich sein, da anderenfalls eine Verschärfung der Maßnahmen in Rahmen der Verhältnismäßigkeit kaum gerichtsfest zu begründen ist. Die Gesetzgebungs- bzw. Regelungskompetenz der Länder wird dadurch nicht überschritten, sondern dies ist eine Frage der von dem jeweiligen Gesetz- bzw. Verordnungsgeber zu prüfenden Verhältnismäßigkeit der beabsichtigten Maßnahmen.

Sinken die Schwellenwerte während der Geltungsdauer des § 28b IfSG (derzeit längstens bis zum Ablauf des 30. Juni 2021, vgl. § 28b Abs. 10 Satz 1 IfSG) an fünf aufeinander folgenden Werktagen unter den Schwellenwert von 100 bzw. 165, so treten die bundesweit geltenden Mindestmaßnahmen des § 28b Abs. 1 und 3 IfSG außer Kraft.

Nach Außerkrafttreten bereits früher getroffener strengerer Regelungen treffen die Länder dann auf der Grundlage des § 32 IfSG die von ihnen für erforderlich gehaltenen Maßnahmen nach den §§ 28, 28a IfSG, ohne an die Vorgaben aus § 28b IfSG gebunden zu sein.

Diese Schutzmaßnahmen sollen unter Berücksichtigung des jeweiligen Infektionsgeschehens an den Schwellenwerten nach Maßgabe des § 28a Abs. 3 Satz 4 bis 12 IfSG ausgerichtet werden (§ 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG). Diese Schwellenwerte sind freilich niedriger als die in § 28b IfSG genannten. Bei § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG handelt es sich aber um eine Soll-Vorschrift, die den Ländern Regelungsspielraum für regionale Besonderheiten lässt (s. o. Frage 1).

III. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Zu Frage 1

Bei einer Inzidenz von unter 100 sind die Länder gemäß § 28a IfSG nicht gehindert, auch solche Maßnahmen anzuordnen, die über die in der Notbremse in § 28b IfSG festgelegten Maßnahmen hinausgehen. Solche Maßnahmen sind aber nur rechtmäßig, wenn sie im Hinblick auf die damit verbundenen Grundrechtseinschränkungen verhältnismäßig sind.

Die Frage, ob bei einer Inzidenz von unter 100 Maßnahmen angeordnet oder beschlossen werden können, die über die in § 28b IfSG festgelegten hinausgehen, ist mithin keine Frage der Anordnungs- oder Regelungskompetenz des Landes, sondern der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen.

2. Zu Frage 2

Rechtsverordnungen der Länder, die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG erlassen werden, sind mit einer allgemeinen Begründung zu versehen (§ 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG, § 3 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes). Über Art. 80 Abs. 4 GG gilt diese Begründungspflicht auch für den Landesgesetzgeber.

Will der Gesetz- oder Verordnungsgeber bei Geltung der Notbremse nach § 28b IfSG über die dort geregelten Maßnahmen hinausgehen, so muss er im Rahmen dieser Begründungspflicht mit Blick auf die damit verbundenen Grundrechtseinschränkungen darlegen, aus welchen Gründen dies erforderlich ist (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).

Eine über § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG; § 3 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes hinausgehende, gesetzlich angeordnete besondere Begründungspflicht ist nicht ersichtlich.

3. Zu Frage 3

§ 28b IfSG regelt ein bundeseinheitlich und unmittelbar gesetzlich geltendes Mindestmaß an Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der Coronavirus-Krankheit-2019. Bei Geltung dieser Norm haben die Länder die Kompetenz, davon wie folgt abzuweichen:

Entweder sie verschärfen in ihren Regelungen (Gesetzen oder Verordnungen) die in § 28b IfSG vorgesehenen Maßnahmen (z. B. Ausgangssperre von 21 Uhr bis 6 Uhr statt von 22 Uhr bis 5 Uhr) oder sie setzen in ihren Regelungen den Inzidenzwert, ab dem die

Maßnahmen greifen, niedriger an (z. B. 80 statt 100). Die Länder können in ihren Regelungen auch beide Möglichkeiten kombinieren. Je strenger die Maßnahmen und je niedriger die Inzidenzwerte sind, desto höher sind jedoch die Anforderungen an die Erforderlichkeit und Notwendigkeit der angeordneten Maßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die damit verbundenen Grundrechtseinschränkungen.

Die Länder sind nach § 28b IfSG nicht daran gehindert, strengere Maßnahmen an zusätzliche Kriterien wie z. B. den R-Wert oder die Anzahl freier Intensivbetten zu knüpfen. Die Heranziehung weiterer Kriterien wird in vielen Fällen sogar unumgänglich sein, da anderenfalls eine Verschärfung der Maßnahmen mit Blick auf ihre Verhältnismäßigkeit kaum gerichtsfest zu begründen sein wird.

* * *