



Universität Jena – Prof. Dr. Anika Klafki – 07737 Jena

Deutscher Bundestag  
Ausschuss f. Gesundheit  
  
Ausschussdrucksache  
**19(14)246(9)**  
zur öff Anh am 12.11.2020 -  
Drittes Bevölkerungsschutzgesetz  
10.11.2020

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Prof. Dr. Anika Klafki

Juniorprofessur (Tenure Track) für  
Öffentliches Recht, insbes. transnationales  
Verwaltungsrecht

Raum 1.40, Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena

Telefon: 0 36 41 9-422 25

Telefax: 0 36 41 9-422 22

E-Mail: [anika.klafki@uni-jena.de](mailto:anika.klafki@uni-jena.de)

Jena, den 10. November 2020

**Stellungnahme als Einzelsachverständige zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zum  
Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite  
(BT.Drs. 19/23944)**

Angesichts der Kürze der für die Begutachtung zur Verfügung stehenden Zeit beschränkt sich die folgende Stellungnahme auf drei Regelungskomplexe: die Einführung des **§ 28a IfSG** mit entsprechender Anpassung des **§ 28 IfSG** (Art. 1 Nr. 16, 17) (dazu unter I.), die Änderungen des **§ 5** und **§ 36 IfSG** im Hinblick auf **Regelungen zum Reiseverkehr** (Art. 1 Nr. 4, 18) (dazu unter II.) sowie die Notwendigkeit einer Verordnungsbefugnis für die **Rationierung und Verteilung zukünftiger Impfstoffe** (dazu unter III.).

**I. Anpassung des § 28 IfSG und Einführung eines § 28a IfSG (Art. 1 Nr. 16, 17)**

Der **§ 28a E-IfSG** dient dazu, die andauernden erheblichen Grundrechtseingriffe im Zuge der Corona-Pandemie auf eine **hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage** zu stellen. Ausdrücklich heißt es dazu im Gesetzesentwurf, dass „eine gesetzliche **Präzisierung** im Hinblick auf **Dauer, Reichweite und Intensität** möglicher Maßnahmen“ geschaffen werden soll (BT-Drs. 19/23944, S. 2). Das Regelungsmotiv ist sehr zu begrüßen.

Leider bleibt der Gesetzesentwurf weit hinter dieser ambitionierten Zielvorgabe zurück (1.). **Von einem Beschluss der Regelung in seiner derzeitigen Fassung wird abgeraten.** Stattdessen bedarf es einer **sorgsameren und ausführlicheren Regelung** der infektionsschutzrechtlichen Bekämpfungsmaßnahmen (2.).

## 1. Ausführliche Analyse des Regelungsvorschlages

Die Zusammenstellung der in § 28a Abs. 1 S. 1 E-IfSG aufgelisteten Maßnahmen ist in dieser Form nicht geeignet, die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes in Bezug auf eingriffsintensive Bekämpfungsmaßnahmen zu wahren (a). Das Verhältnis zwischen § 28 Abs. 1 S. 1 E-IfSG zu § 28a E-IfSG ist unklar, was zu Vollzugsproblemen in der Praxis führen kann (b). Weiterhin fehlt eine Definition der in § 28a Abs. 2 S. 2-5 E-IfSG verwendeten Begrifflichkeiten „schwerwiegende Schutzmaßnahmen“, „stark einschränkende Schutzmaßnahmen“ und „einfache Schutzmaßnahmen“ (c). Ferner stehen die in § 28a Abs. 2 S. 1, S. 6-8 IfSG getroffenen Regelungen in Konflikt mit der Vollzugshoheit der Länder (d). Schließlich dürfte die pauschale Ermächtigung zur dauerhaften und kumulativen Anordnung insbesondere eingriffsintensiver Maßnahmen nach § 28a Abs. 3 IfSG unverhältnismäßig sein (e).

### a) Mängel des Maßnahmenkatalogs in § 28a Abs. 1 S. 1 E-IfSG

In § 28a Abs. 1 S. 1 E-IfSG werden zunächst zahlreiche, in ihrer Eingriffsintensität höchst unterschiedliche Maßnahmen, schlagwortartig aufgelistet. Durch die Einleitung des Kataloges mit „insbesondere“ wird klargestellt, dass die Auflistung nicht abschließend ist. Vielmehr sind die genannten Maßnahmen als bloße **Regelbeispiele** zu verstehen. Gerade bei eingriffsintensiven Maßnahmen ist eine derartige Normierungsweise schon von vornherein ungeeignet, den aus der Wesentlichkeitstheorie und für Rechtsverordnungen unmittelbar aus Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG folgenden **Bestimmtheitsgrundsatz** zu wahren.

Die **Reihenfolge** der genannten Maßnahmen scheint zudem **willkürlich** gewählt zu sein – weder orientiert sie sich an der Eingriffsintensität der Maßnahmen noch an den betroffenen Grundrechten. Eine **nähere Definition** der aufgelisteten Maßnahmen **fehlt**. Insbesondere stark freiheitsbeeinträchtigende Maßnahmen wie etwa die „Ausgangsbeschränkung“ oder die „Reisebeschränkung“ werden nicht näher ausgestaltet und auch nicht durch spezielle Tatbestandsvoraussetzungen oder einschränkende Maßgaben auf Rechtsfolgenebene begrenzt. Explizit sind **Ausgangsbeschränkungen „im privaten Raum“** gestattet. Bei unbefangener Lesart könnte man daher meinen, der Gesetzgeber wolle die zuständigen Behörden ermächtigen, den Gang in den eigenen Garten zu verbieten. Unklar bleibt auch, ob und welche Ausnahmen bei infektionsschutzrechtlichen Ausgangsbeschränkungen zwingend erforderlich sind. Nach derzeitigem Gesetzeswortlaut wäre auch eine absolute Ausgangssperre – die eine den Richtervorbehalt nach Art. 104 Abs. 2 GG auslösende Freiheitsentziehung darstellen würde –

möglich.<sup>1</sup> Wichtig wäre, klarzustellen, dass Aufenthalte im Freien, von denen keine infektionsschutzrechtlichen Gefahren ausgehen, wie auch die Befriedigung von Grundbedürfnissen auch im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite erlaubt bleiben müssen. Auch der **Begriff der „Reise“** bedarf einer Legaldefinition. Aus der Entwurfsbegründung (BT-Drs. 19/23944, S. 30) geht hervor, dass insbesondere auch Inlandsreisen und beruflich veranlasste Reisen erfasst sein sollen. Doch was ist eine Inlandsreise? Ein Ortswechsel von mehr als 100 km oder jede Fahrt mit einem motorisierten Verkehrsmittel? Soll die tägliche Fahrt zur Arbeitsstätte hierunter fallen? Der Gesetzesentwurf gibt hierzu keine Auskunft, was zu einer **uneinheitlichen Rechtsanwendung in den Ländern** führen wird, die **Akzeptanzprobleme** hervorrufen und viele Gerichtsverfahren nach sich ziehen kann. Schließlich müssen auch Maßnahmen wie **Versammlungs- oder Gottesdienstverbote** nach § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 11 E-IfSG sowohl auf Tatbestandsseite wie auch auf Rechtsfolgenebene klarer normiert werden.<sup>2</sup> Der **Gesetzgeber** muss **selbst regeln**, unter welchen Umständen solche Freiheitsbeschränkungen „zwingend erforderlich“ sind.<sup>3</sup>

Einige Regeln sind zudem **lückenhaft**, **missverständlich** oder **orthografisch fehlerhaft** formuliert. In § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 11 E-IfSG heißt es etwa: „Untersagung sowie dies zwingend erforderlich ist“. Gemeint ist wohl „Untersagung *soweit* dies zwingend erforderlich ist“. In § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 12 E-IfSG wird sodann das „Verbot der Alkoholabgabe oder des Alkoholkonsums auf bestimmten öffentlichen Plätzen oder zu bestimmten Zeiten“ genannt. Unklar ist, ob Alkoholverbote örtlich *und* zeitlich begrenzt sein müssen oder ob auch zeitliche *oder* örtliche Begrenzungen ausreichen. Auch wären hier – in Anbetracht der kritischen Rechtsprechung zu dieser Maßnahme – nähere Tatbestandsvoraussetzungen wünschenswert.<sup>4</sup> Bemerkenswert ist insoweit, dass für andere, weit eingriffsintensivere Maßnahmen (wie etwa Ausgangsbeschränkungen nach § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 E-IfSG) keine zeitliche Beschränkung vorgeschrieben wird, obwohl das aus Verhältnismäßigkeitsgründen dringend angezeigt ist. Schließlich erlaubt § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 14 die „Anordnung der Verarbeitung“ von Kontaktdaten, ermächtigt aber nicht zur Erhebung, Speicherung und Weitergabe der Daten, so dass die Regelung untauglich ist, den Regelungsadressaten eine datenschutzrechtskonforme Handhabung zu ermöglichen.

---

<sup>1</sup> Zur Verfassungswidrigkeit landesweiter Ausgangsverbote *Schmitt*, NJW 2020, 1626 ff.

<sup>2</sup> Krit. zu absoluten Versammlungsverboten *Völzmann*, DÖV 2020, 893, 895 ff.

<sup>3</sup> *Martini/Thiessen/Ganter*, NJOZ 2020, 929, 935.

<sup>4</sup> Siehe etwa die aufhebenden Entscheidungen des VG Düsseldorf v. 25.05.2020, [Az: 7 L 903/20](#); VG Bayreuth v. 06.08.2020, Az.: [B 7 20.682](#); VGH Bayern v. 01.09.2020, Az.: [20 CS 20.1962](#); OVG Lüneburg v. 29.10.2020, Az.: [13 MN 393/20](#).

Zudem fehlt in der Auflistung des § 28a Abs. 1 S. 1 E-IfSG die **häusliche Quarantäne** für Einreisende aus Risikogebieten. Insoweit ist von mehreren Gerichten in Zweifel gezogen worden, ob eine Reise in ein Risikogebiet bereits einen Ansteckungsverdacht i.S.d. § 30 IfSG begründet.<sup>5</sup> Eine eigenständige Regelung der häuslichen Quarantäne für Reiserückkehrer aus Risikogebieten ist daher zweckmäßig.

#### b) Unklares Verhältnis von § 28a E-IfSG zu § 28 IfSG

**Das Verhältnis zwischen § 28a E-IfSG und § 28 IfSG ist im derzeitigen Entwurf nicht klar geregelt.** Die in § 28a Abs. 1 S. 1 E-IfSG aufgelisteten Maßnahmen sollen „**im Rahmen der Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite** nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag neben den in § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 genannten“ notwendigen Schutzmaßnahmen zulässig sein. Daraus könnte man schlussfolgern, dass die in § 28a Abs. 1 S. 1 E-IfSG aufgelisteten Maßnahmen außerhalb einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht zulässig sind.

Dagegen spricht aber bereits, dass § 28a Abs. 1 S. 1 E-IfSG keinen abschließenden Maßnahmenkatalog beinhaltet, sondern nur Regelbeispiele benennt. Zudem widerspricht der Annahme einer **Sperrwirkung** des § 28a Abs. 1 S. 1 E-IfSG die in **Art. 1 Nr. 16** vorgesehene Ergänzung des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG, wonach es in Zukunft heißen soll: „Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ **28a Abs. 1**, 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; [...]“. Diese Gesetzesänderung erweckt den Eindruck, dass die in **§ 28a Abs. 1 E-IfSG** genannten Maßnahmen als notwendige Schutzmaßnahmen **allgemein zur Infektionsbekämpfung zulässig** sein sollen.

Bei weniger grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahmen – wie etwa der Maskenpflicht nach § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 E-IfSG – ist das sinnvoll. Auch ist nicht einzusehen, warum örtliche kurzfristige (Teil-)Schließungen von Schulen und Gemeinschaftseinrichtungen bei lokalen Ausbrüchen von gefährlichen Infektionskrankheiten (z.B. Masern), die bislang nach § 34 Abs. 9 IfSG unter den dort normierten Voraussetzungen zulässig sind, gem. § 28a Abs. 1 Nr. 7 E-IfSG nun nur noch im Rahmen der Bekämpfung des Coronavirus während einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite zulässig sein sollen. Ob hingegen eingriffsintensive, kollektiv geltende Maßnahmen, wie

---

<sup>5</sup> Siehe statt vieler OVG NRW v. 05.06.2020, Az.: [13 B 776/20.NE](#); VG Schleswig-Holstein v. 15.05.2020, Az.: [1 B 85/20](#); VG Berlin v. 10.06.2020, Az.: [14 L 150/20](#).

etwa allgemein geltende Ausgangs- oder Kontaktbeschränkungen im privaten sowie im öffentlichen Raum nach § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 E-IfSG nun auf Grundlage § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG mit allgemeiner Geltung eingeführt werden sollten, ist hingegen höchst zweifelhaft und wohl auch vom Gesetzesentwurf nicht intendiert.

Angesichts dieser **Widersprüche zwischen § 28 Abs. 1 S. 1 und § 28a Abs. 1 S. 1 E-IfSG** bedarf es einer sorgsameren Auseinandersetzung mit der Frage, welche Maßnahmen nur als **Spezialbefugnisse im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite** zulässig sind und welche **Maßnahmen** – nach den jetzigen Erfahrungen – **allgemein** in den Abschnitt zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten aufgenommen werden sollen. Generell ist der Verweis in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG auf die in §§ 29-31 IfSG geregelten infektionsschutzrechtlichen Standardmaßnahmen überflüssig, führt zu Abgrenzungsproblemen und sollte gestrichen werden. Auch in anderen gefahrenabwehrrechtlichen Generalklauseln (etwa im Polizeirecht) wird nicht gesondert auf spezialgesetzliche Standardmaßnahmen verwiesen, so dass nicht nachzuvollziehen ist, warum sich das IfSG einer anderen Regelungstechnik bedient.

#### c) **Unbestimmtheit der § 28a Abs. 2 S. 2-5 E-IfSG**

In § 28a Abs. 2 S. 2-5 E-IfSG wird der Versuch unternommen, die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die Unterscheidung zwischen „**schwerwiegenden**“, „**stark einschränkenden**“ und „**einfachen**“ Schutzmaßnahmen gesetzlich zu präzisieren. Allerdings findet sich **keinerlei Definition** der unterschiedlichen Kategorien im Gesetzesentwurf. Unklar ist etwa, ob Reisebeschränkungen nach Vorstellung des Gesetzgebers schon „schwerwiegende“ oder nur „stark einschränkende“ Schutzmaßnahmen darstellen.

Selbst wenn man die Kategorien klar definieren würde, litte die Vorschrift unter weiteren Bestimmtheitsmängeln. So soll die Eingriffsintensität an **7-Tages-Inzidenz-Schwellenwerten** ausgerichtet werden. Anstatt die Anordnung zumindest von schwerwiegenden oder stark einschränkenden Maßnahmen jedoch tatbestandlich strikt von der Überschreitung bestimmter Schwellenwerte abhängig zu machen, heißt es im Gesetzesentwurf nur **vage** „kommen insbesondere bei Überschreitung eines Schwellenwertes von [...] in Betracht“. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Anordnung der jeweiligen Maßnahmen auch bei Unterschreitung des jeweiligen Schwellenwertes zulässig ist, bleibt unklar. Relativiert wird die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Inzidenzwerten überdies durch § 28 Abs. 2 S. 5 E-IfSG, der „entsprechende Maßnahmen“ erlaubt, „wenn eine Überschreitung des Schwellenwertes in absehbarer Zeit“ wahrscheinlich ist.

#### d) **Übergriff in Vollzugskompetenzen der Länder in § 28 Abs. 2 S. 1, 6-8 E-IfSG**

Gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG hat der Bund zwar die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Infektionsschutzrecht, allerdings gelten für den Vollzug die **Art. 83, 84 GG**. Gem. Art. 83 GG sind die Länder für die Ausführung des IfSG zuständig. Diese **Vollzugskompetenz** umfasst insbesondere auch das Recht zur Behördenorganisation nach Art. 84 Abs. 1 GG. Explizit verbietet Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG dem Bundesgesetzgeber, den Gemeinden Aufgaben zu übertragen. Schon § 28a Abs. 2 S. 1 E-IfSG, wonach die Schutzmaßnahmen regional auf die Ebene der Landkreise, Bezirke oder kreisfreien Städte bezogen werden sollen, begegnet daher verfassungsrechtlichen Bedenken. Es ist alleinige Aufgabe der Länder zu entscheiden, auf welcher Ebene sie das IfSG in ihrem Hoheitsgebiet umsetzen wollen.

Auch § 28a Abs. 2 S. 6 E-IfSG, wonach bei einer bundesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes „bundesweit einheitliche schwerwiegende Maßnahmen“ anzustreben sind, widerspricht der **Vollzugskompetenz** und dem verfassungsrechtlichen Grundprinzip der **Eigenstaatlichkeit der Länder**. Interföderale Abstimmungen zum Vollzug von Bundesgesetzen mögen politisch wünschbar sein, können aber gesetzlich nicht eingefordert werden. Allenfalls kann der Bund sich nach **Art. 84 Abs. 5 GG** gesetzlich für besondere Fälle vorbehalten, Einzelweisungen an die Länder zu erteilen.

Die Maßgabe in **§ 28a Abs. 2 S. 7 E-IfSG**, wonach bei landesweiter Überschreitung eines Schwellenwertes „landesweit einheitliche schwerwiegende Maßnahmen“ anzustreben sind, lässt sich – bei wohlwollender Auslegung – noch als **Regelung des Verwaltungsverfahrens** begreifen. In diesem Fall sind die Länder jedoch nach Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG befugt, abweichende Regelungen zu treffen.

Zweifelhaft ist zudem die **Kompetenz des Robert-Koch-Instituts**, nach **§ 28a Abs. 2 S. 8 E-IfSG verbindliche Feststellungen über die Überschreitung der Inzidenzwerte** in den Gemeinden zu treffen, da die Länder für die Organisation des Meldewesens zuständig sind. Angesichts der möglichen **Verzögerungen** bei der Weitergabe der **Melddaten** ist es überdies unter **Effektivitätsgesichtspunkten** nicht sinnvoll, das Robert-Koch-Institut zur verbindlichen Feststellung der Inzidenzwerte in Landkreisen, Bezirken oder kreisfreien Städten zu ermächtigen.

#### e) **Unverhältnismäßigkeit der Pauschalermächtigung in § 28a Abs. 3 E-IfSG**

In § 28 Abs. 3 E-IfSG heißt es schließlich: „Notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des Absatz 1 und der §§ 28 Absatz 1 Satz 1 und 2, 29 bis 31 können, **soweit und solange** es zur Verhinderung

der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 erforderlich ist, einzeln oder kumulativ angeordnet werden. Weitere zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 erforderliche Schutzmaßnahmen bleiben unberührt.“ Die Vorschrift ist letztlich eine **Blankettermächtigung**.

Die Formulierung „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 erforderlich ist“ lässt die **notwendige Grundrechtsabwägung vermissen** und richtet die Verhältnismäßigkeitsprüfung allein am Infektionsgeschehen aus. Entscheidend ist jedoch bei der Anordnung schwerwiegender, kollektiv geltender grundrechtsbeschränkender Maßnahmen nicht, ob nun auch die letzte Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 wirksam vermieden werden kann, sondern inwiefern durch das Infektionsgeschehen die Gefahr der Überlastung des Gesundheitssystems droht. Nur in solchen – über das allgemeine Erkrankungsrisiko hinausgehenden – besonderen infektionsschutzrechtlichen Gefahrenlagen für die Bevölkerung sind schwerwiegende, kollektiv geltende, kumulative Grundrechtsbeschränkungen verhältnismäßig.<sup>6</sup> Schließlich ist kritikwürdig, dass in § 28a Abs. 3 E-IfSG **keine verfahrensrechtlichen Einschränkungen** wie etwa zwingende **zeitliche Befristungen, Überprüfungs- und Begründungspflichten** geregelt sind.

## 2. Handlungsempfehlungen

Es bedarf einer **sorgfältigeren Regelung** sowohl der **allgemeinen infektionsschutzrechtlichen Standardmaßnahmen** als auch der **nur im Falle einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite verfügbaren Maßnahmen**. Das kann in einem einzigen Paragraphen kaum gelingen. Eine gute Diskussionsgrundlage für eine sinnvolle Normierung der erforderlichen Befugnisnormen hat die im Infektionsschutzrecht besonders ausgewiesene, auch im Rahmen dieser Anhörung beteiligte Sachverständige **Dr. Andrea Kießling** mit ihrem [Gesetzesentwurf](#) geliefert.

Zwar erhöhen die **Gerichte** den Druck auf den Gesetzgeber, nun **zügig** die **nötigen gesetzlichen Anpassungen** im IfSG vorzunehmen. Der **Verwaltungsgerichtshof Bayern** hat jedoch jüngst signalisiert, dass er bereit sei, verhältnismäßige Corona-Schutzmaßnahmen trotz der derzeit defizitären Ermächtigungsgrundlagen gerichtlich hinzunehmen, solange das Parlament an der Reform des IfSG arbeitet.<sup>7</sup> Auch der **Verfassungsgerichtshof des Saarlandes**, der als erstes Gericht in Deutschland im August eine Corona-Schutzverordnung mangels hinreichend bestimmter Ermächtigungsgrundlage für verfassungswidrig erklärt hat, war bereit, dem Gesetzgeber mit seiner Fortgeltungsanordnung bis zum 30. November 2020 **drei Monate Zeit** zu

---

<sup>6</sup> Siehe zu dieser Erwägung schon *Lepsius*, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, [Verfassungsblog v. 06.04.2020](#).

<sup>7</sup> VGH München v. 29.10.2020, Az.: [20 NE 20.2360](#), Rn. 28 ff.

gewähren, um hinreichend bestimmte Rechtsgrundlagen zu schaffen.<sup>8</sup> Daraus folgt, dass zwar Eile geboten ist, die einschneidenden Grundrechtsbeschränkungen, die im Zuge der Corona-Pandemie verfügt werden, auf eine solide gesetzliche Grundlage zu stellen. Es besteht aber **kein Grund**, nun in einem überhasteten **Schnellschuss** eine in vielerlei Hinsicht defizitäre Norm zu verabschieden, die mehr Schaden als Nutzen bringen könnte.

## II. Änderungen des § 5 IfSG und § 36 IfSG (Art. 1 Nr. 4, 18)

Durch die geplanten Änderungen des §§ 5, 36 IfSG werden die Kompetenzen des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) aus § 5 Abs. 2 Nr. 1 und 2 IfSG, im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite Anordnungen zum **Reiseverkehr** zu erlassen, modifiziert und an einen neuen Standort verlagert. Positiv hervorzuheben ist, dass dabei statt der verfassungswidrigen Anordnungsbefugnis auf das Rechtsinstitut der Verordnungsermächtigung zurückgegriffen wird. Zudem wird statt des BMG in Zukunft die **Bundesregierung** als Kollegialorgan zu den entsprechenden Regelungen ermächtigt. Warum jedoch weiterhin auf die **Zustimmung des Bundesrates** verzichtet werden soll, ist nicht nachvollziehbar.

Die Verlagerung der Befugnisse aus § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 IfSG in § 36 Abs. 8 bis 10 IfSG ist jedoch **systematisch unglücklich**. Zum einen werden dadurch die für eine epidemische Lage von nationaler Tragweite geltenden Sonderbefugnisse auseinandergerissen, zum anderen ist § 36 IfSG der falsche Regelungsstandort. Die Norm trägt die amtliche Überschrift „Infektionsschutz bei bestimmten Einrichtungen, Unternehmen und Personen; Verordnungsermächtigung“ und befasst sich in den Absätzen 1-5 mit Gemeinschaftseinrichtungen, Massenunterkünften und Pflegeeinrichtungen. Ursprünglich diente die Norm dazu, den besonderen **Gefahren von Einrichtungen**, die dem **Heimrecht unterfielen**, zu bekämpfen.<sup>9</sup> Erst 2017 wurden die Vorschriften zur Einreise im Zuge des parlamentarischen Beratungsprozesses auf Anregung des Bundesrates überhastet in § 36 Abs. 6-8 IfSG integriert. Die Einreise stellt jedoch einen völlig anderen Regelungsgegenstand dar als die Bekämpfung infektionsschutzrechtlicher Gefahren in Unterkunftseinrichtungen. Es empfiehlt sich daher, sämtliche **Bestimmungen**, die die **Einreise in das Bundesgebiet betreffen**, in eine **eigenständige Norm** – etwa § 36a IfSG – mit einer entsprechenden amtlichen Überschrift zu überführen.

Bislang sind die Befugnisse nach § 5 IfSG durch das Bundesministerium für Gesundheit in grundrechtsschonender Art und Weise genutzt worden. Die bisher auf dieser Grundlage erlassenen Verordnungen und Anordnungen betreffen vielfach sehr technische medizinrechtliche

---

<sup>8</sup> VerfGH des Saarlandes v. 28.08.2020, Az.: [Lv 15/20](#), Rn. 78 ff.

<sup>9</sup> Siehe zu der Genese des § 36 IfSG den Parlamentarischen Beratungsvorgang [18-78838](#).



Regelungsbereiche, die sinnvoller Weise durch Rechtsverordnung geregelt werden können.<sup>10</sup> Dennoch ist es bedauerlich, dass die **einheitliche rechtswissenschaftliche Kritik** an den weiträumigen Ermächtigungsnormen des § 5 IfSG nicht ernst genommen wird.<sup>11</sup> Selbst der wissenschaftliche Dienst des Bundestages geht von der Verfassungswidrigkeit zahlreicher Bestimmungen des § 5 IfSG aus.<sup>12</sup> Es ist an der Zeit, den Begriff der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ gesetzlich zu definieren und die Befugnisse auf dasjenige zu begrenzen, was tatsächlich erforderlich ist. Um zumindest die **Transparenz** für die Bürgerinnen und Bürger zu erhöhen, wäre es bis dahin sinnvoll, die auf dieser umstrittenen Grundlage erlassenen Rechtsakte auf einer Übersichtsseite auf der Homepage des BMG zu veröffentlichen.

### III. Notwendigkeit einer Verordnungsermächtigung für die künftige Rationierung und Verteilung von Impfstoffen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2

Bund und Länder haben sich mittlerweile auf ein System zur **Distribution** der für das nächste Jahr erwarteten **Impfstoffe** gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 verständigt. Das ist sehr zu begrüßen. Da nicht genug Impfstoff für die gesamte Bevölkerung zur Verfügung stehen wird, soll die Abgabe zunächst an bestimmte priorisierte Bevölkerungsgruppen erfolgen. Entworfen wurde die Priorisierung von der Ständigen Impfkommission (STIKO), dem Deutschen Ethikrat und der Leopoldina Nationalen Akademie der Wissenschaften. Personen, die nicht zu den Priorisierten gehören, haben zunächst folglich keinen Zugang zu den Impfungen.

---

<sup>10</sup> Bislang sind folgende Verordnungen und Anordnungen auf Grundlage des § 5 IfSG erlassen worden: Verordnung zur Abweichung von der Approbationsordnung für Ärzte bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BAnz AT 31.03.2020 V1; Verordnung zur Aufrechterhaltung und Sicherung intensivmedizinischer Krankenhauskapazitäten (DIVI IntensivRegister-Verordnung), BAnz AT 09.04.2020 V4; Verordnung zur Beschaffung von Medizinprodukten und persönlicher Schutzausrüstung bei der durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Epidemie, BAnz AT 09.04.2020 V3; Verordnung über Abweichungen von den Vorschriften des Fünften Buches Sozialgesetzbuch, des Apothekengesetzes, der Apothekenbetriebsordnung, der Arzneimittelpreisverordnung, des Betäubungsmittelgesetzes und der Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung infolge der SARS-CoV-2-Epidemie (SARS-CoV-2-Arzneimittelversorgungsverordnung), BAnz AT 21.04.2020 V1; Verordnung zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Zahnärztinnen und Zahnärzte, der Heilmittelerbringer und der Einrichtungen des Müttergenesungswerks oder gleichartigen Einrichtungen sowie zur Pflegehilfsmittelversorgung (COVID-19-Versorgungsstrukturen-Schutzverordnung – COVID-19-VSt-SchutzV), BAnz AT 04.05.2020 V1; Verordnung zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Produkten des medizinischen Bedarfs bei der durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Epidemie (Medizinischer Bedarf Versorgungssicherstellungsverordnung – MedBVS), BAnz AT 26.05.2020 V1; Erste Verordnung zur Änderung der DIVI IntensivRegister-Verordnung, BAnz AT 02.06.2020 V2; Verordnung über von den Approbationsordnungen für Ärzte, Zahnärzte und Apotheker abweichende Vorschriften bei Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BAnz AT 03.07.2020 V1; Anordnungen betreffend den Reiseverkehr nach Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag, BAnz AT 07.08.2020 B5, BAnz AT 29.09.2020 B2; Erste Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Arzneimittelversorgungsverordnung, BAnz AT 30.09.2020 V1; Verordnung zur Änderung der COVID-19-Versorgungsstrukturen-Schutzverordnung; BAnz AT 30.09.2020 V2.

<sup>11</sup> Siehe statt vieler die diesem Ausschuss vorgelegten Gutachten von Kingreen, [Gutachten vom 07.05.2020](#), [Gutachten vom 02.09.2020](#);

<sup>12</sup> [WD-3-3000-080/20](#).

Das Bundesverfassungsgericht stellt mit Blick auf die Versagung medizinischer Leistungen hohe Anforderungen an die rechtlichen Grundlagen.<sup>13</sup> Im Hinblick auf Verteilungsentscheidungen für knappe Güter hat das Gericht im 2. NC-Urteil klargestellt, dass die **Ziele der Verteilungsentscheidung** und mögliche **Kriterien gesetzlich bestimmt** werden müssen.<sup>14</sup> Es bedarf daher dringend einer **tragfähigen Rechtsgrundlage** für die von der STIKO, dem Deutschen Ethikrat und der Leopoldina Nationale Akademie der Wissenschaften erarbeiteten Priorisierungsregelung. Wichtig ist, das IfSG noch vor Zulassung des Impfstoffes um eine spezifischere gesetzliche Verordnungsermächtigung zur Verteilung von Arzneimitteln zu ergänzen. Darin könnte es etwa – in Anlehnung an [Art. 61 der Epidemienverordnung der Schweiz](#) – heißen:

*(1) <sup>1</sup>Im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite i.S.d. § 5 Abs. 1 IfSG und einer beschränkten Verfügbarkeit von Arzneimitteln kann das Bundesministerium für Gesundheit deren Zuteilung im Benehmen mit der Ständigen Impfkommission durch Rechtsverordnung rationieren und im Wege einer Prioritätenliste regeln. <sup>2</sup>Die Prioritätenliste wird aufgrund von anerkannten medizinischen und ethischen Kriterien erstellt. Gesamtwirtschaftliche und gesellschaftliche Anliegen sind angemessen zu berücksichtigen. <sup>3</sup>Zulässige Verteilungsziele sind insbesondere die Reduktion der Gesamtsterblichkeit, der Gesamtkrankheitslast und der Reproduktionszahl.*

*(2) Insbesondere folgende Personen können prioritär berücksichtigt werden:*

*a. Personen, für die eine Erkrankung mit der Gefahr eines schweren Krankheitsverlaufs oder einem erhöhten Komplikationsrisiko verbunden ist;*

*b. Medizinisches Personal; dazu gehören insbesondere Personen, die in Krankenhäusern, Arzt- und Zahnarztpraxen, Einrichtungen der stationären und ambulanten Pflege, Einrichtungen der stationären Rehabilitation, Apotheken, im Rettungsdienst, im Krankentransport und in Gesundheitsämtern tätig sind;*

*c. Personen, die im Bereich der inneren oder äußeren Sicherheit oder kritischer Infrastrukturen tätig sind. Dazu gehört insbesondere die Bereitstellung grundlegender öffentlicher Güter, der Gesundheit, des Transports, der Kommunikation sowie die Versorgung mit Energie, Trinkwasser oder Nahrungsmitteln.*

Eine solche **Verordnungsermächtigung** würde durch seine **klare Bestimmung von Zielen und zulässigen Verteilungskriterien** den verfassungsrechtlichen **Bestimmtheitsgrundsatz** wahren und dem **Parlament** einen hinreichenden Einflussraum sichern. Andererseits räumt die Verordnungsermächtigung des **BMG** genügend **Flexibilität** ein, um kurzfristig auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse zu Risikogruppen der Infektionskrankheit sowie aktuelle Entwicklungen und Bedarfe zu reagieren.

Jena, den 10. November 2020

Prof. Dr. Anika Klafki

---

<sup>13</sup> [BVerfGE 115, 25 ff.](#)

<sup>14</sup> [BVerfGE 147, 253.](#)