

Prof. Dr. F. Wollenschläger - Juristische Fakultät - Universität Augsburg - 86135 Augsburg

Herrn Vorsitzenden
des Ausschusses für Gesundheit des
Deutschen Bundestages
Erwin Rüdgel, MdB
Platz der Republik 1
11011 Berlin
Per Email

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht
und Öffentliches Wirtschaftsrecht

Universitätsstr. 24
86159 Augsburg

Tel +49 (0) 821 598-4550
Fax +49 (0) 821 598-4552

ferdinand.wollenschlaeger@
jura.uni-augsburg.de
[https://www.uni-augsburg.de/de/
fakultaet/jura/lehrende/wollenschlaeger/](https://www.uni-augsburg.de/de/fakultaet/jura/lehrende/wollenschlaeger/)

Augsburg, den 8.9.2020

**Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Gesundheit am 9.9.2020 /
COVID-19 RVO, BT-Drucksachen 19/20042, 19/20046, 19/20565**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

für die Einladung zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 9.9.2020 zu Fragen der Corona-Pandemie danke ich. In der Anlage überreiche ich vorab die erbetene schriftliche Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Schriftliche Stellungnahme

**Öffentliche Anhörung
des Ausschusses für Gesundheit
des Deutschen Bundestages**

zum Gesetzentwurf

der Abgeordneten Christine Aschenberg-Dugnus u.a. und der Fraktion der FDP

**Entwurf eines Gesetzes zur Weitergeltung von Rechtsverordnungen und Anordnungen
aus der epidemischen Lage von nationaler Tragweite angesichts der Covid-19-Pandemie
(Covid-19-Rechtsverordnungsweitergeltungsgesetz)**

BT-Drs. 19/20042,

zum Antrag

der Abgeordneten Christine Aschenberg-Dugnus u.a. und der Fraktion der FDP

**Epidemische Lage von nationaler Tragweite beenden – Bevölkerung weiter schützen,
Parlamentsrechte wahren**

BT-Drs. 19/20046

und zum Antrag

der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

**Pandemierat jetzt gründen – Mit breiterer wissenschaftlicher Perspektive besser durch
die Corona-Krise**

BT-Drs. 19/20565

am 9. September 2020

Inhaltsübersicht

I. Zusammenfassende Stellungnahme..... 3

II. Die epidemische Lage von nationaler Tragweite gemäß § 5 IfSG:

Relevanz, Voraussetzungen und Vorliegen..... 6

1. Relevanz der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite 6

2. Materielle Kriterien für die Feststellung
einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite..... 8

 a) Existenz materieller Voraussetzungen für die Feststellung
einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite..... 9

 b) Kriterien für die Feststellung
einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite..... 11

 c) Einschätzungsprärogative des Bundestages 15

3. Aufhebungspflicht..... 16

4. Beobachtungspflicht..... 17

5. Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite..... 17

I. Zusammenfassende Stellungnahme

Die Stellungnahme betrifft die im Mittelpunkt der vorliegenden Anträge bzw. Gesetzentwürfe stehende Frage, ob der Deutsche Bundestag verpflichtet ist, die am 25.3.2020 getroffene Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite aufzuheben.

Kriterien für das Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Dass § 5 Abs. 1 IfSG keine Voraussetzungen für eine solche Feststellung explizit benennt, darf, anders als teils vertreten, nicht dahin missverstanden werden, dass keine Voraussetzungen hierfür bestünden; vielmehr lassen sich dieser Norm entsprechende Kriterien im Wege der Auslegung entnehmen. Ebenso wenig überzeugt, eine Bindung des Bundestages an diese Kriterien bei seinem Feststellungsbeschluss abzulehnen, sondern eine Dispositionsbefugnis anzunehmen; denn diese Auffassung differenziert nicht zwischen der – jeweils anderen Regeln unterliegenden – Aufstellung der Kriterien im Wege der Gesetzgebung (Art. 76 ff. GG) und der Feststellungsentscheidung anhand dieser Kriterien im Wege der Beschlussfassung.

Hinsichtlich der **Voraussetzungen für die Feststellung** lassen sich zunächst in Konkretisierung des relativ weiten Wortlauts des § 5 Abs. 1 IfSG (Epidemie; nationale Tragweite) folgende Aspekte aus den Gesetzesmaterialien entnehmen:

- Vorliegen einer sich grenzüberschreitend ausbreitenden übertragbaren Krankheit;
- Dynamik der Ausbruchssituation;
- erhebliche Gefährdung für die öffentliche Gesundheit;
- Notwendigkeit, einer Destabilisierung des Gesundheitssystems vorzubeugen;
- rascher, exekutiver Handlungsbedarf;
- nur begrenzte Möglichkeit eines Entgegenwirkens auf Landesebene.

Relevante Gesichtspunkte lassen sich überdies im Wege einer systematischen und teleologischen Auslegung aus den Rechtsfolgen der Feststellung gewinnen, was auf Handlungsbedarf hinsichtlich des grenzüberschreitenden Reiseverkehrs, der Sicherstellung der Gesundheitsversorgung, der Funktionsfähigkeit der Gesundheitsämter, der Sicherstellung der Ausbildung in den Gesundheitsfachberufen und hinsichtlich einer bundesweiten Koordinierung durch das BMG und das Robert Koch-Institut verweist. Mit Blick auf die mögliche Einführung weiterer respektive Aufhebung einzelner Tatbestände besteht eine gewisse Offenheit, wovon die im Entwurf eines Arbeitsschutzkontrollgesetzes vom 7.8.2020 vorgeschlagene Verordnungsermächtigung hinsichtlich Maßnahmen der betrieblichen Pandemiebekämpfung zeugt. Angesichts die-

ser Vielfalt von Aspekten lässt sich der Handlungsbedarf nicht auf Maßnahmen zur Stabilisierung der Gesundheitsinfrastruktur verengen, womit auch die drohende Destabilisierung der Gesundheitsversorgung nur einen – wenn auch wichtigen – Aspekt darstellt. Eine solche Beschränkung folgt ebenso wenig aus der erforderlichen erheblichen Gefährdung für die öffentliche Gesundheit.

Die Einräumung exekutiver Rechtsetzungsbefugnisse zur Pandemiebewältigung legt überdies nahe, namentlich die Notwendigkeit der damit einhergehenden (zeitlichen) Flexibilisierung im Vergleich zum parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen.

Einschätzungsprärogative des Bundestags

Bei der Feststellung kommt dem Bundestag angesichts der komplexen, (Risiko-)Bewertungen und Prognosen erfordernden Entscheidungssituation eine **Einschätzungsprärogative** zu. Hierbei kann auch die Signalwirkung einer Aufhebung berücksichtigt werden. Spielraumreduzierend wirken das beträchtliche Ausmaß der eingeräumten Verordnungsermächtigungen und die damit einhergehenden Verschiebungen im Gewaltengefüge weg vom Bundestag hin zur Exekutive. Dieser Aspekt ist freilich differenziert zu sehen, zumal die Rechtsordnung eine Vielzahl von Rechtsfolgen an die Feststellung knüpft und auch ein punktuelles Vorgehen (namentlich Aufhebung/Modifikation einzelner Befugnisse und Aufhebung/Modifikation/Übernahme des auf seiner Grundlage ergangenen Verordnungsrechts) möglich ist.

Aufhebungspflicht bei Fortfall der Voraussetzungen und Beobachtungspflicht

Entfallen die Voraussetzungen für die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, **ist der Bundestag** gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG **verpflichtet**, die **Feststellung aufzuheben**. Ob dies der Fall ist, hat der Bundestag kontinuierlich zu **beobachten**.

Bewertung der aktuellen Situation

Anders als die Herausarbeitung der Entscheidungskriterien für das Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite i.S.d. § 5 Abs. 1 IfSG stellt die Feststellung und Bewertung der aktuellen Situation keine genuin rechtswissenschaftliche Thematik dar, zumal auch eine Einschätzungsprärogative des Bundestages zu berücksichtigen ist. **Aufgrund der aktuellen Risikoeinschätzung des Robert Koch-Instituts liegen wesentliche für die Bejahung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite relevante Parameter vor** (Dynamik, bundesweites Ausbruchgeschehen, erhebliche Gefährdung für die öffentliche Gesundheit). Auch hat der grenzüberschreitende Reiseverkehr eine besondere Relevanz für das Infektionsgeschehen erlangt (vgl. hierzu § 5 Abs. 2 Nr. 1 und 2 IfSG). Richtig ist, dass die Ressourcenbelastung

des Gesundheitssystems aktuell noch für gering erachtet wird; gleichzeitig findet sich aber der Hinweis auf die Möglichkeit einer sehr schnellen örtlichen Zunahme und damit einhergehender Belastungen für öffentliches Gesundheitswesen und Versorgungsinfrastruktur. Damit lässt sich die „Notwendigkeit, einer Destabilisierung des Gesundheitssystems vorzubeugen“, bejahen – eine tatsächlich eingetretene Destabilisierung ist gerade nicht gefordert. Die Gewichtung und Bewertung dieser Parameter obliegt dem Bundestag im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative.

Mit Blick auf die Maßgeblichkeit (auch) des raschen, exekutiven Handlungsbedarfs sei besonders betont, dass die Delegation von Handlungsbefugnissen auf die Exekutive für den Fall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite – unabhängig von verfassungsrechtlichen Grenzen – eine vom Gesetzgeber (**verfassungs-)politisch zu verantwortenden Delegationsentscheidung** darstellt. Vor diesem Hintergrund ist – neben der Frage des Fortbestands der epidemischen Lage von nationaler Tragweite – auch die Möglichkeit einer Aufhebung bzw. Änderung einzelner Ermächtigungsgrundlagen und einer Aufhebung bzw. (ggf. modifizierenden) Überführung einzelner auf ihrer Basis erlassener Rechtsnormen in (Parlaments-)Gesetzesrecht im Blick zu behalten.

II. Die epidemische Lage von nationaler Tragweite gemäß § 5 IfSG: Relevanz, Voraussetzungen und Vorliegen

§ 5 Abs. 1 IfSG i.d.F. des (Ersten) Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020 ermöglicht die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite. Nach dieser Norm stellt

[d]er Deutsche Bundestag ... eine epidemische Lage von nationaler Tragweite fest. Der Deutsche Bundestag hebt die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen für ihre Feststellung nicht mehr vorliegen. Die Aufhebung ist im Bundesgesetzblatt bekannt zu machen.

Eine solche Feststellung hat der Deutsche Bundestag am 25.3.2020 getroffen.¹

Diese Feststellung ist in mehrfacher Hinsicht von Relevanz (1.) und an materielle Voraussetzungen geknüpft (2.). Entfallen diese, besteht gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG eine Pflicht zur Aufhebung der Feststellung (3.). Diese Aufhebungspflicht korrespondiert mit einer Beobachtungspflicht (4.). Aufgrund der aktuellen Risikoeinschätzung des Robert Koch-Instituts liegen wesentliche für die Bejahung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite relevante Parameter vor, wobei die Gewichtung und Bewertung dem Bundestag im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative obliegt (5.).

1. Relevanz der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite ist zunächst Voraussetzung für die Aktualisierung weit reichender Ermächtigungen des Bundesministeriums für Gesundheit zum Erlass von Rechtsverordnungen und Anordnungen einschließlich der Befugnis zu Abweichungen von (parlaments-)gesetzlichen Regelungen. So räumt **§ 5 Abs. 2 IfSG** dem „Bundesministerium für Gesundheit ... im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite unbeschadet der Befugnisse der Länder“ die Befugnis zum Erlass von Anordnungen und Rechtsverordnungen ein. Das Zweite Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.5.2020² hat diese Befugnisse erweitert. Von diesen Befugnissen hat das Bundesministerium für Gesundheit Gebrauch gemacht.

¹ BT-PIPr 19/154, S. 19169C.

² BGBl. I, S. 1018.

Des Weiteren räumt **§ 5a IfSG** im Fall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite bestimmten „Angehörigen von Gesundheitsfachberufen die Befugnis zur Ausübung von heilkundlichen Tätigkeiten“ ein. „Mit der Vorschrift wird für den Fall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite dem benannten Personenkreis während der Dauer der epidemischen Lage vorübergehend und im Rahmen der von ihnen in der Berufsausbildung erlangten Kompetenzen die Befugnis zur Ausübung von heilkundlichen Tätigkeiten übertragen. Damit sollen Ärztinnen und Ärzte insbesondere von Behandlungen entlastet werden, die ein ärztliches Tätigwerden im Ausnahmefall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht zwingend erfordern.“³

Hinsichtlich der **zeitlichen Geltung** der auf diesen Ermächtigungsgrundlagen erlassenen Regelungen bestimmt § 5 Abs. 4 IfSG (i.d.F. des Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.5.2020):

Eine auf Grund des Absatzes 2 oder § 5a Absatz 2 erlassene Rechtsverordnung tritt mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite außer Kraft, ansonsten spätestens mit Ablauf des 31. März 2021. Abweichend von Satz 1 bleibt eine Übergangsregelung in der Verordnung nach Absatz 2 Nummer 7 Buchstabe b, Buchstabe c oder Buchstabe d bis zum Ablauf der Phase des Studiums in Kraft, für die sie gilt. Abweichend von Satz 1 ist eine Verordnung nach Absatz 2 Nummer 10 auf ein Jahr nach Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, spätestens auf den Ablauf des 31. März 2022 zu befristen. Nach Absatz 2 getroffene Anordnungen gelten mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite als aufgehoben, ansonsten mit Ablauf des 31. März 2021. Eine Anfechtungsklage gegen Anordnungen nach Absatz 2 hat keine aufschiebende Wirkung.

Relevant ist des Weiteren **§ 5 Abs. 6 IfSG**, wonach das Bundesministerium für Gesundheit „[a]ufgrund einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite ... unter Heranziehung der Empfehlungen des Robert Koch-Instituts Empfehlungen abgeben [kann], um ein koordiniertes Vorgehen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland zu ermöglichen.“

Überdies sieht **§ 5 Abs. 7 IfSG** Koordinierungsbefugnisse des Robert Koch-Instituts vor: „Das Robert Koch-Institut koordiniert im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben im Fall einer epide-

³ BT-Drs. 19/18111, S. 23.

mischen Lage von nationaler Tragweite die Zusammenarbeit zwischen den Ländern und zwischen den Ländern und dem Bund sowie weiteren beteiligten Behörden und Stellen und tauscht Informationen aus. Die Bundesregierung kann durch allgemeine Verwaltungsvorschrift mit Zustimmung des Bundesrates Näheres bestimmen. Die zuständigen Landesbehörden informieren unverzüglich die Kontaktstelle nach § 4 Absatz 1 Satz 7, wenn im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite die Durchführung notwendiger Maßnahmen nach dem 5. Abschnitt nicht mehr gewährleistet ist.“

Schließlich können auch **Gesetzgebungsakte jenseits des Infektionsschutzrechts i.e.S.** an die epidemische Lage von nationaler Tragweite anknüpfen. So sieht der Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz) vom 7.8.2020⁴ eine Änderung des Arbeitsschutzgesetzes vor, die Verordnungsbefugnisse des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales einräumt. § 18 Abs. 3 Arbeitsschutzgesetz in seiner Entwurfsfassung lautet:

In epidemischen Lagen von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 des Infektionsschutzgesetzes kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ohne Zustimmung des Bundesrates spezielle Rechtsverordnungen nach Absatz 1 für einen befristeten Zeitraum erlassen.

Die in § 18 Abs. 1 Arbeitsschutzgesetz enthaltene Verordnungsermächtigung lautet:

Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates vorzuschreiben, welche Maßnahmen der Arbeitgeber und die sonstigen verantwortlichen Personen zu treffen haben und wie sich die Beschäftigten zu verhalten haben, um ihre jeweiligen Pflichten, die sich aus diesem Gesetz ergeben, zu erfüllen. In diesen Rechtsverordnungen kann auch bestimmt werden, daß bestimmte Vorschriften des Gesetzes zum Schutz anderer als in § 2 Abs. 2 genannter Personen anzuwenden sind.

2. Materielle Kriterien für die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

§ 5 Abs. 1 IfSG normiert keine expliziten Voraussetzungen für die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite; vielmehr bestimmt § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG lediglich: „Der Deutsche Bundestag stellt eine epidemische Lage von nationaler Tragweite fest.“ Dies darf nicht dahin missverstanden werden, dass keine Voraussetzungen bestünden (a). Die für die

⁴ BR-Drs. 426/20.

Feststellung maßgeblichen Kriterien seien entfaltet (b). Bei der Feststellung kommt dem Bundestag schließlich eine Einschätzungsprärogative zu (c).

a) *Existenz materieller Voraussetzungen für die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*

§ 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG benennt keine Voraussetzung für die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite. Hieraus wird teilweise, indes zu Unrecht, geschlossen, es bestünden keine den Bundestag bindenden materiellen Voraussetzungen für den Feststellungsbeschluss. So liegt nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung „eine rein prozedurale Norm [vor], die eine Epidemie-Lage an eine schlichte Mehrheitsentscheidung des Bundestages bindet und damit vollständig politisiert.“⁵ Auch eine Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags weist darauf hin, dass „der Gesetzesbegründung ... keine konkreten Kriterien zur Definition des Begriffs zu entnehmen“ seien. Und weiter heißt es:

Der Beschluss des Deutschen Bundestages ist somit konstitutiv für die Rechtsfolgen der § 5 und § 5a IfSG. Außer dem **Beschluss** müssen **keine weiteren Voraussetzungen** erfüllt werden, um eine epidemische Lage annehmen zu können. Zwar können mittels der Gesetzgebungsmaterialien einige Ansatzpunkte zur Auslegung des Begriffs der epidemischen Lage ermittelt werden, diese binden jedoch den Gesetzgeber selbst nicht. Der Deutsche Bundestag ist mithin frei, (jeweils) eigene Kriterien für die Ausrufung der epidemischen Lage zugrunde zu legen. Die in § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG angesprochenen „Voraussetzungen für ihre Feststellung“[,] nach deren Wegfall die epidemische Lage aufzuheben wäre, sind nicht durch weitere Merkmale unterlegt. Der Beschluss des Bundestages ist also maßgebend, unabhängig davon, ob tatsächlich eine epidemische Lage angenommen werden kann. Für dieses Ergebnis spricht auch, dass nach Art. 80 GG keine inhaltlichen Bedingungen an durch Gesetz geschaffene Rechtsverordnungskompetenzen geknüpft sind. Mit Art. 80 GG werden lediglich allgemeine verfassungsrechtliche Bedingungen, wie der Vorbehalt des Gesetzes oder der Bestimmtheitsgrundsatz aufgestellt. Wenn der Deutsche Bundestag die Rechtsverordnungskompetenz nach Art. 80 GG aber auch ohne jegliche Bedingungen, wie den Bestand einer epidemischen Lage, erlassen kann, dann sind erst recht keine inhaltlichen Voraussetzungen für die nähere Definition der selbst auferlegten Bedingung zwingend.

⁵ *K. F. Gärditz/M. K. Abdulsalam*, GSZ 2020, S. 108 (114) – indes unter Bejahung eines Willkürvorbehalts „mit Blick auf die mittelbar betroffenen Grundrechte“. Vgl. auch *P. Häberle/H.-J. Lutz*, Infektionsschutzgesetz, 1. Aufl. 2020, § 5, Rn. 1.

Konsequenterweise gelte hinsichtlich der Rechtsfolgen:

Wenn der Bundestag trotz tatsächlich nicht mehr bestehender Voraussetzungen für die Annahme einer epidemischen Lage den Beschluss aufrecht hält (oder auch erstmals gefällt hätte), hat dies **keine Auswirkungen auf die in § 5 und § 5a IfSG festgelegten Rechtsfolgen**. Der BMG könnte weiter die genannten Rechtsverordnungen und Anordnungen erlassen und die bestimmten Gesundheitsberufe dürften weiterhin heilkundliche Tätigkeiten vornehmen. Die getroffenen Anordnungen und Rechtsverordnung würden auch weiterhin längstens bis zum 31. März 2021 in Kraft bleiben.⁶

Die zitierte Passage erscheint zunächst insofern bemerkenswert, als sie trotz Verneinung verbindlicher Kriterien „Ansatzpunkte zur Auslegung des Begriffs der epidemischen Lage“ und „Voraussetzungen für die Annahme einer epidemischen Lage“ bejaht. Jedenfalls abzulehnen ist die Annahme einer fehlenden Bindung des Bundestages an materielle Kriterien, die sich § 5 Abs. 1 IfSG im Wege der Auslegung entnehmen lassen. Denn dem Bundestag kommt insofern keine Dispositionsbefugnis durch schlichte Beschlussfassung zu, da gesetzlich vorgegebene Kriterien nur im Wege der Gesetzgebung gemäß Art. 76 ff. GG geändert werden können. Fraglich erscheint auch der Verweis auf Art. 80 GG. Richtig ist zwar, dass diese Norm keine „inhaltlichen Bedingungen an durch Gesetz geschaffene Rechtsverordnungs Kompetenzen“ aufstellt und demnach Verordnungsbefugnisse unabhängig vom Tatbestandsmerkmal einer epidemischen Lage eingeräumt werden könnten – unbeschadet der Frage ihrer Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 GG; dies bedeutet aber nicht, dass solche, werden sie aufgestellt, unbeachtlich seien. Demgegenüber bejahen Stimmen im Schrifttum zu Recht materielle Voraussetzungen, von denen die Rechtmäßigkeit der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite abhängt.⁷

Richtig ist zwar, dass § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG keine expliziten Kriterien enthält und hierin überdies eine Abweichung von § 5 Abs. 1 IfSG i.d.F. der Formulierungshilfe der Bundesregierung

⁶ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Epidemische Lage von nationaler Tragweite. Verfassungsrechtliche Fragestellungen, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 141/20 vom 10.6.2020, S. 5 f.

⁷ *K. Dingemann/B. Gausing*, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, § 5 IfSG, Rn. 18 f. (Stand: 1. Edition, 01.07.2020); Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Sinne des § 5 Absatz 1 Infektionsschutzgesetz. Begriffsverständnis und Feststellung durch den Deutschen Bundestag, Ausarbeitung WD 9 – 3000 – 045/20 vom 8.6.2020, S. 9 ff.; *T. Kingreen*, Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag. Rechtsgutachten für die Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, 2020, S. 8 ff.

für die Koalitionsfraktionen für einen aus der Mitte des Deutschen Bundestages einzubringen- den Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite⁸ liegt. Jene Entwurfsfassung sah noch⁹ vor:

- (1) Eine epidemische Lage von nationaler Tragweite liegt vor, wenn die Bundesregierung eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland festgestellt hat, weil
 1. die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland droht oder
 2. die dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbar Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht.

Allerdings streitet bereits die Formulierung in § 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG für die Existenz materieller Kriterien, „hebt“ nach dieser Bestimmung der „Bundestag ... die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen für ihre Feststellung nicht mehr vorliegen.“¹⁰ Solche lassen sich § 5 Abs. 1 IfSG auch im Wege der Auslegung entnehmen (dazu sogleich, II.2.b).

b) Kriterien für die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Der unbestimmte Rechtsbegriff „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ ist anhand der herkömmlichen Auslegungsmethoden zu konkretisieren.

Der Wortlaut verweist auf zwei Aspekte, nämlich das Erfordernis einer Epidemie, der zudem nationale Tragweite zukommen muss. Unter einer Epidemie versteht der Duden eine „zeitlich und örtlich in besonders starkem Maß auftretende, ansteckende Massenerkrankung“.¹¹ Von einer nationalen Tragweite ist bei einem Betroffensein einer Vielzahl der Bundesländer auszugehen, mithin handelt es sich um eine Präzisierung des Örtlichkeitsaspekts.

⁸ Abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/S/Entwurf_Gesetz_zum_Schutz_der_Bevoelkerung_bei_einer_epidemischen_Lage_von_nationaler_Trageite.pdf (13. August 2020).

⁹ Für eine gleichwohl fortbestehende Relevanz für die Auslegung des § 5 Abs. 1 IfSG *U. Gassner*, Internationales und Europäisches Infektionsschutzrecht, in: S. Kluckert (Hrsg.), *Das neue Infektionsschutzrecht*, 2020, § 1, Rn. 60; *S. Rixen*, Die epidemische Lage von nationaler Tragweite – einfachrechtliche Regelungen und verfassungsrechtliche Problematik, in: S. Kluckert, a.a.O., § 4, Rn. 7.

¹⁰ Siehe auch *K. Dingemann/B. Gausig*, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, § 5 IfSG, Rn. 18 (Stand: 1. Edition, 01.07.2020); *T. Kingreen*, Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag. Rechtsgutachten für die Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, 2020, S. 8 f.

¹¹ Siehe <https://www.duden.de/rechtschreibung/Epidemie> (Abruf: 7.9.2020).

Weitere Anhaltspunkte für die Auslegung liefert die Begründung zum Entwurf des (Ersten) Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite.¹²

Die entscheidende Passage lautet:

Das aktuelle Ausbruchsgeschehen der durch das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Krankheit COVID-19 zeigt, dass im seuchenrechtlichen Notfall das Funktionieren des Gemeinwesens erheblich gefährdet sein kann. In einer sich dynamisch entwickelnden Ausbruchssituation kann für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik durch eine sich grenzüberschreitend ausbreitende übertragbare Krankheit eine erhebliche Gefährdung eintreten, der nur begrenzt auf Landesebene begegnet werden kann. Der Deutsche Bundestag stellt daher eine epidemische Lage von nationaler Tragweite fest. Um einer Destabilisierung des gesamten Gesundheitssystems vorzubeugen, wird die Bundesregierung in die Lage versetzt, schnell mit schützenden Maßnahmen einzugreifen. In der Folge der Feststellung wird das Bundesministerium für Gesundheit u. a. ermächtigt, durch Anordnung oder Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Maßnahmen zur Grundversorgung mit Arzneimitteln, einschließlich Betäubungsmitteln, Medizinprodukten, Labordiagnostik, Hilfsmitteln, Gegenständen der persönlichen Schutzausrüstung und Produkten zur Desinfektion zur Stärkung der personellen Ressourcen im Gesundheitswesen zu treffen.¹³

Demnach sind folgende Punkte entscheidend:

- Vorliegen einer sich grenzüberschreitend ausbreitenden übertragbaren Krankheit;
- Dynamik der Ausbruchssituation;
- erhebliche Gefährdung für die öffentliche Gesundheit;
- Notwendigkeit, einer Destabilisierung des Gesundheitssystems vorzubeugen;
- rascher, exekutiver Handlungsbedarf;
- nur begrenzte Möglichkeit eines Entgegenwirkens auf Landesebene.

Im Wege einer systematischen und teleologischen Auslegung lassen sich ebenfalls Gesichtspunkte für die Kriterienbestimmung aus den an die Feststellung einer epidemischen Lage von

¹² *K. Dingemann/B. Gausing*, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, § 5 IfSG, Rn. 19 (Stand: 1. Edition, 01.07.2020); *T. Kingreen*, Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag. Rechtsgutachten für die Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, 2020, S. 10 f.; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Sinne des § 5 Absatz 1 Infektionsschutzgesetz. Begriffsverständnis und Feststellung durch den Deutschen Bundestag, Ausarbeitung WD 9 – 3000 – 045/20 vom 8.6.2020, S. 9 f.

¹³ BT-Drs. 19/18111, S. 1.

nationaler Tragweite geknüpften Rechtsfolgen, d.h. den Handlungsbefugnissen, gewinnen. Demnach geht es um Handlungsbedarf

- hinsichtlich des grenzüberschreitenden Reiseverkehrs (Reisende und Reiseunternehmen), um die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit festzustellen und zu verhindern (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 und 2 IfSG);
- hinsichtlich der Sicherstellung der Gesundheitsversorgung (§ 5 Abs. 2 Nr. 3, 4, 5, 6, 7 und 8 IfSG, § 5a IfSG) mit Blick auf eine Vielzahl von Aspekten (Modifikation des Infektionsschutzrechts; ambulante und stationäre Versorgung, Labore, weitere Gesundheitseinrichtungen; pflegerische Versorgung; Versorgung mit Arzneimitteln einschließlich Impfstoffen und Betäubungsmitteln etc.; Ausübung heilkundlicher Tätigkeiten durch Angehörige von Gesundheitsfachberufen);
- hinsichtlich Finanzhilfen zur Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Gesundheitsämter (§ 5 Abs. 2 Nr. 9 IfSG);
- hinsichtlich der Sicherstellung der Ausbildung (einschließlich Prüfungen) in den Gesundheitsfachberufen (§ 5 Abs. 2 Nr. 10 IfSG);
- hinsichtlich einer bundesweiten Koordinierung durch das BMG und das Robert Koch-Institut (§ 5 Abs. 6 f. IfSG).

Zu eng erscheint vor diesem Hintergrund indes ein Bezug der Feststellung gemäß § 5 Abs. 1 IfSG auf die Ermöglichung von „Maßnahmen . . . , die die öffentliche Gesundheitsinfrastruktur stabilisieren und damit die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung auch unter den Bedingungen einer Epidemie aufrechtzuerhalten. Insbesondere die systematische Auslegung belegt daher, dass die drohende Destabilisierung der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung durch das öffentliche Gesundheitssystem konstitutive Bedeutung für die Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG hat.“¹⁴ Zweifelsohne handelt es sich hierbei um einen wichtigen Aspekt. Ausschließlichkeitscharakter kann dieser aber nicht beanspruchen, da sich die Regelungsgegenstände des § 5 Abs. 1 IfSG nicht in auf die öffentliche Gesundheitsinfrastruktur bezogene Maßnahmen erschöpfen, wie bereits die Befugnisse hinsichtlich des Reiseverkehrs erhellen (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 und 2 IfSG; siehe ferner Nr. 9 und 10).¹⁵

¹⁴ So *T. Kingreen*, Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag. Rechtsgutachten für die Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, 2020, S. 12 f.

¹⁵ Daher den grenzüberschreitenden Charakter als „[e]ine wesentliche Voraussetzung“ begreifend *M. Kau*, Einreisen und die epidemische Lage von nationaler Tragweite, in: S. Kluckert (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 2020, § 5, Rn. 4. Weiter im Übrigen auch *S. Rixen*, Die epidemische Lage von nationaler Tragweite – einfachrechtliche Regelungen und verfassungsrechtliche Problematik, in: S. Kluckert, a.a.O., § 4, Rn. 7.

Insoweit sei auch auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz) vom 7.8.2020 verwiesen,¹⁶ der Befugnisse nach Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite auf Maßnahmen der betrieblichen Pandemiebekämpfung erweitert. Die Gesetzesbegründung führt insoweit aus:

Im Fall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, kann die Rechtsverordnung nach § 18 Absatz 1 ArbSchG auch ohne Zustimmung des Bundesrates und durch das BMAS erlassen werden, weil im Rahmen dieser Lage unaufschiebbar und zeitnah bundesweit einheitlich gehandelt werden muss. Die nach dem ArbSchG Verpflichteten müssen wissen, welche Maßnahmen sie zur Umsetzung ihrer jeweiligen Pflichten zu erfüllen haben. Die Einleitung geeigneter Abwehrmaßnahmen ist zwar staatliche Aufgabe des Bevölkerungsschutzes. Auf betrieblicher Ebene ist die von den staatlichen Stellen ermittelte Infektionsgefährdung zugleich aber auch eine Gefährdung für die Sicherheit und die Gesundheit der Beschäftigten (betriebliche Pandemieplanung).¹⁷

Ebenso wenig kann eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit mit einer Gefährdung der Gesundheitsinfrastruktur gleichgesetzt werden.¹⁸ Richtig ist zwar, dass das Schutzgut öffentliche Gesundheit einen überindividuellen Bezugspunkt aufweist; allerdings kann ein solcher bei einer Bedrohung einer Vielzahl von Personen aufgrund von Epidemien gegeben sein. In diesem Sinne definiert auch § 1 Abs. 2 Nr. 18 IGV-DG eine „Gefahr für die öffentliche Gesundheit“ als „die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses, das die Gesundheit von Bevölkerungsgruppen beeinträchtigen kann, wobei solche Ereignisse besonders zu beachten sind, die sich grenzüberschreitend ausbreiten oder eine ernste und unmittelbare Bedrohung darstellen können“.

Die Einräumung exekutiver Rechtsetzungsbefugnisse zur Pandemiebewältigung legt schließlich nahe, die „**Entlastungs- und Flexibilitätswahrungsfunktion**“ der Delegationsentscheidung zu berücksichtigen, mithin die Notwendigkeit zu bewerten, „den parlamentarischen Gesetzgeber von Detailarbeit [zu] entlasten, ihm dadurch die Möglichkeit [zu] eröffnen, sich auf

¹⁶ BR-Drs. 426/20.

¹⁷ BR-Drs. 426/20, S. 30.

¹⁸ Siehe *T. Kingreen*, Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag. Rechtsgutachten für die Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, 2020, S. 9 f.

die wirklich wichtigen grundlegenden Vorhaben zu konzentrieren, und ohne zeitraubendes Gesetzgebungsverfahren eine beschleunigte, kurzfristige Anpassung des Rechts an sich ändernde Verhältnisse [zu] ermöglichen.“¹⁹

Das Schrifttum definiert eine epidemische Lage von nationaler Tragweite als „eine sich dynamisch und grenzüberschreitend ausbreitende übertragbare Krankheit ..., die eine erhebliche Gefährdung für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik darstellt und der nur begrenzt auf Landesebene begegnet werden kann.“²⁰ Diese Formel ist anhand der erwähnten Gesichtspunkte weiter zu konkretisieren.

c) *Einschätzungsprärogative des Bundestages*

Bei der Entscheidung über die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite kommt dem Bundestag ein Einschätzungsspielraum zu.

Hierfür spricht zunächst²¹ die komplexe, (Risiko-)Bewertungen und Prognosen erfordernde Entscheidungssituation, sind doch Fragen wie die einer Gefährdung der öffentlichen Gesundheit, der drohenden Destabilisierung des Gesundheitssystems, der Möglichkeit eines Entgegenwirkens auf Landesebene, der Dynamik der Ausbruchssituation und des raschen, exekutiven Handlungsbedarfs zu beantworten. Hinzu kommt, dass die Entscheidung nicht, wie auch die Überantwortung an den Deutschen Bundestag erhellt, als rein fachwissenschaftliche konzipiert ist;²² auch die Anknüpfung an eine vorausgehende Entscheidung der WHO, wie noch in der Formulierungshilfe der Bundesregierung²³ vorgesehen, ist nicht Gesetz geworden. Es ist auch möglich, die Signalwirkung einer Feststellung und auch Aufhebung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite bei der (Risiko-)Bewertung zu berücksichtigen. Am Rande sei darauf hingewiesen, dass auch bei der Feststellung des Spannungsfalls gemäß Art. 80a Abs. 1 GG eine

¹⁹ *H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 12.

²⁰ Siehe *K. Dingemann/B. Gausing*, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, § 5 IfSG, Rn. 19 (Stand: 1. Edition, 01.07.2020). Letztlich offen gelassen bei *T. Mayen*, NVwZ 2020, S. 828 (830 f.). Siehe des Weiteren Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Sinne des § 5 Absatz 1 Infektionsschutzgesetz. Begriffsverständnis und Feststellung durch den Deutschen Bundestag, Ausarbeitung WD 9 – 3000 – 045/20 vom 8.6.2020, S. 9 ff.

²¹ Vgl. insoweit auch – obgleich ablehnend – *T. Kingreen*, Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag. Rechtsgutachten für die Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, 2020, S. 17.

²² Vgl. auch *T. Mayen*, NVwZ 2020, S. 828 (830 f.).

²³ Abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/S/Entwurf_Gesetz_zum_Schutz_der_Bevoelkerung_bei_einer_epidemischen_Lage_von_nationaler_Trageweite.pdf (13. August 2020).

Einschätzungsprärogative des Bundestags u.a. wegen der „mit der Entscheidung verbundene[n] Krisenprognose des Bundestages“ anerkannt ist.²⁴

Spielraumreduzierend wirken freilich das beträchtliche Ausmaß der für diesen Fall eingeräumten Verordnungsermächtigungen und die damit einhergehenden Verschiebungen im Gewaltgefüge weg vom Bundestag hin zur Exekutive, zumal dies auch für die Bestimmtheit der Verordnungsermächtigungen i.S.d. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG relevant ist²⁵. Dieser Aspekt ist freilich differenziert zu sehen.²⁶

So lässt sich aus dem Umstand, dass die Befugniseinräumung für verfassungsrechtlich problematisch oder verfassungswidrig erachtet wird, nichts für eine Pflicht zur Aufhebung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite folgern; teilt man diese Auffassung, dann bestünde die gebotene Reaktion in einer Aufhebung bzw. Modifikation der entsprechenden Befugnisse, nicht aber in einer Aufhebung der entsprechenden Lage.

Überdies ist zu berücksichtigen, dass § 5 Abs. 2 IfSG eine Vielzahl von Befugnissen enthält, die differenziert zu würdigen sind, zumal es dem Bundestag unbenommen ist, einzelne Befugnisse und das auf seiner Grundlage ergangene Ordnungsrecht außer Kraft zu setzen bzw. in (Parlaments-)Gesetzesrecht zu überführen. Des Weiteren fungiert die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite als Grundlage für weitere Maßnahmen (siehe § 5 Abs. 6 f. und § 5a IfSG; künftig – im Falle seiner Verabschiedung – auch § 18 Abs. 3 Arbeitsschutzgesetz), was ebenfalls in Rechnung zu stellen ist und einer ausschließlichen Betrachtung unter dem Blickwinkel (einzelner) Befugnisse des § 5 Abs. 2 IfSG widerstreitet.

3. Aufhebungspflicht

Liegen die Voraussetzungen für die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht mehr vor, ist diese gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG aufzuheben. Diese Aufhebungspflicht folgt aus der indikativen Formulierung dieser Norm: „Der Deutsche Bundestag hebt die

²⁴ *M. Brenner*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 80a, Rn. 18 f.; ferner *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80a, Rn. 5.

²⁵ Dazu *F. Wollenschläger*, Schriftliche Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD – Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BT-Drs. 19/18967, am 11.5.2020, Ausschussdrucksache 19(14)160(31), S. 23 (abrufbar unter <https://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoerungen/stellungnahmen-inhalt-692562>).

²⁶ Weitgehend *T. Kingreen*, Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag. Rechtsgutachten für die Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, 2020, S. 17 ff. Vgl. auch *K. Dingemann/B. Gausig*, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, § 5 IfSG, Rn. 20 (Stand: 1. Edition, 01.07.2020).

Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen für ihre Feststellung nicht mehr vorliegen.“

Raum für Ermessen besteht im Fall, dass die Tatbestandsvoraussetzungen nicht mehr vorliegen, demnach nicht.²⁷ Dies ändert freilich nichts an der Einschätzungsprärogative des Bundestages auf Tatbestandsseite (dazu bereits oben, II.2.c).

4. Beobachtungspflicht

In prozeduraler Hinsicht impliziert die Aufhebungspflicht des § 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG, gerade auch angesichts der insgesamt weit reichenden Rechtsfolgen der Feststellung, dass der Bundestag das Vorliegen der Voraussetzungen für die Bejahung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite kontinuierlich beobachten und ggf. entsprechend handeln muss.²⁸

5. Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Anders als die Herausarbeitung der Entscheidungskriterien für das Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite i.S.d. § 5 Abs. 1 IfSG stellt die Feststellung und Bewertung der aktuellen Situation keine genuin rechtswissenschaftliche Thematik dar, zumal auch eine Einschätzungsprärogative des Bundestages zu berücksichtigen ist.

Mit Blick auf den hier zu begutachtenden Antrag „Epidemische Lage von nationaler Tragweite beenden – Bevölkerung weiter schützen, Parlamentsrechte wahren“ vom 16.6.2020, der den Fortbestand einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite verneint, ist zunächst festzuhalten, dass sich die tatsächliche Lage zwischenzeitlich geändert und das Pandemiegeschehen verschärft hat.

Die aktuelle Risikobewertung des Robert Koch-Instituts zu COVID-19 vom 2.9.2020²⁹ führt zur allgemeinen Risikobewertung aus:

Es handelt sich weltweit und in Deutschland um eine dynamische und ernst zu nehmende Situation. Weltweit nimmt die Anzahl der Fälle weiterhin zu. Die Anzahl der neu übermittelten Fälle war in Deutschland von etwa Mitte März bis Anfang Juli rückläufig, danach nahmen die Fallzahlen über einige Wochen zu und haben sich in der

²⁷ So auch *K. Dingemann/B. Gausing*, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, § 5 IfSG, Rn. 20 (Stand: 1. Edition, 01.07.2020); *T. Kingreen*, Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag. Rechtsgutachten für die Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, 2020, S. 16.

²⁸ *K. Dingemann/B. Gausing*, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, § 5 IfSG, Rn. 20 (Stand: 1. Edition, 01.07.2020); ferner *T. Kingreen*, Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag. Rechtsgutachten für die Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, 2020, S. 27 f.

²⁹ Abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html (7.9.2020).

letzten Woche stabilisiert. Es kommt weiterhin bundesweit zu größeren und kleineren Ausbruchsgeschehen, insbesondere im Zusammenhang mit Feiern im Familien- und Freundeskreis und bei Gruppenveranstaltungen. Auch Reiserückkehrer, insbesondere in den jüngeren Altersgruppen, haben zu dem Anstieg der Fallzahlen im Juli und August beigetragen. Nach wie vor gibt es keine zugelassenen Impfstoffe und die Therapie schwerer Krankheitsverläufe ist komplex und langwierig. Das Robert Koch-Institut schätzt die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland weiterhin als hoch ein, für Risikogruppen als sehr hoch. Diese Einschätzung kann sich kurzfristig durch neue Erkenntnisse ändern.

Mit Blick auf die Ressourcenbelastung des Gesundheitssystems fährt die Bewertung fort:

Die Belastung des Gesundheitssystems hängt maßgeblich von der regionalen Verbreitung der Infektion, den hauptsächlich betroffenen Bevölkerungsgruppen, den vorhandenen Kapazitäten und den eingeleiteten Gegenmaßnahmen (z.B. Isolierung, Quarantäne, physische Distanzierung) ab. Sie ist aktuell in weiten Teilen Deutschlands gering, kann aber örtlich sehr schnell zunehmen und dann insbesondere das öffentliche Gesundheitswesen, aber auch die Einrichtungen für die ambulante und stationäre medizinische Versorgung stark belasten.

Aufgrund dieser Risikoeinschätzung des Robert Koch-Instituts liegen wesentliche für die Bejahung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite relevante Parameter vor (Dynamik, bundesweites Ausbruchsgeschehen, erhebliche Gefährdung für die öffentliche Gesundheit). Auch hat der grenzüberschreitende Reiseverkehr eine besondere Relevanz für das Infektionsgeschehen erlangt (vgl. hierzu § 5 Abs. 2 Nr. 1 und 2 IfSG). Richtig ist, dass die Ressourcenbelastung des Gesundheitssystems aktuell noch für gering erachtet wird; gleichzeitig findet sich aber der Hinweis auf die Möglichkeit einer sehr schnellen örtlichen Zunahme und damit einhergehender Belastungen für öffentliches Gesundheitswesen und Versorgungsinfrastruktur. Damit lässt sich die „Notwendigkeit, einer Destabilisierung des Gesundheitssystems vorzubeugen“, bejahen – eine tatsächlich eingetretene Destabilisierung ist gerade nicht gefordert. Die Gewichtung und Bewertung dieser Parameter obliegt dem Bundestag im Rahmen seiner **Einschätzungsprärogative**.

Mit Blick auf die Maßgeblichkeit (auch) des raschen, exekutiven Handlungsbedarfs sei, wie bereits im Kontext der Anhörung am 11.5.2020 ausgeführt,³⁰ nochmals besonders betont, dass Rechtsetzungsbefugnisse der Exekutive – unabhängig von verfassungsrechtlichen Grenzen – auf einer im Ermessen des Parlaments stehenden und damit auch **(verfassungs-)politisch zu verantwortenden Delegationsentscheidung** beruhen. Denn das Grundgesetz kennt – auch im Falle eines Gesundheitsnotstands – keine verfassungsunmittelbare Befugnis zur exekutiven Rechtsetzung. Neben der grundsätzlichen Positionierung hinsichtlich der Verteilung von Rechtsetzungskompetenzen zwischen Parlament und Exekutive allgemein und auch in Krisensituationen erscheint namentlich eine Bewertung des Flexibilisierungsbedürfnisses von Bedeutung, daneben das Prozessrisiko, die Ausnahmeregelungen innewohnende Gefahr einer Verstetigung und die Gefahr einer der Rechtssicherheit abträglichen Gemengelage von Parlamentsgesetzen und Verordnungsrecht. Ferner ist zu erwägen, ob Informationspflichten und Mitwirkungsrechte (Zustimmungs- bzw. Aufhebungsbefugnisse) zugunsten des parlamentarischen Gesetzgebers eingeräumt werden sollen, die Kontroll- und Einflussmöglichkeiten eröffnen; diese sind freilich gegen das Flexibilisierungs- und Beschleunigungsziel einer Delegation abzuwägen.

Vor diesem Hintergrund ist – neben der Frage des Fortbestands der epidemischen Lage von nationaler Tragweite – auch die Möglichkeit einer Aufhebung bzw. Änderung einzelner Ermächtigungsgrundlagen und einer Aufhebung bzw. (ggf. modifizierenden) Überführung einzelner auf ihrer Basis erlassener Rechtsnormen in (Parlaments-)Gesetzesrecht im Blick zu behalten.

München, den 8. September 2020

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

³⁰ *F. Wollenschläger*, Schriftliche Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD – Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BT-Drs. 19/18967, am 11.5.2020, Ausschussdrucksache 19(14)160(31), S. 4 (abrufbar unter <https://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoerungen/stellungnahmen-inhalt-692562>).