



# BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Der Präsident

Bundesrechtsanwaltskammer  
Littenstraße 9 | 10179 Berlin

Bundesministerin der Justiz und für  
Verbraucherschutz  
Frau Christine Lambrecht  
Mohrenstraße 37  
10117 Berlin

per Mail

Nachrichtlich per Mail an die rechtspolitischen  
Sprecher und Obleute der Fraktionen

Berlin, 30.03.2020

## **Änderung des Infektionsschutzgesetzes**

### **Hier: Anmerkungen zu bestehenden und möglichen geplanten Änderungen**

Sehr geehrte Frau Bundesministerin,  
sehr geehrte Frau Kollegin Lambrecht,

die BRAK möchte den Gesetzgeber in diesen schweren Zeiten weiterhin dabei unterstützen, notwendige Gesetze auf den Weg zu bringen und Änderungsbedarf bei erfolgten Gesetzesänderungen aufzuspüren.

Gestatten Sie mir daher, einige Anmerkungen zum Infektionsschutzgesetz an Sie zu übermitteln:

#### 1. Handyortung

Zu dem in den Medien vielfach erwähnten Vorhaben von Gesundheitsminister Spahn, Kontaktpersonen von Corona-Infizierten durch „Handyortung“ nachzuverfolgen, möchten wir vorsorglich einige Hinweise geben, da wir davon ausgehen, dass dieses Thema in Anbetracht der kürzlich von Kanzleramtschef Braun verkündeten Aufrechterhaltung aller Maßnahmen bis zum 20. April wieder diskutiert werden könnte.

Lassen Sie mich vorausschicken, dass wir den Grundgedanken, der hinter dem Tracking steckt, durchaus nachvollziehen können. Es klingt zweifellos plausibel, dass die Bürgerinnen und Bürger bestimmte Freiheiten sehr viel eher und leichter zurückbekommen können, wenn sichergestellt ist, dass Infektionsherde und Infektionsketten sehr schnell erkannt und dementsprechend unterbrochen werden können. Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass mit der auf diese Weise zurückgewonnenen Freiheit ein massiver Eingriff in Grundrechte einhergeht. Hier ist eine besonders sorgfältige Abwägung vonnöten.

Allgemein lässt sich festhalten, dass die „Handyortung“ bisher vor allem im Bereich des Polizei- und Strafprozessrechts „verortet“ ist.

So bestimmt § 101 i Abs. 1 StPO: „Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, dass jemand als Täter oder Teilnehmer einer Straftat von [...] erheblicher Bedeutung [...] begangen hat, [...] so dürfen durch technische Mittel 1. die Gerätenummer eines Mobilfunkgerätes und die Kartenummer der darin verwendeten Karte sowie 2. der Standort eines Mobilfunkgerätes ermittelt werden, soweit dies für die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten erforderlich ist.“

Die Maßnahme darf sich hierbei nur gegen den Beschuldigten richten (§ 100 i Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 100 a Abs. 3 StPO); die entsprechenden Maßnahmen dürfen zudem nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht angeordnet werden, es sei denn, es ist Gefahr im Verzuge (§ 100 i Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 100 e Abs. 1 StPO). Die gerichtliche Anordnung ist dabei auf höchstens 6 Monate zu befristen.

Die Polizeigesetze enthalten vergleichbare bzw. teilweise sogar textidentische Eingriffsermächtigungen (vgl. etwa § 23 a Abs. 6 PolG B.-W.; § 31 a POG R.-P.). Regelmäßig ist hierbei Voraussetzung, dass bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, es liege „eine konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, für die Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder eine gemeine Gefahr vor“ (so etwa § 23 a Abs. 1 PolG B.-W.).

An diese Bestimmung des Polizeigesetzes Baden-Württemberg (und vergleichbarer Polizeigesetze der übrigen Länder) lehnt sich nun auch die von Gesundheitsminister Spahn angedachte Einfügung eines Abs. 10 in § 5 des Infektionsschutzgesetzes (oder einer vergleichbaren Bestimmung) an. Allerdings mit einem wesentlichen Unterschied:

Im Fokus der „Handyortung“ nach Polizeirecht steht grundsätzlich der Handlungs- oder Zustandsstörer. Nur ausnahmsweise können solche Maßnahmen auch gegenüber unbeteiligten Personen angeordnet werden, und zwar, wenn auf andere Weise eine unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht verhindert oder eine bereits eingetretene Störung nicht beseitigt werden kann (vgl. beispielhaft § 9 PolG B.-W.). Die „Handyortung“ nach dem Infektionsschutzgesetz zielt dagegen von vornherein auf solche „Unbeteiligten“, nämlich auf die Kontaktpersonen von Corona-Infizierten, und nicht auf die Corona-Infizierten selbst. Die Maßnahme würde sich bei den Kontaktpersonen also gegen (noch) Nicht-Störer richten. Von der zu überwachenden Person geht also „nur“ ein Risiko für das Gesundheitssystem aus (nicht kontrollierbare Verbreitung), allerdings (noch) keine (sichere) Gefahr für Leben und Gesundheit Dritter (möglicherweise zu Infizierender). An anderer Stelle (bei der Strafbewehrung, § 74 IfSG) differenziert das Infektionsschutzgesetz sehr wohl danach, ob wirklich eine Gefahr, nämlich eine Infizierung, verwirklicht wurde.

Die Eingriffsintensität ist dementsprechend für diese betroffenen „Unbeteiligten“ besonders hoch. Eine solche gesundheitspolizeiliche Maßnahme, die grundsätzlich ohne Wissen der Betroffenen angeordnet werden soll, stellt einen nicht unerheblichen und zugleich flächendeckenden Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und möglicherweise auch gegen das Grundrecht aus Art. 10 GG (Fernmeldegeheimnis) dar.

Wir befinden uns fraglos in einer so noch nie da gewesenen Krisensituation. Es liegt in der Natur der Sache, dass in einer derartigen Ausnahmesituation Grundrechte der Bevölkerung zum Schutze aller Einschränkungen erleiden bzw. erleiden müssen. Gleichwohl müssen rechtsstaatliche (Mindest-)

Garantien erhalten bleiben. Selbstverständlich ist die Gesundheit ein hohes Gut. Gleichwohl dürfen Grundrechte, die von elementarer Bedeutung für unseren Rechtsstaat sind, nicht ungeprüft und ohne sorgfältige Abwägung dem vorbeugenden Gesundheitsschutz untergeordnet werden. Wir appellieren daher angesichts der erheblichen Grundrechtseingriffe, die mit einer Handyortung – insbesondere bei Unbeteiligten – einhergehen, an den Gesetzgeber, eine besonders sorgfältige Interessenabwägung vorzunehmen. Jegliche Überwachung birgt rechtsstaatliche Risiken und erhebliche datenschutzrechtliche Probleme, die es auch in Krisensituationen grundsätzlich zu vermeiden gilt. Nicht nur aus Sicht der Anwaltschaft, die als Berufsheimnisträger besondere Pflichten zu erfüllen hat, darf eine derartige Maßnahme nur als Ultima Ratio in Betracht kommen.

Gestatten Sie mir noch eine weitere Anmerkung zu einer möglichen Regelung zur Handyortung: Es dürfte in § 28 IfSG i.S.d. Zitiergebotes der Hinweis fehlen, dass auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingeschränkt werden kann. Dies halten wir nicht nur rein handwerklich für geboten, sondern auch, um der handelnden Exekutive deutlich zu machen, wie weitreichend die Maßnahmen sind. Der Tragweite ihrer Entscheidungen sollten und müssen sich die handelnden Behörden deutlich bewusst sein.

Die Bundesrechtsanwaltskammer wird daher die Initiativen zur Handyortung im Sinne des Grundrechtsschutzes beobachten und weiter kritisch begleiten.

## 2. Sonstige Regelungen

Wir haben in der Rechtspolitik deutliche Signale dahingehend wahrgenommen, dass die auf den Weg gebrachten Gesetzesänderungen – aufgrund der verständlichen – Eilbedürftigkeit ggf. noch nicht optimal sind und sich in den nächsten Wochen Nachjustierungsbedarf ergeben könnte. Auch diesbezüglich möchten wir unserer Aufgabe als Bundesrechtsanwaltskammer gerecht werden und einige Anmerkungen an Sie weitergeben:

### a. § 5: Epidemische Lage von nationaler Tragweite

Aufgrund der inzwischen in der Krisenzeit gesammelten Erfahrungen ist es sicher nachvollziehbar, dass die Bundesregierung in die Lage versetzt werden soll, mit der gebotenen Geschwindigkeit schützende Maßnahmen zu ergreifen. Sicher ist dies auch ein geeignetes Mittel, um Schwierigkeiten bei der Abstimmung mit den Bundesländern zu vermeiden. Auch Ängsten in der Bevölkerung und im Gesundheitswesen hinsichtlich der Beschaffung von Schutzausrüstung und Beatmungsgeräten lässt sich hiermit entgegenzutreten. Dies darf aber nicht dazu führen, den Föderalismus in Gänze in Frage zu stellen. Der Föderalismus ist einer unserer tragenden Verfassungsrechtsgrundsätze - dies historisch aus gutem Grund - und wir sollten hiervon nur dort abweichen, wo es zwingend notwendig erscheint. Unsere zentralistisch organisierten Nachbarn in Europa machen aktuell mit den dort getroffenen Regelungen nicht die besten Erfahrungen. Die aktuelle Krisensituation darf nicht zum Anlass genommen werden, eine generelle Föderalismusdebatte anzustoßen.

Zur „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ lassen Sie mich bitte folgendes anmerken: Mit Blick auf die sonstige Verfassungspraxis erscheint der „Verfahrensweg“, mit dem der „nationale Notstand“ ausgerufen wird, etwas befremdlich. Die Exekutive entscheidet, die Legislative kann aufheben. Eine Parallele zur Notstandsgesetzgebung nach dem Grundgesetz hielten wir dem Grunde nach für den naheliegenden und traditionellen Weg. Ich bin überzeugt, dass unser Rechtsstaat funktioniert. Ich denke aber, dass wir auch – oder vielmehr gerade – in Krisenzeiten den Anfängen wehren und verhindern müssen, dass wir in der Zeit nach Corona mit gesetzgeberischen vollendeten Tatsachen leben müssen, die es ohne Corona nie gegeben hätte.

## b. § 56 Abs. 1a (Entschädigung bei Kinderbetreuung)

Wir sind zudem der Auffassung, dass § 56 Abs. 1a IfSG nicht nur auf die echten und aufzunehmenden Probleme eines wahrnehmbaren und wichtigen Teils der Bevölkerung reagiert. Er ist auch Reflex des besonders lauten Rufs zu diesem Thema. Dies ist insofern wichtig, als sich die Akzeptanz der aktuellen Maßnahmen ohne Lösung für dieses Thema nicht lange sicherstellen lässt.

Die Änderung nehmen wir aber zum Anlass, mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass sich die Regelung zu wenig im Bereich des Entschädigungsrechts bewegt. Wegen des (weitgehenden) Mangels an kodifiziertem Staatshaftungsrecht kann nicht ohne Weiteres auf vorhandene und erprobte Lösungen zurückgegriffen werden. Es sollten jetzt in der Umsetzung belastbare und von der Verwaltung handhabbare Lösungen geschaffen werden. Es sollte auch klargestellt werden, für welche Sachverhalte Entschädigungsansprüche positiv rechtlich (und nicht durch ggf. erst noch zu etablierendes Richterrecht) begründet werden. Das beinhaltet auch die Entscheidung, für welche Sachverhalte es – vorerst – keine Entschädigungen geben wird. Auch die Frage, wie unmittelbar die behördliche Maßnahme für den eigenen Schaden bzw. Vermögensverlust sein muss, müsste geklärt werden. Auch wäre eine eindeutige Klarstellung vonnöten, wer genau Anspruchsberechtigter sein kann. Können dies auch Unternehmen sein? Auch hinsichtlich der Höhe bleiben Fragen offen, insbesondere, ob die sog. „67-Prozent-Regel“ allgemein gelten soll. Unklar bleibt auch die Subsidiarität im Verhältnis zu anderen Hilfsmöglichkeiten, und zwar vom Darlehen über Kurzarbeit-Geld bis hin zu den (Sofort-) Zuschüssen.

Solche Regelungen würden Verlässlichkeit und damit auch Sicherheit geben. Die Entschädigungsregelungen des IfSG werden unserer Auffassung nach einer „Epidemische Lage von nationaler Tragweite“ nicht gerecht. Diese Problemlösung weitgehend den Gerichten zu überlassen, scheint kein gangbarer Weg. Die Rechtsprechung müsste ihrerseits erst entsprechende neue Auslegungen ermitteln. Dies könnte schlimmstenfalls zu einer erheblichen – und sicher nicht gewünschten – Belastung der Gerichte führen, die ohnehin nach der Krise einen nicht unerheblichen Rückstau durch verschobene Verfahren bewältigen müssen.

Abschließend möchte ich im Hinblick auf mögliche Nachjustierungen auch mein Schreiben zum Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 24.03.2020 nochmals ins Gedächtnis rufen. Und ich bitte Sie, bei aller Eilbedürftigkeit bei allen zu treffenden Entscheidungen stets zu bedenken:

Es wird eine Zeit nach Corona geben und der Rechtsstaat darf nach der Krise nicht geprägt sein von eilbedürftigen Rechtsdurchsetzungsverfahren in der Krise.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen



Dr. Ulrich Wessels  
Rechtsanwalt und Notar