

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
19(14)288(9)
gel. ESV zur öffentl. Anh. am
22.02.2021 - EpiLage-
18.02.2021



**FRIEDRICH-SCHILLER-
UNIVERSITÄT
JENA** Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Steuerrecht

Universität Jena · Rechtswissenschaftliche Fakultät · 07737 Jena

Prof. Dr. Anna Leisner-Egensperger
Professorin

Carl-Zeiß-Str. 3
07743 Jena

Telefon: 0 36 41 9-422 50

Telefax: 0 36 41 9-422 52

E-Mail: a.leisner@uni-jena.de

Sprechzeiten:
n.V.

An den

Deutschen Bundestag

- Ausschuss für Gesundheit –

Platz der Republik 1

11011 Berlin

Per E-Mail

Jena, 18. Februar 2021

Schriftliche Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

des Ausschusses für Gesundheit

des Deutschen Bundestages

**zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD: Entwurf eines
Gesetzes zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler**

Tragweite betreffenden Regelungen

BT-Drucksache 19/26545

für die Anhörung am 22. Februar 2021



Untersuchungsgegenstand und Aufbau der Stellungnahme:

Verfassungsrechtlich zu würdigen ist folgender Beratungsgegenstand: Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen, BT-Drs. 19/26545.

Ziel des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und SPD ist es, angesichts der nach wie vor dynamischen Verbreitung des Coronavirus und seiner neuen Mutationen die Geltung der gegenwärtigen Regelungen und Maßnahmen über den 31. März 2021 hinaus zu verlängern und zugleich für künftige pandemische Lagen die geschaffenen rechtlichen Grundlagen zu erhalten. Positiv hervorzuheben ist mit Blick auf den Stellenwert des Bundestags bei der Bewältigung der pandemischen Lage, dass dieser Gesetzentwurf auf einer **Parlamentsinitiative** beruht. Er wurde **aus der Mitte des Bundestags** eingebracht, nicht von der Bundesregierung. Das Bundesgesundheitsministerium hatte zuvor lediglich eine Formulierungshilfe dazu bereitgestellt.

Thematisch mit diesem Gesetzentwurf zusammen hängt ein Antrag der Abgeordneten Kordula Schulz-Asche u.a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 19/26530. Dieser ist zwar nicht Gegenstand der öffentlichen Anhörung am 22.2.2021. Er führt jedoch eine Alternative zur Fortgeltung des Infektionsschutzgesetzes vor, so dass auf diesen Antrag im vorliegenden Zusammenhang punktuell eingegangen werden soll. In seinem ersten Teil enthält der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eine Aufforderung an die Bundesregierung, gemeinsam mit den Ländern einen **bundeseinheitlichen Stufenplan** vorzulegen. Dieser soll sich nicht ausschließlich an der Sieben-Tages-Inzidenz orientieren, sondern noch weitere Indikatoren berücksichtigen. (s. dazu näher unten 4. Teil).

Mit Blick auf die begrenzte Zeit, die zur wissenschaftlichen Einschätzung der o.g. Beratungsgegenstände zur Verfügung steht, konzentriert sich diese Stellungnahme auf **folgende vier Punkte**:

- In einem **ersten Teil** sollen die **Regelungen im Zusammenhang des § 5 IfSG** (Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite) erörtert werden, auch unter Bezugnahme auf den diesbezüglichen Alternativvorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.
- Ein **zweiter Teil** widmet sich dem Vorhaben einer **wissenschaftlichen Evaluierung der Regelungsgesamtheit der §§ 5, 5a, 28 bis 32, 35 und 56 IfSG**.
- Im **dritten Teil** sind die neu gefassten Vorschriften zur **Impfpriorisierung** unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel zu würdigen.



- Schließlich ist in einem **vierten Teil** die Frage der **Neuausrichtung** der durch die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite i.S.d. § 5 IfSG ermöglichten **Schutzmaßnahmen nach § 28a IfSG** zu erörtern.

1. Teil: Regelungen im Zusammenhang des § 5 IfSG (Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite)

A. Fortgeltung des § 5 Abs. 1 IfSG

Nach Art. 1 Nr. 1 a) cc) Gesetzentwurf Drs. 19/26545 (im Folgenden GE) gilt die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite als aufgehoben, sofern der Bundestag nicht spätestens drei Monate nach deren Feststellung ihr Fortbestehen feststellt. Eine solche **Fiktion der Aufhebung der epidemischen Lage nationaler Tragweite** für den Fall fehlender parlamentarischer Feststellung ihres Fortbestehens ist gesetzgebungstechnisch sinnvoll – aus folgenden drei Gründen:

(1) **Parlamentarische Aktivierung**: Der **Bundestag** wird gesetzlich dazu verpflichtet, seine Rolle als Herr der Feststellung der epidemischen Lage **aktiv wahrzunehmen**. Dadurch dass er spätestens drei Monate nach Feststellung der epidemischen Lage einen erneuten Feststellungsbeschluss darüber zu fassen hat, ob eine solche nach wie vor gegeben ist, muss er die Voraussetzungen der epidemischen Lage – auf der Grundlage entsprechender Informationen der Bundesregierung – jedes Mal eingehend prüfen und dann aktiv bejahen. Ein „Durchwinken“ der Tatbestandsvoraussetzungen ohne ausführliche parlamentarische Debatte über sie wird auf diese Weise verhindert.

(2) **Parlamentarischer Vorsprung zur Ministerpräsidentenkonferenz (MPK)**: Durch die nunmehr vorgesehene, aktive Feststellung des Rechtsrahmens der epidemischen Lage schafft **der Bundestag selbst** die Voraussetzung dafür, dass die Bundeskanzlerin einen politischen Handlungsspielraum bei ihren regelmäßigen Treffen mit den Ministerpräsidenten erhält.¹ Dies wirkt dem Eindruck entgegen, dass der Bundestag zum „Abnickorgan“ der Exekutive wird.²

(3) **Wildwuchsbeseitigung**: Nur durch die vorgesehene Aufhebungsfiktion für den Fall fehlender Feststellung lässt sich **effektiv und definitiv** verhindern, dass exekutivische Maßnahmen, insbesondere Verordnungen unverändert weitergelten, wenn die epidemische Lage nationaler Tragweite nicht fortbesteht. In diesem Punkt kommt der GE dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/Die Grünen (im Folgenden Antrag) in seiner Nr. 2 a) entgegen. Denn er verhindert, dass „Sonderregelungen, die sich in der

¹ Vgl. die Abgeordnete Karin Maag (CDU/CSU), Plenarprotokoll 19/210, 26473 B.

² Vgl. den Vorwurf des Abgeordneten Dr. Wieland Schinnenburg (FDP), Plenarprotokoll 19/210, 26484 D.



gegenwärtigen Epidemie wildwüchsig entwickelt haben, auf eine dauerhafte Geltung gestellt werden.“ (Antrag Nr. 2a, S. 9).

Kehrseite dieser Aufhebungsfiktion ist es freilich, dass Rechtsgrundlagen für exekutivische Maßnahmen auch in Konstellationen nicht mehr genutzt werden können, in denen man sie – auch ohne epidemische Lage – weiterhin bräuchte.³ Doch wird der Bundestag für diese wenigen Fälle etwa noch benötigter Kontaktbeschränkungen – im Kontext der Feststellung der Aufhebung der pandemischen Lage – auf dann aktueller Tatsachengrundlage neue Rechtsgrundlagen zu schaffen wissen. Außerdem besteht dann nach wie vor ein Spielraum der Länder im Rahmen des § 28a Abs. 7 IfSG. Es mag ein systematisch ungewöhnliches, methodisch fraglos unbefriedigendes Konstrukt sein, dass ein **Feststellungsbeschluss des Bundestags** den **Anwendungsbereich von Rechtsnormen** auslöst.⁴ Doch macht *gerade* – und vielleicht auch *nur* – eine solch außergewöhnliche Normkonstruktion hinreichend deutlich, dass der gegenwärtige Rechtszustand auch mehr als ein Jahr nach Ausbruch der Pandemie eine **krisebedingte Ausnahme** von einem freiheitlich geprägten Normalzustand darstellt.

Von der prinzipiellen Fortgeltung des § 5 Abs. 1 IfSG ist die Frage seiner **vollständigen Entfristung** zu unterscheiden. Optionen möglicher Befristungen sollen unten (1. Teil C.) behandelt werden.

B. Fortgeltung des § 5 Abs. 2 IfSG

I. Verfassungsrechtliche Problematik

Verfassungsrechtlich eingehend zu überprüfen ist die Weitergeltung der Ermächtigung des Bundesministeriums für Gesundheit, nach § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 7, 8 und 10 IfSG **Rechtsverordnungen** und nach § 5 Abs. 2 Nr. 5 und 6 **Anordnungen** zu erlassen. Denn unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel sind diese Vorschriften schon seit längerem Gegenstand teils heftiger **verfassungsrechtlicher Kritik**.⁵ In dem gegenwärtigen Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN heißt es dazu: „Derartige ist jedenfalls nicht mehr hinnehmbar, weil es nicht dem rechtsstaatlichen

³ S. den Einwand von *Thorsten Kingreen*, Stellungnahme, Ausschussdrs. 19(14)288(3), S. 2.

⁴ Darauf weist zurecht hin *Thorsten Kingreen*, Stellungnahme, Ausschussdrs. 19(14)288(3), S. 4.

⁵ Vgl. zu diesem Problem bereits – allerdings auf Grundlage des § 5 Abs. 2 IfSG a.F. – WD 3 – 3000 – 080/20, S. 4 ff. m.w.N.; *Thorsten Kingreen*, Stellungnahme Ausschussdrs. 19(14)160(27); *ders.*, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht 2021, Kapitel 1 Rn. 113 f.; *Gärditz/Abdusalam*, GSZ 2020, 108 (114 f.); *Mayen*, NVwZ 2020, 828 (831 ff.); *Michl*, JuS 2020, 507 (509); zurückhaltender *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1103 f.); vgl. auch *Anna-Lena Hollo*, VerfBlog 2021/2/09; s. jetzt auch *Thorsten Kingreen*, Stellungnahme Ausschussdrs. 19(14)288(3), S. 2 f., S. 4 ff.



Konzept des Grundgesetzes entspricht. Abweichungen können auch – befristet – gesetzlich geregelt werden.“ (Antrag, S. 8).

Unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel werfen die genannten Vorschriften des § 5 Abs. 2 IfSG zwei Probleme auf:

- Die Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen begründen eine **Abweichung vom Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG)**. So hat es beispielsweise nach § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a IfSG das Bundesministerium für Gesundheit in der Hand, durch **Rechtsverordnung** ohne Zustimmung des Bundesrates Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln einschließlich Impfstoffen und Betäubungsmitteln usw. zu treffen und insbesondere Ausnahmen von den Vorschriften des Arzneimittelgesetzes, des Betäubungsmittelgesetzes, des Apothekengesetzes usw. sowie der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen zuzulassen. Der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN fordert, dass solche Regelungen durch Gesetz erfolgen sollen (Antrag, S. 8).
- Die Ermächtigungen zum **Erlass von Anordnungen** (§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 und 6 IfSG) ermöglichen es dem Bundesgesundheitsminister, **Rechtsakte** vorzunehmen, die **unmittelbar gegenüber den Bürgern** wirken. Hierin liegt eine Abweichung vom bundesstaatlichen Grundsatz, dass Bundesgesetze von den Ländern vollzogen werden (Art. 83 GG).

II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Anwendungsbeschränkungen durch Rechtsverordnung (§ 5 Abs. 2 Nr. 4, 7, 8 und 10 IfSG)

1. Grenzen der gesetzlichen Anwendungsbeschränkung durch Verordnungsdelegation

In den Vorschriften der §§ 5 Abs. 2 Nr. 4, 7, 8 und 10 IfSG liegt eine Beschränkung des Anwendungsbereichs eines Gesetzes durch Verordnungsdelegation. Eine solche ist nicht *per se* verfassungswidrig. Allerdings normiert das Grundgesetz in Art. 20 Abs. 3 GG das Prinzip der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** und damit den **Vorrang des Gesetzes** vor der Verordnung. Dies bedeutet, dass im Grundsatz Verordnungen als Akte der Exekutive an das Gesetz gebunden sind und nicht umgekehrt Exekutivakte den Anwendungsbereich von Gesetzen beschränken sollen.

Der **Vorrang des Gesetzes** besteht jedoch **nicht unbeschränkt**. Vielmehr hat es der Gesetzgeber nach dem BVerfG im Rahmen seines Gestaltungsspielraums in der Hand, „einer einzelnen Vorschrift oder auch einer Gruppe von Vorschriften einen subsidiären Charakter (zu) geben.“⁶ Insoweit steht es dem Gesetzgeber „auch frei, die

⁶ BVerfGE 8, 155 (170 f.).



Anwendbarkeit einer Vorschrift dadurch zu beschränken, dass er ihr eine Subsidiarität gegenüber bestimmten staatlichen Willensäußerungen niedrigeren Ranges beilegt.“⁷ Damit können gesetzliche Beschränkungen des Anwendungsbereichs gesetzlicher Vorschriften prinzipiell auch durch eine Delegationsdelegation erfolgen.

Die **Grenze** einer solchen **Anwendungsbeschränkung durch Verordnungsermächtigung** liegt allerdings „dort, wo der Gesetzgeber Vorschriften von solcher Bedeutung und in solchem Umfang für subsidiär erklärt, dass sich dadurch innerhalb des Staatsgefüges eine **Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung** ergibt.“⁸ Überschritten ist diese Grenze insbesondere dann, wenn das Parlament einen Teil seiner Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne dass „schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll.“⁹ Zu untersuchen sind unter diesem Gesichtspunkt Bedeutung (im Folgenden 2.) und Umfang (im Folgenden 3.) der für subsidiär erklärten Vorschriften.

2. Bedeutung der für subsidiär erklärten Vorschriften

a) Der Maßstab der Wesentlichkeitstheorie

Welche Vorschriften in welchem Umfang durch den parlamentarischen Gesetzgeber in ihrer Anwendung beschränkt werden dürfen, beurteilt sich nach dem Maßstab der sog. **Wesentlichkeitstheorie**. Danach hat der Gesetzgeber alle für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.¹⁰ Anhand dieses Kriteriums der Wesentlichkeit bestimmt sich sowohl die **prinzipielle Erforderlichkeit eines Gesetzes** als auch dessen **nötige Regelungsdichte**. Dabei gibt es keine allgemeingültigen Kriterien dazu, welche Entscheidungen wesentlich und damit zwingend durch förmliches Gesetz zu regeln sind. Die Bestimmung der Wesentlichkeit erfolgt vielmehr nach einer Art Gleitformel: Je wesentlicher eine Angelegenheit für die Bürger und/oder die Allgemeinheit ist, desto höhere Anforderungen werden an den Gesetzgeber gestellt.¹¹

b) Grundrechtliche Relevanz der bislang erlassenen Rechtsverordnungen

Auf der Grundlage des § 5 Abs. 2 IfSG sind durch gesetzliche Delegation **Beschränkungen der Anwendung einer Vielzahl von Gesetzen** möglich.

⁷ BVerfGE 8, 155 (170 f.).

⁸ BVerfGE 8, 155 (171).

⁹ BVerfGE 78, 249 (272).

¹⁰ Vgl. BVerfGE 40, 237 (249); 49, 89 (126); 83, 130 (142); 95, 267 (307); 98, 218 (251); 105, 279 (305); 108, 282 (311); 116, 24 (58); 134, 141 (184); 141, 143 (170); 147, 253 (309 f.).

¹¹ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 6 Rn. 14.



Bislang sind **folgende Verordnungen auf der Grundlage des § 5 IfSG** erlassen worden:

1. Verordnung zur Abweichung von der Approbationsordnung für Ärzte bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BAnz AT 31.3.2020 V1,
2. Verordnung zur Aufrechterhaltung und Sicherung intensivmedizinischer Krankenhauskapazitäten, BAnz AT 9.4.2020 V4,
3. Verordnung zur Beschaffung von Medizinprodukten und persönlicher Schutzausrüstung bei der durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Epidemie, BAnz AT 9.4.2020 V3,
4. Verordnung über Abweichungen von den Vorschriften des Fünften Buches Sozialgesetzbuch, des Apothekengesetzes usw., BAnz AT 21.4.2020 V1,
5. Verordnung zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Zahnärztinnen und Zahnärzte usw., BAnz AT 4.5.2020 V1,
6. Verordnung zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Produkten des medizinischen Bedarfs durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Epidemie, BAanz AT 26.5.2020 V1,
7. Erste Verordnung zur Änderung der DIVI IntensivRegister-Verordnung, BAanz AT 2.6.2020 V2,
8. Verordnung zur Sicherung der Ausbildungen in den Gesundheitsfachberufen während einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BAnz 10.6.2020 V1,
9. Verordnung über von den Approbationsordnungen für Ärzte, Zahnärzte und Apotheker abweichenden Vorschriften bei Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BAanz AT 3.7.2020 V1,
10. Verordnung zur Erhöhung der Bevorratung mit Arzneimitteln zur intensivmedizinischen Versorgung, BAnz AT 8.7.2020 V1,
11. Erste Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Arzneimittelversorgungsverordnung, BAanz AT 30.09.2020 V1,
12. Verordnung zur Änderung der COVID-19-Versorgungsstrukturen-Schutzverordnung, BAnz AT 30.9.2020 V2,
13. Preisverordnung für SARS-CoV-2 Antigen-Tests zur patientennahen Anwendung, BAnz AT 8.12.2020 V1,
14. Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, BAnz AT 21.12.2020 V3,
15. Verordnung zur Aufhebung der Preisverordnung für SARS-CoV-2 Antigen-Tests zur patientennahen Anwendung, BAnz AT 30.12.2020 V2,
16. Zweite Verordnung zur Änderung der COVID-19-Versorgungsstrukturen-Schutzverordnung, BAnz 7.1.2021 V1,
17. Verordnung zur Aussetzung der gesetzlichen Pflicht zur Erhebung Übermittlung und Veröffentlichung von indikatorenbezogenen Daten in vollstationären Pflegeeinrichtungen, BAnz AT 11.1.2021 V1,



18. Zweite Verordnung zur Änderung der Medizinprodukte-Abgabeverordnung im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BAnz AT 19.1.2021 V1,
19. Dritte Verordnung zur Änderung der Medizinprodukte-Abgabeverordnung im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BAnz AT 2.2.2021 V1,
20. Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, BAnz AT 8.2.2021 V1.

Dazu ist klarzustellen, dass die o.g. Nr. 20, d.h. die CoronaimpfV, zugleich auf § 20i Abs. 3 S. 2 SGB V gestützt wurde, und dass das derzeit noch bestehende Legitimationsdefizit¹² durch Art. 1 Nr. 2 und Art. 3 GE beseitigt werden wird.

Im Übrigen ist zum Verordnungserlass auf der Grundlage des § 5 Abs. 2 folgendes festzuhalten: Die auf der Grundlage des § 5 Abs. 2 IfSG erlassenen Verordnungen betreffen **durchgehend grundrechtswesentliche Fragen**, die im Gesundheitsrecht daher auch regelmäßig in Parlamentsgesetzen normiert sind. So schützt beispielsweise das Arzneimittelrecht das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und das Apothekengesetz die Berufsfreiheit der Apotheker (Art. 12 Abs. 1 GG). Soweit es um den Berufszugang geht, gewähren Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG ein sog. derivatives Teilhaberecht, das in Voraussetzungen und Rechtsfolgen einem in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannten „Wenn-Dann-Schema“ folgt: Wenn der Staat ein entsprechendes Ausbildungssystem zur Verfügung stellt, dann besteht ein Anspruch auf gleichheitsgerechte Entscheidung über Zugang oder sonstige Leistungsgewährung.¹³

Klarzustellen ist andererseits aber, dass es in den erwähnten grundrechtssensiblen Bereichen **keinen Totalvorbehalt** gibt in dem Sinn, dass nur das Parlament überhaupt tätig werden dürfte. Vielmehr gibt es beispielsweise im Zusammenhang des von § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 10 IfSG erfassten Ausbildungs- und Prüfungswesens auch aufgrund anderer Parlamentsgesetze Rechtsverordnungen, etwa beruhend auf § 56 Pflegeberufegesetz oder § 71 Hebammengesetz.

Feststellen lässt sich ferner auch, dass das Bundesministerium für Gesundheit die Befugnisse des § 5 IfSG bislang in grundrechtsschonender Weise genutzt hat.¹⁴

¹² Vgl. dazu (in alphabetischer Reihenfolge) für viele: *Peter Dabrock* (Drs. 19(14) 263 (3), S. 6), *Udo Di Fabio* (Der Spiegel v. 9.1.21), *Stephan Harbarth* (Rheinische Post v. 9.2.21, S. 1), *Andrea Kießling* (Drs. 19(14)263 (5), S. 5, 7; *dies.*, VerfBlog 2021/2/02), *Thorsten Kingreen* (Drs. 19(14)263 (2), S. 8; *ders.*, VerfBlog 2021/2/02), *Anna Leisner-Egensperger* (Drs. 19(14)263 (1); *dies.*, NJW 2021, 202 ff.; *dies.*, VerfBlog 2021/2/02), *Christoph Möllers* (SZ v. 31.12.2020, S. 6; *Hans-Jürgen Papier* (faz-net v. 20.12.20), *Rainer Schlegel* (Jahrespressegespräch des BSG v. 9.2.2021), *Alexander Thiele*, LTO v. 11.2.2021).

¹³ BVerwG NVwZ 1990, 134; VGH BW NVwZ-RR 1992, 132; BVerfG (K) NVwZ 1992, 53 f.; umfassend *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 31 ff.; zusammenfassend *Nußberger*, in: Sachs [Hrsg.], Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 53.

¹⁴ So auch *Anika Klafki*, Stellungnahme, Ausschussdr. 19(14)246(9), S. 8 f.



c) Verwirklichung dynamischen Grundrechtsschutzes

aa) Praktisches Bedürfnis nach effektiver Reaktion des Verordnungsgebers

Praktisch anzuerkennen ist ein **erhebliches Bedürfnis** dafür, zahlreiche Detailfragen, die sich im Zusammenhang der gegenwärtigen Pandemie zeigen, aktuell auf der Grundlage der jeweils neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse lösen zu können. Auf Veränderungen des einer Normsetzung zugrunde liegenden Erkenntnis- und Entwicklungsstands kann ein **Verordnungsgeber schneller und effektiver reagieren** als der parlamentarische Gesetzgeber. Insbesondere vermag der Bundesgesundheitsminister einmal erlassene Verordnungen an neuere Entwicklungen zügig anzupassen (vgl. §§ 62 GGO). Ein Gesetzgebungsverfahren dauert hingegen – und zwar selbst dann, wenn sämtliche rechtlich verfügbaren Beschleunigungsmechanismen aktiviert werden – deutlich länger.

bb) Erfordernis des dynamischen Grundrechtsschutzes

Dass ein praktisches Bedürfnis nach jeweils zügiger staatlicher Reaktion auch vom Grundgesetz anerkannt wird, hat das BVerfG im sog. Kalkar-Beschluss festgestellt. Danach dient eine „in die Zukunft hin offene Fassung“ einer Rechtsnorm „einem **dynamischen Grundrechtsschutz**“. Sie hilft, ihren Schutzzweck „*jeweils* bestmöglich zu verwirklichen.“ „Die gesetzliche Fixierung eines bestimmten Sicherheitsstandards durch die Aufstellung starrer Regeln würde demgegenüber, wenn sie sich überhaupt bewerkstelligen ließe, die technische Weiterentwicklung wie die ihr jeweils angemessene Sicherung der Grundrechte eher hemmen als fördern.“¹⁵ Im vorliegenden Zusammenhang ist der Kalkarbeschluss insofern von hoher Relevanz, als er zu einer besonders grundrechtsrelevanten atomrechtlichen Regelung ergangen ist.

Ähnlich argumentiert das BVerfG in Bezug auf die Festlegung technischer Anforderungen an die Massentierhaltung: Es ist „sowohl dem Tierschutz als auch dem Grundrechtsschutz mehr gedient, wenn die nähere Ausgestaltung des zu regelnden Sachbereichs dem Verordnungsgeber überlassen bleibt, der die Regelungen rascher und einfacher auf dem neuesten Stand zu halten vermag als der Gesetzgeber.“¹⁶ Die zitierte Entscheidung zur Legehennenverordnung ist für die hier behandelte Frage insofern interessant, als der darin geregelte Sachbereich ebenfalls das Gesundheitsrecht i.w.S. betrifft – die Gesundheit von Tieren. Dass aber Krankheiten bei Menschen und Tiere in der Gesetzgebung in einem sachlichen Zusammenhang gesehen werden, geht aus dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG hervor.

¹⁵ BVerfGE 49, 89 (137).

¹⁶ BVerfGE 101, 1 (35).



Danach steht dem Bund die Regelungszuständigkeit für „Maßnahmen gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren“ zu.

Zusammenfassend geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Verwaltung zur Bewältigung **zukunftsgewandter und auf ständige Aktualisierung angelegter Aufgaben** besser in der Lage ist als der parlamentarische Gesetzgeber.¹⁷

cc) Kein Gewaltenmonismus – Rechtsprechung des BVerfG

Bei grundrechtswesentlichen Fragen zu Sachbereichen mit hoher Änderungsdynamik muss es also zu einer **Funktionsteilung zwischen Legislative und Exekutive** kommen. Das BVerfG hat dies in seiner Entscheidung zur Rechtschreibreform aus dem Jahr 1998¹⁸ deutlich herausgestellt: „Zu berücksichtigen ist im übrigen auch, daß die in Art. 20 Abs. 2 GG als Grundsatz normierte organisatorische und funktionelle Unterscheidung und Trennung der Gewalten auch darauf zielt, daß staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen. Dieses Ziel darf nicht durch einen Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen werden (vgl. BVerfGE 68, 1 [86 f.])“.¹⁹ In der durch diese Verweisung in Bezug genommenen Entscheidung, die zur Frage erging, ob die Bundesregierung durch die Zustimmung zur Aufstellung von nuklear bestückten amerikanischen Mittelstreckenraketen Rechte des Bundestages verletzt hat, heißt es: „Die konkrete Ordnung der Verteilung und des Ausgleichs staatlicher Macht, die das Grundgesetz gewahrt wissen will, darf nicht durch einen aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen werden (BVerfGE 49, 89 [124 ff.])“.

Aktuell herausgestellt hat das BVerfG das Erfordernis einer **Funktionsteilung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung** in einem Grundsatzjudikat aus dem Jahr 2018. Neben der weiterhin dezidierten Ablehnung eines Gewaltenmonismus findet sich hier der folgende, im Zusammenhang der **vielschichtigen Regelungen des Gesundheitsrechts** wichtige Hinweis: „Vor diesem Hintergrund kann auch die Komplexität der zu regelnden Sachverhalte den Umfang der Regelungspflicht des Gesetzgebers begrenzen.“²⁰

Damit lässt sich festhalten: Es gibt keinen Gewaltenmonismus im Sinne eines Totalvorbehalts des Bundestags – auch nicht in grundrechtswesentlichen Fragen. Wer einen solchen pauschal postuliert, kann zu seiner Rechtfertigung jedenfalls nicht die

¹⁷ WD 3 – 3000 – 043/15 S. 12; vgl. auch *Beaucamp*, JA 2002, 854 (856).

¹⁸ BVerfGE 98, 218 ff.

¹⁹ BVerfGE 98, 218 (251 f.).

²⁰ BVerfGE 150, 1 (99).



Rechtsprechung des BVerfG anführen. Gleichwohl ist für die Fortentwicklung des Infektionsschutzgesetzes der Hinweis wertvoll, dass bei sämtlichen grundrechtsrelevanten Maßnahmen eine **intensive Prüfung** darauf zu erfolgen hat, ob sie **nicht besser durch Parlamentsgesetz** erfolgen sollten. Allerdings darf eine sorgfältige, jeden einzelnen Ermächtigungstatbestand in den Blick nehmende und dabei jeweils den dynamischen Grundrechtsschutz einbeziehende Analyse nicht durch ein pauschales Postulat nach schematisierendem Gewaltenmonismus ersetzt werden.

dd) Besondere Dynamik des Pandemiegeschehens

Unstreitig weist gegenwärtig das **Pandemiegeschehen** eine **besondere Dynamik auf**, die sich durch den Nachweis von Mutanten auf dem Staatsgebiet der Bundesrepublik noch verstärkt hat. So ist nach Mitteilung des Bundesgesundheitsministeriums vom 17.2.2021 nach Daten des RKI der Anteil der britischen Mutation B.1.1.7 innerhalb von zwei Wochen von knapp 6 auf mehr als 22 Prozent gestiegen. Es sei damit zu rechnen, dass diese Variante auch in Deutschland die dominante werden könnte.²¹ Vor diesem Hintergrund spricht gegenwärtig die Verwirklichung eines **dynamischen Grundrechtsschutzes** für eine deutliche Rücknahme der parlamentarischen Regelungsdichte.

ee) Erfordernis der Nutzung der Vorteile von Rechtsverordnungen

Für die **tatsächliche Verwirklichung dynamischen Grundrechtsschutzes** wäre es allerdings wichtig, dass der Bundesgesundheitsminister in Zukunft seinen Spielraum, **Verordnungen** sachentsprechend **zügig zu ändern**, in grundrechtssensiblen Bereichen auch effektiv gebraucht.

Diese Mahnung zur effektiven Nutzung der für Coronamaßnahmen verfügbaren Regelungsinstrumentarien erscheint deshalb angebracht, weil eine solche in den letzten Wochen im Zusammenhang der CoronaimpfV nicht durchgehend gelungen ist. Die CoronaimpfV befand sich bis zum 8.2.2021 auf dem phasenweise deutlich veralteten, insbesondere zwischenzeitlichen Empfehlungen der STIKO widersprechenden medizinischen und infektiologischen Stand vom 15.12.2020. Dadurch entstand in der Bevölkerung und teils auch bei Gesundheitsämtern eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Frage, ob die CoronaimpfV oder die, davon insbesondere in Bezug auf Krebserkrankungen abweichenden, auf der Homepage des RKI abrufbaren Empfehlungen der STIKO maßgeblich seien.²² Insoweit hätte sich eine zeitentsprechende Anpassung an neue naturwissenschaftliche Erkenntnisse mit Blick auf die politische Brisanz der Impfkampagne bereits im Januar empfohlen. Gleiches gilt aktuell in Bezug auf das Fehlen einer Härtefallklausel für die Gruppe der nach § 2

²¹ <https://www.welt.de/226535679>: Spahn warnt vor britischer Virus-Variante – Anteil in Deutschland bei mehr als 20 Prozent.

²² Vgl. etwa <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2021/02/02>.

CoronaimpfV Anspruchsberechtigten höchster Priorität.²³ (s. zur Impfreiheitenfolge auch Teil 3.).

d) **Programmatisch enge Fassung**

Nach dem BVerfG muss aus den Gesetz ermittelt werden können, „welches vom Gesetzgeber gesetzte „**Programm**“ durch die Verordnung erreicht werden soll.“²⁴ Es muss sich bei einer Ermächtigung **vorhersehen** lassen, „in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen“ haben.²⁵ Diese Anforderungen sind andererseits aber nicht i.S.e maximalen Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm misszuverstehen.²⁶ Denn nach dem BVerfG verlangt Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht, „dass die Ermächtigung in ihrem Wortlaut so genau wie nur irgend möglich gefasst ist. Inhalt, Zweck und Ausmaß müssen auch nicht ausdrücklich im Gesetzestext bestimmt sein; sie müssen jedoch durch Auslegung des ermächtigenden Gesetzes zu ermitteln sein.“²⁷

Unter Anlegung dieser Maßstäbe ist festzustellen, dass die Ermächtigungen der auf der Grundlage des § 5 Abs. 2 IfSG zu erlassenden Rechtsverordnungen **programmatisch relativ eng** gefasst sind.²⁸ Betroffen sind weithin technische Detailfragen, die in anderen Regelungsbereichen typischerweise durch Verordnungen geregelt werden. Auch wird nahezu durchgehend bereits aus dem Titel der Verordnung der **enge thematische Bezug zur gegenwärtigen Pandemie** deutlich. Dies zwingt den Verordnunggeber zu einer engen Auslegung der ihn ermächtigenden Tatbestände.²⁹ Es spricht auch dafür, dass sich der Gesetzgeber hier nur in engen Grenzen selbst entmündigt, und dass diese punktuelle Selbstbeschränkung letztlich der Verwirklichung dynamischen Grundrechtsschutzes dient.

Zwischenfazit: Das Erfordernis dynamischen Grundrechtsschutzes spricht grundsätzlich dafür, dass sich die programmatisch enge Fassung der Ermächtigungsnorm des § 5 Abs. 2 IfSG noch in den Grenzen der Wesentlichkeitsrechtsprechung hält.

²³ S. dazu auch Sozialverband Deutschland, Stellungnahme, Ausschussdrs. 19(14)288(4), S. 2 f.

²⁴ BVerfGE 5, 71 (77).

²⁵ BVerfGE 1, 14 (60).

²⁶ *Wollenschläger*, Stellungnahme Ausschussdrs. 19(14)160(31), S. 21.

²⁷ BVerfGE 150, 1 (101 f.).

²⁸ So auch WD 3 – 3000 – 080/20, S. 6.

²⁹ Dazu *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1103).



3. Vorhersehbarer Umfang der für subsidiär erklärten Vorschriften

a) Fehlende Überschaubarkeit der änderbaren Vorschriften

Problematisch ist die **Vorhersehbarkeit des Umfangs** der für subsidiär erklärten Vorschriften: Wie bei Lektüre des § 5 Abs. 2 IfSG ins Auge springt, ermöglicht die Ermächtigung für Rechtsverordnungen Ausnahmen von einer **unüberschaubaren Zahl an gesetzlichen Vorschriften**.³⁰

Verstärkt wird der erste Eindruck fehlender rechtsstaatlicher Vorhersehbarkeit noch durch die Verwendung des Worts „*insbesondere*“ in § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 7, 8 und 10 IfSG. Dieses Wort eröffnet dem Bundesgesundheitsminister die Möglichkeit, noch in weiteren Gesetzen als den dort aufgeführten eine Abweichung vom verfassungsrechtlichen Regelfall des Vorrangs des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) vorzusehen. In § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 10 IfSG bezieht sich das Wort „*insbesondere*“ auf die dort aufgeführten Regelungsgegenstände. In Verbindung mit der Formulierung „*von den Berufsgesetzen der Gesundheitsfachberufe*“ weist aber auch dieses Normprogramm in seiner Gesamtheit ein hohes Maß an Unbestimmtheit auf. Denn hier überträgt das Parlament der Exekutive einen Teil seiner Gesetzgebungsmacht, „ohne die Grenzen dieser Befugnis bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll.“³¹ Mit anderen Worten: Die Öffnungsklausel „*insbesondere*“ steht in den o.g. Vorschriften im Widerspruch zur rechtsstaatlichen Verpflichtung des Gesetzgebers, die Grenzen seiner Selbstbeschränkung zu bestimmen.

Unter Hinweis auf eine **fehlende Überschaubarkeit** des durch § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG eröffneten **Normprogramms** sieht denn auch ein Teil des verfassungsrechtlichen Schrifttums die dort normierten Ermächtigungsgrundlagen als verfassungswidrig an.³² Es handle sich bei ihnen um eine „Blankovollmacht“ für die Exekutive.³³ Auch seien die Ermächtigungsgrundlagen so weit gefasst, dass sie nicht erkennen ließen, in welchen Fällen und mit welchen Voraussetzungen sie aktiviert werden sollten. Nicht durchgehend unterscheidet die vorgebrachte Kritik jedoch, wie dies aber notwendig wäre,³⁴ zwischen den einzelnen Ermächtigungstatbeständen.³⁵ Auch beziehen sich manche der zu einer angeblich herrschenden Meinung gezählten Äußerungen, etwa

³⁰ WD 3 – 3000 – 080/20.

³¹ BVerfGE 78, 249 (272).

³² Kingreen, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht 2021, Kapitel 1 Rn. 113 f.; Gärditz/Abdusalam, GSZ 2020, 108 (114 f.); Mayen, NVwZ 2020, 828 (831 ff.); Michl, JuS 2020, 507 (509); zurückhaltender Rixen, NJW 2020, 1097 (1103 f.).

³³ Kingreen, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht 2021, Kapitel 1 Rn. 113.

³⁴ BVerfGE 150, 1 (102); Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 35.

³⁵ Darauf weist zutreffend hin Wollenschläger, Stellungnahme, Ausschussdr. 19(14)160(31).



der Wissenschaftlichen Dienste,³⁶ auf eine frühere Fassung des § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG. Nach vorliegend vertretener Auffassung geht die **pauschale Kritik** am Regelungsprogramm des § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG **zu weit**. Denn angesichts des relativ engen Normprogramms der einzelnen Tatbestände ist im Einzelfall erkennbar, mit welcher Tendenz von jeder einzelnen Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird. Demgegenüber ist es nicht erforderlich, dass die Voraussetzungen für Ausnahmen und Abweichungen im Gesetz selbst enthalten sind.

Richtig an den vielfach vorgebrachten Einwänden ist aber der hier mit Nachdruck zu betonende **Prüfauftrag an den Gesetzgeber**, bei der nächsten Novellierung die Möglichkeit der Überführung der bis dahin erlassenen Verordnungen in die Gesetzgebung **sorgsam zu erwägen**. Rechtspolitisch spricht dies entscheidend dafür, die Regelung des § 5 Abs. 2 IfSG nicht vollständig zu entfristen, sondern mit einer **Befristung bis zum 31.3.2022** zu versehen (siehe dazu im Einzelnen unten C.). Überdies sollte der Gesetzgeber die Spielräume ausloten, die Rechtsvorschriften, von denen abgewichen werden darf oder von denen Ausnahmen zugelassen werden dürfen, konkret zu benennen.³⁷

Zwischenfazit: Das exekutivische Normprogramm des § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG ist schwer überschaubar. Dem sollte durch Streichung des Wortes *insbesondere* in § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 7, 8 und 10 IfSG entgegengewirkt werden. Auch sollte der Gesetzgeber *de lege ferenda* eine sowohl eine Überführung des exekutivischen Normprogramms in die parlamentarische Verantwortlichkeit prüfen als auch die Möglichkeiten ausloten, die Rechtsnormen, von denen abgewichen werden darf oder von denen Ausnahmen zugelassen werden dürfen, klar zu benennen.

b) Transparenzdefizit

Festzustellen ist überdies eine defizitäre Transparenz zu den Exekutivakten des Bundesgesundheitsministeriums. So findet sich auf der Seite des Bundesgesundheitsministeriums eine Auflistung sämtlicher Gesetzgebungsvorhaben der aktuellen Legislaturperiode (<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen.html>). Hierunter sind auch die o.g. Verordnungen aufgeführt. Eine Auflistung speziell zu den auf Grundlage von § 5 IfSG erlassenen Verordnungen lässt sich hingegen nicht finden. Da in der genannten Auflistung auch zahlreiche Verordnungen aufgeführt sind, die auf Grundlage von SGB-Vorschriften erlassen wurden, muss der Rechtsanwender sämtliche Verordnungen aufrufen und nachsehen, auf welcher Grundlage sie jeweils erlassen wurden, um diejenigen herauszufinden, die auf der

³⁶ WD3-3000-080/20, 7.

³⁷ So auch *Thorsten Kingreen*, Stellungnahme, Ausschussdrs. 19(14)288(3), S. 6.



Grundlage des § 5 IfSG ergingen. Immerhin finden sich auf der Seite des Bundesanzeigers, wenn man nach § 5 Infektionsschutzgesetz sucht, sämtliche Verordnungen chronologisch aufgeführt.

Zwischenfazit: Den Anforderungen, die an eine transparente Information der Öffentlichkeit über den Verordnungserlass des Bundesgesundheitsministeriums zu stellen sind, muss durch eine übersichtliche Zusammenstellung der auf Grundlage des § 5 IfSG erlassenen Rechtsverordnungen Rechnung getragen werden. An dieser Stelle sind die Transparenzanforderungen insofern besonders hoch, als gesetzesvertretende Verordnungen die Ausnahme vom Vorrang des Gesetzes darstellen.

4. Sonderproblem des § 5 Abs. 2 Nr. 9 IfSG (Finanzhilfen)

In Bezug auf die Gewährung von Finanzhilfen nach Art. 104b Abs. 1 GG, wie sie für Investitionen der Länder nach § 5 Abs. 2 Nr. 9 IfSG zur Verfügung gestellt werden, stellen sich spezielle **bundesstaatliche und finanzverfassungsrechtliche Probleme**, die sich im vorliegenden Rahmen nicht umfassend würdigen lassen.³⁸

Hinzuweisen ist immerhin auf Folgendes: Durch die **schleichende Aushöhlung des Konnexitätsgrundsatzes** des Art. 104a Abs. 1 GG hängen Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände zunehmend „an goldenen Zügeln“ des Bundes. Damit wird mittelbar die grundgesetzlich gewährleistete Eigenständigkeit der Länder untergraben – im Kulturbereich (vgl. Art. 104c GG), aber auch im Infektionsschutzrecht. Dies ist ein Phänomen, dem verfassungspolitisch langfristig durch einen grundlegenden Umbau der Finanzverfassung, insbesondere auch der Ertragszuständigkeiten (Art. 106 GG) entgegen gewirkt werden sollte. Das Infektionsschutzgesetz ist für entsprechende Novellierungen des Finanzhilfenetzes nicht der richtige Regelungsstandort. Gleichwohl sollte das Instrument der Finanzhilfen in sämtlichen Fachgesetzen bereits jetzt zurückhaltend eingesetzt werden. In der gegenwärtigen Pandemiesituation ist andererseits ein erhebliches praktisches Bedürfnis von Ländern und Kommunen anzuerkennen, zügig finanziellen Ausgleich für die Lasten der Pandemie zu erhalten. Dass § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 IfSG „gegen die Regeln der finanziellen Lastentragung“ verstoße, weil das Konnexitätsprinzip grundsätzlich gelte, wie dies im Schrifttum behauptet wird,³⁹ lässt sich angesichts der zahlreichen Durchbrechungen dieses Grundsatzes nicht annehmen. Für eine kurzfristige Bewältigung coronabedingter Engpässe wird man Finanzhilfen i.S.d. Art. 104b GG daher als verfassungsrechtlich zulässiges Instrumentarium anerkennen können.

³⁸ Eingehend dazu *Leisner-Egensperger*, Das neue Finanzhilfenetz des Bundes im Spiegel des Föderalismus, DVBl. 2019, 1589 ff.

³⁹ *Anna-Lena Hollo*, VerfBlog 2021/2/09.



Fazit:

1. Angesichts der fortlaufenden Veränderungen des Pandemiegeschehens, die ein jeweils rasches und zielgenaues Handeln der staatlichen Organe erforderlich machen, ist zu den von § 5 Abs. 2 IfSG erfassten Sachbereichen ein **dynamischer Grundrechtsschutz** vonnöten. Ein solcher lässt sich besonders effektiv über die Form der Rechtsverordnung verwirklichen. Daher ist die Anwendungsbeschränkung durch Verordnungsermächtigung, wie sie in § 5 Abs. 2 IfSG enthalten ist, verfassungsrechtlich grundsätzlich gerechtfertigt.
2. Rechtsstaatlich problematisch ist die **fehlende Überschaubarkeit** des **exekutivischen Normprogramms** in den Verordnungsermächtigungen des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 7, 8 und 10 IfSG. Zur Herstellung rechtsstaatlicher Bestimmtheit sollte kurzfristig in den Nr. 4, 7, 8 und 10 jeweils das Wort *insbesondere* gestrichen werden. Auch sollten die **Möglichkeiten** ausgelotet werden, die Rechtsvorschriften, von denen abgewichen wird oder zu denen Ausnahmen zugelassen werden, **konkret zu benennen**.
3. Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber langfristig eine **Überführung** der auf der Grundlage des § 5 Abs. 2 IfSG erlassenen Rechtsverordnungen in die **parlamentarische Verantwortlichkeit** überprüfen.
4. Zur **rechtsstaatlich transparenten Absicherung** der Delegationsermächtigungen des § 5 Abs. 2 IfSG sollten die auf der Grundlage des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 7, 8 und 10 IfSG erlassenen Verordnungen der Öffentlichkeit übersichtlich und abrufbar zur Verfügung gestellt werden, sinnvollerweise durch Verlinkung auf der Homepage des Bundesgesundheitsministeriums.

2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Rechtsgrundlage für Anordnungen des Bundesgesundheitsministers (§ 5 Abs. 2 Nr. 5 und 6 IfSG)

a) Bisherig ergangene Anordnungen

Auf der Basis der Rechtsgrundlage für Anordnungen des Bundesgesundheitsministers in § 5 Abs. 2 Nr. 5 und 6 IfSG sind bislang – soweit ersichtlich⁴⁰ – folgende Anordnungen ergangen:

- Anordnungen gemäß § 5 des Infektionsschutzgesetzes nach Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag, BAnz AT 9.4.2020 B7,
- Anordnungen betreffend den Reiseverkehr nach Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag, BAnz AT 6.11.2020 B5,
- Anordnungen betreffend den Reiseverkehr nach Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag, BAnz AT 29.9.2020 B2.

⁴⁰ Das oben unter 1. geschilderte Transparenzproblem stellt sich auch hier.



b) Verfassungsrechtliches Problem

Verfassungsrechtlich ist die **Zulässigkeit der einfachgesetzlichen Begründung einer Rechtsgrundlage für Anordnungen des Bundesgesundheitsministers umstritten**. Solche Anordnungen ergehen unmittelbar gegenüber betroffenen Rechtssubjekten, im o.g. Fall unmittelbar gegenüber einreisenden Personen und Beförderungsunternehmen. In den Kategorien des Allgemeinen Verwaltungsrechts handelt es sich mithin um Verwaltungsakte in Form der Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 VwVfG).

Das verfassungsrechtliche Problem liegt hier in Folgendem: Es wird der Grundsatz durchbrochen, dass die **Ausführung von Bundesgesetzen** durch die **Länder** zu erfolgen hat, und dass hiervon eine Ausnahme nur im Grundgesetz vorgesehen werden kann. Höchstrichterlich ist das hier aufgeworfene Problem bislang nicht geklärt. In der Kommentarliteratur zu Art. 87 Abs. 3 GG heißt es zu diesem Problemkreis, sonstige, in Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG nicht genannte Verwaltungsformen unterlägen angesichts der Begrenzungsfunktion dieser Formen Bedenken. Insbesondere schiefe „in den (nur) für mittelbare Bundesverwaltung offenen Bereichen „direkte“ Ministerialverwaltung (außerhalb von Regierungstätigkeit) ... aus“.⁴¹ Ob für den Fall einer Pandemie ein Erfordernis raschen und dynamisch reagierenden Handelns eines einzelnen Ministers per Anordnung als singuläre Ausnahme anerkannt werden kann, ist fraglich. Verfassungsrechtlich nicht anzuerkennen ist jedenfalls das politische Interesse daran, „das Bild eines handlungsstarken Ministers zu erzeugen.“ (Antrag, S. 8). Die verfassungsrechtliche Streitfrage, ob und in welchem Umfang in Ausnahmefällen Ausnahmen von einem möglicherweise anzunehmenden Verbot direkter Ministerialverwaltung anzuerkennen sind, kann vorliegend jedoch offenbleiben, wenn verfassungsrechtliche Abhilfe auf anderem Weg geschaffen werden kann (im Folgenden c).

c) Verfassungsrechtliche Abhilfe

Die Anordnungsbefugnisse der § 5 Abs. 2 Nr. 5 und 6 IfSG sollten in doppelter Hinsicht überprüft werden.

- Zum einen stellt sich mit Blick auf den Umstand, dass von ihnen bislang nur selten Gebrauch gemacht wurde, die Frage, ob und in welchem Umfang solche **Anordnungsbefugnisse längerfristig benötigt werden**.
- Vor allem ist zu prüfen, ob die Anordnungsbefugnisse nicht in **Delegationsermächtigungen für Verordnungen umgewandelt** werden könnten. Denn die bislang ergangenen Anordnungen enthielten sämtlich

⁴¹ Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 69; ähnlich Ibler, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Art. 87 (Stand 2012) Rn. 265.



abstrakt-generelle Regelungen, etwa an Reisende und Beförderungsunternehmen gerichtet. Die konkreten Einzelmaßnahmen erfolgten dann durch die örtlich zuständigen Behörden. Damit hätte aber die o.g. Anordnung ebenso gut in Form einer Rechtsverordnung ergehen können. Durch die Umwandlung der Anordnungsbefugnis in eine Delegationsermächtigung ließen sich die bundesstaatlichen Bedenken ausräumen. Auch könnten die bislang rechtsstaatlich schwer übersehbaren Unterschiede im Rechtsschutz vermieden werden.

Zwischenfazit:

1. Die Verordnungsermächtigungen des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 7, 8 und 10 IfSG sollten i.S.d. Verbesserung einer Überschaubarkeit des exekutivischen Normprogramms durch Streichung des Wortes *insbesondere* sprachlich überarbeitet, langfristig auf ihre Überführbarkeit in den Bereich der Parlamentsgesetzgebung überprüft und durch eine Transparenzoffensive flankiert werden.
2. Die Anordnungsbefugnisse des § 5 Abs. 2 Nr. 5 und 6 IfSG sollten daraufhin überprüft werden, ob und in welchem Umfang sie sich durch Delegationsermächtigungen ersetzen lassen, und inwieweit sie zur Bewältigung der Pandemie weiterhin benötigt werden.

C. Verfassungspolitische Sinnhaftigkeit einer Gesetzesbefristung

Das Normprogramm des § 5 IfSG lässt sich unter Berücksichtigung der oben genannten, notwendigen Fortentwicklungen unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel zur Verwirklichung dynamischen Grundrechtsschutzes aufrechterhalten. Gleiches gilt für die – im Teil 3 noch näher zu beleuchtenden – Schutzmaßnahmen des § 28a IfSG.

Angesichts der verfassungsrechtlichen Probleme, die das Regelungsprogramm des § 5 IfSG ebenso aufwirft wie bei Veränderungen des Pandemiegeschehens die Vorschrift des § 28a IfSG, besteht allerdings eine **dringende politische Notwendigkeit für eine Evaluierung**. Hierauf soll ausführlich im Zweiten Teil dieser Stellungnahme eingegangen werden.

Wesentlich effektiver ließe sich die Rezeption einer Evaluierung durch ihre **Kombination mit einer Gesetzesbefristung**. Insbesondere könnte durch eine Befristung der zu evaluierenden Vorschriften auf den 31.3.2022 sichergestellt werden, dass sich der Bundestag mit den oben zusammengestellten verfassungsrechtlichen Einwänden gegen § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG und mit den entsprechenden Evaluierungsergebnissen dann **auch tatsächlich intensiv befasst**. Ende März 2022 als Ende der Befristung würde zeitlich insofern gut passen, als zu erwarten steht, dass sich eine neue Bundesregierung bis zu diesem Zeitpunkt konstituiert haben dürfte. Eine Befristung schuf neuen rechtspolitischen Rechtfertigungsbedarf und könnte verhindern, dass eine Gewöhnung an den zu evaluierenden Zustand eintritt.



Demgegenüber bleibt auf der Grundlage entfristeter Vorschriften unklar, was mit den Ergebnissen möglicher Evaluierungen rechtspolitisch geschehen wird.

Nach gegenwärtigem Erkenntnisstand erscheint es unwahrscheinlich, dass die Pandemie am 31.3.2022 auch nur annähernd bewältigt sein wird.⁴² Dann wird es sich noch für die gegenwärtige Pandemie lohnen, das Normprogramm der genannten Vorschriften in seiner Gesamtheit zu überarbeiten. Falls es wider Erwarten Ende März 2022 primär darum gehen sollte, für künftige Pandemien besser gerüstet zu sein, wird eine Befristung darüber hinaus die Möglichkeit bieten, neue Instrumentarien auszuloten.

Zwischenfazit: Verfassungspolitisch dringend zu empfehlen ist die Flankierung der wissenschaftlichen Evaluierung der Coronamaßnahmen durch eine **Befristung** des zu überprüfenden Regelwerks.

Fazit zum 1. Teil:

1. Die **Fortgeltung des § 5 IfSG** ist **verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden**.
2. Die **Fiktion der Aufhebung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite** für den Fall fehlender parlamentarischer Feststellung ihres Fortbestehens ist gesetzgebungstechnisch sinnvoll.
3. Zur Verbesserung der **Überschaubarkeit** des **exekutivischen Normprogramms** in den Verordnungsermächtigungen des § 5 Abs. 2 Nr. 4, 7, 8 und 10 IfSG sollte dort jeweils das Wort *insbesondere* gestrichen werden. Außerdem sollten nach Möglichkeit die Normen, von denen abgewichen werden kann oder zu denen Ausnahmen zugelassen werden, konkret benannt werden.
4. Längerfristig überprüft werden sollte die **Überführbarkeit** des auf der Grundlage des § 5 Abs. 2 S. 1 InfSG ergangenen **exekutivischen Normprogramms** in die **parlamentarische Verantwortlichkeit**.
5. Zur **rechtsstaatlichen Absicherung** der Delegationsermächtigungen des § 5 Abs. 2 IfSG sollten die auf dieser Grundlage erlassenen Verordnungen der Öffentlichkeit transparent zur Verfügung gestellt werden, beispielsweise durch übersichtliche Aufzählung und Verlinkung auf der Homepage des Bundesgesundheitsministeriums.
6. Die Anordnungsbefugnisse des § 5 Abs. 2 Nr. 5 und 6 IfSG sollten daraufhin überprüft werden, ob und in welchem Umfang sie sich durch

⁴² Vgl. dazu etwa https://www.fz-juelich.de/portal/DE/Forschung/covid19-analysen/_node.html.



Delegationsermächtigungen ersetzen lassen, und inwieweit sie zur Bewältigung der Pandemie **weiterhin benötigt** werden.

7. Verfassungspolitisch **dringend anzuraten** ist eine **Befristung** der Vorschriften der §§ 5, 5a, 28 bis 32, 36 und 56 IfSG auf den 31.3.2022.

2. Teil. Evaluierung der Regelungsgesamtheit zur epidemischen Lage von nationaler Tragweite

A. Vorgesehene Evaluierungsvorschrift und Regelungsstandort

Ein Kern des Gesetzentwurfs ist die Evaluierung der Regelungsgesamtheit der §§ 5, 5a, 28 bis 32, 36 und 56 IfSG durch die Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina e.V. Hierzu heißt es in Art. 1 Nr. 1 d) GE: Folgender Absatz 9 wird angefügt: *„Das Bundesministerium für Gesundheit beauftragt eine externe Evaluation zu den Auswirkungen der Regelungen in dieser Vorschrift und in den §§ 5a, 28 bis 32, 36 und 56 im Rahmen der nach Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite und deren Reformbedürftigkeit durch die Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina e.V. Das Ergebnis der Evaluierung soll der Bundesregierung von der Deutschen Akademie der Naturforscher Leopoldina e.V. bis zum 31. Dezember 2021 vorgelegt werden. Die Bundesregierung übersendet dem Deutschen Bundestag bis zum 31. März 2022 das Ergebnis der Evaluation sowie eine Stellungnahme der Bundesregierung zu diesem Ergebnis.“*

Unter **systematischem Blickwinkel** ist es schwer nachvollziehbar, weshalb eine Evaluierungsvorschrift zur Regelungsgesamtheit der §§ 5, 5a, 28 bis 32, 36 und 56 IfSG in einem **Absatz 9 zu § 5 IfSG** eingeführt wird. Zum Regelungsstandort lässt sich zwar feststellen, dass das Infektionsschutzgesetz – auch in seinem Zusammenwirken mit dem SGB V – infolge zahlreicher Einschübe, die dieses Gesetz im Zusammenhang der Pandemie erfahren hat, eine bereits gegenwärtig schwer zu überblickende Systematik aufweist, so dass – wie man einwenden könnte – für künftige Einschübe jeder beliebige Regelungsstandort gewählt werden könnte. Immerhin sollte aber *de lege ferenda* für Novellierungen kurzfristig der **gegenwärtig noch relativ beste Regelungsstandort** gewählt und längerfristig die Gesamtsystematik der betroffenen Regelungsfelder überarbeitet werden. Daher ist für eine Evaluierungsvorschrift, die sich auf mehrere Paragraphen bezieht, ein **Regelungsstandort außerhalb dieser Vorschriften** zu wählen. Insoweit würde sich die Einfügung eines § 5b IfSG anbieten.

B. Prinzipielle Vorzüge einer Evaluierung

Grundsätzlich ist die wissenschaftliche **Evaluierung** einer Regelungsgesamtheit aus parlamentarischen und exekutivischen Normen **positiv zu würdigen**. Denn es ist Aufgabe des Parlaments, Regelungen nicht einfach fortzuschreiben, sondern



fortzuentwickeln.⁴³ Dies funktioniert aber nur in einem engen Austausch mit der Wissenschaft, was in besonderem Maße für das Infektionsschutzgesetz gilt. Denn nach seiner Entstehungsgeschichte⁴⁴ ist dieser Regelungsrahmen für eine Pandemie, wie sie gegenwärtig auch rechtswissenschaftlich zu bewältigen ist, im Grunde nicht geschaffen. Die laufende Anpassung der Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes an das zunehmend dynamische Ansteckungsgeschehen ist daher eine besondere Herausforderung, für die dringend ein Zusammenwirken der beteiligten staatlichen Organe mit Vertretern der Wissenschaft vonnöten ist.

C. Vorgesehener Zeitplan der wissenschaftlichen Evaluierung

I. Zwecke der Evaluierung

Kritikwürdig erscheint der **Zeitplan** der vorgesehenen Evaluierung. Mit Blick in die Vergangenheit hätte es sich angeboten, eine entsprechende Evaluierungsinitiative bereits zu einem früheren Zeitpunkt anzustoßen.⁴⁵ Doch ist es andererseits auch zu belobigen, dass die handelnden Organe den Versuch unternommen haben, die Auswirkungen der Pandemie aus eigener politischer Kraft zu bewältigen. Die zu frühe Einschaltung eines Expertenrats hätte manchem Politiker möglicherweise den Vorwurf eingebracht, sich um innovative Konzepte nicht hinreichend selbst bemüht zu haben. Jedenfalls gilt hier für die notwendige Verbesserung des Verhältnisses von Politik und Wissenschaft⁴⁶ immerhin der Grundsatz „Besser spät als nie“.

Ein jetzt erarbeiteter Zeitplan für eine von den Steuerzahlern finanzierte Evaluierung muss sich an dem **Sinn und Zweck** orientieren, den eine **Evaluierung** zu den Regelungen des Infektionsschutzgesetzes haben kann. Geht man davon aus, dass dem Ergebnis einer Evaluierung **praktische Relevanz** zukommen soll, eine solche also nicht nur in einer parlamentarischen „Schublade“ landen soll, so lassen sich folgende Evaluierungszwecke annehmen:⁴⁷

- **Laufende Unterrichtung der Abgeordneten** über die Zwischenergebnisse der Evaluierung,

⁴³ Hilde Mattheis, Plenarprotokoll 19/210, 26475 (D).

⁴⁴ Vgl. dazu den Überblick bei *Kingreen*, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kapitel 1 Rn. 17.

⁴⁵ Vgl. den sachlich zutreffenden Einwand der Abgeordneten Dr. Manuela Rottmann, Plenarprotokoll 19/210, 26480 (C); s. dazu auch *Christoph Möllers*, Ausschussdrs. 19/14)246(15), S. 10.

⁴⁶ Vgl. dazu auch *Kießling/Kingreen/Leisner-Egensperger*, VerfBlog 2021/2/2.

⁴⁷ Vgl. dazu auch den hilfreichen Überblick zum Mittel der Berichtspflicht in seiner Anwendung in unterschiedlichen Rechtsbereichen bei *Hinnerk Wißmann*, Stellungnahme, Ausschussdrs. 19/23944, B III.



- **Laufende Unterrichtung der Mitglieder der Bundesregierung**, insbesondere des Bundesministeriums für Gesundheit über die Evaluierung der von ihnen ergriffenen Maßnahmen,
- Unterrichtung des künftigen Bundestags und der künftigen Bundesregierung über den **Novellierungsbedarf** zu Gesetzen, Verordnungen und sonstigen Maßnahmen.

Zur Erläuterung dieser Evaluierungszwecke sei auf folgendes hingewiesen: Zwar ist jeder Abgeordnete dazu verpflichtet, sich **selbstständig** fortlaufend über Maßnahmen der Exekutive zu **informieren**, die für die Ausübung seiner Abgeordnetenrechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG maßgeblich sind. Dazu steht sämtlichen Abgeordneten ein allgemeines Frage- und Informationsrecht gegenüber der Bundesregierung zu.⁴⁸ Darüber hinaus gibt es verfassungsrechtlich verbürgte Berichts- und Kontrollpflichten in Art. 44, 45b und 45d GG. Schließlich ist der Bundesgesundheitsminister nach § 4 Abs. 1a IfSG dazu verpflichtet, dem Bundestag bis zum 31.3.2021 einen politischen Bericht vorzulegen.

Angesichts der Vielfalt und Heterogenität der zur Bewältigung der Pandemie gegenwärtig zum Einsatz kommenden und kurz- und längerfristig anvisierten Instrumentarien ist es jedoch sowohl für die Abgeordneten als auch für die Mitglieder der Bundesregierung praktisch nur schwer möglich, sich fortlaufend über die Effektivität der beschlossenen bzw. kurzfristig ergriffenen Maßnahmen zu informieren. Dies gilt in besonderem Maße für die **Schutzmaßnahmen nach § 28a IfSG**, für die das Regelungskonzept des § 28a IfSG eine Berücksichtigung regionaler Schwellenwerte vorsieht (§ 28a Abs. 3 S. 2 IfSG). Insbesondere wäre von einer eingesetzten Evaluierungskommission auch fortlaufend die Rechtsprechung zu den Schutzmaßnahmen zu analysieren und die Akzeptanz der Freiheitseinschränkungen in der Bevölkerung zu überprüfen.

Dass für eine fortlaufende Unterrichtung aller politisch Verantwortlichen ein besonderes Bedürfnis besteht, zeigt sich daran, dass in der gegenwärtigen politischen Debatte oftmals relativ aktuelle Gerichtsentscheidungen isoliert zitiert werden, zuletzt beispielsweise die Entscheidung des BaWüVGH zu nächtlichen Ausgangssperren, ohne dass dabei jeweils die landesspezifischen Regelungen und das Gesamtbild der Rechtsprechung, auch in anderen Ländern adäquate Berücksichtigung fänden.⁴⁹

⁴⁸ BVerfGE 124, 161 (188).

⁴⁹ Vgl. exemplarisch Plenarprotokoll 19/210 26483 (D).



Gleiches gilt in Bezug auf die Akzeptanz der Schutzmaßnahmen des § 28a IfSG, zu der Momentaufnahmen politikbestimmend wirken.

II. Dem Zweck der Evaluierung angepasster Zeitplan

Aus den vorgestellten Evaluierungszwecken folgt, dass die im GE vorgesehene Frist bis Ende des Jahres viel zu großzügig bemessen ist. In der Bevölkerung könnte so der Eindruck entstehen, dass die Evaluierung „auf die lange Bank geschoben“ wird, und dass womöglich sogar mit einer Rezeption ihrer Ergebnisse abgewartet werden soll, bis die Pandemie vorbei ist.

Die besondere Dynamik der Pandemie macht es erforderlich, auf das übliche Verfahren langer Begutachtung mit Endbericht zu verzichten und stattdessen von den eingeschalteten Wissenschaftlern **jeweils aktuelle sachverständige Begutachtung** zu erbitten. Anzustreben ist daher eine Evaluierung in möglichst kurzen Zeitfenstern. So könnte die laufende Evaluierung beispielsweise an die regelmäßig notwendige Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite, d.h. an die Drei-Monats-Frist, gekoppelt werden. Dies würde bedeuten, dass im zeitlichen Zusammenhang der Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite Bundesregierung und Bundestag über die laufende Evaluierung durch regelmäßige Berichte zu informieren sind. Die laufenden Evaluierungsberichte sollten Bundestag und Bundesregierung jeweils fünf Tage vor der Sitzung des Bundestags zugeleitet werden, in der die neue Feststellung einer epidemischen Lage nationaler Tragweite auf der Tagesordnung steht. Sobald eine epidemische Lage nationaler Tragweite nicht mehr festgestellt worden ist, hat der Coronarat unverzüglich einen Endbericht über seine Tätigkeit abzuliefern. Ob der Coronarat nach Beendigung dieser Pandemie als allgemeiner Pandemierat in bisheriger oder anderer Form fortzubestehen hat, sollte zu gegebener Zeit durch das Parlament entschieden werden.

D. Evaluierungsgremium

I. Modell „Leopoldina“

Überprüft werden sollte, ob die **Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina e.V.** das geeignete Gremium dafür ist, die Auswirkungen der o.g. Regelungen zu evaluieren.⁵⁰ Nach ihrem Selbstverständnis ausweislich ihrer Homepage bearbeitet die Leopoldina „unabhängig von wirtschaftlichen oder politischen Interessen wichtige gesellschaftliche Zukunftsthemen aus wissenschaftlicher Sicht, vermittelt die Ergebnisse der Politik und der Öffentlichkeit und vertritt diese Themen national wie international.“⁵¹ Bei der Bewältigung der gegenwärtigen Auswirkungen der Pandemie und der hierfür vorgesehenen Regelungen handelt es sich jedoch nicht primär um ein

⁵⁰ Vgl. dazu auch die zurecht vorsichtige Formulierung von Karin Maag (CDU/CSU), Plenarprotokoll 19/210, 26473 (B): „Wir können uns vorstellen, dass dies die Leopoldina ist.“

⁵¹ <https://www.leopoldina.org/ueber-uns/>.



wichtiges Zukunftsthema, sondern um **Krisenmanagement unter Zeitdruck**. Von ihrer eigendefinierten Ausrichtung her erscheint die Institution Leopoldina daher als Evaluationsgremium für aktuelle Coronamaßnahmen wenig geeignet.

Gegen die Beauftragung der Nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina spricht ferner, dass sie zwar rund 1.600 Mitglieder aus nahezu allen Wissenschaftsbereichen zählt, Vertreter des Verfassungs- oder auch des Gesundheitsrechts dort jedoch – soweit ersichtlich – nicht zu finden sind. Auf solche gänzlich zu verzichten erscheint aber mit Blick darauf, dass es bei einer anvisierten Evaluation letztlich nicht nur um die Einholung gesellschaftspolitischen Rats geht, sondern **zugleich** darum, das **Regelungsprogramm des Infektionsschutzgesetzes zu novellieren**, nicht sachgerecht. Viele rechtspolitisch durchaus sinnvolle Vorschläge sind in den letzten Monaten am Datenschutzrecht⁵² und an der umstrittenen Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern⁵³ gescheitert. Dem Evaluierungsgremium sollten daher zwingend auch Personen angehören, die zur Novellierung rechtlicher Grundlagen Fachkenntnisse haben. Andernfalls droht ein Kommunikationsproblem, das einer sachadäquaten Rezeption wissenschaftlicher Erkenntnisse entgegensteht.

Problematisch an der Einsetzung der Leopoldina ist schließlich, dass sich diese Akademie in den letzten Monaten **bereits vielfach** in unterschiedlichen Zusammenhängen zu Fragen der Coronapandemie **geäußert** hat. Falls es letztlich zu ihrer Beauftragung kommt, müsste jedenfalls sichergestellt werden, dass nicht dieselben Wissenschaftler beauftragt werden, die dann ihre eigenen Empfehlungen evaluieren.

II. Modell „Coronarats“

1. Interdisziplinäres wissenschaftliches Gremium

Eine Alternative zur Beauftragung der Leopoldina könnte die Einsetzung eines **wissenschaftlichen Coronarats** sein, d.h. eines dafür zu berufenden, parteipolitisch unabhängigen und interdisziplinär besetzten wissenschaftlichen Gremiums. Seine Mitglieder müssten noch vor Inkrafttreten des Gesetzes rekrutiert werden, um einen zeitnahen Arbeitsbeginn zu ermöglichen. Dieser Coronarat sollte aus Experten bestehen, die sich aus unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen heraus seit Ausbruch dieser Pandemie mit dem Infektionsgeschehen, seinen Auswirkungen sowie deren Bewältigung befasst haben. Vertreten sein müssten darin jedenfalls Virologen, Infektiologen, Verfassungsjuristen, Sozialwissenschaftler, Pädagogen, Psychologen, Wirtschaftswissenschaftler und Kulturwissenschaftler. Angelehnt werden könnte der

⁵² Vgl. dazu den Überblick bei *Kühling/Schildbach*, NJW 2020, 1545 ff.

⁵³ Dazu für viele *Grüner*, Biologische Katastrophen, 2017, S. 172; *Kingreen*, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kapitel 1 Rn. 50 ff..



Coronarar nach Mitgliederzahl und Organisationsstruktur an den Deutschen Ethikrat. Insbesondere gewährleistet eine Größe von (ca.) 26 Mitgliedern eine effektive Arbeitsweise auch bei pluridisziplinärer Zusammensetzung.⁵⁴

Der Terminus „**Coronarar**“, der nicht als Gesetzesbegriff, sondern als rechtspolitische Umschreibung des zu beauftragenden wissenschaftlichen Gremiums gedacht ist, weist gegenüber dem bislang vorgeschlagenen „*Pandemierat*“ folgenden entscheidenden **Unterschied** auf: Ein Coronarat sollte von jetzt an für eine begrenzte Zeit tätig werden und eine Art wissenschaftlicher Krisenstab zur Bewältigung der Auswirkungen der gegenwärtigen Pandemie sein. Hingegen insinuiert das Wort „*Pandemierat*“ durch die zeitliche Unbegrenztheit seines Wirkens immerhin die Gefahr einer perpetuierten Schmälerung der Autorität des Bundestags und der Bundesregierung. Denn Pandemien sind in diversen Formen für die nächsten Jahrzehnte noch weiter zu erwarten, während „Corona“ mit erfolgreichem Abschluss der Impfkampagne und einer – zeitlich wohl begrenzten – weiteren Verpflichtung zur Beachtung von Hygienemaßnahmen nach gegenwärtigem Erkenntnisstand zeitlich begrenzt ist.

2. Vorgeschichte der Forderung nach Evaluation – Alternative

Die rechtspolitische Forderung nach einer Evaluation der Coronamaßnahmen ist nicht neu. Sie wurde in den letzten Monaten wiederholt erhoben – von Sachverständigen,⁵⁵ von unterschiedlichen politischen Fraktionen,⁵⁶ aber auch in der Medienöffentlichkeit.

Dass die politisch Verantwortlichen zunächst den Versuch unternommen haben, die mit der Pandemiebekämpfung zusammenhängenden Fragen selbst zu lösen und sich nur punktuell von einzelnen Wissenschaftlern haben beraten lassen, ist positiv zu werten (s.o.). Vieles hätte zu einem früheren Zeitpunkt der Pandemie für eine Evaluationsinitiative aus der Mitte des Bundestages oder auch für die Einsetzung einer innerministeriellen Arbeitsgruppe gesprochen. Insbesondere konnten seit Beginn der Pandemie Behörden des Bundes und der Länder Erkenntnisse zu Problemen sammeln, die sich im Zusammenhang des Vollzugs des Infektionsschutzgesetzes stellten, und die für eine Fortentwicklung dieses Regelungswerks dringend genutzt werden sollten.

Daher lässt sich immerhin darüber nachdenken, alternativ zu einem wissenschaftlichen Coronarat eine **Arbeitsgruppe** zu bilden, bestehend beispielsweise zu einem Viertel aus Mitgliedern verschiedener sachlich betroffener Ministerien des Bundes und der Länder auf Arbeitsebene, zu einem weiteren Viertel aus gesundheitspolitisch zuständigen Abgeordneten der im Bundestag vertretenen Fraktionen sowie zur Hälfte aus parteipolitisch unabhängigen Wissenschaftlern aus verschiedenen Fachbereichen. Gegen die Einsetzung einer solchen Arbeitsgruppe

⁵⁴ Vgl. dazu im Einzelnen das Ethikratgesetz, insbes. Dessen § 4.

⁵⁵ Christoph Möllers, Ausschussdrs. 19(14)246(15) zur öff. Anhörung am 12.11.2020, S. 10.

⁵⁶ Vgl. Drs. 19/20565.



spricht letztlich jedoch entscheidend, dass – wie die letzten Wochen gezeigt haben – im Wahljahr 2021 die Trennung von coronabezogener Sacharbeit und Wahlkampf auf Landes- und Bundesebene ein wohl zu anspruchsvolles Unterfangen ist. Auch befindet sich Deutschland derzeit in einer besonders schwierigen Lage der Pandemie, was eher für die kurzfristige Einschaltung von Experten als „Krisenhelfern“ spricht.

Rechtspolitisch dürfte jedenfalls die Bildung eines interdisziplinär zusammengesetzten Coronarats die **Akzeptanz** sämtlicher **Coronamaßnahmen** entscheidend **erhöhen**. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt, in dem sich allenthalben eine gewisse Pandemiemüdigkeit breit macht, ist dies ein entscheidender Gesichtspunkt. Tatkräftig könnte durch Einsetzung eines Coronarats dem Eindruck entgegengewirkt werden, die Verantwortungsträger würden selektiv auf ausgewählte Experten hören.

E. Fazit zum 2. Teil und Regelungsvorschlag:

1. Das Vorhaben einer **wissenschaftlichen Evaluierung** der Regelungsgesamtheit zur epidemischen Lage nationaler Tragweite ist **nachdrücklich zu begrüßen**.
2. Ob die Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina e.V. das sachangemessene Evaluationsgremium ist, sollte sorgfältig überprüft werden.
3. Der in Art. 1 Nr. 1d) GE anvisierte **Zeitplan** ist zur Effektivierung der Krisenbewältigung **deutlich zu straffen**.
4. Als Alternative zu Art. 1 Nr. 1d) GE wird folgender Regelungsvorschlag unterbreitet:
Folgender § 5b wird eingefügt:

„Das Bundesministerium für Gesundheit beauftragt im Rahmen der nach Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite ein interdisziplinäres wissenschaftliches Beratungsgremium mit der laufenden Evaluation der Auswirkungen der Regelungen in §§ 5, 5a, 28 bis 32 und 56 IfSG und deren Reformbedürftigkeit. Ihre Evaluierungsergebnisse hat das Beratungsgremium Bundestag und Bundesregierung jeweils fünf Werktage vor der Sitzung des Bundestags vorzulegen, zu der die Feststellung einer epidemischen Lage nationaler Tragweite auf der Tagesordnung steht. Sobald die epidemische Lage nationaler Tragweite nicht mehr besteht, hat das wissenschaftliche Beratungsgremium unverzüglich einen Abschlussbericht vorzulegen.“



3. Teil: Verfassungsrechtliche Würdigung der neuen Vorschriften zur Impfpriorisierung

A. Verfassungskonforme Rechtsgrundlage

Die gesetzlichen Neuregelungen zur Impfpriorisierung in Art. 1 Nr. 2 und Art. 3 Nr. 1 GE sind **nachdrücklich zu begrüßen**. Positiv ist es insbesondere zu würdigen, dass mit Inkrafttreten des GE die CoronaimpfV nunmehr eine verfassungskonforme Rechtsgrundlage erhält.⁵⁷

In diesem Zusammenhang hatte es in der Anhörung des Gesundheitsausschusses des Bundestags vom 13.1.2021 zwischen den Sachverständigen *Thorsten Kingreen* und *Anna Leisner-Egensperger* zwar eine wissenschaftliche Meinungsverschiedenheit zur verfassungsrechtlichen Spezialfrage gegeben, welche genaue Regelungsdichte ein Gesetz zur Impfpriorisierung nach der Rechtsprechung des BVerfG haben sollte.⁵⁸ In der dieser Streitfrage logisch vorgelagerten **verfassungsrechtlichen Bewertung** der CoronaimpfV waren sich jedoch **sämtliche seinerzeit geladenen Sachverständigen einig** gewesen.⁵⁹ Dass der CoronaimpfV bislang eine hinreichende parlamentarische Legitimation fehlt, ist auch im Übrigen die **einhellige Meinung der Rechtswissenschaft**.⁶⁰ Daher ist es positiv, dass der GE die CoronaimpfV nunmehr auf eine verfassungskonforme Grundlage stellt. Angesichts der gesellschaftspolitisch überragenden Bedeutung der Impfpriorisierung ist dies aus verfassungsrechtlicher Warte der entscheidende Punkt.

B. Verbleibende Verbesserungsspielräume

I. Systematische Aspekte: Aufteilung auf SGB V und IfSG

Gesetzessystematisch mag die vorgesehene Aufteilung der Regelungen zur Impfpriorisierung auf das SGB V und das Infektionsschutzgesetz nicht befriedigen. Insbesondere erscheint sie kompliziert.⁶¹ Zu berücksichtigen ist bei einer **heutigen** Gesamtbewertung der Priorisierungsregelungen allerdings ihre

⁵⁷ Vgl. die ebenfalls im Grundsatz zustimmenden Stellungnahmen von *Thorsten Kingreen*, Stellungnahme, Ausschussdrs. 19(14)288(3), S. 6 f., sowie der Bundesärztekammer, Stellungnahme, Ausschussdrs. 19(14)288(2), S. 4.

⁵⁸ Vgl. Sitzungs-Prot.-Nr. 19/131, S. 5, 7, 9, 10, 11.

⁵⁹ Zusammenfassend *Kießling/Kingreen/Leisner-Egensperger*, VerfBlog 2021/2/02.

⁶⁰ Vgl. nur (in alphabetischer Reihenfolge) *Peter Dabrock*, Stellungnahme Ausschussdrs. 19(14) 263 (3), S. 6; *Udo Di Fabio*, Der Spiegel v. 9.1.2021; *Stephan Harbarth*, Rheinische Post v. 9.2.21, S. 1; *Andrea Kießling*, Stellungnahme Ausschussdrs. 19(14)263 (5), S. 5, 7; *dies.*, VerfBlog 2021/2/02; *Thorsten Kingreen*, Stellungnahme, Ausschussdrs. 19(14)263 (2), S. 8; *dies.*, VerfBlog 2021/2/02; *Anna Leisner-Egensperger*, Stellungnahme Ausschussdrs. 19(14)263 (1); *dies.*, NJW 2021, 202 ff.; *dies.*, VerfBlog 2021/2/02, *Christoph Möllers*, SZ v. 31.12.2020, S. 6; *Hans-Jürgen Papier*, faz-net v. 20.12.20, *Rainer Schlegel* (Jahrespressegespräch des BSG v. 9.2.2021); *Alexander Thiele*, LTO v. 11.2.2021.

⁶¹ Vgl. *Thorsten Kingreen*, Stellungnahme Ausschussdrs. 19(14)288(3), S. 7: „überkomplexes Kaskadenmodell“.



Entstehungsgeschichte: Im dritten Bevölkerungsschutzgesetz sollte in § 20i Abs. 3 S. 2 SGB V eine Rechtsgrundlage für eine Impfpriorisierung geschaffen werden. Nachdem sich diese nach eingehender verfassungsrechtlicher Würdigung⁶² nicht als hinreichend bestimmt erwiesen hat, **bessert** der Gesetzgeber mit diesem Gesetzentwurf **nach**. Angesichts der rechtspolitischen Brisanz der Impfpriorisierung, die nicht zuletzt eine tiefgreifende Rechtsunsicherheit dazu ausgelöst hat, welche Folgerungen aus der verfassungsrechtlichen Bewertung der CoronaimpfV für ihre Rechtsanwendung in der Praxis zu ziehen sein sollen, ist es unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten sachgerecht, dass der Gesetzgeber nunmehr denjenigen Ausweg sucht, der gegenüber dem bisherigen Normzustand den **geringsten Veränderungsaufwand** verursacht und dadurch wiederum **am wenigsten Rechtsunsicherheit** schafft.⁶³

Die **CoronaimpfV** vom 8.2.2021 ist als Fortsetzung der CoronaimpfV vom 15.2.2020 **in der Rechtspraxis eingeführt**. Die in dieser Verordnung vorgesehene Reihenfolge ist – ungeachtet durchaus beachtlicher Grundsatzkritik an dem dort vorgesehenen Modell⁶⁴ – von breitem gesellschaftlichen Konsens getragen. Diese Zustimmung hängt wiederum am Namen „Coronaimpfverordnung“, auf der daher auch nicht aufgegeben werden sollte. Die nunmehr in § 20i Abs. 3 S. 3 SGB V eingefügten Priorisierungskriterien knüpfen an die bisherige Regelung an und stellen sich daher als deren gedankliche Fortführung dar. Auch dies vermittelt den angesichts der Grundrechtsrelevanz der Impfpriorisierung besonders wichtigen Eindruck, dass die Rechtsfortbildung in diesem Bereich in schonenden Übergängen und ohne abrupte Brüche erfolgt.⁶⁵

Andererseits steht zu erwarten, dass es sich bei den jetzt einzufügenden Priorisierungsvorschriften um **typisches Übergangsrecht** für wenige Monate handeln wird. Sobald „Impfstoff für alle“ verfügbar ist, werden sämtliche Regelungen zur Priorisierung ohnehin aus dem Gesetz gestrichen werden müssen. Angesichts dieser zeitlichen Begrenztheit sind an die Priorisierungsregelungen systematisch nicht so hohe Anforderungen zu stellen wie an abstrakt-generelle Normen, die in einem Gesetz auf Dauer verankert werden sollen. Demnach soll im vorliegenden Rahmen die Frage, ob sich nicht eine einheitliche Regelung im Infektionsschutzgesetz anbieten würde,

⁶² Dazu *Leisner-Egensperger*, Impfpriorisierung und Verfassungsrecht, NJW 2021, 202 ff. m.w.N.

⁶³ Weiterführend dazu *Anna Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 165 ff.

⁶⁴ S. dazu insbes. *Cassel/Heigl/Jäcker/Ulrich*, Impfstoff für alle – doch wie soll das gehen?, RPG 2020, 55 (58 ff.); vgl. auch den alternativen Ansatz von *Peter Dabrock*, Stellungnahme Ausschussdr. 19(14) 263 (3), S. 6.

⁶⁵ S. dazu im Einzelnen *Anna Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 103 ff., 119 ff.



ausdrücklich offengelassen werden.⁶⁶ Immerhin hält sich die **jetzt gefundene gesetzliche Lösung** eindeutig im verfassungsrechtlichen Rahmen.

Zwischenfazit: Die Aufteilung der Priorisierungsregelungen auf das SGB V und das Infektionsschutzgesetz ist als Ausdruck kontinuiertsorientierter Rechtsfortbildung für eine begrenzte Übergangszeit rechtssystematisch hinnehmbar.

II. Verpflichtung der STIKO auf die Ausrichtung an Impfzielen

1. Rechtspolitisches Interesse an der Verpflichtung der STIKO

Die in Art. 1 Nr. 2 GE vorgesehene gesetzliche Vorschrift, nach der sich die Empfehlungen der Ständige Impfkommision an bestimmten Impfzielen auszurichten haben, ist Bestandteil einer **Regelungsgesamtheit zur Verwirklichung von Verteilungsgerechtigkeit**. Für ein **rechtspolitisches Interesse** daran, die Empfehlungen der STIKO an Impfzielen auszurichten spricht, dass diese in ihrer abstrakt-generellen Ausrichtung äußere Ähnlichkeiten mit Gesetzen aufweisen. Diese Form der Empfehlungen entspricht auch dem Auftrag der STIKO. Denn sie hat bei ihren Impfeempfehlungen deren Nutzen nicht nur für das geimpfte Individuum zu berücksichtigen, sondern auch für die gesamte Bevölkerung. Dies bedeutet, dass sie neben dem individuellen Nutzen-Risiko-Verhältnis auch die Epidemiologie auf Bevölkerungsebene und die Effekte einer flächendeckenden Impfstrategie für Deutschland zu analysieren hat. Dies führen wiederum in der gesundheitsrechtlichen Praxis dazu, dass sich **Gesundheitsämter, Ärzteschaft und Apotheker** vielfach unmittelbar an den Empfehlungen der STIKO orientieren. Denn über diese wird in entsprechenden Fachpublikationen oder Verbandsbroschüren eingehender berichtet als über Novellierungen der CoronaimpfV. Dies führt zu einer **faktischen quasिनormativen Wirkung** der – genuin nichtnormativen – Empfehlungen der STIKO. Praktische Bedeutung kommt dieser faktischen Normativität dann zu, wenn die Empfehlungen der STIKO einen weiter fortgeschrittenen medizinischen Stand abbilden als die CoronaimpfV, wie dies Ende Januar/Anfang Februar 2021 der Fall war. Denn dann entsteht in Gesundheitsämtern und bei der Ärzteschaft Unsicherheit dazu, woran sie sich zu halten haben (siehe dazu oben 1. Teil B. II 2 c ee).

Vor diesem Hintergrund kann ein **rechtspolitisches Interesse** daran bestehen, einen normativen Rahmen bereitzustellen, der für einen Gleichklang der Empfehlungen der STIKO und der gesetzlich festgelegten Priorisierungsziele und -kriterien sorgt. Denn es ist **Aufgabe des Staates, Vorsorge** dafür zu treffen, dass die Empfehlungen der STIKO nicht über ihre quasिनormative Wirkung dem Adressaten

⁶⁶ Vgl. dazu den wohlbegründeten, allerdings zu weitreichenden normativen Veränderungen führenden Novellierungsvorschlag von *Thorsten Kingreen*, Stellungnahme Ausschussdr. 19(14)288(3), S. 10 ff.



Priorisierungsempfehlungen nahelegen, die in einem faktischen Widerspruch zu normativen Rahmen stehen. Da es sich nicht ausschließen lässt, dass durch solche möglichen Widersprüche das oberste Ziel der derzeitigen Impfkampagne, die Förderung der Impfkzeptanz, gefährdet wird, wird als Mittel zu dessen Verwirklichung die Verpflichtung der STIKO zu einer Ausrichtung ihrer Impfziele an bestimmten Impfzielen in Betracht gezogen.

2. System- und Gesetzwidrigkeit

Eine Verpflichtung der STIKO auf bestimmte Impfziele ist aus zwei Gründen problematisch. Zum einen liegt dieser Verpflichtung eine methodisch fehlerhafte Einstufung der Maßstäbe zugrunde, an denen sich die STIKO orientiert. Denn bei der STIKO handelt es sich um ein **Expertengremium**, das Impfempfehlungen nach fachwissenschaftlichen Standards ausspricht. Maßstab ihrer Empfehlungen sind evidenzbasierte medizinische Fakten, nicht politische Empfehlungen. Unter methodischem Blickwinkel wird demnach die Verpflichtung der STIKO auf Impfziele zurecht als „**kategorial verfehlt**“ eingestuft.⁶⁷

Die Verpflichtung der STIKO auf bestimmte politische Impfziele wirft zudem die Frage nach ihrer Unabhängigkeit auf. Immerhin tituliert sich die STIKO selbst als „**unabhängiges Expertengremium**, dessen Tätigkeit von der Geschäftsstelle im Fachgebiet Impfprävention des Robert-Kochinstituts koordiniert wird.“⁶⁸ Ein solches Gremium auf **bestimmte politische Ziele** zu **verpflichten**, erscheint immerhin fragwürdig. Insbesondere lässt sich nicht ausschließen, dass das Ansehen der STIKO als einer unabhängigen Expertenkommission dadurch beschädigt wird.

Zwischenfazit: Die Verpflichtung der STIKO zur Ausrichtung ihrer Empfehlungen an Impfzielen ist methodisch fragwürdig und gefährdet ihre Unabhängigkeit als wissenschaftliche Expertenkommission. Ein rechtspolitisches Bedürfnis mag hierfür anzuerkennen sein. Gleichwohl sollte die Notwendigkeit einer solchen Verpflichtung im Gesetzgebungsverfahren überdacht werden.

III. Offenheit von Priorisierungskriterien und Rangverhältnis

Die Aufzählung der Priorisierungskriterien in Art. 3 Nr. 1 b GE ist durch das Wort „*insbesondere*“ zurecht einer dynamischen Weiterentwicklung geöffnet. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber dem Verordnunggeber bestimmte Kriterien an die Hand gibt, ihm aber Spielraum für die Einführung weiterer Kriterien gibt, soweit sich diese innerhalb der abstrakteren Impfziele halten.

Das BVerfG hat im Sachzusammenhang der Vergabe von Studienplätzen ausgeführt, dass dabei der parlamentarische Gesetzgeber „auch im Falle einer Delegation seiner

⁶⁷ So *Thorsten Kingreen*, Stellungnahme, Ausschussdr. 19(14)288(3), S. 7.

⁶⁸ <https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/>.



Regelungsbefugnis zumindest die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander“ festlegen muss.⁶⁹ Deutlicher noch schließt das BVerfG im dritten Numerus-Clausus-Urteil ein eigenes Kriterienerfindungsrecht im Bereich des Studiums der Humanmedizin aus.⁷⁰ Doch besteht zwischen dem Verfahren der Verteilung von Studienplätzen und demjenigen der Verteilung von Impfstoffen in der gegenwärtigen Phase der Pandemie ein entscheidender Unterschied: Bei der Verteilung von Studienplätzen gibt es einen abstrakt feststehenden Katalog von möglichen Zulassungskriterien: Abiturnote, fachspezifische Auswahlprüfung (Medizinertest), Sozialauswahl, gesellschaftliches Engagement, Gespräche mit Professoren, Assessment-Center usw. Zur Verwirklichung umfassenden Grundrechtsschutzes kann hier vom Gesetzgeber erwartet werden, dass er aus diesem feststehenden Reservoir von Kriterien bestimmte herausnimmt und in eine wie immer geartete Reihung bringt. Demgegenüber lässt sich bei der Impfpriorisierung ein derart feststehender Kriterienkatalog nicht *a priori* festlegen. Denn möglicherweise stellt sich im Laufe der Impfkampagne heraus, dass der eine oder andere Impfstoff für einzelne Bevölkerungsgruppen nicht geeignet ist oder von der STIKO nicht empfohlen wird. Für solche Fälle braucht der Verordnungsgeber eine Flexibilität, die ihm das Wort „*insbesondere*“ gewährt. Kurzum: Die Numerus-Clausus-Entscheidungen bilden für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Impfpriorisierung einen wichtigen Ausgangspunkt. Doch bestehen zwischen der Studienplatzverteilung, zu der es seit Jahrzehnten Diskussionen und Modelle zur richtigen Priorisierung gibt, und der Verteilung von Impfstoffen, die tagesaktuell in unterschiedlichen, nicht vorhersehbaren Quantitäten und Qualitäten zur Verfügung stehen, gewisse Unterschiede. Diese erfordern eine moderate, durch das Wort „*insbesondere*“ sinnvoll ermöglichte Öffnung.⁷¹ Gleiches gilt für die Gewährung eines Spielraums zur Reihung (Rangverhältnis) der Impfziele und Impfkriterien.

Als **Beispiel** für die Ausfüllung eines der Exekutive zu überlassenden Spielraums lässt sich die **Priorisierung der Lehrer und Erzieher** anführen. Hierzu sollte im Parlament eine grundsätzliche Einigung dazu erzielt werden, dass diese Personen für den Fall von Schul- und Kitaöffnungen eine gewisse Priorisierung erhalten sollten. Dies kann bei der parlamentarischen Diskussion des neuen § 20a Abs. 2a Nr. 4 IfSG erfolgen. Doch welche Lehr- und Erziehungspersonen unter welchen Voraussetzungen priorisiert werden, müsste von der Exekutive bestimmt werden. Denn nur dann, wenn die jeweilige pädagogische Einrichtung tatsächlich geöffnet ist, lässt sich eine Priorisierung des pädagogischen Personals vor älteren Personen rechtfertigen. Zur

⁶⁹ BVerfGE 33, 303 (345 f.).

⁷⁰ BVerfGE 147, 253 (322).

⁷¹ Dazu im Einzelnen *Leisner-Egensperger*, Impfpriorisierung und Verfassungsrecht, NJW 2021, 202 (204 ff.).



konkreten Umsetzung dieses Junktims zwischen Einrichtungsöffnung und Priorisierung ist die Exekutive berufen.

Zwischenfazit: Die Öffnung der Impfkriterien über das Wort insbesondere ist eine gesetzgebungstechnisch sinnvolle Maßnahme zur Ermöglichung flexibler Reaktion auf die Dynamik der Impfstoffverfügbarkeit. Eine gesetzgeberische Festlegung des Rangverhältnisses der Impfkriterien und -ziele ist möglich, verfassungsrechtlich aber nicht zwingend.

Fazit zum 3. Teil:

Die gesetzlichen Neuregelungen zur Impfpriorisierung in Art. 1 Nr. 2 und Art. 3 Nr. 1 GE sind zu begrüßen. Sie weisen als **nunmehr verfassungskonforme Regelungsgesamtheit** zwar gewisse systematische Mängel auf. Doch stellen sie als Gesetzgebungsmaßnahme zum gegenwärtigen Zeitpunkt die rechtspolitisch richtige – weil mit vergleichsweise geringem Änderungsbedarf einhergehende – Lösung für den Ausweg aus einem schwierigen Regelungsdilemma für eine **Übergangszeit** dar.

4. Teil: Änderungsbedarf zu den Schutzmaßnahmen nach § 28a IfSG

A. Zusammenhang des Gesetzentwurfs mit § 28a IfSG

Die vorgesehene Entfristung des § 5 IfSG (s.o. 1. Teil) sowie die anvisierte Evaluation der §§ 28 ff. IfSG werfen die Frage auf, ob der GE um eine Überarbeitung des § 28a IfSG ergänzt werden sollte. Sie stellt sich im Zusammenhang der Neuordnung des Feststellungserfordernisses zur epidemischen Lage von nationaler Tragweite auch deshalb, weil nach **§ 28a IfSG für die Dauer dieser Feststellung** besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 ergriffen werden können. Überdies ist der Deutsche Bundestag verfassungsrechtlich dazu verpflichtet, fortlaufend zu überprüfen, ob weitere präzisierende Anpassungen des § 28a IfSG vonnöten sein könnten.⁷²

Die Vorschrift des **§ 28a IfSG** ist seit ihrem Erlass im Rahmen des Dritten Bevölkerungsschutzgesetzes Gegenstand vielfältiger rechtswissenschaftlicher und rechtspolitischer Kontroversen. Aus der Vielzahl der hierzu erörterten Fragen können im vorliegenden Rahmen nur wenige Schlaglichter auf einen Novellierungsbedarf geworfen werden.

B. Normative Konzeption des § 28a IfSG

Als gefahrenabwehrrechtlicher Tatbestand weist die normative Fassung des § 28a IfSG eine **ungewöhnliche**, mitunter kritisierte⁷³ **Konzeption** auf. Denn diese Vorschrift ist nicht als klassische gefahrenabwehrrechtliche Norm formuliert, die unter

⁷² Vgl. *Brocker*, NVwZ 2020, 1485 (1488).

⁷³ Vgl. *Thorsten Kingreen*, Stellungnahme, Ausschussdr. 19(14)288(3), S. 3.



bestimmten Voraussetzungen konkrete Eingriffsmaßnahmen ermöglicht. Vielmehr muss die epidemische Lage nationaler Tragweite in regelmäßigen Abständen durch den Bundestag festgestellt werden, was wiederum Spielraum für bestimmte Schutzmaßnahmen in unterschiedlichen Abstufungen ermöglicht.

Diese ungewöhnliche Konzeption ist Kehrseite dessen, dass die gegenwärtige Pandemie vom Gesetzgeber nach wie vor als **freiheitsrechtlicher Ausnahmezustand** konzipiert ist. Ähnlich wie bei militärischen Auslandseinsätzen der Bundeswehr, die einer jeweils zu erneuernden parlamentarischen Legitimation bedürfen,⁷⁴ muss die epidemische Lage nationaler Tragweite **regelmäßig** vom Bundestag **festgestellt** werden. Die Alternative bestünde in der gesetzlichen Formulierung einer Generalklausel, deren schwierige Auslegung den Gerichten obläge. Aus den o.g. Gründen (vgl. Teil 1 A.) erscheint die regelmäßige Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite durch den Bundestag die derzeit verfassungspolitisch sinnvolle Lösung. Damit kann sich § 28a auf die Regelung möglicher Schutzkonzepte beschränken.

Zwischenfazit: Die ungewöhnliche normative Konzeption des § 28a IfSG ist als Kehrseite der verfassungspolitisch sinnvollen Bindung der epidemischen Lage an einen Feststellungsbeschluss des Bundestags für die Zeit der Coronapandemie hinzunehmen.

C. Zum Verhältnis von individuellem Gesundheitsschutz und Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems

Nach § 28a Abs. 3 S. 1 IfSG sind Entscheidungen über Schutzmaßnahmen „insbesondere an dem Schutz von Leben und Gesundheit *und* der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems auszurichten.“ In welchem **Verhältnis** die **Schutzgüter** „Leben und Gesundheit“ und „Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“ zueinander stehen, lässt der Gesetzgeber offen.⁷⁵ Hier einen Spielraum für Konkretisierungen vorzusehen, liegt innerhalb der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit.

Zum einen entspricht diese Regelungstechnik der in den Ländern eingeführten **gefahrenrechtlichen Systematik**, die weithin neben den Schutz von Individualrechtsgütern die Gewährleistung von Kollektivrechtsgütern stellt.⁷⁶ Ihren Ursprung findet diese Regelungssystematik in der amtlichen Begründung zu § 14 Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz.⁷⁷ Sie setzt sich in einer langjährigen Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts fort.⁷⁸ Darin wurden lange

⁷⁴ BVerfGE 108, 34 (43); 121, 135 (164); 123, 267 (422); 132, 1 (20).

⁷⁵ Kritisch dazu *Thorsten Kingreen*, Stellungnahme, Ausschussdr. 19(14)288(3), S. 3.

⁷⁶ Vgl. dazu *Leisner-Egensperger*, in: Baldus/Knauff (Hrsg.), Landesrecht Thüringen, § 4 Rn. 125 ff. m.w.N.

⁷⁷ PrGS 1931, S. 77.

⁷⁸ Grldg. dazu *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 232 m.w.N.



zwei Teilschutzgüter angenommen: die Unverletzlichkeit von Individualrechtsgütern und das Kollektivrechtsgut des Bestands des Staates und seiner Einrichtungen. Die Herausbildung einer dritten Fallgruppe, der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, ist erst eine Erscheinung der modernen Durchnormierung des Sicherheitsrechts. Insofern liegt die Regelungstechnik des § 28a Abs. 3 S. 1 IfSG auf der Linie der gefahrenabwehrrechtlichen Tradition.

Verfassungsrechtlich ist in einer individualistisch geprägten Rechtsordnung wie derjenigen der Bundesrepublik Deutschland die **Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems** nur insoweit Schutzgut, als sie zugleich mittelbar dem Schutz von Leben und Gesundheit dient. Es liegt aber innerhalb des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums, sie in ihrer systemtragenden Bedeutung in besonderer Weise herauszuheben. Dadurch werden Eingriffe legitimiert, die im Einzelfall nicht dem Individualrechtsschutz dienen, sondern nur der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems. Als Beispiel dafür lassen sich Reisebeschränkungen (vgl. § 28a Abs. 1 Nr. 11 IfSG) auch für Personen anführen, die in Ausübung ihres verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrechts⁷⁹ auf den Schutz ihres Lebens und ihrer Gesundheit verzichten wollen, d.h. beispielsweise für eine Reise nach Italien notfalls auch eine Infektion in Kauf nehmen wollen. Um hier die Rechtfertigungsanforderungen im Einzelfall abzusenken, ist die ausdrückliche Aufnahme des Kollektivguts der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems rechtspolitisch sinnvoll.

Zwischenfazit: Die Aufführung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems neben dem Schutz von Leben und Gesundheit liegt innerhalb des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums. § 28a Abs. 3 S. 1 IfSG ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

D. Unterscheidung zwischen verschiedenen Schutzmaßnahmen

Vielfach kritisiert wird die sprachliche Fassung der Schutzmaßnahmen, die nach § 28a Abs. 3 IfSG bei Überschreitung unterschiedlicher Inzidenzwerte ergriffen werden können. Rechtsstaatlich problematisch ist hier insbesondere die Formulierung des § 28a Abs. 3 S. 6 IfSG, nach der bei **Überschreitung eines Schwellenwerts von 35 „breit angelegte Schutzmaßnahmen“** ergriffen werden können. Unklar ist, was unter „breit angelegte Schutzmaßnahmen“ zu verstehen sein soll. Dies ist eine Formulierung, die – soweit ersichtlich – im Gefahrenabwehrrecht sonst nicht begegnet. Insbesondere wird darin nichts über eine potenzielle Eingriffstiefe ausgesagt.

⁷⁹ Grlgd. zu diesem BVerfGE 153, 182 ff. – selbstbestimmtes Sterben.



Sprachlich auffällig ist die Nähe von „breit angelegt“ i.S.d.§ 28a Abs. 3 S. 6 IfSG und „umfassend“ i.S.d. § 28a Abs. 3 S. 9 IfSG. Hier bleibt die Abgrenzbarkeit unklar.

Zwischenfazit: Die bei unterschiedlichen Inzidenzen zu ergreifenden Schutzmaßnahmen sollten sprachlich überarbeitet werden.

E. Abhängigkeit der Schutzmaßnahmen nur von Inzidenzen

Kritikwürdig ist ferner, dass die Intensität der nach § 28a Abs. 3 IfSG ergriffenen Maßnahmen ausschließlich davon abhängt, welcher Schwellenwert von Neuinfektionen je 100 000 Einwohnern überschritten wird.

Zum einen gibt es seit Erlass des Dritten Bevölkerungsschutzgesetzes **neue wissenschaftliche Erkenntnisse** dazu, **welche Kriterien** für die Pandemieentwicklung maßgeblich sein könnten. Zum anderen passt die Anknüpfung nur an die Höhe der Inzidenzen nicht zu den in § 28a Abs. 3 S. 1 IfSG genannten **Schutzgütern** „Leben und Gesundheit“ und „Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“. Hier fehlt es an einem inneren Konnex, der eine Zielgenauigkeit der jeweiligen Differenzierungen sicherstellen könnte.

Ein konkreter Vorstoß in Richtung auf eine Novellierung des § 28a IfSG lässt sich dem o.g. Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 4 entnehmen. Danach sollen folgende Indikatoren „mindestens zu berücksichtigen“ sein, „um ein umfassendes Bild zur Lagebewertung zu erhalten:

- Sieben-Tage-Inzidenz Gesamtbevölkerung und ältere Menschen
- Entwicklung der Reproduktionszahl (R-Wert)
- Anteil positiver Tests an den Gesamttestungen
- Auslastung der Intensivbettenkapazität
- Fortschritt bei den Impfungen“

Doch kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht empfohlen werden, diese Kriterien aufzunehmen. Denn angesichts der derzeitigen **Mutationen des Coronavirus**, die in wenigen Wochen die Oberhand gewonnen haben dürften und der Bundesrepublik Deutschland bereits im März sehr hohe Inzidenzzahlen bescheren sollen, sind solche Überlegungen derzeit nicht mehr als ein Gedankenexperiment.

Zwischenfazit: Die Abhängigkeit der Schutzmaßnahmen nur von Inzidenzzahlen, wie sie in § 28a Abs. 3 IfSG vorgesehen ist, ist zwar nicht sachadäquat. Angesichts der Dynamik und Unüberschaubarkeit des Infektionsgeschehens besteht gegenwärtig aber kein Spielraum für die gesetzliche Einführung eines sinnvollen Alternativkonzepts.

F. Novellierung der Begründungsanforderungen in § 28a Abs. 5 IfSG

Kritikwürdig erscheint die allgemein und zugleich unbestimmt formulierte Fassung des § 28a Abs. 5 IfSG. Danach sind Rechtsverordnungen mit einer allgemeinen Begründung zu versehen und zeitlich zu befristen. Diese Textfassung entspricht zwar



dem, was im Rahmen des Verordnungserlasses üblich ist. Angesichts der Quantität und Intensität der gegenwärtig ergriffenen Freiheitsbeschränkungen sollte hier jedoch sprachlich nachgebessert werden. Empfohlen wird hierzu folgender Formulierungsvorschlag: „*Rechtsverordnungen sind mit einer auf die konkrete Schutzmaßnahme bezogenen Begründung zu versehen.*“

G. Forderung nach Stufenplänen

Vielfach gefordert wird die **Implementierung von Stufenplänen** in das Regelungssystem des § 28a IfSG. Einen Vorstoß für eine diesbezügliche Einigung der Ministerpräsidenten hatte *Stephan Weil* kürzlich vorgelegt.⁸⁰ Der Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN formuliert ebenfalls das Erfordernis eines Stufenplans (Antrag S. 3).

Unter **rechtsstaatlichem Blickwinkel** spricht die notwendige Vorhersehbarkeit staatlicher Eingriffe grundsätzlich für die Implementierung eines solchen Stufenplans. Sie würde auch vorbehaltlich katastrophenschutzrechtlicher Besonderheiten den verfassungsrechtlichen Rahmen der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG wahren. In der Bevölkerung ließe sich auf diese Weise grundsätzlich auch die Akzeptanz mancher Freiheitsbeschränkungen erhöhen. Doch müsste ein in § 28a IfSG zu implementierender Stufenplan, der bei entsprechendem Bedarf auch die Inzidenz von 10 enthalten müsste, sachadäquat einen **erheblichen Spielraum für regionale und lokale Besonderheiten** lassen. Beispielhaft seien insoweit genannt:

- das geographische Umfeld des jeweiligen Landes (Nachbarschaft, Grenze zu Hotspots, Berufspendler),
- die jeweilige Siedlungsstruktur (Großstädte, kleinere Städte, ländliche Regionen),
- die Bevölkerungsdichte,
- das durchschnittliche Alter der Bevölkerung und ihr allgemeiner Gesundheitszustand,
- soziale und kulturelle Implikationen,
- wirtschaftspolitische Verflechtungen.

Rechtspolitisch ist für die Implementierung eines Stufenplans in § 28a IfSG dann die richtige Zeit gekommen, wenn deutlichere Erkenntnisse dazu vorliegen, welche **Auswirkungen die Mutanten auf das Pandemiegeschehen** haben. So besteht gegenwärtig insbesondere **kein Regelungsspielraum** dafür, einen **unbedingten Vorrang von Schulen und Kindertagesstätten** bei der Öffnung vorzusehen. Denn wenn tatsächlich – wie Medienberichten zu entnehmen ist⁸¹ – die Mutanten vermehrt Kinder gefährden und für diese lebensbedrohlich werden können, wäre die Aufrechterhaltung der allgemeinen Schulpflicht unvereinbar mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Schulöffnungen müssten durch eine umfassende Aufklärungskampagne für Eltern

⁸⁰ <https://www.stk.niedersachsen.de/startseite/presseinformationen/>.

⁸¹ Von *Bredow/Hackenbroch*, Die dritte Welle, Der Spiegel 2021/Heft 7, S. 97.



(vgl. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) flankiert und dürften nicht prioritär in Betracht gezogen werden. Nachdem die Öffnung von Schulen und Kitas wegen ihrer vielfältigen sozialen und bildungspolitischen Implikationen vor Verbreitung der Mutanten der argumentative Ausgangspunkt für Stufenpläne war, besteht gegenwärtig auch für weitere Stufen kein Regelungsspielraum.

Zwischenfazit: Die Implementierung von Stufenplänen in § 28a Abs. 3 IfSG ist ein rechtspolitisch grundsätzlich sinnvolles, unter sachadäquater Berücksichtigung regionaler Besonderheiten grundsätzlich weiter zu verfolgendes Projekt. Es sollte jedoch zunächst abgewartet werden, bis die Gefährlichkeit von Mutanten insbesondere für Kinder und Jugendliche wenigstens annähernd abgeschätzt werden kann.⁸²

Fazit: Das Schutzkonzept des § 28a IfSG ist in seiner normativen Grundstruktur nicht zu beanstanden. Allerdings bedarf die Unterscheidung verschiedener Schutzmaßnahmen der sprachlichen Schärfung. Auch sollten die Anforderungen an die Begründung im Rahmen des § 28a Abs. 5 IfSG sprachlich präziser gefasst und konkretisiert werden. Rechtspolitisch sinnvoll wäre auf evidenzbasierter wissenschaftlicher Grundlage die Implementierung eines Stufenplans, der allerdings sachadäquat Spielraum für die Berücksichtigung regionaler und lokaler Besonderheiten vorsehen müsste.

München, den 18. Februar 2021

Anna Leisner-Egensperger

⁸² Von „weiterhin unabsehbarer Entwicklung der pandemischen Situation“ spricht auch die Bundesärztekammer, Stellungnahme, Ausschussdr. 19(14)288(2), S. 6.