

Einleitung

In der deutschen Rechtswissenschaft wurden seit Beginn der Corona-Epidemie die Rechtsgrundlagen der Bekämpfungsmaßnahmen kritisiert; schon früh ist eine Reform gefordert worden.¹ Die Anfang des Jahres 2020 im Infektionsschutzgesetz (IfSG) enthaltenen Normen richteten sich überwiegend noch auf die Bekämpfung eines lokalen Infektionsgeschehens und gestatteten zielgerichtete Maßnahmen konkret-individuellen Zuschnitts. Im Vordergrund stand die Verhinderung des Ausbruchs einer Epidemie, nicht die Bekämpfung einer bereits stattfindenden Epidemie. Die Corona-Epidemie zeigte die Notwendigkeit flächendeckender, landes- oder gar bundesweit geltender Maßnahmen zur Bekämpfung epidemischer Geschehen zum Schutz von Leben und Gesundheit; solche Maßnahmen sind abstrakt-genereller Natur.

Die Rechtsgrundlagen des geltenden IfSG erlauben dagegen in ihrem Schwerpunkt konkret-individuelle und lokale Maßnahmen. Dies gilt für die unverändert gebliebenen §§ 29–31 sowie auch weiterhin für den leicht überarbeiteten § 28, an dessen Gefahrenlage wiederum der auf die Corona-Epidemie zugeschnittene und immer wieder angepasste § 28a anknüpft.² In der Situation der Corona-Epidemie, in der überregionale und abstrakt-generelle Vorgaben gelten müssen, führen die bislang geltenden Regelungen zu einer Vielzahl von Problemen in Rechtsanwendung und Rechtskontrolle. Das IfSG geriet an die Grenzen seines Anspruchs, das Verwaltungshandeln gesetzlich zu determinieren. Die Gesetzgebungsorgane des Bundes haben auf diese Notwendigkeit und auf die Kritik aus Wissenschaft³ und Rechtsprechung⁴ mit vielfachen Rechtsänderungen reagiert, die ihrerseits wenig systematisch und vielfach in Wortlaut und Konzeption außerordentlich unbestimmt sind.⁵ Das überrascht nicht angesichts der großen Eile und des immensen politischen und gesellschaftlichen Drucks, in einer Epidemie die gesetzlichen

1 *Klafki*, Verfassungsblog v. 5.3.2020.

2 Ausführlich *Kießling*, JZ 2022, 53 (53 ff.).

3 *Kießling*, in: dies. (Hrsg.), IfSG, 1. Aufl. 2020, § 28 Rn. 62 ff.; *Kingreen*, JURA 2020, 1019 (1025 f.); *Brockner*, NVwZ 2020, 1485; *Volkman*, NJW 2020, 3153.

4 VGH Bayern, Beschl. v. 5.11.2020, 20 NE 20.2468, Rn.11; VG Hamburg, Beschl. v. 10.11.2020, 13 E 4550/20.

5 Ähnlich in Österreich, vgl. *Stöger*, IERM-Working-Paper Nr. 10, S. 6 ff.

Grundlagen zu ändern.⁶ Diese Sondersituation ändert indes nichts an der Kritik an den Regelungen aus der Rechtswissenschaft und dem nicht verstummenden Ruf nach einer Reform.⁷

Die während der Corona-Epidemie in das IfSG eingefügten Vorschriften sind ganz überwiegend auf den Erreger SARS-CoV-2 zugeschnitten; sie ermächtigen ausdrücklich nur zur Eindämmung der Übertragung dieses Krankheitserregers. Ein nachhaltiges Regelungsregime für die Bekämpfung zukünftiger Epidemien durch unbekannte Erreger muss aber von diesem Erreger sowie dessen virologischen Eigenheiten abstrahieren und Befugnisse bereitstellen, die die unterschiedlichen Übertragungswege von Erregern berücksichtigen. Während SARS-CoV-2-Infektionen hauptsächlich über Tröpfchen und Aerosole – und somit über eine gewisse Entfernung bzw. über die Luft – übertragen werden, übertragen sich andere Erreger über den Kontakt mit infizierten Hautarealen (Hautläsionen), Gegenständen, Lebensmitteln, über infiziertes Wasser, Blut, Gewebe, über Körpersekrete oder über die Stiche oder Bisse von Tieren. In einer Epidemie mit einem Durchfallerreger oder einem über Hautkontakt übertragbaren Erreger wären die §§ 28a und 28b IfSG auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen und unabhängig von ihrer Befristung und ihrer tatbestandlichen Einschränkung auf die Eindämmung von SARS-CoV-2 – auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen nicht sinnvoll nutzbar.

Diese unbefriedigende Ausgangssituation haben wir zum Anlass genommen, einen Regelungsentwurf auszuarbeiten, der sich der geschilderten Probleme annimmt und einen ersten Aufschlag für einen generellen Umgang mit Epidemien in der Bundesrepublik Deutschland darstellt. Er erhebt nicht den Anspruch eines vollständigen „Epidemiegesetzes“. Vielmehr liegt sein Ansinnen darin, im Schwerpunkt die derzeitigen Befugnisnormen der §§ 28a, 28b, 28c und 36 Abs. 8 ff. IfSG aufzugreifen und die Ermächtigungsgrundlagen (insbesondere auch aufgrund der Erfahrungen während der Corona-Pandemie) einschließlich dazugehöriger Regelungen zur Handlungsform, zur Zuständigkeit und zum Verfahren für die generelle Bekämpfung etwaiger zukünftiger Epidemien neu zu gestalten. Weitere erforderliche Regelungen zu Entschädigungen, Sanktionen, Pandemieplänen als Teil außer- bzw. vor-

6 Zu den Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des IfSG in der Pandemie *Gallon*, in: Kießling/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Die Kunst der Gesetzgebung*.

7 *Kingreen*, NJW 2021, 2766; *Kießling*, NVwZ 2021, 1801 (1808); *Rixen*, Die Verwaltung 54 (2021), 319 (337 f.); *Kießling*, JZ 2022, 53; *Sachverständigenausschuss nach § 5 Abs. 9 IfSG*, Evaluationsbericht, S. 109 ff.; *Sangs*, NVwZ 2022, 1489 (1495 f.); *Kersten/Rixen*, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 3. Aufl., S. 150 f.

rechtlicher Pandemievorsorge, zu Screening-Programmen, allgemeinen Testpflichten, Impfpflichten, Ansprüchen auf Schutzimpfungen und Schutzausrüstung, zu Sonderregelungen bezüglich Arzneimitteln und Medizinprodukten und zu Koordinations- und Organisationsfragen bezüglich vorbereitender und beratender Institutionen⁸ haben wir nicht in den Entwurf aufgenommen, ohne dass darin eine Bewertung ihrer Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit zum Ausdruck kommen soll. Der Regelungsentwurf beruht außerdem auf der Prämisse des aktuell geltenden Verfassungsrechts, lässt also andere Möglichkeiten des Umgangs mit Epidemien unter einer Änderung der Verfassung außer Betracht. Es soll in diesem Vorschlag gerade nicht darum gehen, ob und wie eine verfassungsrechtliche Ausnahmesituation für den Epidemiefall geschaffen und gestaltet werden könnte oder sollte.

Ein Gesetzesvorschlag zur Bekämpfung von Epidemien lässt sich nicht ohne eine Gewichtung von Schutz- und Freiheitsinteressen entwerfen. Zwar erfolgt eine entsprechende Feinsteuerung erst bei der Ausführung des Gesetzes im Epidemiefall durch die Regierungen und Verwaltungen in Bund und Ländern, aber die parlamentarischen Gesetzgebungsorgane müssen bereits an vielen Stellen eine Vorentscheidung treffen. Wir sind uns darüber im Klaren, dass die Gewichtung auch anders vorgenommen werden kann, als es in unserem Entwurf zum Ausdruck kommt. Die Gewichtung steht – innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens – im Ermessen der Gesetzgebungsorgane. Die im Entwurf enthaltenen Vorschläge sollen eine effektive Epidemiebekämpfung ermöglichen und gleichzeitig besonders sensible Grundrechtsinteressen sowie die Interessen vulnerabler oder intersektional betroffener Personengruppen berücksichtigen. Sollten die Gesetzgebungsorgane einen anderen Ausgleich finden wollen, bietet der Gesetzentwurf einen Vorschlag für das Verfahren und die technische Ausgestaltung der Normen.⁹

Der Gesetzentwurf trägt schließlich dem Umstand Rechnung, dass sich die Anforderungen an die Bestimmtheit gesetzlicher Eingriffsermächtigungen mit der Zunahme von Wissen über die tatsächlichen Grundlagen von

8 Vgl. z. B. die Pläne der Ampel-Koalition für die BZgA und die Neugründung eines Bundesinstituts für öffentliche Gesundheit, Koalitionsvertrag 2021, S. 83 (https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf). Eine rechtswissenschaftliche Aufarbeitung der Bedeutung beratender Fachbehörden liefern *Gärditz/Linzbach*, Gesundheitswissen aus Behördenhand.

9 Vgl. auch unten A. VIII. Eingriffsvoraussetzungen und Struktur der Ermächtigungsgrundlagen, S. 79 ff.

Epidemien verschärfen,¹⁰ indem er bestimmbare Rechtsbegriffe¹¹ mit differenzierten Rechtsfolgen verknüpft.

Wir verstehen diesen Gesetzentwurf als ein Diskussionsangebot an die Öffentlichkeit, die Politik und die Wissenschaft zur Entwicklung eines Pandemierechts für die Bekämpfung zukünftiger Epidemien und Pandemien. Der Entwurf ist in dem Bewusstsein verfasst, dass es auch andere Möglichkeiten gibt,¹² Befugnissnormen für die Bekämpfung von Epidemien zu formulieren.

Unser Werk ist wie folgt aufgebaut: Zunächst wird unser Entwurf im Wortlaut dargestellt, so wie er als Gesetz verabschiedet werden könnte (Epidemiegesetz). Daran schließt sich eine ausführliche Begründung an: Der allgemeine Teil der Begründung (A.) erläutert, von welchen übergeordneten Überlegungen wir uns haben leiten lassen, inwiefern wir die bislang in der Rechtswissenschaft geäußerte Kritik aufgenommen haben und wie der Gesetzentwurf strukturiert ist. Es folgt eine ausführliche Begründung der einzelnen Vorschriften des Entwurfs (B.) sowie eines möglichen Artikelgesetzes, in das das Epidemiegesetz eingebettet werden könnte (C.). Schließlich führen wir aus, welche Maßnahmen und Regelungen wir aus welchen Gründen nicht in den Entwurf aufgenommen haben (D.), auch wenn sie bei einer umfassenden Reform berücksichtigt werden sollten.

10 *Mangold*, VVDStRL 80 (2021), S. 7 (18 ff).

11 Zum hier vorgeschlagenen Zentralbegriff der Epidemie unten, A. II. 2., S. 56 ff. und A. VII., S. 77.

12 Vgl. auch die Überlegungen bei *Kießling*, Anlage zu BT-Ausschussdr. 19(14)246(7); *dies.*, JZ 2022, 53 (56 ff.); *Sachverständigenausschuss nach § 5 Abs. 9 IfSG*, Evaluationsbericht, S. 16 f.; *Sangs*, NVwZ 2022, 1489 (1495 f.).