

PROF. DR. FRANZ MAYER LL.M. (YALE)

Universität Bielefeld
Fakultät für Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Europarecht, Völkerrecht,
Rechtsvergleich und Rechtspolitik
franz.mayer@uni-bielefeld.de

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
20(14)24(1)
gel ESV zur öffent. Anh am
06.04.2022 - Genesenen-Status
06.04.2022

Die Dauer des Genesenenstatus

–

Europarechtliche Aspekte

Thesen und Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung

Deutscher Bundestag, Gesundheitsausschuss

Mittwoch, 6. April 2022

Kernthese:

Die Dauer des Genesenen-Status kann auf mitgliedstaatlicher Ebene festgelegt werden, auch wenn es anderweitige europäische Vorgaben gibt, weil diese Vorgaben unverbindlich sind.

1. Der einschlägige **Kompetenztitel zum Gesundheitswesen, Art. 168 AEUV**, ist davon geprägt, dass die Union dort im Wesentlichen nur **ergänzende und koordinierende Maßnahmen** treffen darf. Folgerichtig wird in Art. 168 Abs. 6 die **weiche Handlungsform der Empfehlung** vorgeben. Aus der mageren Kompetenzausstattung der Union im Bereich der Gesundheit folgt, dass dazu die **Hauptverantwortung bei den Mitgliedstaaten** bleiben soll.
2. **Empfehlungen** „sind **nicht verbindlich**“ (Art. 288 Satz 5 AEUV). Auch **mittelbare** Rechtswirkungen kommen vorliegend nicht in Betracht.
3. Der Gegensatz zwischen 180 Tagen (EU-Empfehlung) und 90 Tagen (§ 22a IfSchG) lässt sich **weder mit dem Subsidiaritäts- noch mit dem Vorrangprinzip auflösen**.
4. In der kürzeren Zeitspanne von 90 Tagen in Deutschland liegt **kein Verstoß gegen Grundfreiheitsgarantien** (Freizügigkeit). Vorliegend rechtfertigt Gesundheitsschutz restriktivere nationale Maßnahmen.

Stellungnahme

I. Ausgangspunkt: Magere Kompetenzausstattung der EU im Bereich der Gesundheit

Die Mitgliedstaaten haben der EU im Bereich der **Gesundheitspolitik** nur sehr **wenig Handlungsmöglichkeiten** eingeräumt.

Entsprechend ist die Union im Bereich von Schutz und Verbesserung der menschlichen Gesundheit nach Art. 6 AEUV lediglich

„für die Durchführung von Maßnahmen zur **Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten** zuständig“.

Der einschlägige **Kompetenztitel zum Gesundheitswesen, Art. 168 AEUV**, ist entsprechend davon geprägt, dass die Union im Wesentlichen **ergänzende und koordinierende Maßnahmen** treffen darf. In Art. 168 Abs. 5 AEUV wird ausdrücklich festgehalten, dass die Union „unter **Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten** tätig wird“.

Folgerichtig wird dann in Art. 168 Abs. 6 die **weiche Handlungsform der Empfehlung** vorgegeben. Wörtlich heißt es:

„Der Rat kann ferner auf Vorschlag der Kommission für die in diesem Artikel genannten Zwecke Empfehlungen erlassen.“

Aus der mageren Kompetenzausstattung der Union im Bereich der Gesundheit folgt, dass dazu die **Hauptverantwortung bei den Mitgliedstaaten** bleiben soll: „Die Tätigkeit der Union **ergänzt** die Politik der Mitgliedstaaten, die Union „**fördert**“, sie „**unterstützt**“.

Ausdrücklich bleibt es nach Art. 168 Abs. 7 AEUV bei der

„**Verantwortung der Mitgliedstaaten** für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung“.

„Die Verantwortung der Mitgliedstaaten umfasst die Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel.“

II. Keine rechtliche Bindungswirkung von Empfehlungen

Art. 288 AEUV legt fest, welcher Handlungsform der EU rechtliche Verbindlichkeit zukommt. Verbindlich sind Verordnungen und Richtlinien. **Empfehlungen** und Stellungnahmen „**sind nicht verbindlich**“ (Art. 288 Abs. 5 AEUV).

S. EuGH, Urt. v. 18.3.2010, Rs. C-317/08 u.a., Rn. 40 – Alassini.

Vorliegend geht es um eine solche unverbindliche Empfehlung, in der die Dauer des Genesenenstatus niedergelegt ist.

Empfehlung (EU) 2022/107 des Rates vom 25. Januar 2022 für eine koordinierte Vorgehensweise zur Erleichterung der sicheren Ausübung der Freizügigkeit während der COVID-19-Pandemie und zur Ersetzung der Empfehlung (EU) 2020/1475, ABIEU L 18/110 v. 27.1.2022.

Eine unverbindliche Handlungsform wie die Empfehlung wird typischerweise dort Verwendung finden, wo die Union keine harten Regelungskompetenzen hat. Das ist hier der Fall, siehe oben.

„**Nicht verbindlich**“ bedeutet: **keine rechtliche Bindungswirkung**.

Es lässt sich noch über **mittelbare Rechtswirkungen** von Empfehlungen nachdenken.

So lassen sich Empfehlungen als **Interpretationshinweise** heranziehen, wenn es um einen besonderen **Auslegungsbedarf von Recht** geht. Dabei handelt es sich bei der Vorgabe „180 Tage“ ersichtlich **nicht**. Hier geht es um einen **unverbindlichen Ratschlag**. Über diesen können sich Mitgliedstaaten hinwegsetzen.

Der Grundsatz der **Unionstreue** in Art. 4 Abs. 3 EUV **steht dem nicht entgegen**. Würde man aus der Unionstreue ableiten, dass Empfehlungen der EU zu befolgen sind, dann wären diese ja doch verbindlich. Man entnimmt der Unionstreue aber immerhin das Erfordernis, dass Mitgliedstaaten **Empfehlungen nicht einfach ignorieren** können, sondern eine **Abweichung erklären** müssen.

Dazu bereits Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 461.

Dies ist hier der Fall, weil die Abweichung im nationalen Recht mit dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis begründet werden kann.

Das gilt freilich auch für die europäische Vorgabe von 180 Tagen. Diese geht ausweislich des ursprünglichen Kommissionsentwurfs auf das **Europäische Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (ECDC)** zurück.

Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Rahmen für die Ausstellung, Überprüfung und Anerkennung interoperabler Zertifikate zur Bescheinigung von Impfungen, Tests und der Genesung mit der Zielsetzung der Erleichterung der Freizügigkeit während der COVID-19-Pandemie (digitales grünes Zertifikat), COM/2021/130 final v. 17.3.2021, Erwägungsgrund 32.

Der Sache nach stehen damit die **europäische Expertise gegen die mitgliedstaatliche**, ECDC gegen RKI. Dafür, dass sich wissenschaftliche Erkenntnisse widersprechen, kann es unterschiedliche Erklärungen geben. Die einfachste Erklärung ist, dass die strengere nationale Regelung schlicht jünger ist und damit den letzten Stand der Wissenschaft insoweit besser abbildet. So oder gilt bei einem inhaltlichen Gegensatz, dass das nationale Recht sich durchsetzt.

III. Keine Subsidiaritäts- oder Vorrangfrage

§ 22a Abs.2 Nr. 2 IfSchG stellt für einen Genesenen-Nachweis darauf ab, dass die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion mindestens 28 Tage und höchstens **90 Tage** zurückliegt.

§ 22a Abs. 4 IfSchG ermöglicht eine **Anpassung der Zeitspanne**. Die Bundesregierung wird dort ermächtigt, **durch Rechtsverordnung** mit Zustimmung des Bundesrates **nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft und Forschung** von den Absätzen 1 bis 3 abweichende Anforderungen u.a. an einen Genesenen-Nachweis zu stellen.

Die einschlägige **europäische Empfehlung** richtet sich auf **180 Tage**. Das deutsche Recht ist also restriktiver als die europäische Empfehlung.

Das **Subsidiaritätsprinzip** hilft hier nicht weiter. Das Subsidiaritätsprinzip dient im Europarecht zunächst einmal der **Kompetenzkontrolle europäischer Kompetenzen**, als **Kompetenzausübungsprinzip** für EU-Kompetenzen. Es gilt auch für Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen der EU, also die weichen Kompetenzen. Vorliegend geht es indessen nicht um die Frage, ob die Kompetenzausübung der EU zu weit geht, es geht um die **strengere Regelung auf mitgliedstaatlicher Ebene**.

Weil die europäische Vorgabe unverbindlich ist, kann der Mitgliedstaat natürlich abweichende Regelungen treffen. Insoweit ist auch **kein Raum** für das europarechtliche **Vorrangprinzip**.

Das IfSG lässt bei der Verordnungsermächtigung den **allein maßgeblichen Parameter** erkennen: **der aktuelle Stand der Wissenschaft und Forschung**. Wenn dieser die strengere nationale Regelung begründet, dann kann das Europarecht dem nichts entgegenhalten. Schon weil auch das Europarecht sich ja ausdrücklich an diesem Stand orientieren will.

Siehe nur das Beispiel in COM/2021/130 final v. 17.3.2021, Erwägungsgrund 32 „auf Grundlage der aktuellsten wissenschaftlichen Erkenntnisse“.

IV. Kein Verstoß gegen Grundfreiheitsgarantien (Freizügigkeit)

Europarechtliche Fragen stellen sich vorliegend **unter zwei Aspekten**, das spiegelt letztlich den Aspekt der positiven Integration (**Rechtsetzung**), und den der negativen Integration (bestimmte europäische **Verbotnormen**, die die Mitgliedstaaten beachten müssen):

Zum einen fragt sich, ob die Union die **vorrangige Kompetenz zur Festlegung des Genesenenzeitraums** hat. Dazu siehe oben: Nein, weil die Kompetenzen der Union hier allenfalls für gute Ratschläge reichen.

Zum anderen lässt sich aber fragen, ob nicht **Gewährleistungen des Unionsrechts** durch die **restriktivere nationale Bestimmung des Genesenenzeitraums beeinträchtigt** werden.

Das betrifft die **Grundfreiheiten**, etwa die Arbeitnehmerfreizügigkeit oder die Dienstleistungsfreiheit, die hier wie Verbotsnormen wirken: mitgliedstaatliches Recht, das die Grundfreiheiten beeinträchtigt, soll es nicht geben.

Zwar ergibt sich aus einer kürzeren Laufzeit des Genesenenstatus in Deutschland **keine Diskriminierung der ausländischen Unionsbürger** - für Inländer und Ausländer gelten ja die gleichen (strengerer) Regeln. Die Grundfreiheiten schützen aber auch vor **nicht-diskriminierenden Beschränkungen**.

Allerdings gelten die **Grundfreiheiten nicht ohne jede Grenze**: jedenfalls der Ordre public-Vorbehalt, die öffentliche Sicherheit, öffentliche Ordnung und eben **Gesundheitsschutz** sind solche Grenzen, für die Arbeitnehmerfreizügigkeit beispielsweise in Art. 45 Abs. 3 AEUV.

Diese Stoppschilder stehen unter dem **Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit**, daran bestehen aber vorliegend keine Zweifel, wenn der **Gesundheitsschutz mit dem aktuellen Stand von Wissenschaft und Forschung begründet** ist.

Hier wird man auch mit der Dynamik der Situation und damit verbundenen **Einschätzungsspielräumen** argumentieren können.

Die Zulässigkeit der Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts durch die Verkürzung der Genesenendauer wird übrigens in Art. 11 Abs. 1 der Verordnung 2021/953 zum digitalen Covid-Zertifikat

Verordnung (EU) 2021/953 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2021 über einen Rahmen für die Ausstellung, Überprüfung und Anerkennung interoperabler Zertifikate zur Bescheinigung von COVID-19-Impfungen und -Tests sowie der Genesung von einer COVID-19-Infektion (digitales COVID-Zertifikat der EU) mit der Zielsetzung der Erleichterung der Freizügigkeit während der COVID-19-Pandemie,

auch anerkannt.

„Unbeschadet der **Befugnis der Mitgliedstaaten, Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Gesundheit zu verhängen**, sehen die Mitgliedstaaten, wenn sie Impfzertifikate, Testzertifikate mit negativem Testergebnis oder Genesungszertifikate akzeptieren, davon ab, zusätzliche Beschränkungen des Rechts auf Freizügigkeit wie zusätzliche reisebezogene Tests auf SARS-CoV-2-Infektionen oder Quarantäne oder Selbstisolierung im Zusammenhang mit einer Reise zu verhängen, **es sei denn, sie sind notwendig und verhältnismäßig**, um die öffentliche Gesundheit als Reaktion auf die COVID-19-Pandemie zu schützen, wobei auch verfügbare wissenschaftliche Erkenntnisse, einschließlich epidemiologischer Daten, die vom ECDC auf der Grundlage der Empfehlung (EU) 2020/1475 veröffentlicht wurden, berücksichtigt werden.“

Die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten sind allerdings nach Abs. 2 zu unterrichten.