

Kurzstellungnahme zum Gesetzentwurf

der Landesregierung für ein Gesetz zur konsequenten und solidarischen Bewältigung der COVID-19-Pandemie in Nordrhein-Westfalen und zur Anpassung des Landesrechts im Hinblick auf die Auswirkungen einer Pandemie - Drucksache 17/8920
28.03.2020.

1. Zum Gesetzgebungsverfahren:

Die Landesregierung plant das genannte Gesetz – nach meinen Informationen – am Gründonnerstag, d.h. am 9.4.2020 im Landtag verabschieden zu lassen. Der Entwurf wurde am 30.3.2020 erstmals öffentlich. Diese kurze Frist ist problematisch.

Das Gesetz enthält weit reichende Ermächtigungen an die Landesregierung, genauer an den Gesundheitsminister, welche die grundsätzliche Frage aufwerfen, ob sie mit Art. 80 GG, Art. 70 LVerf NRW und dem Demokratieprinzip des GG und der LVerf vereinbar sind.

Die gegenwärtige Situation einer Pandemie scheint es notwendig zu machen, dass die Exekutive schnell handelt und eine allgemeine Stärkung der Exekutive und eine Umgehung des Parlaments ist nicht zu erwarten, denn die Ermächtigungen sind auf die Notsituation begrenzt und rückholbar. Trotzdem bedarf es einer intensiven, gründlichen Diskussion, ob die Grenzen, welche die genannten Vorschriften der Verfassungen ziehen, überschritten werden. Das ist in einem Verfahren, das nur wenige Tage Frist setzt, um den Gesetzentwurf zu erörtern, kaum möglich.

Das Parlament und die Öffentlichkeit haben grundsätzlich ein Recht auf eine Debatte, in der die Abgeordneten sich informieren können,

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Umwelt- und Technikrecht,
Rechtstheorie

Prof. Dr. Andreas Fisahn

Raum: H1-124 (H-Gebäude)

Telefon: 0521/106-4384

Telefon Sekretariat:

0521/106-6964

Fax: 0521/106-89016

Mail: andreas.fisahn@uni-bielefeld.de

www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/

Sekretariat:

sekretariat.fisahn@uni-bielefeld.de

Universität Bielefeld

Universitätsstraße 25

33615 Bielefeld

Bankverbindung:

Landesbank Hessen-Thüringen

IBAN: DE46 3005 0000 0000 0610 36

SWIFT-BIC: WELADEDXXX

Abwägungen treffen können und mit der Möglichkeit, wohlerwogene Gründe zu erkennen, in die Abstimmung gehen. Das ist bei dieser Frist kaum möglich.

Gerechtfertigt sein könnte das schnelle Verfahren allerdings durch die außergewöhnliche Notsituation, die mit dem Corona-Virus geschaffen wurde. Dann allerdings müsste es dringenden Handlungsbedarf geben. Der Gesetzentwurf ermächtigt vor allem zu zwei neuartigen Interventionen seitens der Exekutive, nämlich erstens medizinisches Personal zum Dienst zu verpflichten und zweitens medizinisches Material und Geräte sicherzustellen und zum üblichen Marktpreis zu veräußern. Dringender Handlungsbedarf wäre gegeben, wenn hier Engpässe abzusehen wären oder nachweislich bestehen.

Hier hat der Gesetzgeber sicher eine Einschätzungsprärogative; dennoch müsste er seine Entscheidung für diese Eile begründen und Anzeichen für eine Notlage an Personal und Gerät konkret erläutern. Genau das aber wird in der Begründung¹ zum Gesetzentwurf nicht deutlich, sondern es wird nur auf die Möglichkeit hingewiesen, dass die freiwilligen Helfer überfordert sein könnten, was eher dafür spricht, dass gegenwärtig noch ausreichend Personal vorhanden ist, also keine übergroße Eile besteht, dass Gesetz zu erlassen.

Hinsichtlich des Materials wird in der Begründung festgestellt, dass von einem „geordneten Markt“ keine Rede mehr sein könne und deshalb der Staat in der Lage sein müsse einzugreifen.

Es ist zu durchaus zu begrüßen, dass die Landesregierung in diesem Fall dem wuchernden Spekulantentum Einhalt gebieten will – ein zutreffender Gedanke, der auch für Nach-Coronazeiten bewahrt werden sollte. Erläuterungsbedürftig ist in diesem Falle aber, warum in der gegenwärtigen Situation § 17-19 OBG-NRW und § 43 PolG-NRW nicht als Ermächtigungsgrundlage ausreichen. Das kann hier in der Kürze der Zeit nicht abschließend geprüft werden, aber gerade darum geht es; die Vorschriften des Gesetzentwurfes bedürfen einer gründlichen Prüfung auf ihre Rechtmäßigkeit. Die Begründung, warum das Gesetz im genannten Eilverfahren verabschiedet werden soll, überzeugt nicht und ist damit verfassungsrechtlich zumindest problematisch.

Dafür spricht auch, dass das Gesetz in sich nicht konsistent ist. Nach § 11 Entwurf soll eine epidemische Lage von landesweiter Tragweite dann vorliegen „wenn 1. der Bundestag nach § 5 Absatz 1 IfSG eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat, solange diese Feststellung Gültigkeit hat, oder 2. der Landtag aufgrund der dynamischen Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit im Land eine epidemische Lage von landesweiter Tragweite feststellt.“ Gemäß § 15 II Entwurf sind die Dienstverpflichtungen nur zulässig, wenn „die Landesregierung zuvor durch Rechtsverordnung neben der epidemischen Lage einen

¹ Erläuterungen zum Entwurf eines Gesetzes zur konsequenten und solidarischen Bewältigung der COVID-19-Pandemie in Nordrhein- Westfalen und zur Anpassung des Landesrechts im Hinblick auf die Auswirkungen einer Pandemie/ Vorlage 17/3214.

erheblichen Mangel an medizinischem oder pflegerischem Personal festgestellt hat. Ist ein Beschluss der Landesregierung nicht rechtzeitig möglich, entscheidet das für das Gesundheitswesen zuständige Ministerium.“

Nach § 11 entscheidet also der Bundestag oder der Landtag über die epidemische Lage (eigentlich müsste es wohl um eine Pandemie gehen), nach § 15 scheint die Landesregierung oder gar nur der Gesundheitsminister allein über diese Lage zu entscheiden. So entsteht zumindest ein Auslegungsspielraum, der nicht wünschenswert ist. Da wurde in der Eile nicht sauber abgestimmt, was wiederum zu dem Schluss führt, dass die Beratung mehr Zeit braucht als veranschlagt.

2. Zu den Dienstverpflichtungen

In § 15 Entwurf ist die Verpflichtung zum Einsatz medizinischen und pflegerischen Personals geregelt. Dort heißt es: „(1) Die zuständigen Behörden nach § 3 können 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 verlangen, soweit das zur Bewältigung der epidemischen Lage nach § 11 dringend erforderlich und angemessen ist. Die Behörden können jede Person nach Satz 1 unter gleichen Voraussetzungen auch zur Erbringung von Dienst-, Sach- und Werkleistungen an Einrichtungen der medizinischen oder pflegerischen Versorgung zuweisen und verpflichten.“

Das Personal kann also zum Dienst z.B. in Krankenhäusern verpflichtet werden. Problematisch ist dies, weil Art. 12 II GG den Arbeitszwang verbietet. Dort heißt es: „Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.“

Der Begriff des Arbeitszwanges ist auslegungsbedürftig und in der Rechtsprechung des BVerfG finden sich Anhaltspunkte, die zu einer unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Bewertung führen, gerade deshalb aber die Dienstpflicht problematisch erscheinen lassen.

Einschlägig ist vor allem die Entscheidung BVerfGE 74, 102/ 118 ff – Erziehungsmaßregeln. Dort wird zur Genese des Art. 12 II zitiert:

„Der Ausschußvorsitzende, *Dr. von Mangoldt*, betonte (a.a.O., S. 21), der Verfassungsgeber dürfe nicht die Trägheit und Bequemlichkeit des Regierens und Verwaltens unterstützen, wie sie unter dem Totalitarismus in Übung gewesen seien, wo man, sobald eine Schwierigkeit aufgetaucht sei, sich mit Zwangsmitteln beholfen habe. In der 23. Sitzung vom 19. November 1948 verwies er nochmals auf das Beispiel einer Dienstverpflichtung zum Uranbergbau in Oberschlesien.“

Das spricht dafür, dass die Dienstpflicht nach § 15 unter den Begriff des Arbeitszwanges fällt, denn die Vorschrift macht das Regieren sicher bequemer.

Das Gericht führt dann aus, dass Verpflichtungen von geringfügigem Umfang nicht unter den Begriff des Arbeitszwanges fallen:

„Wie sich hiernach auch aus dem Grundanliegen des Verfassungsgebers und den in diesem Zusammenhang von ihm vorgesehenen Ausnahmen ergibt, ist das Verbot der Zwangsarbeit und des Arbeitszwangs zwar umfassend zu verstehen, bedarf aber in seinem Randbereich der Grenzziehung im Wege der Auslegung. Nicht jede hoheitlich gegen den Willen einer Person geforderte Tätigkeit ist erzwungene Arbeit im Sinne von Art. 12 Abs. 2 und 3 GG. So fällt die Inanspruchnahme der Banken zum Abzug der Kapitalertragsteuer ebensowenig wie die Heranziehung der Arbeitgeber beim Lohnsteuerabzug oder bei der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen oder eines Versicherungsunternehmens bei Einbehaltung der Versicherungssteuer in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 2 und 3 GG. In solcher Heranziehung ist eine auf vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gestützte Indienstnahme privater Unternehmen für staatliche Aufgaben im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit zu sehen, die in erster Linie an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen ist. Ersichtlich die gleiche Auffassung liegt der Entscheidung zur Auferlegung von Bevorratungspflichten zugrunde, die an die wirtschaftliche Tätigkeit des vorratspflichtigen Unternehmens anknüpfen. Später wurde diese Auslegung nochmals bestätigt und entschieden, daß nicht schon jeder Zwang zu einer mit der Berufsausübung in Beziehung stehenden Tätigkeit unter den besonderen Regelungsbereich des Art. 12 Abs. 2 GG falle. Ausschlaggebend in all diesen Fällen war nicht etwa die Anerkennung eines Vorrangs des Prüfungsmaßstabs der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), der eine weitere Prüfung nach Art. 12 Abs. 2 und 3 GG ausschliesse; entscheidend war vielmehr, daß die auferlegten Tätigkeiten schon nach ihrer Art und ihrem Umfang ersichtlich nicht dem Schutzbereich des grundsätzlichen Verbots erzwungener Arbeit zugerechnet werden konnten, die Frage einer Einordnung unter die in Art. 12 Abs. 2 GG vorgesehenen Ausnahmen sich demnach gar nicht stellte. Wo die von der Verfassung gezogene Grenze des Verbots erzwungener Arbeit im Sinne von Art. 12 Abs. 2 und 3 GG verläuft, läßt sich danach nur fallbezogen feststellen.“

Um geringfügige Tätigkeiten handelt es sich aber bei der Dienstverpflichtung von medizinischem Personal, um einer Pandemie Herr zu werden, aber gerade nicht, Die Verpflichtung geht über die in dem Zitat des Gerichts beschriebenen Fälle deutlich hinaus. Auch damit ist man im Bereich des Arbeitszwanges, der zunächst unzulässig ist.

Gegen diese Auslegung spricht, dass das BVerfG die Verfassungsnorm in den historischen Kontext stellt und sie so interpretiert, dass Formen der NS-Zwangsarbeit ausgeschlossen sein sollen. Sie sei eine Konkretisierung der Menschenwürde, deshalb fallen unter den Begriff der

Zwangsarbeit nur solche Verpflichtungen, die den Bereich der Menschenwürde tangieren. Wörtlich formuliert das Gericht in der genannten Entscheidung:

„Erklärtes Ziel des Verfassungsgebers war es somit, durch Art. 12 Abs. 2 und 3 GG eine Herabwürdigung der Person durch Anwendung bestimmter Methoden des Arbeitseinsatzes, wie sie in totalitär beherrschten Staaten üblich sind, sicher auszuschließen. Um dies zu erreichen, wurde nach dem Wortlaut der Vorschriften bestimmt, daß Zwang zu einer bestimmten Arbeit grundsätzlich untersagt sein soll.“

Einschränkend aber die folgenden Interpretationen:

„Dabei gilt es im Auge zu behalten, daß Art. 12 Abs. 2 und 3 GG als Ausdruck bewußter Abkehr von Methoden, die die Person herabwürdigen und für totalitäre Herrschaftssysteme kennzeichnend sind, in enger Beziehung steht zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Achtung der Menschenwürde, auf deren Schutz alle staatliche Gewalt verpflichtet ist (Art. 1 Abs. 1 Satz 2, Art. 79 Abs. 3 GG). Gleichermaßen wird aber auch zu beachten sein, daß der Verfassungsgeber darüber hinaus schon jede Art zwangsweiser Heranziehung untersagen wollte, die auch nur im Ansatz die Gefahr begründet auszuufern, mißbraucht zu werden, und so in der Praxis zu einer Verletzung der Menschenwürde führen könnte. Dementsprechend sah er selbst herkömmliche, allgemeine, für alle gleiche öffentliche Dienstleistungsverpflichtungen als Zwang zu einer bestimmten Arbeit an; er ließ sie, weil unerlässlich und verhältnismäßig, als Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot des Arbeitszwangs ausdrücklich zu (Art. 12 Abs. 2 GG).“

Die Menschenwürde wird mit der Verpflichtung zu medizinischen Dienstleistungen in Notsituationen auf den ersten Blick nicht verletzt. Die Menschen werden nicht zum Objekt staatlicher Gewalt und zu herabwürdigenden Dingen verpflichtet. Man kann das „zum Objekt Machen“ allerdings schon im Arbeitszwang selbst sehen, so wie dies in den abschließenden Äußerungen des Gerichts aufscheint.

Für eine Auslegung, nach der jeglicher Arbeitszwang ausgeschlossen sein sollte und nicht nur die Heranziehung zu herabwürdigenden Arbeiten spricht wiederum der historische Hintergrund. Art. 12 II war eine Antwort auf den NS-Reichsarbeitsdienst. Nach § 1 Reichsarbeitsdienstgesetz hatte vom 26. Juni 1935 hatte dieser folgenden Inhalt:

„(1) Der Reichsarbeitsdienst ist Ehrendienst am Deutschen Volke. (...)

(4) Der Reichsarbeitsdienst ist zur Durchführung gemeinnütziger Arbeiten bestimmt.“

Die Vorschrift spricht dagegen, dass es darum ging, die Würde der verpflichteten Jugend zu verletzen, auch wenn es bei dem RAD um eine Maßnahme der ideologischen Erziehung handelte. Eingesetzt wurden die Jugendlichen über 18 Jahren in der Forst- und Landwirtschaft. Ein Schwerpunkt war die Entwässerung von Flächen in Norddeutschland durch Deichbau und die Urbarmachung von Moor- und Heideflächen. Auch wenn das keine Ferienlager waren, die

Arbeiten verletzen durch ihre Art die Würde der Person nicht, so dass das Verbot des Arbeitszwanges in Art. 12 II GG als grundsätzliches Verbot zu verstehen ist. Dienstverpflichtungen von einigermaßen hohem Gewicht tangieren die menschliche Würde nach dem Willen der Verfassungsväter und -mütter unabhängig von dem Inhalt der Arbeit.

Die Ausnahmen des Art. 12 II GG greifen nicht, weil es sich schon nicht um „herkömmliche“ und auch nicht um allgemeine, für alle gleiche öffentliche Dienstleistungspflichten handelt. Die Dienstpflicht wird neu eingeführt und betrifft nur medizinisches Personal, also eine vergleichsweise kleine Gruppe.

Schließlich ist es problematisch, dass diese Verpflichtung von unteren Verwaltungseinheiten ausgesprochen werden kann und soll, weil hier die Kontrolle insbesondere der Öffentlichkeit schwächer ist.

Im **Ergebnis** ist es jedenfalls ausgesprochen problematisch, eine Ermächtigung für eine Dienstpflicht für medizinisches Personal einzuführen, weil die Unzulässigkeit des Arbeitszwanges nach Art. 12 II GG dem entgegensteht. Notwendig ist auch hier, mehr Zeit die Frage zu prüfen und zu erörtern.

So spricht einiges dafür, dass das Verfahren und einzelne Bestimmungen des Gesetzentwurfs verfassungsrechtlich nicht zu halten sind und eine gründlichere Diskussion erforderlich ist.