

Landesbehindertenbeauftragter, Teerhof 59, 28199 Bremen

Per Hauspost an:

Herrn Thomas Ehmke
Chef der Senatskanzlei

Frau Silke Stroth
Staatsrätin bei der Senatorin für Gesund-
heit, Frauen und Verbraucherschutz

Herrn Olaf Bull
Staatsrat beim Senator für Inneres

Auskunft erteilt
Herr Frankenstein

Teerhof 59 (Beluga-Gebäude)
28199 Bremen

Tel. (0421) 361-18181
Fax (0421) 496-18181
E-Mail: office@lbb.bremen.de
Internet: www.lbb.bremen.de

Datum und Zeichen
Ihres Schreibens

Mein Zeichen

Bremen, 20. Oktober 2020

Stellungnahme des Landesbehindertenbeauftragten zur Mund-Nasen-Bedeckung

Sehr geehrte Frau Staatsrätin Stroth,
sehr geehrter Herr Staatsrat Bull,
sehr geehrter Herr Staatsrat Ehmke,

als Landesbehindertenbeauftragter der Freien Hansestadt Bremen möchte ich mich eingangs bei Ihnen und Ihren Häusern für die Zusammenarbeit der vergangenen Monate in vielen Fragestellungen, die die Bewältigung der Pandemie in Bezug auf behinderte Menschen betreffen, bedanken. Mit meinem heutigen Schreiben richte ich den Blick auf die Regelungen zur Mund-Nasen-Bedeckung in der Coronaverordnung, die - nach einigen anfänglichen Änderungen - im Wesentlichen unverändert geblieben sind.

Rechtlicher Rahmen

Nach § 3 Absatz 1 Coronaverordnung ist bei der Nutzung von Verkehrsmitteln des Öffentlichen Personenverkehrs und den hierzu gehörenden Einrichtungen und bei dem Besuch einer Verkaufsstätte in geschlossenen Räumen eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen, deren Beschaffenheitsanforderungen in § 3 Absatz 2 Coronaverordnung geregelt sind. Auch an anderen Stellen verweist die Coronaverordnung auf diese Pflicht, so zum Beispiel für Gebäude der allgemeinen und berufsbildenden Schulen (§ 17 Absatz 2a) sowie in den Vorgaben zum Inhalt von Allgemeinverfügungen ab Überschreiten festgelegter Inzidenzwerte. Für den Zeitraum sehr hoher Inzidenzwerte soll durch diese Vorgaben die Tragepflicht auch auf Einrichtungen des öffentlichen Dienstes (§ 22a Absatz 3 Nummer 6) und den öffentlichen Raum (§ 22a Absatz 2 Nummer 3) ausgeweitet werden. Den Vorgaben liegt zugrunde, dass die Mund-Nasen-Bedeckung nach dem Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse einen

wesentlichen Beitrag zur Eindämmung der Infektion leistet, gerade für die Fälle, in denen Menschen sich sehr nahe kommen oder in geschlossenen Räumen aufeinandertreffen.

Ausnahmen von dieser Pflicht werden nach § 3 Absatz 3 Coronaverordnung gemacht für Kinder unter sechs Jahren, Gehörlose oder schwerhörige Menschen, ihre Begleitperson und im Bedarfsfall für Personen, die mit diesen kommunizieren, und Personen, denen die Verwendung einer Mund-Nasen-Bedeckung wegen einer Behinderung, einer Schwangerschaft oder aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Hintergrund der verankerten Ausnahme für behinderte Menschen ist die verordnungsrechtliche Umsetzung des verfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbots nach Art. 3 Absatz 3 Satz 2 Grundgesetz (GG). Danach darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Erfasst werden auch mittelbare Benachteiligungen, bei denen sich der Ausschluss von Betätigungsmöglichkeiten nicht als Ziel, sondern als Nebenfolge einer Maßnahme darstellt (vgl. Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Januar 2020 2 BvR 1005/18 -, Rn. 35,).

Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG beinhaltet außer einem Benachteiligungsverbot auch einen Förderauftrag. Er vermittelt einen Anspruch auf die Ermöglichung gleichberechtigter Teilhabe nach Maßgabe der verfügbaren finanziellen, personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 - 2 BvC 62/14 -, Rn. 56 m.w.N.).

Problemstellungen in der Praxis

Zahlreiche Beschwerden, die mich seit Beginn der Pandemie erreicht haben, zeigen, dass es einen (gesamtgesellschaftlich kleinen, aber in absoluten Zahlen erheblichen) Teil von Menschen im Land Bremen gibt, die behinderungsbedingt keine Maske tragen können. Beispielhaft sei auf Menschen mit Asthma-Erkrankungen, chronischen Lungenerkrankungen, Muskelerkrankungen, die sich auf die Atmung auswirken, Herz-Kreislauf-Erkrankungen oder psychischen Erkrankungen verwiesen.

Dieser Personenkreis war von Beginn der Krise an zunächst damit konfrontiert, dass die Mund-Nasen-Bedeckungspflicht in der Praxis aus unterschiedlichen Gründen sehr strikt angewandt und Ausnahmen, entgegen der rechtlichen Vorgaben der Verordnung und anderer einschlägiger Gesetze, nicht vollzogen worden sind. Die Beschwerden, die mich erreicht haben, betrafen zum Beispiel den Zugang zum Einzelhandel, zur Post oder zu Apotheken. Beschwerden gab es auch wegen der fehlenden Akzeptanz von Ausnahmen in Schulen, Schwimmbädern oder dem öffentlichen Personennahverkehr. Einige Fälle konnten, teilweise durch meine Intervention, gelöst werden, viele Verantwortliche blieben indes, oft aus Sorge vor den Folgen eines Infektionsfalls, bei ihrer strikten Haltung. Da Rechtsschutz hiergegen nach

meinem Wissen kaum gesucht wurde und dieser Weg bei der Vielzahl von Fällen auch nicht praktikabel erschienen wäre, waren und sind viele dieser Personen in unterschiedlichen Lebensbereichen erheblichen Problemen bei der Gestaltung ihres Alltags ausgesetzt.

Daneben kam und kommt es, wie mir oft eindrücklich geschildert wird, oft zu verbalen Auseinandersetzungen, da Menschen ohne Maske von anderen als Infektionstreiber*innen beschimpft wurden. Seit einiger Zeit hat sich dieses Problem verschärft, da sich mit Steigen der Infektionsfälle und gleichzeitiger Zunahme der generellen Kritik einzelner Gruppierungen an dem Gebot, eine Maske zum Infektionsschutz zu tragen, die gesellschaftliche Stimmung insgesamt verschärft hat. Dies hat zur Folge, dass behinderte Menschen, die keine Masken tragen können, über das vertretbare Maß hinaus zu Leidtragenden dieser an sich schon misslichen Lage werden.

Besonders problematisch ist, dass auch diejenigen Geschäftstreibenden, die die Ausnahmen zur Geltung bringen wollen, mittlerweile teilweise davon absehen. Sie argumentieren damit, dass der Beweiswert einzelner Atteste zur Glaubhaftmachung einer Ausnahme nicht mehr hinreicht, um tatsächlich von einer Ausnahme ausgehen zu können. Prominentes Beispiel hierfür ist eine Bio-Markt-Kette, die nach den Schilderungen des Geschäftsführers ihren einzigen Ausweg aus der Zunahme von einander aufstachelnden Maskenverweiger*innen in ihren Ladengeschäften in dem grundsätzlichen Zugangsverbot für Personen ohne Maske sieht. Hierzu beigetragen haben ggf. auch die uneinheitliche Praxis von Ausstellungen derartiger Atteste durch die Ärzteschaft und der Umstand, dass sich gefälschte Atteste mittlerweile zu Hauf aus dem Internet herunterladen lassen.

Als Landesbehindertenbeauftragter muss ich daher konstatieren, dass die Ausnahmeregelung mittlerweile noch weniger vollzogen wird als zu Beginn der Pandemie.

Handlungspflicht des Senats

Aus meiner Sicht verdichtet sich aufgrund dieser Situation das Benachteiligungsverbot der Verfassung zu einer unmittelbaren Handlungspflicht des Senats als Ordnungsgeber, um Abhilfe zu schaffen und um weitere Benachteiligungen des o.a. Personenkreises aktiv zu verhindern. Diese Handlungspflicht besteht spätestens ab dem Zeitpunkt, ab dem hierüber Kenntnis besteht, sie reicht aber weit in die Zukunft, da davon auszugehen ist, dass uns die grundsätzliche Mund-Nasen-Bedeckungspflicht noch sehr lange begleiten wird. Hierfür spricht, dass bereits Ausweitungen vollzogen worden sind und andere in Aussicht stehen.

Konkrete Vorschläge

Meine Absicht besteht darin, mit Ihnen ein praxistaugliches Verfahren zu vereinbaren, das dafür Sorge trägt, dass Menschen ihr Leben in der Pandemie auch dann diskriminierungsfrei gestalten zu können, wenn sie behinderungsbedingt nicht in der Lage sind, einen Mund-Nasen-Schutz zu tragen. Vor diesem Hintergrund schlage ich folgendes Vorgehen vor:

Präzisierung von § 3 Absatz 3 Nr. 3 der Bremer Coronaverordnung

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen halte ich es für geboten, für Zweifelsfälle in der Coronaverordnung eine Möglichkeit der Glaubhaftmachung durch ein amtlich beglaubigtes Attest zu eröffnen, das dann als unwiderleglich gilt. § 3 Absatz 3 Sätze 2 und 3 der Coronaverordnung könnten dann wie folgt lauten:

„Das Vorliegen einer Ausnahme ist im Zweifel glaubhaft zu machen. Als unwiderleglich gelten Atteste, die durch die zuständige Behörde entsprechend § 33 BremVwVfG amtlich beglaubigt worden sind. Zuständige Behörde ist das Ordnungsamt.“

Verfahrensmäßige Absicherung

Ein sachgerechtes Verfahren kann nur unter Beteiligung der Ärzteschaft entwickelt werden. Es ist deshalb zu diesem Vorschlag unbedingt die Einschätzung der Ärztekammer einzuholen. Hintergrund ist, dass alleine Ärzt*innen über den medizinischen Sachverstand für eine solche Beurteilung verfügen und überdies rechtlich die Verpflichtung zur Ausstellung eines solchen Attestes besteht. Diese ergibt sich als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag (Spickhoff, Medizinrecht, § 630a BGB, Rn. 45 f.). Nach § 25 Satz 1 der Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO) haben Ärztinnen und Ärzte zudem aus standesrechtlicher Sicht bei der Ausstellung ärztlicher Gutachten und Zeugnisse mit der notwendigen Sorgfalt zu verfahren und nach bestem Wissen ihre ärztliche Überzeugung auszusprechen. Der Attestpflicht ist in angemessener Frist nachzukommen (Laufs/Kern/Rehborn ArztR-HdB, § 55 Rn. 3).

Seiner Rechtsnatur nach ist das ärztliche Attest eine Privaturkunde im Sinne von § 416 ZPO, die einen Anscheinsbeweis für die inhaltliche Richtigkeit der darin verkörperten Erklärung liefert. Dieser Anscheinsbeweis kann indes erschüttert werden, wenn ernsthafte Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit bestehen.

Grundsätzlich könnte deshalb davon ausgegangen werden, dass ärztliche Atteste zur Glaubhaftmachung der gegenständlichen Ausnahmen genügen, da davon auszugehen ist, dass Ärzt*innen ihrer rechtlichen Pflicht nachkommen. Dies gilt umso mehr, als eine Zuwiderhandlung nach § 278 StGB strafbewährt ist. Die höchst uneinheitliche Praxis des Umgangs mit Attesten und die hohe Zahl von aus dem Internet geladenen Fälschungen führt

im Alltag allerdings dazu, dass die ordnungsgemäß ausgestellten Atteste in Bezug auf das Vorliegen von Ausnahmen zur Mund-Nasen-Bedeckungspflicht in ihrem Beweiswert herabgesetzt sind.

Primär erscheint es deshalb geboten, den Fälscher*innen, den diese Fälschungen Nutzenden und denjenigen Aussteller*innen, die vorsätzlich Gefälligkeits- oder Falschatteste ausstellen, mit den des Strafrechts (und in Bezug auf Ärzt*innen: mit dem Mittel des Standesrechts) zu begegnen. Sollte dies, was wünschenswert ist, bereits konsequent geschehen, dürfte indes eine kurzfristige Lösung des skizzierten Problems dennoch nicht zu erwarten sein, da zum einen bereits Atteste im Umlauf sind und zum anderen hierdurch immer nur eine Reaktion verbunden wäre, die die Ursache des Problems zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht zu lösen vermag.

Ermächtigung einer Behörde zur amtlichen Beglaubigung ärztlicher Atteste

Eine inhaltliche Bewertung der Sachfrage, wer unter den ausnahmeberechtigten Personenkreis fällt, kann nur durch Ärzt*innen erfolgen. Eine Lösung der beschriebenen Lage könnte daher aus hiesiger Sicht darin liegen, diese ärztliche Bescheinigung in einem zweiten Schritt einer amtlichen Beglaubigung zugänglich zu machen. Nach § 33 Absatz 1 Satz 2 BremVvVfG sind die vom Senat durch Rechtsverordnung bestimmten Behörden befugt, Abschriften zu beglaubigen, wenn die Urschrift von einer Behörde ausgestellt ist oder die Abschrift zur Vorlage bei einer Behörde benötigt wird. Eine Beglaubigung kann demnach erstens bestätigen, dass eine Unterschrift von einer bestimmten Person stammt. Zweitens kann eine Beglaubigung bescheinigen, dass eine Abschrift mit einem vorgelegten Schriftstück inhaltlich übereinstimmt. Sie trifft hierbei also keine Aussage über Inhalt, Echtheit oder Gültigkeit der Hauptschrift, sie stellt Tatsachen fest, hier die Identität zweier Dokumente (Boczek/Lührs: Beurkundung und Beglaubigung, JuS 2020, S. 916).

Zunächst ist festzuhalten, dass Ärzt*innen grundsätzlich keine Behörde im Sinne von § 1 Absatz 4 BremVwVfG sind, sodass es einer entsprechenden Anwendung auch auf diese bedarf.

Eine amtliche Beglaubigung löst das Problem ferner nicht in einem ersten Schritt, da durch sie der Beweiswert nicht automatisch erhöht wird. Sie löst die Frage vielmehr auf Ebene der Verordnung in einem zweiten Schritt, indem fingiert wird, dass ein solches Attest dann als unwiderleglich gilt, wenn es durch die eigens hierfür ermächtigte Behörde amtlich beglaubigt wird.

Dieses Verfahren hätte den Vorteil, dass die durch den Senat zu diesem Zwecke ermächtigte Behörde aufgrund der Verweisung auf § 33 Absatz 2 BremVwVfG auch befugt ist, eine Vornahme der Beglaubigung abzulehnen. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Behörde den konkreten Verdacht hat, dass das Original durch nachträglich unbefugte Veränderungen verfälscht wurde. Durch dieses gesetzliche Verbot sollen Fälschungen möglichst verhindert werden. Die Aufzählung der Verdachtsgründe ist nicht abschließend. Wenn nur eine der dort genannten Voraussetzungen vorliegt, darf die Behörde von einer Fälschung ausgehen. Da die Behörde zur Beglaubigung nicht verpflichtet ist, muss sie bei Vorliegen eines Fälschungsverdachts keine weiteren Aufklärungsmaßnahmen durchführen. Eine Ablehnung der Beglaubigung beim Verdacht der Manipulation ohne weitere Beweiserhebung ist demnach nicht ermessensfehlerhaft (Kopp/Ramsauer, Kommentar VwVfG, § 33 Rn. 20).

Hierdurch könnte zunächst bewirkt werden, dass zumindest Fälschungen nicht weiter Verwendung finden können. Zugleich sollte geklärt werden, ob die zuständige Behörde die Ermächtigung für eine statistische Erfassung der Daten erhalten könnte, die insbesondere auswertet, ob es eine signifikante Abweichung von ausgestellten Attesten nach Arztpraxen gibt. Inwieweit dies rechtlich möglich ist oder weitergehender Ermächtigung bedürfte, kann meinerseits nicht abschließend beurteilt werden.

Welche Behörde zur Erfüllung dieser Aufgaben ermächtigt werden kann, ist durch den Senat zu klären. Der Verfasser hält es für eine naheliegende Option, gerade in Ansehung der hohen Arbeitsbelastung des Gesundheitsamts, zu prüfen, ob das Ordnungsamt für diese Aufgabe in Betracht kommt.

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Anforderungen

Zu prüfen ist, soweit das Beibringen eines Attestes im Rechtsverkehr für erforderlich erklärt wird, ob dies die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen verletzt, wenn diese gesundheitsbezogenen Daten offenbaren müssen, um die Ausnahme glaubhaft zu machen. Nach Auffassung des Unterzeichners kann diesen Anforderungen durch die Gestaltung von Attesten genügt werden. Die darüber hinaus möglicherweise empfundene Stigmatisierung, die grundsätzlich zu vermeiden ist, muss angesichts der gegenwärtigen Situation im Rahmen einer Abwägung gegenüber den Rechten der betroffenen Menschen, denen ansonsten kein Zugang mehr gewährt werden kann, aus meiner Sicht zurücktreten.

Soweit datenschutzrechtliche Belange tangiert sind, sollte eine Abstimmung mit der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit erfolgen. Zu prüfen sein dürfte insbesondere, ob und inwieweit Ärzt*innen von der Schweigepflicht zu entbinden sind. Diese Frage sollte im Zusammenhang mit der Frage geklärt werden, wie das Verfahren zwischen behindertem Menschen, Arzt und Behörde organisiert werden.

Berücksichtigung grenzüberschreitender Personen

Das vorgeschlagene Verfahren hätte nach Auffassung des Unterzeichners den Vorteil, dass auch Menschen aus dem Umland oder Touristen im Rahmen geplanter Reisen ein in ihrer Heimat ausgestelltes Attest hier beglaubigen lassen und so von den Bremischen Regeln profitieren könnten. Auf diese Weise könnten sie als Vorbild für eine bundesrepublikanische Lösung dienen.

Einführung eines Bußgelds bei Verweigerung des Vollzugs von Ausnahmen

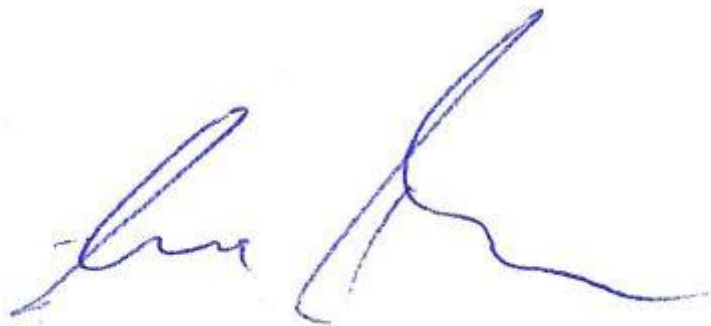
Flankierend sollte geprüft werden, ob ein Bußgeld für den Fall eingeführt werden kann, dass bei Vorliegen eines Attests, das als unwiderleglich gilt, der Zutritt zu einem Angebot derjenigen Bereiche, für die die Verordnung eine Pflicht zur Mund-Nasen-Bedeckung vorgibt, verweigert wird. Dieses Vorgehen ist denjenigen, denen im Rahmen ihrer Tätigkeit der Vollzug rechtlicher Regelungen aufgetragen ist, aus meiner Sicht zumutbar und der Durchsetzung der Ausnahmeregeln sicherlich dienlich.

Mit den vorgeschlagenen Maßnahmen, die flankiert werden sollten von einer umfassenden Aufklärungskampagne nach dem Vorbild Hessens, verbinde ich das Ziel, über die Veränderung der rechtlichen Vorgaben auch die erforderliche Differenzierung im gesellschaftlichen Miteinander zu ermöglichen und damit nicht nur einen Beitrag zu leisten zur vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe behinderter Menschen auch in Zeiten der Pandemie, sondern auch zur Verbesserung des gesellschaftlichen Klimas.

Sehr geehrte Frau Staatsrätin Stroth,
sehr geehrter Herr Staatsrat Bull,
sehr geehrter Herr Staatsrat Ehmke,

ich hoffe gemeinsam mit Ihnen zu pragmatische Lösungen zu finden und würde mich freuen,
zeitnah mit Ihnen hierüber ins Gespräch zu kommen. Ich schlage vor, eine Telefonkonferenz
unter Hinzuziehung der Präsidentin der Ärztekammer, Frau Dr. Gitter, und der Beauftragten für
Datenschutz und Informationsfreiheit, Frau Dr. Sommer, zu verabreden.

Mit freundlichen Grüßen



Arne Frankenstein
Der Landesbehindertenbeauftragte

Verteiler:

Senatskanzlei

Senatorin für Gesundheit, Frauen und Verbraucherschutz

Senator für Inneres

Nachrichtlich:

Senatorin für Justiz und Verfassung

Ärztekammer Bremen

Unterzeichner der Pressemitteilung des Senats vom 13.Oktober 2020 (Sozialpartner)