



Universität Regensburg

Universität Regensburg - D-93040 Regensburg

An den
Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Gesundheit -
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
19(14)288(3)
gel ESV zur öffentl. Anh. am
22.02.2021 - EpiLage-
17.02.2021

FAKULTÄT FÜR
RECHTSWISSENSCHAFT

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Sozialrecht und Gesundheitsrecht

Prof. Dr. Thorsten Kingreen

Telefon +49 941 943-2607

Telefax +49 941 943-3634

E-Mail: thorsten.kingreen@jura.uni-regensburg.de

Universitätsstraße 31

D-93053 Regensburg

Regensburg, 17.02.2021

Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Fortgeltung der die epidemische Lage
von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen Priorisierung
(BT-Drucks. 19/26545)**

Die nachfolgende Stellungnahme behandelt diejenigen Regelungen des Gesetzentwurfs, die das Verhältnis der Entscheidungszuständigkeiten von Bundestag und Bundesministerium für Gesundheit betreffen.

I. Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, § 5 Abs. 1 IfSG (= Art. 1 Nr. 1 a) des Gesetzentwurfs)

1. Die Neuregelungen zur Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite in § 5 Abs. 1 S. 3 und 4 IfSG-neu sind grundsätzlich zu begrüßen. Es reicht jetzt nicht mehr aus, dass der Bundestag diese Feststellung einmal trifft, sondern er muss sie in regelmäßigen Zeitabständen von höchstens drei Monaten aktualisieren; sonst gilt sie als aufgehoben. Die Regelung, die konzeptionell dem Vorbild des nordrhein-westfälischen Infektionsschutzgesetzes (§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSBG-NRW) folgt (vgl. bereits meine Anregung in: Deutscher Bundestag. Gesundheitsausschuss, Wortprotokoll Nr. 19/99 v. 09.09.2020, S. 19), hat den Vorteil, dass der Bundestag das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 S. 6-neu IfSG regelmäßig diskutieren und überprüfen muss anstatt einen einmal gefassten Feststellungsbeschluss passiv und ohne parlamentarische Diskussion weiterlaufen zu lassen.

2. Grundsätzlich sollte allerdings die Konstruktion, dass durch einen einfachen Feststellungsbeschluss des Bundestages Regelungsbefugnisse der Exekutive ausgelöst werden, überprüft werden:

a) Der Feststellungsbeschluss löst nicht nur die verfassungswidrigen Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit in den §§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 7-10 und 5a IfSG aus (dazu gleich II.), sondern er ist auch Voraussetzung für die Anwendung von § 28a IfSG, der die rechtlichen Voraussetzungen für die Maßnahmen im sog. Lockdown normiert, sowie für diverse andere Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von Rechtsverordnungen (etwa § 36 Abs. 8 und 10 IfSG und § 20i Abs. 3 SGB V). Wenn der Feststellungsbeschluss nach § 5 Abs. 1 IfSG aufgehoben wird oder als aufgehoben gilt, können alle diese Rechtsgrundlagen nicht mehr genutzt werden. Das ist problematisch, wenn zwar keine „epidemische Lage“ mehr vorliegt, aber das infektionsschutzrechtliche Instrumentarium nach wie vor erforderlich ist. Beispielsweise kann es sich ja als notwendig erweisen, gewisse Reise- oder Kontaktbeschränkungen auch noch aufrecht zu erhalten, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen einer „epidemische Lage“ gar nicht mehr vorliegen. Daraus ergibt sich auf der einen Seite die Frage, ob nicht einzelne Rechtsgrundlagen schon jetzt so hinreichend parlamentsgesetzlich bestimmt sind, dass es des Feststellungsbeschlusses gar nicht mehr bedürfte, um die verfassungsrechtlich notwendige parlamentarische Steuerung zu erreichen. Auf der anderen Seite fragt es

sich, ob nicht Normen, die so unbestimmt sind, dass es derzeit noch eines kompensatorischen Feststellungsbeschlusses bedarf, hinreichend konkretisiert werden könnten.

b) Ein Beispiel für den letztgenannten Fall ist § 28a IfSG.

aa) Die in § 28a Abs. 1 IfSG enthaltene bloße Aufzählung von Maßnahmen, die in der Vergangenheit durch die Exekutive ergriffen und allein deshalb in der Zukunft erneut zur Anwendung kommen dürfen, leistet keinen substantiellen Beitrag zur Parlamentarisierung der Schutzmaßnahmen. § 28a Abs. 3 IfSG ist schon konzeptionell missglückt, weil er nicht als klassische gefahrenabwehrrechtliche Norm formuliert ist. Er regelt nicht, unter welchen Voraussetzungen in die Freiheit eingegriffen werden darf, sondern was die Anforderungen an Schutzkonzepte durch die Länder sind. Das Verhältnis von individuellem Gesundheitsschutz („Schutz von Leben und Gesundheit“) zum Schutzgut der öffentlichen Gesundheit („Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“) ist zudem ebenso unklar wie der Unterschied zwischen „umfassende[n] Schutzmaßnahmen“ (Inzidenzwert über 50, § 28a Abs. 3 S. 5 IfSG) und „breit angelegte[n] Schutzmaßnahmen“ (Inzidenzwert über 35, § 28a Abs. 3 S. 6 IfSG). Die parlamentsgesetzlichen Vorgaben auf Bundesebene sind damit derart unkonkret, dass sie in immer wiederkehrenden parakonstitutionellen Konferenzen von Ministerpräsident:innen und Kanzleramt konkretisiert werden müssen, deren Vereinbarungen dann mehr oder weniger durch Rechtsverordnungen auf der Grundlage von § 32 IfSG umgesetzt werden.

bb) Wenn man § 28a IfSG etwas konkreter fassen würde, indem man den Erlass der Eindämmungsverordnungen durch normierte Stufenpläne an feste Zielmarken knüpft und damit klare Perspektiven für die betroffenen Grundrechtsträger schafft, müsste diese Vorschrift gar nicht mehr den Feststellungsbeschluss des Bundestages voraussetzen. Sie wäre gewissermaßen „self executing“ wie jede andere Rechtsgrundlage zur Gefahrenabwehr auch. Das hätte auch den Vorteil, dass die zuständigen Landesbehörden schneller als bislang auf veränderte Rahmendaten, insbesondere auch auf steigende Infektionszahlen, reagieren könnten.

3. Man kann daher Folgendes festhalten:

a) Wenn man am Konstrukt des Feststellungsbeschlusses festhalten möchte, so kann man in der Neuregelung eine gewisse Verbesserung sehen, weil der Bundestag seine Entscheidung in regelmäßigen Zeitabständen aktualisieren muss.

b) Es empfiehlt sich aber, diese Konstruktion, die einen verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen Ausnahmezustand suggeriert, mittelfristig aufzugeben. Zu diesem Zweck sollten die noch zu unbestimmten Ermächtigungsgrundlagen (neben § 28a IfSG ist das insbesondere § 20i Abs. 3 SGB V, s. unten III.) nachgeschärft werden. Mit der Aufgabe des ungewöhnlichen Konstrukts eines den Anwendungsbereich von Rechtsnormen auslösenden Feststellungsbeschlusses würde sich der Bundestag auch aus einem Dilemma befreien (*Thorsten Kingreen*, Grundlagen des deutschen Infektionsschutzrechts, in: Stefan Huster/Thorsten Kingreen [Hrsg.], Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 1 Rn. 107). Wenn nämlich eine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“ (§ 5 Abs. 1 S. 4 bzw. S 6 IfSG-neu) nicht mehr vorliegt, müsste der Bundestag den Feststellungsbeschluss an sich aufheben bzw. dürfte ihn nicht verlängern. Allerdings würde er damit auch das möglicherweise fatale Signal an Corona-Leugner und -Verharmloser senden, das Virus sei nicht (mehr) so gefährlich oder existiere sogar gar nicht mehr. Der Unterschied zwischen der „epidemischen Lage“ im Rechtssinne und der „Epidemie“ im tatsächlichen Sinne dürfte politisch schwer zu vermitteln sein. Außerdem ist es durchaus vorstellbar, dass eine „epidemische Lage“ zwar nicht mehr vorliegt, es aber gleichwohl erforderlich bleibt, von den Instrumentarien des § 28a Abs. 1 IfSG Gebrauch zu machen. Spätestens dann müsste man den Anwendungsbereich des § 28a IfSG vom Feststellungsbeschluss nach § 5 Abs. 1 IfSG abkoppeln.

II. Entfristung der pandemischen Verordnungsermächtigungen, § 5 Abs. 4 IfSG (= Art. 1 Nr. 1 c) des Gesetzentwurfs)

§ 5 Abs. 4 IfSG-neu entfristet die aufgrund von § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 7-10 und 2a IfSG erlassenen Rechtsverordnungen.

1. In der Verfassungsrechtswissenschaft wird fast einhellig die Ansicht vertreten, dass die Verordnungsermächtigungen in § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 7-10 und 2a IfSG verfassungswidrig sind (vgl. die Nachweise in meiner schriftlichen Stellungnahme für den Gesundheitsausschuss am 09.09.2020 sowie seither insbes. die ausführliche Behandlung durch *Ralf Poscher*, Das Infektionsschutzgesetz als Gefahrenabwehrrecht, in: Stefan Huster/Thorsten Kingreen [Hrsg.], Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 4 Rn. 24-30; etwa in Rn. 29: „Die Verordnungsermächtigungen des § 5 Abs. 2 IfSG sind so weit gefasst, dass sie das Verhältnis von Gesetz und Rechtsverordnung ins Gegenteil verkehren.“). Auch die Wissenschaftlichen Dienste des

Bundestages halten die Norm für verfassungswidrig (*Deutscher Bundestag* Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, WD3–3000-080/20, 7).

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die vorstehend nachgewiesenen Äußerungen verwiesen.

2. Seinerzeit war die Norm „sedierend“ mit dem Hinweis darauf verteidigt worden, sie sei ja befristet. Nun scheint sich die befürchtete Gewöhnung an die gesetzesvertretenden Verordnungen eingestellt zu haben, so dass man sie entfristen und damit gewissermaßen in die Normalität „entlassen“ zu können meint.

Aber es bleibt unabhängig von den verfassungsrechtlichen Fragen unklar, wozu man sie eigentlich benötigt. Es gibt keinen sachlichen Grund, warum die Regelungen in den Rechtsverordnungen nicht in Parlamentsgesetze überführt werden könnten. Das Ministerium hat die erste Abweichungsverordnung zwar bereits am 30.3.2020 erlassen; man fragt sich aber, warum diese Regelungen dann nicht gleich noch in das Gesetzgebungspaket zum Ersten Bevölkerungsschutzgesetz hätten integriert werden können. Mit den weiteren, auf der Website des Bundesministeriums für Gesundheit nachgewiesenen Verordnungen hat es dann aber so lange gedauert, dass nicht erklärbar ist, warum deren Inhalte nicht auch durch den Bundestag hätten beschlossen werden können. Es geht dort um durchaus wichtige Fragen, für die eine parlamentarische Diskussion angezeigt schiene, etwa politisch durchaus sensible arzneimittelrechtliche Haftungsfragen (vgl. die Verordnung zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Produkten des medizinischen Bedarfs bei der durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Epidemie [Medizinischer Bedarf Versorgungssicherstellungsverordnung – MedBVSU] v. 25.05.2020 BAnz AT 26.05.2020 V1).

3. § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 7-10 IfSG hat schon jetzt eine ausschweifende „Nebengesetzgebung“ ausgelöst, die dazu führt, dass man nicht mehr sicher sein kann, ob das im „Hauptgesetz“ Geregelter tatsächlich gilt.

Dass diese Bestimmungen nicht nur das verfassungsrechtliche Postulat demokratischer Legitimation, sondern auch die rechtsstaatliche Klarheit herausfordern, zeigt beispielhaft Art. 2 des Änderungsgesetzes. Der Bundestag soll hier eine Norm einer ministeriellen Rechtsverordnung ändern. Die Änderung einer Rechtsverordnung durch ein Parlamentsgesetz ist eine recht ungewöhnliche Konstruktion. Das Bundesverfassungsgericht akzeptiert sie, wenn man

das parlamentarische Änderungsgesetz so behandelt als sei es eine Rechtsverordnung, um das „rechtsstaatswidrige Mischgebilde aus förmlichem Gesetzes- und Verwaltungsrecht zu vermeiden“ (BVerfGE 114, 196/240). Daher handele es sich bei einem Parlamentsgesetz, das eine Rechtsverordnung ändert, normhierarchisch „um Recht im Range einer Verordnung“. Die Ermächtigung der Exekutive, den betreffenden Gegenstand selbst zu regeln, werde daher durch den Gesetzgeber nicht aufgehoben oder ausgesetzt (BVerfGE 114, 196/240).

Art. 2 des Änderungsgesetzes ist daher aufschlussreich: Der Gesetzgeber erlässt heute ein Gesetz im Rang einer Rechtsverordnung, das das Bundesministerium für Gesundheit morgen wieder ändern kann. Das wirft unwillkürlich die Frage nach dem Sinn der ganzen Konstruktion auf: Wenn der Gesetzgeber offensichtlich die Zeit hat, die Verordnung zu verändern, so fragt es sich, warum er seine Inhalte nicht auch selbst beschließen kann. Art. 2 des Änderungsgesetzes dokumentiert auf diese Weise das Scheitern eines verfassungswidrigen Regelungskonzepts.

4. Die Mehrheit des Deutschen Bundestages scheint trotz dieser Bedenken weiterhin an diesem Regelungskonzept festhalten zu wollen. Um es etwas zu entschärfen, wäre vorstellbar, auch vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem tatsächlichen Bedarf an Änderungen und Abweichung von Gesetzen, zu prüfen, ob die parlamentsgesetzlichen Normen, von denen abgewichen werden darf bzw. von denen Ausnahmen zugelassen werden dürfen, zumindest konkreter benannt werden könnten. Denn eine auf alle Normen eines Gesetzes ausgestellte Blankovollmacht geht jedenfalls weiter als erforderlich.

III. Rechtsgrundlagen für die Corona-Impfverordnung, §§ 20 Abs. 2a IfSG, 20i Abs. 3 S. 4-5 SGB V (= Art. 1 Nr. 2 und Art. 3 Nr. 1 des Gesetzentwurfs)

Mit § 20 Abs. 2a IfSG-neu und § 20i Abs. 3 S. 4 und 5 SGB V sollen nachträglich die notwendigen Rechtsgrundlagen für die Corona-Impfverordnung geschaffen werden.

1. Entgegen einiger Äußerungen im Plenum am 29.01.2021 und am 12.02.2021 werden diese Regelungen nicht nur etwa „höchst vorsorglich“ in das geltende Recht aufgenommen, sondern sie sind verfassungsrechtlich zwingend. Alle in die Sitzung des Gesundheitsausschusses am 13.01.2021 geladenen rechtswissenschaftlichen Sachverständigen haben aufgrund von gewissen Irritationen nach der Anhörung (auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen) in einer gemeinsamen Stellungnahme nochmals klarstellen müssen, dass der bisherige Rechts-

zustand verfassungswidrig ist (*Andrea Kießling, Thorsten Kingreen, Anna Leisner-Egensperger*, Keine Priorität für die Rechtswissenschaft, *VerfBlog*, 2021/2/02). Auch im danach erschienenen rechtswissenschaftlichen Schrifttum (*Stephan Rixen*, Impfschutzrecht, in: Stefan Huster/Thorsten Kingreen [Hrsg.], *Handbuch Infektionsschutzrecht*, 2021, Kap. 5 Rn. 16ff.) und in allen veröffentlichten Stellungnahmen wird dies so gesehen.

2. Es ist zu begrüßen, dass nun doch noch ein Regelungsvorschlag erarbeitet wurde, der aber in mehreren Punkten problematisch ist. Daher wird nachstehend unter 3. ein eigener Regelungsvorschlag präsentiert.

a) Erstens ist der Regelungsvorschlag regelungstechnisch unnötig kompliziert. Er verändert nämlich § 20i Abs. 2 Nr. 1 a) SGB V, den das Ministerium für Gesundheit zum Erlass einer Rechtsverordnung für den sozialrechtlichen Anspruch auf (aber nicht die Priorisierung von) Schutzimpfungen ermächtigt, selbst gar nicht, obwohl dieser in der Anhörung vom 13.01.2021 unisono als unzureichende Grundlage für die Corona-Impfverordnung angesehen worden war. Es wird aber auch keine neue Rechtsgrundlage geschaffen, sondern ein überkomplexes Kaskadenmodell erbaut. Durch Verweis soll ein neuer § 20i Abs. 3 S. 3 SGB V die in § 20i Abs. 2 Nr. 1 a) SGB V enthaltene Regelungsbefugnis auch auf die Priorisierung erstrecken. Dieser verweist aber hinsichtlich der Impfziele weiter auf den ebenfalls neuen § 20 Abs. 2a IfSG, der Vorgaben für die Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) aufstellt. Das Kaskadenmodell verunklart das Verhältnis zwischen Parlamentsgesetz, Rechtsverordnung und STIKO-Empfehlungen.

b) Es ist nämlich, zweitens, unklar, welche Rolle die STIKO-Empfehlungen für die Priorisierung spielen sollen. § 20 Abs. 2a IfSG erweckt den Eindruck als solle sie anhand der Impfziele selbst Priorisierungsentscheidungen treffen, und in der Praxis der bisherigen Empfehlungen ist das auch geschehen. Der STIKO müssen und sollten aber gar keine Impfziele vorgegeben werden, denn sie hat für die Priorisierung gar keine Legitimation. Ihre Aufgabe besteht vielmehr darin (beschränkt sich aber auch darauf), fachmedizinische Standards zu definieren; dafür benötigt sie wissenschaftliche Expertise, aber keine rechtlichen Vorgaben für Priorisierungen. § 20 Abs. 2a IfSG ist damit kategorial verfehlt, weil er einem fachwissenschaftlichen Gremium normativ-ethische Präferenzentscheidungen zuweist. Das zeigt etwa das Impfziel 4 („Schutz von Personen mit besonders hohem tätigkeitsbedingtem Infektionsrisiko“). Man kann zwar, wie das aktuell gerade geschieht, darüber diskutieren, ob Lehrkräfte an Schulen

einen prioritären Anspruch auf Schutzimpfungen haben sollten. Diese Entscheidung hängt aber von der nicht-medizinischen Frage ab, ob man die sichere Gewährleistung von Präsenzunterricht für wichtiger hält als den Schutz der über 70-Jährigen. Vertretbar ist beides, aber die Entscheidungsgrundlagen sind normativ-ethischer und damit politischer Natur. Auch insoweit verweise ich auf meine Stellungnahme für den Gesundheitsausschuss vom 13.01.2021.

c) Drittens bleiben die Impfziele in § 20 Abs. 2a IfSG und die Priorisierungskriterien in § 20i Abs. 3 S. 4 SGB V unkonkret und merkwürdig unverbunden.

aa) Unkonkret sind die Regelungen insoweit als die Impfziele nur „zu berücksichtigen“ sind und die Priorisierungskriterien nicht abschließend („insbesondere“, § 20i Abs. 3 S. 4 SGB V) zu sein scheinen. Letztlich scheint also der Verordnungsgeber auch noch andere Kriterien entwickeln zu dürfen. Das ist problematisch, weil der parlamentarische Gesetzgeber „auch im Falle einer Delegation seiner Regelungsbefugnis zumindest die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander“ (BVerfGE 33, 303/345f. zur Studienplatzvergabe) festlegen muss. Warum für die Verteilung von überlebenswichtigem Impfstoff nicht gelten soll, was für die Vergabe von Studienplätzen verfassungsrechtlich gefordert ist, müsste zumindest begründet werden. Weder § 20 Abs. 2a IfSG noch § 20i Abs. 3 SGB V treffen eine Entscheidung zum Rangverhältnis, sondern erschöpfen sich in einer redundanten Aneinanderreihung möglicher Entscheidungskriterien.

bb) Unverbunden sind die Priorisierungsziele in § 20 Abs. 2a IfSG und die Priorisierungskriterien insoweit, als unklar ist, wie sie sich voneinander unterscheiden (die Formulierungen ähneln einander in weiten Teilen) und inwieweit der Verordnungsgeber die Priorisierung auch abweichend von den Empfehlungen der STIKO vornehmen kann. Muss er die Impfziele „berücksichtigen“ oder die Impfziele in der Auslegung durch die STIKO? Wohlgedenkt: Dieses Problem stellt sich überhaupt nur, weil das Gesetz der STIKO – kategorial verfehlt (s. b)) – normativ-ethische Präferenzentscheidungen zuweist.

d) Viertens ist der Regelungsstandort in § 20i Abs. 3 SGB V problematisch und wirft Folgefragen auf.

aa) Die fundamentale Prämisse des krankenversicherungsrechtlichen Leistungsversprechens lautet, dass das GKV-System grundsätzlich alle medizinisch notwendigen Leistungen erbringt;

Rationierung und Priorisierung sind ihm fremd. Daher bedeutet eine Regelung im SGB V, die medizinisch notwendige Leistungen aufgrund personaler Eigenschaften zunächst versagt, einen erheblichen Systembruch, den man – trotz einer langjährigen Debatte über Rationierung und Priorisierung in der GKV – bislang mit guten Gründen vermieden hat (*Thorsten Kingreen, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 [2011], S. 152/ 173ff.*).

bb) Hinzu kommt, dass das Verteilungsregime durch Behörden der unmittelbaren Staatsverwaltung administriert wird und nicht durch die Krankenkassen. Auch ist es nicht auf die gesetzlich Versicherten beschränkt, auf die das Sozialgesetzbuch V von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen zugeschnitten ist.

cc) Es empfiehlt sich daher eine einheitliche Regelung im Infektionsschutzgesetz. Damit würde auch die bislang sehr umstrittene und daher dringend regelungsbedürftige Frage entschieden, ob für rechtliche Auseinandersetzungen im Kontext der Priorisierung die Verwaltungs- oder die Sozialgerichte zuständig sind. Eine Regelung im Infektionsschutzgesetz würde für eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte sprechen. Das würde den Gesetzgeber allerdings nicht daran hindern, die Sozialgerichte nach § 51 Abs. 1 Nr. 10 SGG durch den Erlass einer entsprechenden Rechtsvorschrift für zuständig zu erklären. Dafür spricht der enge sachliche Zusammenhang mit dem sozialrechtlichen Leistungsanspruch auf Schutzimpfungen nach § 20i SGB V.

e) Fünftens fehlt eine Regelung, die die Beachtung der Priorisierungsregeln auch prozedural absichert. Es ist bekannt, dass Impfzentren Impfstoff mitunter auch an Personen verabreicht haben, die nicht in mit höchster Priorität zu impfende Gruppe gehören. Man muss hier zwei Problemfälle unterscheiden: Einerseits wurden Personen vorzeitig geimpft, um übrig gebliebenen Impfstoff nicht verwerfen zu müssen. Andererseits wurden insbesondere in Krankenhäusern Personen geimpft, die nicht zur Gruppe 1 mit höchster Priorität zählen; Grund ist hier eher das systemische Problem, dass Krankenhäuser anders als Impfzentren auch eigene Interessen bei der Impfung verfolgen (müssen) und daher übrig gebliebenen Impfstoff eher auch an Verwaltungspersonal abgeben als ihn zurückzuführen. Es handelt sich um ein systemisches Problem: Die medizinische Entscheidung über die Impfung und die normativ-ethische Entscheidung über die Verteilung des Impfstoffs liegen in einer Hand.

Im Interesse der Rechtssicherheit gerade auch für die Beschäftigten in den Impfzentren sollten daher alle Impfzentren verpflichtet werden, angemessen lange Wartelisten mit Personen aus der jeweils aktuellen Prioritätsgruppe zu führen.

3. Der nachfolgende Regelungsvorschlag greift die unter 2. zusammengefassten Kritikpunkte auf, berücksichtigt hinsichtlich der notwendigen Regelungsdichte die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und orientiert sich inhaltlich an den Regelungen der aktuell geltenden Corona-Impfverordnung v. 08.02.2021 (BANz AT 08.02.2021 V1) sowie der Formulierungen im Gesetzentwurf.

§ 20a IfSG Priorisierung bei beschränkter Verfügbarkeit von Impfstoffen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2

(1) Bei beschränkter Verfügbarkeit von Impfstoffen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 darf nach näherer Maßgabe von Absatz 2 bis 4 eine Priorisierung der Anspruchsberechtigten für Schutzimpfungen und ggfs. erforderliche Folge- und Auffrischimpfungen nach Personengruppen (Prioritätsgruppen) festgelegt werden.

(2) Mit höchster Priorität haben Anspruch auf Schutzimpfungen

1. Personen, die das 80. Lebensjahr vollendet haben,
2. Personen, die in stationären und teilstationären Einrichtungen zur Behandlung, Betreuung oder Pflege älterer oder pflegebedürftiger Menschen behandelt, betreut oder gepflegt werden oder tätig sind und
3. Personen, die in den Bereichen der medizinischen und pflegerischen Versorgung tätig sind und dort einem besonders hohen Expositionsrisiko ausgesetzt sind.

(3) Mit hoher Priorität haben Anspruch auf Schutzimpfungen

1. Personen, die das 70. Lebensjahr vollendet haben,
2. Personen, bei denen ein sehr hohes oder hohes Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf nach einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht,
3. Personen mit einem hohen tätigkeitsbedingten Infektionsrisiko, ohne unter Absatz 1 Nr. 2 oder 3 zu fallen,

4. Personen, die im öffentlichen Gesundheitsdienst oder in besonders relevanter Position zur Aufrechterhaltung der Krankenhausinfrastruktur tätig sind.

(4) Mit erhöhter Priorität haben Anspruch auf Schutzimpfungen

1. Personen, die das 60. Lebensjahr vollendet haben,
2. Personen, bei denen ein erhöhtes Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf nach einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht,
3. Personen, deren Tätigkeit der Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen dient oder die in den Bereichen der kritischen Infrastrukturen, der Daseinsvorsorge oder des öffentlichen Lebens tätig sind, sofern sie nicht unter Abs. 3 Nr. 4 fallen.
4. Personen mit prekären Arbeits- und Lebensbedingungen

(5) ¹Die Schutzimpfungen werden in Impfzentren und durch mobile Impfteams, die den Impfzentren angegliedert sind, erbracht. ²Näheres zur Leistungserbringung und zum organisatorischen Ablauf der Schutzimpfungen, insbesondere der Terminvergabe, sowie zur Impfsurveillance, zur Finanzierung und zur Evaluierung der Schutzimpfungen regelt das Bundesministerium für Gesundheit durch Rechtsverordnung. ³Die Rechtsverordnung muss auch regeln, dass die Impfzentren die Reihenfolge der Anspruchsberechtigten nach Abs. 2 und 4 durch Führung von angemessenen Wartelisten gewährleisten müssen.

(6) ¹Das Bundesministerium für Gesundheit konkretisiert durch Rechtsverordnung nach Absatz 5 Satz 2 auch die Prioritätsgruppen nach Absatz 2 und 4. ²Sie kann von der dort vorgesehenen Reihenfolge im Einzelfall abweichen, sofern Impfstoffe nicht für alle in Absatz 2 bis 4 genannten Personengruppen geeignet sind. ³Ferner kann sie vorsehen, dass bestimmte Kontaktpersonen der Anspruchsberechtigten prioritär geimpft werden können. ⁴Die Rechtsverordnung kann für Regelungen nach diesem Absatz auf die Empfehlungen der Ständigen Impfkommission zur Durchführung von Schutzimpfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 verweisen.

(7) Für Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit den Schutzimpfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet.

IV. Zusammenfassung und Empfehlungen

1. Die Verpflichtung des Bundestages, in regelmäßigen Zeitabständen über das Fortbestehen der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ zu entscheiden, stärkt die parlamentarische Verantwortung für die Bewältigung der Pandemie.

Allerdings ist die Konstruktion von Rechtsnormen, deren Anwendung einen schlichten Parlamentsbeschluss voraussetzt, ungewöhnlich und Ausdruck eines Ausnahmezustands, der der deutschen Rechtsordnung fremd ist. Ein Feststellungsbeschluss wäre entbehrlich, wenn die Rechtsnormen, die ihn voraussetzen, weiter konkretisiert werden würden. Das insbesondere für § 28a IfSG, der durch die Etablierung eines gesetzlichen Stufenplans von den Landesbehörden vollzogen werden könnte, ohne dass es der Bund-Länder-Abstimmung und des Feststellungsbeschlusses bedürfte.

2. Die §§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 7-10 und 5a IfSG, die es dem Bundesministerium für Gesundheit gestatten, von Parlamentsgesetzen abzuweichen bzw. Ausnahmen von diesen vorzusehen, sind verfassungswidrig. Ihre Entfristung durch § 5 Abs. 4 IfSG-neu würde das Problem verschärfen. Möchte man trotzdem an dieser auch in der Sache unnötigen Konstruktion festhalten, sollten zumindest die Normen, von denen abgewichen werden darf bzw. von denen Ausnahmen vorgesehen werden dürfen, konkret benannt werden.
3. Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzentwurf die Kritik an der fehlenden Rechtsgrundlage für die Corona-Impfverordnung aufgreift. Die Kritikpunkte am Entwurf der Koalitionsfraktionen sind in einem eigenen Regelungsvorschlag (dazu III. 3.) eingeflossen.