Epidemie ohne epidemische Lage

Thorsten Kingreen

22.10.2021 doi: 10.17176/20211022-182703-0

In der Gewissheit, bald von der Last des Amts befreit zu sein, macht sich jetzt auch der Bundesminister für Gesundheit locker. Der Bundestag solle die bis zum 25.11.2021 wirksame Feststellung einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ nicht mehr verlängern, genauer gesagt: ihr Fortbestehen nicht noch einmal feststellen (§ 5 Abs. 1 S. 3 IfSG). Wird also der 26.11.2021 zum Freedom Day, werden die Freunde der Freiheit fragen. Aber kann der Bundestag einfach so beschließen, dass die Epidemie vorbei ist, und ist sie überhaupt vorbei, werden Skeptiker angesichts stark ansteigender Inzidenz- und langsam steigender Hospitalisierungszahlen einwenden.

Verwirrung mit Ansage

Das Konstrukt einer Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ in § 5 Abs. 1 IfSG durch den Bundestag stiftet gerade viel Verwirrung, und zwar mit Ansage. Der Feststellungsbeschluss, den der Bundestag nach § 5 Abs. 1 S. 3 IfSG alle drei Monate reaktivieren muss, ist Voraussetzung für die Anwendung der wichtigsten Ermächtigungsgrundlagen zur Bekämpfung der Pandemie: Insbesondere löst er die umstrittenen Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit zum Erlass von Rechtsverordnungen und Anordnungen nach § 5 Abs. 2 und § 5a IfSG aus, ist Bedingung für alle in § 28a IfSG aufgeführten Schutzmaßnahmen, den Erlass von den grenzüberschreitenden Personenverkehr betreffenden Rechtsverordnungen durch die Bundesregierung nach § 36 Abs. 8 und 10 IfSG und die Entschädigung für erwerbstätige Eltern nach § 56 Abs. 1a IfSG. Schließlich setzt etwa der Anspruch auf Schutzimpfungen gegen das Coronavirus nach § 20i Abs. 3 SGB V voraus, dass der Bundestag eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ feststellt.

Nun setzt allerdings eine „epidemische Lage“ nach § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG voraus, dass „eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht“. „Öffentliche Gesundheit“ iSv § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG ist ein kollektives Rechtsgut, das von der individuellen Gesundheit zu unterscheiden ist. Es geht nicht um den Einzelnen, sondern um die Infrastrukturen, die seine Gesundheit schützen. Die „Lage von nationaler Tragweite“ adressiert also systemische Verwerfungen in den Infrastrukturen des Gesundheitswesens (BT-Drs. 19/18111, 1: „Funktionieren des Gemeinwesens“; drohende „Destabilisierung des gesamten Gesundheitssystems“). Es kann an pflegerischem oder medizinischem Personal oder an technischer Infrastruktur (wie etwa Intensivbetten in Krankenhäusern) fehlen, knapp können aber auch Arzneimittel (insbesondere Impfstoffe) oder einfache Ge- und Verbrauchsgüter wie ein Mund-Nasen-Schutz oder Desinfektionsmittel sein. Die Worte „nationale Tragweite“ indizieren schließlich, dass die Epidemie nicht nur einzelne Regionen betreffen darf, sondern sich räumlich so weit ausgebreitet haben muss, dass es einer stärkeren zentralen Steuerung der für den Vollzug des Infektionsschutzrechts und etwa auch der Krankenhausplanung zuständigen Länder bedarf.

Regionale Freedom Days?

Es gibt also eine Epidemie ohne epidemische Lage. Dass wir nach wie vor in einer Epidemie mit einer sich rasant ausbreitenden Infektionskrankheit leben, lässt sich auf der einen Seite ebenso wenig bestreiten, wie man auf der anderen Seite dank der hohen Impfquote derzeit kaum behaupten kann, dass eine „Destabilisierung des Gesundheitswesens“ droht. Das Virus bedroht nach wie vor die individuelle Gesundheit vor allem der Ungeimpften, aber es besteht keine systemische Gefahr für die „öffentliche Gesundheit“. Eigentlich müsste der Feststellungsbeschluss daher umgehend aufgehoben werden. Schon der bislang letzte Feststel-

lungsbeschluss vom 25.8.2021 war daher rechtswidrig, was übrigens die Frage aufwirft, welche Auswirkungen das auf die Rechtmäßigkeit aller Schutzmaßnahmen hat. Aber der Bundestag befand sich seinerzeit in einer Zwickmühle, in die er sich selbst gebracht hatte: Weil auch weniger eingriffsintensive Maßnahmen wie die sog. AHA-Regelungen (§ 28a Abs. 1 Nr. 1 und 2 IfSG) voraussetzen, dass der Bundestag die „epidemische Lage" festgestellt hat, blieb gar nichts anderes übrig, als diese erneut zu verlängern, weil anderenfalls § 28a Abs. 1-6 IfSG nicht mehr anwendbar gewesen wären. Nach dem Lex specialis-Grundsatz war der Rückgriff auf den allgemeinen § 28 IfSG gesperrt, der zudem nur für punktuelle Maßnahmen der Gefahrenabwehr gilt.

Zwar konnten die Absätze 1 bis 6 gemäß § 28a Abs. 7 IfSG in der am 25.8.2021 geltenden Fassung auch nach dem Ende einer durch den Deutschen Bundestag festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite noch angewendet werden, soweit und solange sich das Virus nur in einzelnen Ländern ausbreitet und das Parlament in einem betroffenen Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 dort feststellt. Aber es handelte sich seinerzeit noch um eine Regionalklausel („nur in einzelnen Ländern ausbreitet"), die nicht anwendbar war, weil nach wie vor eine bundesweite Bedrohungslage vorlag. Daher ist § 28a Abs. 7 IfSG Mitte September 2021 kurz vor der Bundestagswahl nochmals geändert worden, damit die Landesparlamente auch bei einer in allen Ländern bestehenden Gefährdungslage die weitere Anwendung von § 28a Abs. 1-6 IfSG beschließen können. Aber auf der Ministerpräsidentenkonferenz vom heutigen Tage haben sie kundgetan, das gar nicht zu wollen. Zu Recht: Ausgerechnet in einzelnen gerade dunkelrot eingefärbten Ländern mit geringen Impfquoten kann man derzeit nicht sicher sein, ob es dafür parlamentarische Mehrheiten gibt. Außerdem setzt die Vorstellung, dass Landesparlamente über die Anwendung von Bundesgesetzen entscheiden können, schon ziemlich viel föderalistische Nonchalance voraus.

Man kann also festhalten: Entweder fällt der neue Deutsche Bundestag mit einer seiner ersten Amtshandlungen den kontrafaktischen Beschluss, dass die „epidemische Lage von nationaler Tragweite" fortbesteht oder es gibt ab dem 26. 11. 2021 in einigen Ländern möglicherweise keine Rechtsgrundlage mehr für die Landes-Rechtsverordnungen. Es käme zu regionalen Freedom Days ausgerechnet dort, wo die Infektionszahlen am höchsten sind. Wie konnte es zu dieser absurden Situation kommen?

Das Kardinalproblem der Pandemie-Governance

Die Konstruktion einer „Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite" ist in vielfacher Hinsicht fragwürdig. Auf den ersten Blick erschließt sich gar nicht, warum der Bundestag überhaupt über die Anwendung von ihm verabschiedeter Rechtsnormen nochmals eigens entscheiden muss. Bundesgesetze, die im Bundesgesetzblatt verkündet sind, gelten und werden durch Rechtsverordnungen (Art. 80 GG) konkretisiert und nach den Regeln der 83ff. GG von der Verwaltung angewendet, ohne dass es dazu noch eines Bundestagsbeschlusses bedürfte. Der Feststellungsbeschluss tangiert damit zunächst die horizontale Gewaltenbalance: Bei allen Rechtsnormen, die die Feststellung der „epidemischen Lage" voraussetzen, entscheidet nämlich nicht die Verwaltung über die Anwendung eines Gesetzes, sondern zunächst der Gesetzgeber selbst. Macht man die Anwendung von Rechtsnormen davon abhängig, dass der Bundestag einen entsprechenden Beschluss fällt, wird zudem das föderale Zusammenwirken von Bundestag und Bundesrat bei der Bundesgesetzgebung berührt. Der Bundesrat hat nämlich keinen Einfluss auf den Feststellungsbeschluss. Wenn daher beispielsweise die Mehrheit des Bundestages § 28a IfSG abschaffen wollte, der Bundesrat das aber nicht möchte, könnte der Bundestag einen Einspruch des Bundesrates oder gar eine ggfs. notwendige fehlende Zustimmung einfach dadurch umgehen, dass er keinen Feststellungsbeschluss mehr trifft und die Bestimmung damit einfach kaltstellt.

Das Dilemma des Feststellungsbeschlusses führt auf das Kardinalproblem der Pandemie-Governance zurück. In den vergangenen mittlerweile 19 Monaten seit Ausbruch der Epidemie hat es der Bundestag (genauer: seine bisherige Mehrheit!) nicht geschafft, die Bekämpfungsmaßnahmen in einer dem Parlamentsvorbehalt genügenden Weise rechtlich einzuhe-

gen. Grundrechtswesentliche Entscheidungen wurden stattdessen in nächtlichen und zunehmend erratischen Bund-Länder-Konferenzen getroffen, mit einer kurzen Unterbrechung, als der Bundestag die Aufgaben der Exekutive mit der rustikalen Bundesnotbremse gleich mit übernommen hat. Dieses Legitimationsdefizit sollte nun durch den regelmäßig zu aktualisierenden Feststellungsbeschluss des Bundestages irgendwie kompensiert werden. Das kann aber nicht funktionieren, denn auch der Bundestag hat nicht das Recht, durch Feststellungsbeschlüsse Dispense von verfassungsrechtlichen Bindungen auszusprechen.

Der neue Deutsche Bundestag, der sich am kommenden Dienstag konstituieren wird, hat mit seiner neuen Mehrheit die Chance zu einem Neustart. Dieser gelingt nicht, wenn die „epidemische Lage“ de iure verlängert wird, obwohl sie de facto nicht mehr besteht. Es wird auch nichts bringen, dem ohnehin schon wortreichen § 28a IfSG noch einen weiteren Absatz anzufügen, in dem geregelt würde, dass einzelne Maßnahmen wie die Maskenpflicht weiterhin verfügt werden können. Ein Blick in die einschlägigen Landes-Rechtsverordnungen lehrt nämlich, dass nicht nur von einzelnen, sondern nach wie vor von fast allen in § 28a Abs. 1 IfSG genannten Beschränkungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht wird. In der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit – wohlgemerkt handelt es sich anders als seinerzeit im März 2020 um ein hausgemachtes Problem – wird nichts anderes übrig bleiben, als eine Übergangsregelung zu schaffen, die die Anwendung von § 28a Abs. 1-6 IfSG auch nach Beendigung der epidemischen Lage noch für einige Monate erlaubt. Das müsste dann aber bei allen anderen Normen auch geschehen, die die „epidemische Lage“ voraussetzen – jedenfalls, wenn man meint, sie noch zu brauchen, was etwa bei den §§ 5 und 5a IfSG durchaus fragwürdig ist. Zudem sollte zur Vermeidung eines föderalistischen Wirrwarrs § 28a Abs. 7 IfSG gestrichen werden.

Durch eine solche Übergangsregelung würde die notwendige Zeit für eine Reform gewonnen, die die Voraussetzungen für die Ergreifung der Schutzmaßnahmen in § 28a IfSG erheblich nachschärft und damit auch deren demokratische Legitimation verbessert. In dieser Reform hätte die alarmistische und dysfunktionale „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ keinen Platz mehr, der Freedom Day aber sehr wohl.

AUTOR*IN

Thorsten Kingreen
Prof. Dr. Thorsten Kingreen ist Professor für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht an der Universität Regensburg.

EMPFOHLENE ZITATION

Kingreen, Thorsten: Epidemie ohne epidemische Lage, Verfassungsblog, 22.10.2021, doi: 10.17176/20211022-182703-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20211022-182703-0.