



DEUTSCHER  
LANDKREISTAG

Deutscher Landkreistag, Postfach 11 02 52, 10832 Berlin

Ulrich-von-Hassell-Haus  
Lennéstraße 11  
10785 Berlin

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Gesundheit  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Deutscher Bundestag  
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache  
**19(14)246(17.1)**  
zur öffentl. Anh. am 12.11.2020 -  
Drittes Bevölkerungsschutzgesetz  
11.11.2020

Tel.: 0 30 / 59 00 97 – 3 21  
Fax: 0 30 / 59 00 97 – 4 00

E-Mail: Klaus.Ritgen  
@Landkreistag.de

AZ: II/21

Datum: 26.10.2020

Nur per Mail an: gesundheitsaus-  
schuss@bundestag.de

## Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

dem Deutschen Landkreistag liegt der Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite in der Form einer Formulierungshilfe für die Koalitionsfraktionen vor. Zu den darin vorgeschlagenen Regelungen nehmen wir sub II. Stellung.

Angesichts einer in der Öffentlichkeit breit geführten Diskussion über die Notwendigkeit von Maßnahmen zur Stärkung des Bundestages gegenüber der Exekutive bei der Bewältigung der Corona-Pandemie ist es aus unserer Sicht allerdings auch geboten, zunächst auf einige Grundfragen der Pandemiebekämpfung im bundesstaatlichen Kompetenzgefüge einzugehen (sub I.).

**Dabei wird sich zeigen, dass die derzeit bekannten Vorschläge nur zum Teil zu überzeugen vermögen. Es ist zwar nachvollziehbar, wenn für eine Konkretisierung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen geworben wird. Solche Konkretisierungen dürfen sich aber nicht negativ auf die Effektivität der Pandemiebekämpfung auswirken. Es spricht viel dafür, dass sich die Maßnahmen zur Eindämmung einer Pandemie nur bedingt standardisieren lassen, mit der Folge, dass in diesem besonderen Teilgebiet des Rechts der Gefahrenabwehr der Generalklausel auch in Zukunft eine größere Bedeutung zuzumessen ist als im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht. Die ebenfalls vorgeschlagene Beteiligung des Bundestags am Erlass von Rechtsverordnungen des Bundes vermag zwar deren demokratische Legitimation zu erhöhen. Eine entsprechende Mitwirkung des Parlaments, die ihrerseits in einem Spannungsverhältnis zum Ziel einer wirksamen und vor allem reaktionsschnellen Pandemiebekämpfung steht, ist aber verfassungsrechtlich nicht geboten, sondern im Gegenteil besonders rechtfertigungsbedürftig.**

## I. Pandemiebekämpfung im bundesstaatlichen Kompetenzgefüge

Je länger die aktuelle Krise anhält, umso intensiver wird über die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Pandemiebekämpfung diskutiert. Dabei geht es im Kern zunächst um die Frage danach, welche staatliche Ebene – der Bund oder die Länder – zuständig ist (bzw. sein sollte), und zum anderen darum, wer – die Legislative oder die Exekutive – auf der jeweiligen Ebene welche Entscheidungen treffen darf. Die Antworten auf diese Fragen ergeben sich aus der verfassungsrechtlichen Verteilung insbesondere der Gesetzgebungs- und der Vollzugskompetenzen sowie aus dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip. Dabei darf das Ziel einer effektiven Pandemiebekämpfung nie aus dem Auge verloren werden.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden in einem ersten Schritt zunächst die aktuelle Lage aus Sicht der Landkreise, denen beim Vollzug des Infektionsschutzgesetzes des Bundes (IfSG) und der auf seiner Grundlage erlassenen Corona-Verordnungen der Länder eine entscheidende Rolle zukommt, kurz skizziert werden (sub 1.), bevor dann in einem zweiten Schritt die aktuell diskutierten rechtspolitischen Änderungsvorschläge erörtert werden (sub 2.).

### 1. Ausgangslage

#### a) Sachstand

Ausgangspunkt ist insoweit die Entscheidung des Verfassungsgebers, dem Bund in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für Maßnahmen gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten beim Menschen einzuräumen. Insoweit handelt es sich zwar um eine traditionell der Reichs- bzw. Bundesebene zugeordnete Gesetzgebungsmaterie, was deutlich macht, dass seit jeher im Recht der Pandemiebekämpfung jedenfalls auf der Ebene der Gesetzgebung ein Bedarf an bundesweit einheitlichen Vorgaben gesehen wird. Das darf aber nicht den Blick dafür verstellen, dass es sich beim Infektionsschutz um eine spezifische Materie des Rechts der Gefahrenabwehr im Allgemeinen oder – gerade mit Blick auf die Bekämpfung von Pandemien – des Katastrophenschutzrechts im Besonderen handelt, die überdies starke Bezüge zum Recht der Gesundheitsvorsorge aufweist. Sowohl die Gesundheitsvorsorge wie die Gefahrenabwehr sind, von punktuellen Einzelermächtigungen zugunsten des Bundes abgesehen, Bereiche, für die die Gesetzgebungskompetenz prinzipiell bei den Ländern liegt.

Schon dieser Umstand spricht dafür, dass der Bund von seiner Kompetenz für Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten keinen überbordenden Gebrauch machen und die Residualkompetenzen der Länder für das Recht der Gefahrenabwehr, des Katastrophenschutzes sowie der Gesundheitsvorsorge respektieren sollte. Dass die Länder überdies auch für ergänzende Bestimmungen auf dem Gebiet des Infektionsschutzes durchaus Bedarf sehen, zeigt sich etwa im Erlass des Bayerischen Infektionsschutzgesetzes vom 25.3.2020 oder des Infektionsschutz- und Befugnisgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 14.4.2020.

Auf Bundesebene ist die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten insbesondere Gegenstand der Regelungen in den §§ 24 ff. IfSG. Hinzuweisen ist insoweit vor allem auf § 28 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbsatz IfSG, der die zuständige Behörde im Falle des Auftretens einer übertragbaren Krankheit im Sinne einer Generalklausel ermächtigt, alle notwendigen Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Ergänzt bzw. konkretisiert wird diese Generalklausel durch die Vorschriften in § 28 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz, Satz 2 IfSG (Betretensverbote, Verbot von Veranstaltungen, Schließung von Einrichtungen). Daneben treten mit den §§ 29 bis 31 IfSG Regelungen über die Beobachtung von Kranken, ihre Absonderung, und berufliche Tätigkeitsverbote, die jedenfalls teilweise an engere Tatbestandsvoraussetzungen anknüpfen und im Sinne des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts als „Standardmaßnahmen“ bezeichnet werden können.

Was den Vollzug des IfSG angeht, so verfügt der Bund nach Art. 86 ff. GG nicht über eine explizite Verwaltungskompetenz. Es bleibt daher – vorbehaltlich der Möglichkeit, nach Art. 87 Abs. 3 GG Bundesoberbehörden oder bundesunmittelbare Körperschaften bzw. Anstalten mit einzelnen Aufgaben zu betrauen, die nur zentral erledigt werden können – dabei, dass die Länder das IfSG als eigene Angelegenheit vollziehen. Die Länder haben die Wahrnehmung der daraus resultierenden Aufgaben im Wesentlichen auf die kommunale Ebene, vor allem auf die Landkreise und kreisfreien Städte übertragen, die insbesondere auch für den Erlass von Ge- und Verboten nach den §§ 28 ff. IfSG zuständig sind und davon – namentlich zu Beginn der ersten Welle, aber auch aktuell wieder – nicht zuletzt in Gestalt von Allgemeinverfügungen Gebrauch gemacht haben.

Als besonders relevant hat sich in der aktuellen Coronakrise schließlich § 32 IfSG erwiesen, der die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen der §§ 28 bis 31 IfSG Gebote und Verbote auch durch Rechtsverordnungen anzuordnen. Diese Rechtsverordnungen, die während der ersten Welle und seit Beginn der zweiten Welle der Corona-Pandemie in rascher Abfolge und mit häufig auf wenige Tage begrenzter Gültigkeitsdauer ergangen sind, waren und sind Grundlage für ein breites Spektrum von Pandemiebekämpfungsmaßnahmen, das von vergleichsweise milden Eingriffen wie etwa der Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung („Maskenpflicht“) bis hin zu in ihrer Eingriffsbreite und -tiefe in Deutschland bislang weitgehend unbekanntem Ver- und Geboten reicht, zu denen etwa die flächendeckende Schließung von Gastronomie und Einzelhandelsgeschäften, sonstigen Einrichtungen, das von der Landesregierung Nordrhein-Westfalens für das Gebiet des seinerzeit besonders betroffenen Kreises Gütersloh angeordnete „Ausreiseverbot“ oder die jüngst intensiv diskutierten Beherbergungsverbote gehören.

Dem Erlass dieser Verordnungen vorangegangen sind regelmäßig Besprechungen der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und -chefs der Länder, die der Abstimmung der jeweils von den Ländern zu ergreifenden (und zu verantwortenden) Maßnahmen dienen. Das sorgte für ein gewisses Maß an Bundeseinheitlichkeit, allerdings zu keinem Zeitpunkt für vollständige Homogenität der Coronabekämpfungsmaßnahmen. Dazu trug bereits bei, dass einige Länder von vornherein erklärten, die konsentierten Regelungen nicht umsetzen zu wollen, während andere Länder das Vereinbarte verzögert oder unvollständig in ihr Landesrecht übernommen haben. Darüber hinaus sahen und sehen die Corona-Verordnungen der Länder stets vor, dass die mit ihrem Vollzug betrauten Kommunen für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich abweichende, weitergehende Maßnahmen ergreifen können, soweit dies das Infektionsgeschehen vor Ort erforderlich macht. Das entspricht auch einem am 6.5.2020 zwischen dem Bund und den Ländern vereinbarten „Notfallmechanismus“, der bei einer Inzidenz von mehr als 50 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen vorsieht, dass ein konsequentes Beschränkungskonzept umgesetzt wird.

#### b) Fazit

Dieses System des Infektionsschutzes hat sich nach Auffassung des Deutschen Landkreistags nicht zuletzt in der aktuellen Krise grundsätzlich bewährt. Das gilt insbesondere auch für die Ordnung der Vollzugskompetenzen, wonach die Länder und innerhalb dieser vor allem die Landkreise und kreisfreien Städte für die Umsetzung des IfSG zuständig sind. Das hat es – wie etwa im Kreis Heinsberg – erlaubt, zu Beginn der Pandemie sehr schnell auf ein lokal begrenztes Ausbruchsgeschehen zu reagieren, und trägt bis heute dazu bei, den zwar insgesamt steigenden, aber nach wie vor sehr unterschiedlich hohen Infektionszahlen vor Ort angemessen Rechnung zu tragen. Das dies bislang – und nicht zuletzt im Vergleich mit anderen europäischen Ländern – so gut gelingt, ist vor allem auch der Leistungsfähigkeit der kommunalen Behörden zu danken, die auf die Lage flexibel reagieren und bspw. Personal aus anderen Teilen ihrer Verwaltung in den Gesundheitsämtern zur Kontaktnachverfolgung einsetzen konnten. Auch die Unterstützung durch im Wege der Amtshilfe zur Verfügung gestelltes Personal der Länder, der Bundeswehr und des Bundes („Containment Scouts“) hat sich bewährt.

Mittels etablierter bundesstaatlicher Koordinierungsgremien konnte ferner (jedenfalls bis vor kurzem) sichergestellt werden, dass bundesweit ein Mindestmaß an Einheitlichkeit herrscht – ein Umstand, der nicht zuletzt für die Akzeptanz besonders weit- und tiefreichender Maßnahmen („Lockdown“) von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist. Gleichzeitig werden die Verordnungsgeber der Länder ihrer jeweiligen Verantwortung gerecht, wenn sie darauf verzichten, bestimmte, angesichts des Infektionsgeschehens auf ihrem Gebiet nicht angemessene erscheinende Maßnahmen zu übernehmen und wenn sie durch die Ausgestaltung des Verordnungsrechts dafür Sorge tragen, dass in den Kommunen nötigenfalls von landesweit geltenden Bestimmungen abgewichen werden kann. Das IfSG selbst trägt mit der unbestreitbaren Weite seiner Ermächtigungsgrundlagen – das gilt insbesondere für die Generalklausel in § 28 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbsatz IfSG – dazu bei, dass Vollzugsbehörden wie Verordnungsgeber in der Lage sind, auf die Corona-Pandemie mit Maßnahmen zu reagieren, deren Wirksamkeit man im Einzelnen sicher – und vor allem im Lichte späterer Erfahrungen – wird hinterfragen können und müssen, die aber zweifellos dazu beigetragen haben, die Ausbreitung des Virus so zu hemmen, dass das nationale Gesundheitssystem vor einem Kollaps bewahrt werden konnte.

Nicht zu verkennen ist allerdings auch, dass dieses System gerade in den letzten Wochen einige Schwächen gezeigt hat. Insbesondere ist es im Rahmen der Bund-Länder-Koordinierung bislang nicht in jeder Hinsicht überzeugend gelungen, sich auf Maßnahmen zu verständigen, die einerseits geeignet sind, den deutlichen Wiederanstieg der Infektionszahlen („zweite Welle“) zu verlangsamen bzw. zu beenden, andererseits aber die Eingriffstiefe vermeiden, mit denen zu Beginn der Pandemie auf das Ausbruchsgeschehen im Sinne eines „Lockdowns“ reagiert wurde. Das zeigt namentlich die Diskussion um die sog. Beherbergungsverbote für (touristisch) Reisende aus innerstaatlichen Risikogebieten, die zu keinem Zeitpunkt von den Ländern einheitlich gehandhabt wurden und sich mittlerweile auch nur zum Teil als gerichtsfest erwiesen haben.

Darüber hinaus mehren sich die Stimmen, die im Sinne der sog. „Wesentlichkeitstheorie“ dafür eintreten, dass die Parlamente eine stärkere Rolle (und Verantwortung) bei der Steuerung des Infektionsschutzgeschehens übernehmen. Diese Forderung hat zwei Stoßrichtungen. Insoweit geht es zum einen darum, das Handeln der Exekutive durch präziser gefasste Ermächtigungsgrundlagen enger als bislang an den Willen des Parlamentes zu binden. Zum anderen soll das Parlament stärker an der Verordnungsgebung (auf Bundesebene) beteiligt werden.

Soweit ersichtlich (und zu Recht) nicht ernsthaft in Frage gestellt wird dagegen derzeit, dass der Vollzug des IfSG grundsätzlich Sache der Länder und ihrer Kommunen sein sollte. Dieser föderale Aspekt wird daher im Folgenden nicht weiter thematisiert.

## *2. Bewertung der aktuellen rechtspolitischen Vorschläge*

Die Forderung, die Generalklausel des IfSG durch konkretere Ermächtigungsgrundlagen im Sinne von Standardmaßnahmen zu ergänzen, wird etwa vom Präsidenten des Deutschen Bundestags erhoben, der dazu eine Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes vorgelegt hat. Sie ist aber auch Gegenstand eines im Bayerischen Landtag fraktionsübergreifend verabschiedeten Antrags (LT-Drs. 18/10736).

### *a) Konkretisierung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen*

Dies würde – so die erwähnte Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages – „eine echte Beschränkung der Eingriffsbefugnisse“ bedeuten. Der „Ausnahmecharakter der Maßnahmen würde gesetzlich festgeschrieben“. Gedacht wird dabei etwa an konkrete Regelungen für Ausgangssperren oder ein allgemeines Kontaktverbot. Ferner sollen Corona-Maßnahmen grundsätzlich befristet erfolgen.

Während gegen die Befristung von Maßnahmen, die schon heute regelmäßig stattfindet, von vornherein nichts zu erinnern ist, bedarf die Frage nach der Einführung konkreterer Ermächtigungsgrundlagen sorgfältiger Prüfung und Abwägung. Insoweit wäre zunächst Inhalt und Struktur solcher Ermächtigungsgrundlagen näher zu klären.

#### aa) Die Rechtsfolgenseite möglicher Ermächtigungsgrundlagen

Dies fällt im ersten Zugriff noch vergleichsweise leicht, soweit nur die Rechtsfolgenseite in den Blick genommen wird. Insoweit könnte insbesondere auf den Strauß von Maßnahmen zurückgegriffen werden, die sich in der Coronabekämpfungspraxis der letzten Monate entwickelt haben. Dementsprechend verweist etwa der wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestags auf Maßnahmen wie Ausgangssperren oder das „allgemeine Kontaktverbot“. Zu denken wäre ferner auch an Ausreiseverbote oder das zuletzt diskutierte Beherbergungsverbot. Vorstellbar wäre des Weiteren, die bislang in § 28 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz, Satz 2 IfSG (nur) auf der Rechtsfolgenseite vorgenommenen Konkretisierungen (Betretensverbote, Verbot von Veranstaltungen und Ansammlungen, Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen einschl. Schulen und Kindertageseinrichtungen) zu Standardmaßnahmen auszuformen, also auch vom Vorliegen anderer, insbesondere engerer Tatbestandsvoraussetzungen abhängig zu machen, wie sie die Generalklausel vorsieht. Ein solcher Katalog denkbarer Pandemiebekämpfungsmaßnahmen böte vor allem den Vorteil, dass das Handeln der zuständigen Behörden (bzw. der Ordnungsgeber auf Landesebene) ein Stück weit vorhersehbarer würde und potenziell Betroffene sich stärker als bislang auf denkbare Maßnahmen einstellen könnten.

#### bb) Mögliche qualifizierende Tatbestandsvoraussetzungen

Das gilt insbesondere dann, wenn es gelänge, auch auf der Tatbestandsseite Merkmale zu normieren, an den klar und vorhersehbar abgelesen werden kann, unter welchen Voraussetzungen die Vollzugsbehörden und Ordnungsgeber von welchen (Standard-)Maßnahmen Gebrauch machen können bzw. müssen. Es ist fraglos kein Zufall, dass sich die bislang zu einer Stärkung der Parlamente durch Einführung konkreterer Ermächtigungsgrundlagen vorliegenden Wortmeldungen hinsichtlich dieses Punktes weitgehend in Schweigen hüllen. Insbesondere in der Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages ist zwar zu lesen, dass „qualifizierte Tatbestandsvoraussetzungen“ vorzusehen seien. Wie genau diese Qualifizierung aussehen soll, wird aber nicht im Einzelnen ausgeführt. Allerdings liegt es zunächst nahe, auch insoweit auf die Erfahrungen der letzten Monate zurückzugreifen.

*(1) Inzidenz als Qualifizierungsmerkmal?* Das häufigste Tatbestandsmerkmal, das in der Praxis qualifizierend neben die Voraussetzungen der Generalklausel in § 28 Abs. 1 Satz 1, 1. HS IfSG getreten ist, ist bislang die sog. „Inzidenz“. Damit ist im vorliegenden Zusammenhang die Anzahl der neu auftretenden Erkrankungen innerhalb einer Personengruppe von bestimmter Größe (konkret: 100.000 Einwohner einer Gebietskörperschaft) während eines bestimmten Zeitraums (konkret: sieben Tage) gemeint. So enthält etwa § 5 Abs. 2 Satz 1 der Corona-Lockerungsverordnung des Landes Mecklenburg-Vorpommern ein (von vielen Ausnahmen durchbrochenes) Einreiseverbot für alle Personen, die sich in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten oder darin ihren Wohnsitz haben, in dem in den letzten sieben Tagen vor der Einreise die Zahl der Neuinfektionen laut der Veröffentlichung des Robert Koch-Instituts pro 100 000 Einwohner höher als 50 ist. Nach § 25a der aktuellen Coronaverordnung Bayerns gelten in Landkreisen und kreisfreien Städten, deren Inzidenz den Wert von 35 bzw. 50 überschritten hat, abgestuft verschärfte Maßnahmen.

Dieser Inzidenz-Wert bietet den Vorteil, dass er objektiv feststellbar ist und damit erheblich zur Vorhersehbarkeit staatlicher Maßnahmen der Pandemiebekämpfung beiträgt. Gleichwohl stellt sich unter mehreren Gesichtspunkten die Frage, ob es sinnvoll wäre, solche Inzidenzen bereits auf der Ebene des IfSG zur Voraussetzung des Erlasses bestimmter Maßnahmen zu machen. Insoweit ist zunächst daran zu erinnern, dass in der Fachöffentlichkeit durchaus

über die Tauglichkeit bloßer Fallzahlen als Indikatoren für die Tragweite eines Infektionsgeschehens gestritten wird. In der Tat liegt es auf der Hand, dass es einen engen Zusammenhang zwischen der Zahl der durchgeführten Tests und der Zahl der festgestellten Infektionen je 100.000 Personen gibt. Zu Recht wird deshalb angemerkt, dass neben der Fallzahl jedenfalls auch noch auf die Zahl der positiven Tests im Verhältnis zur Zahl der insgesamt durchgeführten (Positivquote) abgestellt werden muss. Wenn oberstes Ziel der Pandemiebekämpfung die Aufrechterhaltung der Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems ist, liegt es ferner nahe, insbesondere die Zulässigkeit besonders schwerwiegender Eingriffe auch von den noch zur Verfügung stehenden Ressourcen, etwa von der Zahl der freien Intensivbetten abhängig zu machen.

Es ist daher mindestens fraglich, ob der heutige Wissenstand über die Eigenschaften von SARS-CoV-2 bereits hinreichend konsolidiert ist, um daraus Tatbestandsvoraussetzungen zu formen, die sinnvoll zum Gegenstand einer gesetzlichen Regelung gemacht werden können.

*(2) Übertragbarkeit auf andere Pandemien?* Selbst wenn dies mit Blick auf SARS-CoV-2 gelänge, ist völlig ungewiss, ob solche Grenzwerte auch für eine künftige und mgw. andersartige Pandemie taugen würden. Es ist jedenfalls ohne Weiteres vorstellbar, dass wir es in Zukunft mit Erregern zu tun haben, bei denen bspw. eine Inzidenz von 35 oder 50 je 100.000 Einwohner deutlich zu hoch oder zu niedrig gegriffen wäre, dass die vorgesehenen (Standard-)Maßnahmen also zu früh oder zu spät zum Einsatz gelangen könnten. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass in einem solchen Fall immer ein Rückgriff auf die Generalklausel in Betracht komme. Denn es ist zu beachten, dass das Vorhandensein von Standardmaßnahmen grundsätzlich den Rückgriff auf eine Generalklausel sperrt.

Anders ausgedrückt: Selbst wenn mit einer Konkretisierung der derzeitigen Ermächtigungsgrundlagen im Sinne einer „Lex Corona“ das Ziel einer „echten Beschränkung der Eingriffsbefugnisse“ zu erreichen und ein solches Vorgehen angesichts des heutigen Wissens über die Eigenschaft des SARS-CoV-2 Virus auch unter dem Gesichtspunkt der Effektivität der Pandemieeindämmung zu rechtfertigen wäre, kann doch nicht ausgeschlossen werden, dass den zuständigen Behörden auf diese Weise im Hinblick auf die Bekämpfung künftiger Pandemien zu starke Begrenzungen ihrer Befugnisse auferlegt werden.

*(3) Sonstige qualifizierende Merkmale.* Abgesehen von der Inzidenz könnte die Intensität der von einer übertragbaren Krankheit ausgehenden Gefahr natürlich auch durch abstrakte, auf bestimmte objektiv zu ermittelnde Grenzwerte verzichtende Merkmale konkretisiert werden. Aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht sind insoweit Merkmale wie „dringend“, „gegenwärtig“ oder „erheblich“ bekannt, mit denen qualifizierte Gefahrenlagen beschrieben werden. Ob solche Merkmale allerdings auch auf die spezifischen, von einer übertragbaren Krankheit ausgehenden Gefahren passen, müsste näher geprüft werden. Jedenfalls mit Blick auf die gegenwärtige Pandemie dürfte wohl niemand bezweifeln, dass von ihr eine „erhebliche“ Gefahr ausgeht, die auch „dringend“ bzw. „gegenwärtig“ ist.

#### cc) Fazit

Mit diesen Überlegungen soll nicht in Abrede gestellt werden, dass es gute Gründe gibt, die dafür streiten, die Ermächtigungsgrundlagen des IfSG konkreter zu fassen, als dies heute der Fall ist. Deutlich geworden sollte aber sein, dass eine solche Konkretisierung eine anspruchsvolle Aufgabe ist und dass es bislang noch an überzeugenden Vorschlägen fehlt, wie insbesondere die Tatbestandsseite entsprechender Normen ausgestaltet sein müsste, um einerseits eine stärkere Steuerung der Pandemiebekämpfung durch das Parlament sicherzustellen, andererseits deren Effektivität und vor allem die Reaktionsfähigkeit der zuständigen Behörden nicht übermäßig zu schwächen. Jedenfalls zeichnet sich noch nicht ab, wie der Konflikt zwischen dem aus dem Rechtsstaats- sowie dem Demokratieprinzip gespeisten Verlangen nach möglichst konkret gefassten Ermächtigungsnormen und dem gleichfalls verfassungsrechtlich (nicht zuletzt in den grundrechtlichen Schutzpflichten) verankerten Ziel

einer möglichst wirksamen Pandemiebekämpfung gelöst werden könnte. Möglicherweise entzieht sich die Pandemiebekämpfung ein Stück weit jeder „Standardisierung“ mit der Folge, dass in diesem besonderen Teilgebiet des Rechts der Gefahrenabwehr der Generalklausel auch in Zukunft eine größere Bedeutung zuzumessen ist als im Allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht.

#### b) Beteiligung des Bundestages beim Erlass von Rechtsverordnungen des Bundes

Vorgeschlagen wird des Weiteren, den Bundestag stärker als bislang an der Verordnungsgebung auf Bundesebene zu beteiligen. Hintergrund dieser Forderung ist vor allem der Umstand, dass das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) mit dem (Ersten) Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite in §§ 5, 5a IfSG umfassend zum Erlass von Ver- und Anordnungen ermächtigt worden ist.

##### aa) Das eigentliche Problem: Gesetzesändernde Rechtsverordnungen

Diese Vorschriften sind allerdings nicht deshalb (verfassungsrechtlich) problematisch, weil sie auf eine Beteiligung des Bundestages am Erlass von Rechtsverordnungen verzichten. Die Problematik der hier in Rede stehenden Verordnungsermächtigungen besteht vielmehr darin, dass sie es dem BMG teilweise gestatten, durch Rechtsverordnung auch von Parlamentsgesetzen (und auf diese gestützte Rechtsverordnungen) abzuweichen.

Dass Gesetze unter Verordnungsvorbehalt gestellt werden, ist zwar nach wohl überwiegender Auffassung nicht per se verfassungswidrig. Ein solcher Schritt droht aber gleichwohl, das Verhältnis von Gesetz und Verordnung gleichsam umzukehren, und bedarf daher einer besonderen sachlichen Rechtfertigung.

Ob die Voraussetzungen für eine solche besondere sachliche Rechtfertigung vorliegen, mag hier dahinstehen, weil dieses Problem jedenfalls nicht durch eine Beteiligung des Bundestages gelöst werden könnte. Denn auch wenn dem Bundestag ein Mitwirkungsrecht eingeräumt wird, würde dies den Rechtscharakter und insbesondere den Rang des auf diese Weise zustande gekommenen Rechtsakts nicht ändern. Die Zustimmung des Bundestages zu einer Rechtsverordnung ist kein Akt der Gesetzgebung, sondern ein sog. schlichter Parlamentsbeschluss. Es bliebe also dabei, dass ein Parlamentsgesetz durch eine Rechtsverordnung modifiziert würde, was der Rangordnung der Rechtsquellen, also dem Vorrang des Parlamentsgesetzes widerspricht.

Vor diesem Hintergrund ist es richtig, dass der Gesetzgeber (bislang) daran festhält, dass diejenigen Ermächtigungsnormen des IfSG, die eine Abweichungsbefugnis vorsehen, zum 31.3.2021 außer Kraft treten werden. Insoweit handelt es sich um § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 4, 7, 8 und 10 IfSG. In Dauerrecht überführt und dabei punktuell fortentwickelt werden sollen lediglich die Ermächtigungen, die keine solche Abweichungsbefugnis umfassen und die den Sachbereich der Einreise aus einem internationalen Risikogebiet betreffen. Insoweit soll ein neu zu schaffender § 36 Abs. 7 IfSG an die Stelle der derzeit geltenden § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 IfSG treten. Die auf der Grundlage von § 36 Abs. 7 IfSG-E zu erlassenden Rechtsverordnungen bedürfen grundsätzlich der Zustimmung des Bundesrates. Lediglich in dringenden Fällen kann zum Schutz der Bevölkerung eine Verordnung auch ohne Zustimmung des Bundesrates ergehen. Eine solche Verordnung soll nach einem Jahr bzw. jederzeit auf Verlangen des Bundestags (oder des Bundesrats) außer Kraft treten. Dieser Regelungsvorschlag kommt der Forderung nach einer stärkeren Mitwirkung des Bundestages also jedenfalls für den Fall einer im Eilverfahren erlassenen Rechtsverordnung bereits nach.

##### bb) Mitwirkung des Parlaments an der Verordnungsgebung sinnvoll?

Unabhängig davon stellt sich allerdings ganz grundsätzlich die Frage, ob es gerade im Bereich der Pandemiebekämpfung sinnvoll und zweckmäßig ist, die Verordnungsgebung an eine Mitwirkungsbefugnis des Bundestags zu binden.

Insoweit ist zunächst daran zu erinnern, dass eine solche Mitwirkung des Parlaments an der Verordnungsgebung verfassungsrechtlich an keiner Stelle mehr ausdrücklich vorgesehen ist, nachdem Art. 109 Abs. 4 Satz 4 GG a. F. gestrichen wurde. Verordnungen, die ohne Mitwirkung des Parlaments ergehen, sind mithin kein Ausnahme-, sondern der verfassungsrechtlich vorgesehene Normalfall. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind derartige Mitwirkungsakte des Bundestages vielmehr sogar besonders rechtfertigungsbedürftig und nur für solche Sachbereiche zulässig „für die ein legitimes Interesse der Legislative anerkannt werden muss, zwar einerseits die Rechtsetzung auf die Exekutive zu delegieren, sich aber andererseits – wegen der Bedeutung der zu treffenden Regelungen – entscheidenden Einfluss auf Erlass und Inhalt der Verordnungen vorzubehalten“ (BVerfGE 8, 274, 321). Das ist nur folgerichtig, weil damit die Befugnis der Exekutive zur Normsetzung nicht nur durch die entsprechende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage inhaltlich vorgeprägt, sondern auch verfahrensrechtlich eingehegt und damit ein Stück weit ihres eigenständigen Charakters beraubt wird. Ein Verordnungsrecht, das unabhängig von einer Mitwirkung des Bundestages (oder auch des Bundesrates) ausgeübt werden kann, hat demgegenüber unbestreitbar den Vorteil, auch in sehr kurzer Zeit wahrgenommen werden zu können – ein Vorteil, auf den gerade im Zusammenhang der Pandemiebekämpfung nicht leichtfertig verzichtet werden sollte.

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass Maßnahmen, wie sie gegenwärtig auf der Grundlage des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 IfSG bzw. künftig auf der Grundlage von § 36 Abs. 7 IfSG-E ergehen können, zu erheblichen Eingriffen in Grundrechtspositionen von Reisenden wie Beförderungsunternehmen führen. Solche Eingriffe bedürfen fraglos einer hinreichend bestimmten, den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG genügenden Ermächtigungsgrundlage. Fehlt es daran, kann ein solches Defizit grundsätzlich nicht durch eine bloße Mitwirkung des Parlaments an der Verordnungsgebung kompensiert werden.

Nicht zu verkennen ist allerdings auch, dass einer Verordnung durch die Zustimmung des Bundestages weitere demokratische Legitimation zufließt. Jenseits sonstiger Zwecke, die für eine sog. Mitwirkungsverordnung sprechen können – insoweit wird etwa auf eine Informationsfunktion oder auch eine stärkere parlamentarische Kontrolle über die exekutive Normsetzung verwiesen –, könnte ein solches Mehr an demokratischer Legitimation die Akzeptanz der fraglichen Maßnahme in der Öffentlichkeit verbessern.

Hinzukommt, dass eine Parlamentsbeteiligung die fehlende Bestimmtheit einer Ermächtigungsnorm – wie schon erwähnt – zwar grundsätzlich nicht zu kompensieren vermag. Ein solcher Mitwirkungsakt könnte aber gerade in Situationen, die sich aus Sachgründen einer bis ins Letzten bestimmten Regelung entziehen, dazu beitragen, dass in Summe und trotz gewisser unvermeidbarer Schwächen der gesetzlichen Programmierung ein ausreichendes Niveau demokratischer Legitimation gewährleistet ist und so insbesondere auch dem Wesentlichkeitsgrundsatz jedenfalls besser als ohne Beteiligung des Parlamentes Rechnung getragen wird.

#### cc) Fazit

Auch mit Blick auf die Statuierung von Mitwirkungsrechten des Bundestags zu Rechtsverordnungen des Bundes auf der Grundlage des IfSG ist also eine sehr genaue Abwägung geboten, ob dem – in aller Regel nicht erforderlichen – demokratischen Mehrwert, der mit einem solchen Mitwirkungsrecht einhergeht, der Vorrang einzuräumen ist vor nicht auszuschließenden Effizienzverlusten, die im Hinblick auf die Pandemiebekämpfung aus einer Verkomplizierung des Verfahrens der Verordnungsgebung entstehen können. Sofern eine solche Erhöhung des Legitimationsniveaus für erforderlich gehalten wird, dürfte dem mit einem Aufhebungsvorbehalt, wie in § 36 Abs. 7 Satz 6 IfSG-E zugunsten des Bundestags vorsieht, ausreichend Genüge getan, zumal ein solcher Aufhebungsvorbehalt eine schnelle Reaktion des Ordnungsgebers nicht ausschließt, wie sie in Krisenzeiten geboten sein kann.



## II. Zum Entwurf eines Dritten Bevölkerungsschutzgesetzes im Einzelnen

Zum Entwurf eines Dritten Bevölkerungsschutzgesetzes ist ergänzend und präzisierend zu unserer Stellungnahme vom 16.10.2020 noch auf Folgendes hinzuweisen:

- Zu Art. 1 Nr. 1 lit b (§ 4 IfSG)

Wie schon in unserer Stellungnahme vom 16.10.2020 betont, ist es im Interesse einer wirksamen Pandemiebekämpfung nachvollziehbar, wenn das Robert Koch Institut Daten zu meldepflichtigen Krankheiten und Krankheitserregern in einem automatisierten Verfahren tagesaktuell und ggf. runtergebrochen bis auf die Ebene der Landkreise und kreisfreien Städte den in § 4 Abs. 2 Nr. 2 IfSG-E genannten Institutionen zur Verfügung stellt. Aus demselben Grunde sollte aber darüber hinaus gewährleistet sein, dass diese Daten auch den Gesundheitsämtern der Landkreise bzw. kreisfreien Städte selbst übermittelt werden, damit diese sich auch über das Infektionsgeschehen jenseits ihres eigenen Zuständigkeitsbereichs einen zuverlässigen Überblick verschaffen können.

- Zu Art. 1 Nr. 2 und Nr. 5 (§§ 7 Abs. 4, 10 Abs. 3 IfSG)

Die Streichung der Verpflichtung, negative Testergebnisse (nichtnamentlich) zu melden wird angesichts der damit einhergehenden Entlastung begrüßt.

- Zu Art. 1 Nr. 9 (§ 14 IfSG)

Im Hinblick auf die Weiterentwicklung des elektronischen Melde- und Informationssystems bitten wir darum, die Interessen der kommunalen Gesundheitsämter ausreichend zu berücksichtigen.

- Zu Art. 1 Nr. 13 (§ 24 IfSG)

Mit Art. 1 Nr. 13 lit a) soll § 24 Satz 2 IfSG dahingehend geändert werden, dass der Arztvorbehalt in § 24 Satz 1 IfSG künftig schon von Gesetzes wegen auch nicht bei der Anwendung bestimmter Methoden zur Feststellung von SARS-CoV-2 gilt. Das ist ein sinnvoller Schritt, um vorhandene Testressourcen möglichst umfassend verfügbar zu machen. Zu begrüßen ist des Weiteren – wie schon in unserer Stellungnahme vom 16.10.2020 betont –, dass die Nutzung von veterinärmedizinischen und zahnärztlichen Laboren künftig auch bei der Testung von Humanproben gilt, wenn der Arztvorbehalt in § 24 Satz 1 IfSG durch eine entsprechende Rechtsverordnung dispensiert wurde.

Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens bitten wir zu prüfen, ob Veterinärmedizinern über die Labordiagnostik hinaus bei Vorliegen einer besonderen Krisensituation wie der aktuellen weitere Zuständigkeiten übertragen werden können, die nicht zwingend den Einsatz eines Humanmediziners erforderlich machen.

- Zu Art. 1 Nr. 14 (§ 28 IfSG)

Dass die Verpflichtung, personenbezogene Angaben sowie Angaben über den Zeitraum des Aufenthalts zu erheben, in den Katalog der ausdrücklich benannten Maßnahmen zur Bekämpfung der Ausbreitung übertragbarer Krankheiten aufgenommen wurde, ist zu begrüßen. Das dient der Rechtsklarheit und trägt der Forderung nach einer Präzisierung der Ermächtigungsgrundlagen Rechnung, ohne die Handlungsmöglichkeiten der Behörden zu beschränken.

- Zu Art. 2

Mit der Regelung des Art. 2 bekräftigt der Gesetzgeber seinen Willen, die Verordnungsermächtigungen in § 5 IfSG zum 31.3.2021 aufzuheben, soweit sie nicht in § 36 Abs. 7 IfSG überführt werden. Dies ist aus den o.g. Gründen zu begrüßen.

Mit freundlichen Grüßen

In Vertretung

(Freese)

(Dr. Ruge)