

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME
17/2463**

Alle Abg

Juristische Fakultät

**Prof. Dr. Charlotte
Kreuter-Kirchhof**

Lehrstuhl für Deutsches und
Ausländisches Öffentliches Recht,
Völkerrecht und Europarecht

Telefon +49 (0)211-81-11435
Telefax +49 (0)211-81-11456
kreuter-kirchhof@hhu.de

Sekretariat:
Telefon +49 (0)211-81-11436

Düsseldorf, 05.04.2020

**Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf**
Universitätsstraße 1
40225 Düsseldorf
Gebäude 24.81
Ebene 00 Raum 50
www.hhu.de

**Stellungnahme im Rahmen der Anhörung zum Entwurf des Gesetzes
zur konsequenten und solidarischen Bewältigung der COVID-19-Pan-
demie in Nordrhein-Westfalen und zur Anpassung des Landesrechts
im Hinblick auf die Auswirkungen einer Pandemie am 6.4.2020
(Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 17/8920)**

Der vorliegende Entwurf des „Gesetzes zur konsequenten und solidari-
schen Bewältigung der COVID-19-Pandemie in Nordrhein-Westfalen und
zur Anpassung des Landesrechts im Hinblick auf die Auswirkungen einer
Pandemie“ (Drucksache 17/8920) gibt dem Staat Handlungsbefugnisse für
den Fall einer epidemischen Lage von landesweiter Tragweite.¹

1. Vorsorgepflicht des Staates für den Notfall

Ziel des Gesetzes ist der Schutz des Lebens und der körperlichen Unver-
sehrtheit der Menschen (Art. 2 Abs. 2 GG). Es ist Aufgabe des Staates,
diesen besonderen Wert unserer Verfassung zu schützen.² Dieser Schutz-
pflicht muss der Staat gegenwärtig in einer Situation der Unsicherheit
nachkommen. Niemand weiß, wie sich die Pandemie weiterentwickeln
und ob das Gesundheitssystem in Deutschland an seine Grenzen kommen
wird. Die Erfahrungen in anderen Ländern und die Prognosen der Wissen-
schaft bestätigen, dass die konkrete Gefahr besteht, die Pandemie könnte
die medizinische und pflegerische Versorgung der Bevölkerung ernsthaft
gefährden und dadurch die Gesundheit und das Leben einer Vielzahl von
Menschen bedrohen. Die Schutzpflicht des Staates wird in dieser Situation
zur Vorsorgepflicht. Der Staat muss die notwendigen Maßnahmen ergrei-
fen, um dieser Gefahr zu begegnen und im Notfall handlungsfähig zu sein.

¹ Die folgende Stellungnahme bezieht sich auf Art. 1 dieses Gesetzes (Entwurf des Geset-
zes zur Regelung besonderer Handlungsbefugnisse im Rahmen einer epidemischen Lage
von nationaler oder landesweiter Tragweite und zur Festlegung der Zuständigkeiten nach
dem Infektionsschutzgesetz (Infektionsschutz- und Befugnisgesetz – IfSBG-NRW)).

² BVerfGE 39, 1 (42) st. Rspr. Diese Schutzpflicht folgt aus der Garantie der Menschen-
würde. BVerfGE 46, 160 (164).

Teil dieser Vorsorgemaßnahmen ist der vorliegende Entwurf des Infektionsschutz- und Befugnisgesetzes NRW (IfSBG-NRW-E).

2. Befugnis zu schwerwiegenden Grundrechtseingriffen

Das IfSBG-NRW-E verleiht dem Staat die Befugnis zu schwerwiegenden Grundrechtseingriffen. Ärzte und Pfleger können zum Dienst verpflichtet (§ 15), medizinisches Material und medizinische Geräte können enteignet werden (§ 14). Das für das Gesundheitswesen zuständige Ministerium kann Anordnungen für den öffentlichen Gesundheitsdienst (§ 13) und für die Behandlungskapazitäten und die Versorgungsaufträge von Krankenhäusern (§ 12) treffen. Diese weitreichenden Befugnisse setzen voraus, dass eine epidemische Lage von landesweiter Tragweite besteht (§ 11).

Stellungnahme zu § 11 IfSBG-NRW-E

3. Definition der epidemischen Lage von landesweiter Tragweite

Nur wenn eine epidemische Lage von landesweiter Tragweite besteht und gemäß § 11 Abs. 1 IfSBG-NRW-E festgestellt wurde, eröffnet das IfSBG-NRW-E diese staatlichen Befugnisse. Die Feststellung der epidemischen Lage begründet eine fundamentale Rechtsänderung. Sie ist der „Türöffner“ für das Gesetz. Klargestellt werden sollte in § 11 Abs. 2 S. 1 IfSBG-NRW-E, dass nicht nur die Befugnisse des Ministeriums, sondern auch die Befugnisse der nach § 3 IfSBG-NRW-E zuständigen Behörden (gemäß §§ 14, 15 IfSBG-NRW-E) an die Feststellung der epidemischen Lage von landesweiter Tragweite gebunden sind. Stellt der Landtag die Beendigung der epidemischen Lage fest, treten die Befugnisse außer Kraft (§ 11 Abs. 2 S. 2 IfSBG-NRW-E).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss der demokratisch legitimierte Gesetzgeber die wesentlichen Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe selbst regeln.³ Deshalb muss das Parlament bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine epidemische Lage von landesweiter Tragweite besteht. Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 IfSBG-NRW-E liegt eine epidemische Lage von landesweiter Tragweite vor, wenn der Landtag „aufgrund der dynamischen Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit im Land eine epidemische Lage von landesweiter Tragweite feststellt.“ Nach der Gesetzesbegründung will der Gesetzgeber mit dem IfSBG-NRW-E „einer Destabilisierung des gesamten Gesundheitssystems vorbeugen“.⁴ Die schwerwiegenden Grundrechtseingriffe der §§ 12ff. IfSBG-NRW-E sollen eine konkrete Gefahr für die medizinische und pflegerische Versorgung der Bevölkerung und dadurch für das Leben und die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen abwenden. Dieser maßgebliche Schutzgrund für die Eingriffsbefugnisse sollte in die Legaldefinition der epidemischen Lage von landesweiter Tragweite aufgenommen werden.

³ BVerfGE 49, 89 (126); 61, 260 (275); 88, 103 (116) st. Rspr.

⁴ Gesetzentwurf S. 68.

Eine epidemische Lage von landesweiter Tragweite besteht hiernach, wenn sich eine übertragbare Krankheit im Land dynamisch ausbreitet, dadurch die medizinische oder pflegerische Versorgung der Bevölkerung ernsthaft gefährdet und die Gesundheit oder das Leben einer Vielzahl von Menschen bedroht ist.

4. Entscheidungshoheit des Landtags zur Befristung

Es entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben, wenn gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 IfSBG-NRW-E der Landtag das Vorliegen einer epidemischen Lage feststellt. Die Entscheidung über das Vorliegen einer epidemischen Lage von landesweiter Tragweite kann das Parlament jederzeit treffen oder aufheben. Der Landtag kann diese Feststellung befristen und eine befristete Entscheidung verlängern. Diese Entscheidungshoheit hat das Parlament auch ohne Klarstellung im Gesetz.

5. Keine Bindung an eine epidemische Lage von bundesweiter Tragweite

Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 1 IfSBG-NRW-E liegt eine epidemische Lage von landesweiter Tragweite vor, wenn „der Bundestag nach § 5 Abs. 1 IfSG eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat, solange diese Feststellung Gültigkeit hat.“ Das Land Nordrhein-Westfalen bindet damit das Vorliegen einer epidemischen Lage von landesweiter Tragweite an eine Entscheidung des Bundestags zum Vorliegen einer epidemischen Lage von bundesweiter Tragweite. Die epidemischen Entwicklungen im Bund und im Land verlaufen allerdings nicht immer parallel. Auf eine solche Situation sollte der Landtag reagieren können. Auch geht der Verweis auf § 5 Abs. 1 IfSG mit der vom Bundestag bereits beschlossenen Aufhebung dieser Vorschrift am 1.4.2021 ins Leere.⁵ Schließlich hat der Bund die Tatbestandsvoraussetzungen einer epidemischen Lage von bundesweiter Tragweite in § 5 IfSG nicht näher bestimmt. Auch deshalb sollte die Entscheidung über das Vorliegen einer epidemischen Lage von landesweiter Tragweite nicht an diese Vorschrift geknüpft werden, sondern allein in der Hand des Landtags liegen.

Stellungnahme zu § 15 IfSBG-NRW-E

6. Staatliche Indienstnahme als schwerwiegender Eingriff in die Berufsfreiheit

§ 15 Abs. 1 S. 1 IfSBG-NRW-E ermächtigt die zuständigen Behörden, von „Personen, die zur Ausübung der Heilkunde befugt sind oder über eine abgeschlossene Ausbildung in der Pflege, im Rettungsdienst oder in einem anderen Gesundheitsberuf verfügen, die Erbringung von Dienst-, Sach- und Werkleistungen (zu) verlangen, soweit das zur Bewältigung der

⁵ Art. 7 Abs. 4 iVm Art. 3 Abs. 2 IfSG, BGBl. I 2020, 587.

epidemischen Lage nach § 11 dringend erforderlich und angemessen ist.“ Gemäß § 15 Abs. 1 S. 2 IfSBG-NRW-E können die Behörden medizinisch und pflegerisch ausgebildetes Personal auch „an Einrichtungen der medizinischen und pflegerischen Versorgung zuweisen und verpflichten“. Die verpflichtende Indienstnahme von Menschen durch den Staat stellt einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar. § 15 Abs. 1 IfSBG-NRW-E greift nicht in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 2 GG (Verbot des Arbeitszwangs), sondern in dasjenige aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) ein. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Verbot des Arbeitszwangs im Sinne von Art. 12 Abs. 2 GG nicht betroffen, wenn Zwänge in Beziehung mit einer Tätigkeit des frei gewählten Berufs begründet werden.⁶ Nach § 15 Abs. 1 IfSBG-NRW-E werden Ärzte und Pfleger entsprechend ihrer Ausbildung zu medizinischen und pflegerischen Tätigkeiten verpflichtet. Das geltende Recht kennt Fälle verpflichtender staatlicher Indienstnahme. Hierzu gehört unter anderem die von der Rechtsprechung als zulässig anerkannte Verpflichtung zur Teilnahme am allgemeinen ärztlichen Notfalldienst⁷ und die Inanspruchnahme für Hilfeleistungen bei Bränden, Unglücksfällen und öffentlichen Notständen gemäß § 43 BHKG-NRW.

7. Feststellung einer Mangellage an medizinischem und pflegerischem Personal

Die Indienstnahme von medizinischem und pflegerischem Personal ist nach § 15 Abs. 1 IfSGB-NRW-E nur zulässig, „wenn die Landesregierung zuvor durch Rechtsverordnung neben der epidemischen Lage einen erheblichen Mangel an medizinischem und pflegerischem Personal festgestellt hat.“ Nachdem der Landtag die epidemische Lage von landesweiter Tragweite festgestellt hat, sind die Eingriffsbefugnisse des § 15 Abs. 1 IfSBG-NRW-E nur eröffnet, wenn zusätzlich eine erhebliche Mangellage für das medizinische und pflegerische Personal festgestellt worden ist. Nach § 15 Abs. 2 IfSBG-NRW-E stellt die Landesregierung eine solche erhebliche Mangellage durch Rechtsverordnung fest. Ermächtigt der Gesetzgeber die Exekutive zum Erlass einer Rechtsverordnung, muss das Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmen (Art. 70 Verf. NRW). Diese Ermächtigung ist für die Notlage zulässig. Der Schwere des Grundrechtseingriffs würde es entsprechen, wenn das Parlament selbst die Entscheidung über das Bestehen einer erheblichen Mangellage treffen würde. Auch ohne Klarstellung im Gesetz kann die Entscheidung über das Bestehen einer Mangellage befristet werden. Gerechtfertigt ist die verpflichtende staatliche Indienstnahme, weil wegen der epidemischen Lage der Mangel an medizinischem und pflegerischem Personal die Gesundheit oder das Leben einer Vielzahl von Menschen bedroht. Diese Voraussetzungen der Mangellage sollte der Gesetzgeber klarstellen.

⁶ BVerfGE 47, 285 (319).

⁷ BVerwGE 41, 261(264); 65, 362 (363).

8. Strikte Verhältnismäßigkeit der staatlichen Indienstnahme

Die Indienstnahme zu medizinischen und pflegerischen Tätigkeiten nach § 15 Abs. 1 IfSBG-NRW-E begründet einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Dieser ist nur gerechtfertigt, wenn er strikt verhältnismäßig ist. Für die Berufsfreiheit konkretisierte das Bundesverfassungsgericht das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Drei-Stufen-Theorie. In seiner neueren Dogmatik entwickelte das Gericht diese Stufen mit fließenden Übergängen zu einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung fort.⁸ Die Indienstnahme von Menschen mit einer ärztlichen oder pflegerischen Ausbildung für medizinische oder pflegerische Tätigkeiten gemäß § 15 Abs. 1 IfSBG-NRW-E muss hiernach als schwerwiegender Grundrechtseingriff den Anforderungen eines strengen Verhältnismäßigkeitsprinzips genügen. Dem entspricht § 15 Abs. 1 S. 1 IfSBG-NRW-E grundsätzlich, indem er verlangt, dass die Indienstnahme „zur Bewältigung der epidemischen Lage nach § 11 dringend erforderlich und angemessen“ sein muss.

9. Ausnahme bei unverhältnismäßigen Gesundheitsgefährdungen der Indienstgenommenen

Die Angemessenheit der Maßnahme verbietet es, dass Personen in Anspruch genommen werden, deren Gesundheit oder körperliche Unversehrtheit durch die Inpflichtnahme unverhältnismäßig gefährdet würden. Nach der Gesetzesbegründung sind solche „individuellen Gesundheitsrisiken“ zu beachten.⁹ Für den Fall einer unverhältnismäßigen Gefährdung der eigenen Gesundheit oder körperlichen Unversehrtheit der Ärzte und Pfleger ist eine Ausnahme in den Gesetzestext aufzunehmen.

10. Vorrangiger Einsatz von Freiwilligen

Ein Grundrechtseingriff ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur gerechtfertigt, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung steht, um das mit dem Eingriff verfolgte Ziel zu erreichen (Erforderlichkeit). Dementsprechend fordert § 15 Abs. 1 IfSBG-NRW-E, dass die Indienstnahme „dringend erforderlich“ ist. Sie ist als besonders intensiver Grundrechtseingriff nur als „ultima ratio“ gerechtfertigt. Alle weniger einschneidenden Maßnahmen, die dem Mangel an medizinischem und pflegerischem Personal in der epidemischen Lage von landesweiter Tragweite begegnen können, sind vorrangig zu ergreifen. Hierzu zählt auch der Einsatz von Freiwilligen. Dies fordert die Gesetzesbegründung,¹⁰ sollte aber in den Gesetzestext aufgenommen werden. Vorrangig hat der Staat auf ausgebildete

⁸ Hierzu *Manssen*, in: v. Mangoldt / Starck / Klein, GG-Kommentar, Band I, 7. Aufl. 2018, Art. 12. Rn. 139ff. m.w.N.

⁹ So die Gesetzesbegründung S. 73.

¹⁰ Gesetzesbegründung S. 73.

Mediziner und Pfleger zurück zu greifen, die sich in der Notsituation freiwillig in den Dienst nehmen lassen. Stellt der Landtag das Vorliegen einer epidemischen Lage von landesweiter Tragweite gemäß § 11 IfSBG-NRW-E fest, rechtfertigt dies den Aufbau eines Freiwilligenregisters.

Stellungnahme zu § 14 IfSBG-NRW-E

11. Zulässigkeit der Enteignung von medizinischem Material und Geräten

Besteht eine epidemische Lage von landesweiter Tragweite, eröffnet § 14 IfSBG-NRW-E die Befugnis, medizinisches Material und Geräte zu enteignen. Die Sicherstellung muss „dringend erforderlich“ sein (§ 14 Abs. 1 S. 1 IfSBG-NRW-E). Ausgenommen ist der Eigenbedarf (§ 14 Abs. 4 Nr. 1 IfSBG-NRW-E). Nach der Gesetzesbegründung dürfen Privatpersonen einen Eigenbedarf für ein Jahr, institutionelle Eigentümer einen Eigenbedarf für drei Monate vorhalten. Diese Unterscheidung sollte im Gesetzestext klargestellt werden. § 14 Abs. 3 IfSBG-NRW-E bestimmt eine angemessene Entschädigung. Soweit aufgrund der epidemischen Lage die medizinische oder pflegerische Versorgung der Bevölkerung ernsthaft gefährdet und die Gesundheit oder das Leben einer Vielzahl von Menschen bedroht ist, ist eine solche Enteignung auf der Grundlage von § 14 IfSBG-NRW-E zur Abwehr dieser Gefahren für elementare Verfassungsgüter angemessen und deshalb verfassungsrechtlich zulässig.

Stellungnahme zu § 13 IfSBG-NRW-E

12. Zulässigkeit einer Generalklausel

Gemäß § 13 IfSBG-NRW-E ist im Fall einer epidemischen Lage „das für das Gesundheitswesen zuständige Ministerium befugt, ungeachtet der Weisungsbefugnisse nach § 6 Absatz 2 des Gesetzes über den öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGDG) oder anderer gesetzlicher Weisungsbefugnisse weitergehende Anordnungen zu treffen, um die angesichts der epidemischen Lage erforderliche Aufgabenerfüllung sicherzustellen“. Die Ermächtigung zu „weitergehenden Anordnungen“ eröffnet dem zuständigen Ministerium insbesondere die Befugnis, über die einzusetzenden Mittel zu entscheiden. Angesichts der Unsicherheiten, die mit den wissenschaftlichen Prognosen über die Ausbreitung von übertragbaren Krankheiten verbunden sind, gewährleistet dieses Auswahlermessen die notwendigen Reaktions- und Handlungsmöglichkeiten. Diese Befugnisse betreffen zunächst den öffentlichen Gesundheitsdienst, mithin grundrechtsverpflichtete Behörden. Die Auswahlentscheidung des Ministeriums nach § 13 IfSBG-NRW-E ist zudem rechtlich gebunden. Sie besteht nur im Fall einer epidemischen Lage von landesweiter Tragweite (Tatbestandsvoraussetzung). Die Maßnahmen müssen erforderlich sein, um die Aufgabenerfüllung sicherzustellen. Auch im Übrigen müssen die Anordnungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Eine solche Generalklausel

ist dem geltenden Recht nicht fremd (siehe § 14 OBG NRW). Sie ist verfassungsrechtlich jedenfalls angesichts der Bedrohung für erhebliche Schutzgüter durch die epidemische Lage von landesweiter Tragweite zulässig.

Stellungnahme zu § 12 IfSBG-NRW-E

13. Achtung der Weisungsfreiheit der Ärzte

Im Falle einer epidemischen Lage ist das für das Gesundheitswesen zuständige Ministerium gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 1 IfSBG-NRW-E befugt, „gegenüber den Krankenhausträgern Anordnungen zu treffen über die Schaffung zusätzlicher Behandlungskapazitäten, die Verschiebung elektiver Eingriffe, Meldepflichten zu einer landesweiten Datenbank oder Vorgaben zu medizinischen Behandlungen“. Eine solche Anordnung ist gemäß § 12 Abs. 4 IfSBG-NRW-E nur zulässig, „wenn ohne die getroffenen Maßnahmen die notwendige stationäre Versorgung der Bevölkerung gefährdet wäre oder die Anordnungen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten im Sinne des § 24 ff. IfSG im Rahmen einer epidemischen Lage erforderlich sind“. Angesichts der Gefährdung dieser hohen Schutzgüter ist die Übertragung dieser Befugnisse auf das Gesundheitsministerium im Rahmen der epidemischen Lage verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Zu konkretisieren ist, dass „Vorgaben zu medizinischen Behandlungen“ im Sinne von § 12 Abs. 1 Nr. 1 IfSBG-NRW-E nicht in die ärztliche Weisungsfreiheit eingreifen.

Stellungnahme zu § 16 IfSBG-NRW-E

14. Zitiergebot

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG keine Anwendung im Rahmen von berufsgestaltenden gesetzlichen Maßnahmen.¹¹ Diese enge Auslegung von Art. 19 Abs. 1 S. 2¹² gilt entsprechend für Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.¹³ Zur Klarstellung sollten Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 GG in § 16 IfSBG-NRW-E aufgenommen werden.

¹¹ BVerfGE 13, 97 (122).

¹² BVerfGE 28, 36 (46).

¹³ BVerfGE 21, 92 (93); 24, 367 (396, 398)