



**Forschungsinstitut für
öffentliche und private
Sicherheit (FÖPS Berlin)**

**Prof. Dr. Clemens Arzt
Direktor**

Alt-Friedrichsfelde 60
10315 Berlin

www.foeps-berlin.org
foeps@hwr-berlin.de

Entwurf eines Gesetzes zur Kontaktnachverfolgung im Rahmen der Corona-Pandemie

**Landtag des Saarlandes
vom 10. September 2020
Drs. 16/1428**

Prof. Dr. Clemens Arzt

Fachbereich Polizei und Sicherheitsmanagement der HWR Berlin
Direktor Forschungsinstitut für Öffentliche und Private Sicherheit (FÖPS Berlin)

Berlin, 5. Oktober 2020



Verfassungsrechtliche Einordnung

Mit seiner Entscheidung vom 28. August 2020 (Lv 15/20) hat der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes deutlich gemacht, dass weitgehende Beschränkungen der Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger auch in Zeiten der Corona-Pandemie einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Diese Klarstellung und zugleich Verpflichtung ist mit Blick auf die „Wesentlichkeitstheorie“ ausdrücklich zu begrüßen. Ebenso zu begrüßen ist, dass der Gesetzgeber des Landes dem umgehend nachkommt und somit auch ein Vorbild für andere Länder schafft.

Die bisher geltende Regelung zur Kontaktnachverfolgung im Verordnungsrang berührt nach dieser Entscheidung den Schutzbereich des Grundrechts auf Datenschutz nach Art. 2 Satz 2 SVerf. Mit der zu Zwecken der Kontaktnachverfolgung geregelten Obliegenheit zur Angabe und Erfassung von Namen, Anschrift, (telefonischer oder anderer) Erreichbarkeit und dem Zeitpunkt des Besuchs der benannten Einrichtungen und Veranstaltungen werden personenbezogene Daten erhoben und verarbeitet. Durch die Regelungen der Verordnung, die insoweit weiterhin in Kraft ist, werden aus Sicht des VerFGH, der zuzustimmen ist, die Grundrechte der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Satz 1 SVerf) und, vor allem, auf Schutz der personenbezogenen Daten (Art. 2 Satz 2 SVerf), in einer einem finalen Eingriff gleichkommenden Weise berührt.

Die aus der Pflicht zur Kontakterhebung resultierende Erhebung personenbezogener Daten hat nach Ansicht des VerFGH ein erhebliches Gewicht. Es werden hierzu (indirekt) alle bestimmte Orte oder Veranstaltungen aufsuchenden Menschen gezwungen, nicht nur in dem Bereich des Besuchs von Gaststätten ihre Kontaktdaten preiszugeben, sondern auch zu dokumentieren, wann sie – beispielsweise – welche Gottesdienste besucht haben und an welchen sonstigen Veranstaltungen und Zusammenkünften sie zu einem bestimmten Zeitpunkt teilgenommen haben.

Sodann merkt das Gericht zu Recht an, dass die Praxis und Umsetzung der Erfassung erhebliche rechtliche Probleme mit sich bringt, da nicht nur Verantwortliche und Gesundheitsbehörden über diese Daten verfügen können. Die fehlende normative Ausgestaltung der Kontaktdatenerhebung erlaubt es vielmehr – vor allem im Bereich der Gastronomie – dass unter Umständen auch nachfolgende Gäste erkennen sowie (bspw. per Smartphone fotografierend) speichern und erinnern können, wer vor ihnen den fraglichen Ort zuvor besucht hat und wie die Person über Telefonnummer, Mailschrift oder Anschrift erreichbar ist.

Die mit der Verfassung für unvereinbar erklärte Regelung in Art. 2 § 3 Abs. 3 CP-VO, die qua Übergangsfrist noch immer gilt aber umgehend durch Gesetz abzulösen ist,



enthält nach Auffassung des VerfGH zugleich eine Unterschreitung des Schutzes, den der Staat Betroffenen gegenüber Dritten gewähren muss, wenn er eine Kontaktdatenerhebung bewirkt. Zu dieser Pflicht zum „Datenschutz“ zählen auch normative Vorkehrungen, die infektionsschutzrechtlich möglicherweise gebotene Offenbarung personenbezogener Informationen vor den Augen Dritter geheim zu halten. Das Fehlen solcher Schutzmechanismen trägt zum Gewicht des mittelbaren Eingriffs bei.

Unklar sei auch, führt der VerfGH weiter aus, ob eine Kontaktnachverfolgung bei Versammlungen oder bei dem Besuch von gesetzgebenden Körperschaften oder Gerichten verpflichtend sei. Auf diese Weise könne – faktisch – die Öffentlichkeit von Verhandlungen gesetz- oder satzungsgebender Körperschaften oder von Gerichten, und damit ein zentrales Element einer transparenten freiheitlichen Demokratie und eines Rechtsstaats, beeinträchtigt werden. Das möge so nicht gemeint und gewollt sein, sei ist aber nach dem Wortlaut und möglicherweise auch nach dem Zweck der Vorschrift nicht auszuschließen. Nichts Anderes gelte für bestimmte politische Veranstaltungen.

Der VerfGH resümiert daher, es bestehe die Gefahr, dass Bewegungs- und Persönlichkeitsprofile von Grundrechtsträgern erstellt werden können, ohne dass bisher verfahrensrechtliche Regelungen zur Missbrauchsabwehr getroffen wurden. Die Kontaktdatenerhebung und -nachverfolgung erlaube nämlich grundsätzlich zu recherchieren, wann sich Betroffene wo aufgehalten haben, ob und in welcher Häufigkeit sie Gaststätten besucht haben, ob und wenn ja welche Gottesdienste sie besucht haben und bei welchen gesellschaftlichen oder politischen Zusammenkünften sie anwesend waren.

Die von der Landesregierung für zulässig erachtete Abstützung der Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten durch Dritte zum Zwecke der Kontaktnachverfolgung auf Art. 6 DSGVO erklärt der LVerfGH aus guten Gründen für rechtlich nicht tragfähig und führt aus, die Verordnung sei „daher zusätzlich geeignet, die Intensität des Eingriffs zu verharmlosen und zu verunklaren.“

Angesichts der Infektionslage für voraussichtlich weitere Monate sei der mittelbare Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz inzwischen jedenfalls von einer derartigen Intensität, dass nur ein parlamentarisches Gesetz ihn und seine Voraussetzungen und Grenzen rechtfertigen können, wie der VerfGH abschließend feststellt.

Damit wurde der Rechtsauffassung und Umsetzungsmaßnahmen der Landesregierung attestiert, mit der Verfassung nicht in Einklang zu stehen, weshalb unabdingbar eine gesetzliche Regelung notwendig ist und seit Monaten notwendig war, um die Erfassung personenbezogener Daten zur Kontaktnachverfolgung auch weiterhin durchführen zu können und auf eine verfassungsgemäße und einfachgesetzlich stabile Basis zu stellen. Der Gesetzentwurf hierzu wird sich unter anderem an den Anforderungen in der Ent-



scheidung des VerfGH messen lassen müssen. Zum Gesetzentwurf im Einzelnen siehe nachfolgende Anmerkungen.

§ 1 Gesetzesziel

Grundsätzlich ist gegen eine eher deklaratorische Einordnung des Gesetzes in § 1 I nichts einzuwenden, wobei hier natürlich die Kompetenzordnung des Grundgesetzes zu beachten ist. Wenn das Gesetz „**unbeschadet bundesrechtlicher Regelungen**“ weitere Regelungen erlassen soll, wäre sicher sinnvoll, hier genau abzugrenzen, welche bundesrechtlichen Regelungen bei Erlass des Gesetzes überhaupt in die Betrachtung einbezogen werden. Entgegen der Begründung wird zudem nicht auf das geltende IfSG verwiesen, sondern auf nicht näher bestimmte „bundesrechtliche Regelungen zum Infektionsschutzrecht“, was schon sprachlich nicht unbedingt gelungen erscheint.

Die **dynamische Verweisung** in § 1 II ist anzupassen, weil die Verordnung vom 2.9.2020 zum einen bereits außer Kraft ist und die nachfolgende Verordnung vom 17.9.2020 wiederum bereits vor Verabschiedung des Gesetzes außer Kraft tritt.

§ 2 Kontaktnachverfolgung

§ 2 I entspricht im Wesentlichen dem § 3 I der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) vom 17.9.2020. Dabei werden allerdings in Nr. 6 die Bedenken des VerfGH zu **Versammlungen** u.a. „Veranstaltungen“ aufgegriffen und die enumerativ im Gesetz aufgeführten Anlässe ausdrücklich ausgenommen. Ob dies trennscharf genug in **Abgrenzung von Nr. 1 und Nr. 6** mit Blick auf Versammlungen und politische und ähnliche Veranstaltungen an den in Nr. 1 genannten Orten gelungen ist, mag bezweifelt werden und wird – geht man von einem Vorrang der Nr. 6 als speziellerer Regelung – zumindest *in praxi* unter Umständen nicht ohne Unsicherheiten über die Verpflichtung der Betreiber bleiben.

Ob die Umsetzung der Entscheidung des VerfGH mit Blick mit **Gottesdienste in § 2 I Nr. 4** hinreichend beachtet wurden, muss bezweifelt werden. So hat das Gericht (S. 24) ausdrücklich unter anderem mit Hinweis auf Gottesdienste ausgeführt:

Von einem grundrechtsrelevanten Eingriff ist auch dann auszugehen, wenn Regelungen das Verhalten einer grundrechtsberechtigten Person mittelbar derart zu beeinflussen vermögen, dass sie von der Ausübung des Grundrechts abgehalten werden kann, wenn sich die „influenzierende Wirkung“ der Regelung (...) also als funktionales Äquivalent eines imperativen Eingriffs darstellt.



Dabei wird im Gesetzentwurf nicht hinreichend beachtet, dass die Maßnahme einen Eingriff in die **Glaubens- und Religionsfreiheit aus Art. 4 GG** (vgl. BVerfG - 1 BvQ 44/20 Rn. 9, 10, 13; so auch VerfGH a.a.O. passim) darstellt, der durch keinerlei kompensatorische Maßnahmen etwa ausgeglichen oder abgemildert würde. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht hier unbedingt **Nachbesserungsbedarf** (zur Frage des Zitiergebotes bei Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vgl. *Pautsch/Haug*, NJ 2020, 281 (284 f.))

Eine **Verordnungsermächtigung** wie in **§ 2 II** ist grundsätzlich zulässig, die wesentlichen Entscheidungen müssen aber nach Art. 80 I 2 GG durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst erfolgen (VerfGH S. 17). Ob dies mit einer nicht weiter konturierten **Öffnungsklausel** für jede Form „weiterer Einrichtungen, Anlagen und Betriebe“ gelungen ist, ist zu **bezweifeln**, gerade auch, weil der Katalog der verpflichteten Betriebe und Veranstaltungen sehr weit ist.

§ 3 Ablauf der Kontaktnachverfolgung

§ 3 entspricht im Wesentlichen der bisherigen Regelung in § 3 II der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) vom 17.9.2020, enthält indes auch Abweichungen.

Die Maßgaben zu den zu erhebenden Daten in **§ 3 I 1** bergen jedoch Unklarheit, welche Daten zur **Erreichbarkeit** erhoben und gespeichert werden dürfen und müssen. Hier wäre im Sinne der **Normenklarheit und -bestimmtheit** eine Klarstellung notwendig. Anstelle des Begriffs Wohnort sollte m.E. darüber nachgedacht werden, ob nicht der Begriff der Wohnanschrift genauer ist, da der Wohnort unter Umständen nur auf die politische Gemeinde, nicht aber die genaue Adresse verweist. Zudem sollte klargestellt werden, welche Daten zur Erreichbarkeit neben der Wohnadresse anzugeben sind. Dies sollte **alternativ** auf die **Rufnummer oder Mailadresse** beschränkt werden, um die Erhebung personenbezogener Daten im Sinne der **Datenminimierung** (Art. 5 I lit. c DSGVO) einzugrenzen.

Zu begrüßen ist die klare Maßgabe zum Ausschluss der Kenntnisnahme durch unbefugte Dritte (in **Sammellisten** etc.) in **§ 3 I 2**, weil die mögliche **Kenntnisnahme durch Dritte** nicht nur vom VerfGH gerügt wurde, sondern offenkundig auch **Anlass für viele Menschen ist, dort falsche oder unvollständige Angaben** zu machen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass zunächst händisch dokumentierte Informationen jederzeit digitalisiert und damit auch den Gefahren der automatisierten Datenverarbeitung zugänglich werden können, ohne dass die betroffene Person davon erfährt



oder dem entgegenwirken kann. Erst recht gilt dies natürlich für bereits digitalisiert erfasste Gästedaten (vgl. VerFGH S. 28).

Ebenso zu begrüßen ist die klare Regelung zu **Löschfristen** und zur Beschränkung der Verwendung in **§ 3 II**. Die Löschfrist von einem Monat nach Erhebung ist meines Erachtens mit Blick auf die Ausführungen des RKI zur „Kontaktpersonen-Nachverfolgung bei respiratorischen Erkrankungen durch das Coronavirus SARS-CoV-2“ (Stand: 24.9.2020) im Sinne der Datenminimierung zu **verkürzen**. Mit Blick auf die dort genannten Zeiträume erscheinen aus meiner Sicht 14 Tage ausreichend.

§ 3 IV 1 regelt **Weitergabeverbote**, was ebenfalls zu begrüßen ist, insbesondere mit Blick auf eine offenbar nicht seltene, aber rechtswidrige Weitergabe von Listen Infizierter an die Polizei oder auch die Diskussion über den strafprozessualen Zugriff auf solche Listen. Allerdings ist der Begriff der Weitergabe nicht hinreichend präzise, worauf auch die Gesetzesbegründung hinweist, die offenbar eine Herausgabe der Daten aufgrund bundesrechtlicher Regelungen für zulässig erachtet. Das vom VerFGH klar herausgearbeitete Argument einer möglicherweise **abschreckenden und einschüchternden Wirkung solcher Listen** bei der Grundrechtsinanspruchnahme (S. 23) – bis hin zur Religionsfreiheit kann – kann zu falschen Angaben führen, nicht zuletzt wenn nicht absehbar ist, welche weiteren staatlichen Einrichtungen oder Behörden hierauf zugreifen dürfen. Dies will der Gesetzentwurf offenkundig begrenzen, sollte aber aus meiner Sicht hier um eine **Regelung ergänzt oder Satz 1 geändert** werden, die dem § 4 III 5 Bundesfernstraßenmautgesetz entspricht:

„Eine Übermittlung, Verwendung oder Beschlagnahme dieser Daten nach anderen Rechtsvorschriften ist unzulässig.“

Ob die **Löschfrist** in **§ 3 IV 2** nicht ebenso wie die in § 3 II verkürzt werden sollte, ist zu überdenken, auch wenn hier unter Umständen eine geringfügig längere Speicherung als nach Absatz 2 als sinnvoll erachtet werden könnte.

§ 4 Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Ohne dies hier in der Kürze der Zeit rechtlich abschließend beurteilen zu können, bestehen Bedenken gegen **§ 4 I**, weil dieser auf § 73 Ia Nr. 24 IfSG verweist, hier aber – anders als bei § 11 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) – keine Zuwiderhandlung gegen eine Rechtsverordnung nach § 32 IfSG oder anderen Regelungen des IfSG vorliegt.



Fraglich ist auch, ob die Festlegung der **Höhe eines Bußgeldes** im Rahmen des Schuldprinzips und der Verhältnismäßigkeit mit Blick auf die signifikante Höhe allein den Verfolgungs- und Bußgeldbehörden überlassen bleiben sollte (vgl. *Müller/Rebler*, DVBl. 2020, 785/791).

Resümee

Anzuerkennen und zu begrüßen ist, dass der Gesetzgeber des Saarlandes – wenn auch erst nach einer hierzu verpflichtenden Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes – eine gesetzliche Regelung zur Kontaktnachverfolgung anstrebt, deren Notwendigkeit andere Bundesländer bisher verkannt haben. Gegen den Gesetzentwurf bestehen einige rechtliche Einwände, aber keine grundsätzlichen Bedenken, weil der Schutz der Grundrechte der Betroffenen durch die Neuregelung erheblich verbessert wird. Dabei sollten allerdings die oben formulierten Einwände und Hinweise überdacht und einige Regelungen noch geändert werden.

gez. Prof. Dr. Clemens Arzt