

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
19(14)288(20)
gel ESV zur öffentl Anh am
22.02.2021 -EpiLage
22.02.2021



**FRIEDRICH-SCHILLER-
UNIVERSITÄT
JENA**

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Lehrstuhl für
Deutsches und Europäisches
Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Universität Jena · Rechtswissenschaftliche Fakultät · 07737 Jena

Sekretariat des
Ausschusses für Gesundheit
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Professor Dr. Michael Brenner
Universitätsprofessor

Carl-Zeiß-Straße 3
07743 Jena

Telefon: 0 36 41 9-42240

Telefax: 0 36 41 9-42242

E-Mail: Michael.Brenner@uni-jena.de

Jena, am 22. Februar 2021

**Nur per E-Mail: gesundheitsausschuss@bundestag.de
anja.luedtke@bundestag.de**

**Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Gesundheit
am 22. Februar 2021**

zu dem von den Fraktionen der CDU/CSU und SPD vorgelegten

**Entwurf eines Gesetzes zur Fortgeltung der die epidemische Lage von
nationaler Tragweite betreffenden Regelungen**

BT-Drucks. 19/26545

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

zu dem o.g. Gesetzentwurf nehme ich wie folgt Stellung:

1. Das Anliegen des Gesetzentwurfs

Der Deutsche Bundestag hat mit Wirkung zum 28. März 2020 nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt. Deren Fortbeste-

hen wurde durch den Deutschen Bundestag am 18. November 2020 festgestellt. Die an die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite anknüpfenden Regelungen sind jedoch bis zum 31. März 2021 befristet. Mit Blick hierauf und angesichts der dynamischen Entwicklung der Corona-Pandemie besteht das Anliegen des Gesetzentwurfs darin, die Geltung der gegenwärtigen Regelungen und Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und zur Bewältigung der Auswirkungen auf das Gesundheitswesen und die langzeitpflegerische Versorgung über den 31. März 2021 hinaus zu verlängern und zudem für künftige pandemische Lagen die geschaffenen rechtlichen Grundlagen zu erhalten.

2. Die Änderungen des Infektionsschutzgesetzes

a. Die Beendigung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite

§ 5 Abs. 1 S. 1 IfSG ermächtigt den Deutschen Bundestag, eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festzustellen, wenn die in S. 4 der Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Liegen diese nicht mehr vor, hebt der Bundestag diese Feststellung – gewissermaßen als *actus contrarius* – wieder auf. Nach derzeitiger Rechtslage treten sowohl § 5 IfSG als auch die Regelungen, die aufgrund der epidemischen Lage von nationaler Tragweite erlassen wurden, zum 31. März 2021 außer Kraft.

Mit Blick hierauf statuiert § 5 Abs. 1 S. 2 und 3 des Gesetzentwurfs nunmehr einen Aufhebungsmechanismus dergestalt, dass die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite automatisch aufgehoben wird, wenn der Deutsche Bundestag nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung der epidemischen Lage deren Fortbestehen feststellt oder erneut feststellt. Damit wird eine Erleichterung gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage herbeigeführt, da diese eine ausdrückliche Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite verlangt.

Die Frist von drei Monaten erscheint angemessen und sinnvoll, lässt sie doch dem Deutschen Bundestag die zeitlich angemessene Option, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Feststellung vorliegen oder nicht. Bleibt der Bundestag untätig, so wird, gewissermaßen in Anlehnung an den Gedanken der Sunset-Gesetzgebung, die epidemische Lage automatisch beendet.

b. Externe Evaluation

Der vorgeschlagene § 5 Abs. 9 IfSG sieht vor, dass das Bundesministerium für Gesundheit eine externe Evaluation zu den Auswirkungen verschiedener, im Zusammenhang mit der Pandemie getroffener Regelungen durch die Deutsche Akademie der Naturforscher e. V. Leopoldina beauftragt. Das Ergebnis der Evaluierung soll bis zum 31. Dezember 2021 vorgelegt werden.

Der Vorschlag erscheint sinnvoll, nicht zuletzt im Hinblick auf mögliche neue Pandemien in der Zukunft. Um allerdings auch zeitnah Entscheidungsgrundlagen für eine Verlängerung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite zu ermitteln, wäre es wünschenswert, wenn eine begleitende Evaluation in Auftrag gegeben werden könnte, die sich auf den Zeitraum von jeweils drei Monaten konzentriert. Damit könnte ein gewisser Gleichlauf mit § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG n. F. verwirklicht werden.

c. Die Geltungsdauer von Rechtsverordnungen

Die vorgeschlagene Änderung von § 5 Abs. 4 IfSG knüpft an die Geltungsdauer von Verordnungen an, die aufgrund der Feststellung des Bestehens einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite erlassen wurden sind und die nach derzeitiger Rechtslage nur bis zum 31. März in Geltung bleiben würden. Der Gesetzesvorschlag hat zur Folge, dass erlassene Rechtsverordnungen bis zum Außerkrafttreten der epidemischen Lage von nationaler Bedeutung in Kraft bleiben.

Diese Ausgestaltung erscheint konsequent, sorgt sie doch für einen Gleichlauf zwischen Geltungsdauer zwischen Fortbestehen der epidemischen Lage und hierdurch begründeten Rechtsverordnungen.

d. Ausrichtung an Impfzielen

§ 20 Abs. 2a des Gesetzentwurfs formuliert mit Blick auf Empfehlungen der Ständigen Impfkommission zur Durchführung von Schutzimpfungen gegen das Coronavirus verschiedene Impfziele. An diesen Impfzielen haben sich zukünftig die Empfehlungen der Impfkommission auszurichten. Bedeutung erlangen die Empfehlungen der Impfkommission u. a. aufgrund von § 20i SGB V und im Zusammenhang mit der Coronavirus-Impfverordnung.

Die Impfziele hegen die Empfehlungen der ständigen Impfkommission weitreichend ein. Der Gesetzgeber wird hier seiner Verantwortung gerecht, indem er im Gesetz selbst die Kriterien nennt, die für die Empfehlungen der ständigen Impfkommission zur Durchführung von Schutzimpfungen wesentlich sind und zu beachten sind. Darüber hinaus berücksichtigen die aufgeführten Kriterien insbesondere die Aspekte, denen bei der Bekämpfung der Pandemie wesentliche Bedeutung zukommt; mit Blick hierauf erscheint auch der Änderungsantrag 5 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD sinnvoll, da er das aufenthaltsbedingte Infektionsrisiko miteinbezieht.

Eine Reihenfolge wohnt den Impfzielen indes nicht inne; dies bedeutet zugleich, dass der ständigen Impfkommission eine gewisse Wertungsfreiheit im Hinblick auf deren Empfehlungen zukommt. Diese Wertungsfreiheit erscheint indes zum einen aufgrund der Fachkompetenz der ständigen Impfkommission gerechtfertigt; zum anderen ist davon auszugehen, dass die Impfkommission ihre Entscheidung nach sorgfältiger Abwägung aller insoweit maßgeblichen Aspekte trifft.

Müssen bei einer beschränkten Verfügbarkeit von Impfstoffen notwendige Priorisierungen vorgenommen werden, so sind die Empfehlungen der Impfkommission zu

berücksichtigen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Coronavirus-Impfverordnung. Damit wird zugleich die Entscheidungsfreiheit des Bundesgesundheitsministeriums beim Erlass von Rechtsverordnungen einer Eingrenzung unterworfen.

3. Die Änderungen des SGB V

Die vorgeschlagene Ergänzung von § 20i Abs. 3 SGB V um die Sätze 4 und 5 enthält für den Fall einer beschränkten Verfügbarkeit von Impfstoffen die Ermächtigung an den Verordnungsgeber – das Bundesministerium für Gesundheit –, eine Priorisierung der Anspruchsberechtigten nach Personengruppen festzulegen. Das Gesetz nennt verschiedene exemplarische Priorisierungskriterien, z. B. das Alter der Anspruchsberechtigten oder ihren Gesundheitszustand. Zudem sind bei der Priorisierung die in § 20 Abs. 2a S. 1 IfSG genannten Ziele zu berücksichtigen.

Mit der vorgeschlagenen Regelung werden dem Gestaltungsermessen des Gesundheitsministeriums bei dem Erlass der Rechtsverordnung wesentliche Leitlinien entzogen. Dabei ist eine weitreichende Kongruenz festzustellen zwischen den im SGB V festgelegten Priorisierungskriterien einerseits und den im IfSG aufgeführten Impfzielen andererseits. Aus diesem Grund bedarf es letztlich auch keiner Entscheidung, in welchem Verhältnis die Priorisierungskriterien zu den Impfzielen stehen.

Die gesetzliche Grundlage für den Verordnungserlass genügt den Vorgaben von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, da die im Gesetz aufgeführten Kriterien hinreichend klar das Programm der zu erlassenden Rechtsverordnungen vorgeben und erkennen lassen. Welchen Priorisierungskriterien dann beim Erlass der Rechtsverordnung der Vorrang eingeräumt wird, ist vom Verordnungsgeber zu entscheiden; diesem muss eine situationsgebundene Flexibilität eingeräumt werden. Angesichts der Unberechenbarkeit und Nichtvorhersehbarkeit der Entwicklung der pandemischen Situation, insbesondere auch im Hinblick auf Mutationen des Virus, wäre es nicht sachgerecht, diese Entscheidung dem Gesetzgeber in einem (zeit-)aufwendigen Verfahren zu überlassen.

Für Situationen wie die hier vorliegende ist das Instrument der Rechtsverordnung gerade geschaffen und geeignet.

Ungeachtet dessen wird bei der zu treffenden Entscheidung jedoch vorrangig dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) Rechnung zu tragen sein.

Von diesen Überlegungen abgesehen, haben sich mittlerweile verschiedene Gerichte mit der Priorisierung auseinandergesetzt und diese bestätigt (vgl. z. B. SG Oldenburg, Beschluss vom 21. Januar 2021 – S. 10 SV 1/21 ER – juris, Rdnr. 24). So hat insbesondere das Verwaltungsgericht Berlin mit Beschluss vom 29. Januar 2021 (14 L 33/21 -, juris) ausgeführt, dass die in der Coronavirus-Impfverordnung vorgesehene Abschichtung nach höchster Priorität, hoher Priorität, erhöhter Priorität und der Impfabgabe an alle übrigen Anspruchsberechtigten Anwendung zu finden hat und eine Impfung in der in der Rechtsverordnung vorgesehenen Reihenfolge durchzuführen ist. Eine Anspruchsberechtigung und damit ein Anspruch auf Gewährung einer Schutzimpfung besteht demnach nur für den Fall, dass der Betroffene der jeweiligen Impfkategorie zugehört – und auch dies nur für den Fall, dass der vorhandene Impfstoff verfügbar ist. Gehört der Betroffene nicht derjenigen Kategorie an, die derzeit geimpft werden kann, so ist der Anspruch auf Impfung noch nicht fällig (VG Berlin, aaO., Rdnr. 20). Werden mit Blick hierauf in einem Bundesland derzeit nur Schutzimpfungen mit höchster Priorität durchgeführt, besteht ein Anspruch für Personen nicht, die in § 3 oder § 4 der Coronavirus-Impfverordnung aufgeführt sind.

Darüber hinaus hat das Verwaltungsgericht Berlin in der genannten Entscheidung auch ausgeführt, dass einem Antragsteller auch kein Anspruch auf eine (ermessensfehlerfreie) Einzelfallentscheidung zukommt. Dies folgt nach Auffassung des Verwaltungsgerichts daraus, dass eine Ausnahmeregelung, die für bestimmte individuelle Konstellationen eine vorzeitige Impfung von bestimmten Personen abweichend von der Priorisierungsregelung ermöglichen würde, in der Coronavirus-Impfverordnung

nicht enthalten ist. Insbesondere ist § 1 Abs. 2 S. 1 der Coronavirus-Impfverordnung („sollen“) kein intendiertes Ermessen mit subjektiv-rechtlicher Qualität zu entnehmen, wonach der Einzelne eine Einzelfallentscheidung zur höheren Priorisierung seines Impfanspruchs fordern könnte (VG Berlin, aaO., Rdnr. 23). Einen Priorisierungsanspruch im Einzelfall vermittelt die Verordnung jedenfalls nicht.

Besondere aber hat das Verwaltungsgericht dargetan, dass die staatlichen Organe, denen die Wahrung des Grundgesetzes als Ganzes anvertraut ist, bei der Erfüllung von Schutzpflichten einen weiten Gestaltungsspielraum haben, bei dem sie häufig vor der Herausforderung stehen, gegensätzliche Grundrechtspositionen auszugleichen und jeder die jeweils angemessene Geltung zu verschaffen. Dafür gibt das Grundgesetz nur den Rahmen, nicht aber bestimmte Lösungen vor. Aus diesem Grund „kommt der Exekutive ein großer Gestaltungsfreiraum, auch mit Einschätzungsprärogativen für die Wahl geeigneter Mittel zu, um den dem Grunde nach gebotenen Schutz zu gewährleisten. Begrenzt wird der Gestaltungsspielraum durch das so genannte Untermaßverbot, welches Mindestanforderungen an die Ausgestaltung des Schutzes formuliert, abhängig einerseits von der Schutzbedürftigkeit und dem Rang des betroffenen Rechtsguts und andererseits vom Gewicht der damit kollidierenden Rechtsgüter“ (VG Berlin, aaO. Rdnr. 26).

Mit Blick auf das weitreichende Gestaltungsermessen des Ordnungsgebers sind daher im Hinblick auf die angestrebte Priorisierung verfassungsrechtliche Bedenken nicht anzumelden.

gez. Michael Brenner

Professor Dr. Michael Brenner