

WESENTLICHKEITSTHEORIE UND PANDEMIEGESETZGEBUNG

Überblick

- Während der COVID-19-Pandemie wurde verstärkt der Ruf nach gesetzgeberischen Entscheidungen laut.
- Die Wesentlichkeitstheorie verpflichtet den Gesetzgeber, in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.
- Das Infektionsschutzgesetz des Bundes (IfSG) als zentrales Regelwerk zur Pandemiebewältigung war vor dem Ausbruch von SARS-CoV-2 nicht auf die Bewältigung einer Pandemie vorbereitet.
- Die umfassenden Änderungen im IfSG wurden weithin spezifisch an die COVID-19-Pandemie und deren mäandernden Verlauf eingefügt und angepasst.
- Für künftige Pandemiefälle bedarf es einer allgemeinen Pandemiegesetzgebung im IfSG, deren Eckpunkte nachfolgend skizziert werden.

Was ist die Wesentlichkeitstheorie?

Die Wesentlichkeitstheorie ist ein vom BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) abgeleiteter Grundsatz.

Danach muss der parlamentarische Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen ... alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen“.

Warum ist das wichtig?

Die Wesentlichkeitstheorie begründet nicht nur die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer allgemeinen Pandemiegesetzgebung, sondern stellt an deren Ausgestaltung zugleich bestimmte Anforderungen.

Eine Pandemie bildet, jedenfalls in der Form, wie sie sich im Fall von COVID-19 darstellt, eine Notstandslage. Pandemiegesetzgebung ist damit Notstandsgesetzgebung.

Das Infektionsschutzgesetz des Bundes (IfSG) als zentrales Regelwerk zur Pandemiebewältigung war vor dem Ausbruch von SARS-CoV-2 nicht auf einen Pandemiefall vorbereitet. Es wurde daher im Zuge der COVID-19-Pandemie mehrfach und umfassend geändert und an den konkreten Pandemiefall und seinen jeweiligen Verlauf angepasst.

Obgleich die spezifischen COVID-19-Regelungen den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie mittlerweile prinzipiell gerecht werden, gelten diese ausschließlich für den Umgang mit COVID-19.

Für zukünftige Pandemien sollte das IfSG besser vorbereitet sein als auf COVID-19. Deshalb ist in das IfSG eine allgemeine Pandemiegesetzgebung aufzunehmen.

Eckpunkte einer Pandemiegesetzgebung

Parlamentarische Feststellung des pandemiebedingten Gesundheitsnotstandes

Zentrales Element der Pandemiegesetzgebung ist die Feststellung eines pandemiebedingten Gesundheitsnotstandes. Ihr Zweck besteht darin, solche Normen des IfSG zu entsperren, die speziell die Exekutive zu außerordentlichen Maßnahmen mit dem Ziel ermächtigen, zur „Normallage“ zurückzukehren. Die gesundheitliche Notlage muss befristet, verlängerbar, wissenschaftlich informiert und schriftlich begründet sein.

Pandemiebedingte Notverordnungen

Zum Schutz von Leben und Gesundheit sowie zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems kann es erforderlich sein, dass gewisse Waren und Dienstleistungen bewirtschaftet, Ausbildung, Beschäftigung und Einsatz von Personal flexibilisiert sowie bestimmte Infrastrukturen des Gesundheitssystems auf Notfallbetrieb umgestellt werden. Das Instrument für die insoweit notwendigen Abweichungen von der geltenden Gesetzeslage bilden sog. „gesetzesändernde“ Rechtsverordnungen. Hierzu müssen vorab in den einschlägigen Parlamentsgesetzen (z.B. AMG, BtMG, ApoG, SGB V usw.) jeweils Verordnungsermächtigungen installiert werden, die genau angeben, von welchen Vorschriften des betreffenden Gesetzes

mit welchem Ziel, welcher Tendenz und welchem Inhalt abgewichen werden darf.

Pandemiebedingte Infektionsschutzmaßnahmen

Herzstück eines pandemischen Regelwerks sind besondere Infektionsschutzmaßnahmen. Solche Maßnahmen (primär der Exekutive, aber auch der Legislative) können prinzipiell eine außerordentliche, grundrechtlich eingriffsstarke „Streubreite“ haben. Deshalb kann eine an die Exekutive adressierte Generalklausel (z.B. nach Art des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG) keine taugliche Ermächtigungsgrundlage bilden. Untauglich ist aber auch ein dem Polizei- und Sicherheitsrecht entlehntes Modell sog. Standardbefugnisse. Notwendig ist vielmehr ein pandemiebezogenes besonderes gesetzliches, den Erfordernissen dynamischer Risikoregulierung Rechnung tragendes Infektionsschutzmaßnahmenrecht, dessen Grundzüge sich wie folgt skizzieren lassen:



Der Gesetzgeber kann sowohl selbstvollziehende Normen als auch vollzugsbedürftige Normen vorsehen, sollte aber des Vollzugs durch die Exekutive bedürftigen Normen für den Regelfall den Vorzug geben.

Der Gesetzgeber sollte regeln, dass die auf die jeweilige Pandemie zugeschnittenen besonderen Infektionsschutzmaßnahmen in ein fortwährend auf wissenschaftlicher Grundlage beruhendes „Gesamtschutzkonzept“ eingebunden sein müssen. Auslöser für die Erarbeitung eines Gesamtschutzkonzepts sollte nicht erst das Bestehen einer ernsthaften Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik sein. Aus Gründen der Vorsorge sollte ausreichen, dass die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung der betreffenden Krankheit in die Bundesrepublik droht.

Das jeweilige Gesamtschutzkonzept sollte diejenigen Schutzmaßnahmen umfassen, welche für den Lebens- und Gesundheitsschutz und (je nach Stadium des Pandemieverlaufs) für die Sicherstellung eines stabilen und funktionsfähigen Gesundheitssystems geeignet, erforderlich und angemessen und dabei insbesondere auch kohärent sind. Vorgeben sollte der Gesetzgeber

dabei, dass die Schutzmaßnahmen für sich, aber auch in ihrem Zusammenwirken als Gesamtschutzkonzept insbesondere die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit berücksichtigen und mit Rücksicht hierauf Ausnahmen, Befreiungen oder Entschädigungen zur Vermeidung unzumutbarer Härten vorsehen. Schutzmaßnahmen sind grundsätzlich sehr eng zu befristen und regional und gegebenenfalls lokal zu differenzieren.

Das jeweilige Gesamtschutzkonzept sollte einen umfassenden, möglichst vollständigen Katalog solcher Maßnahmen bezeichnen.

Ein wesentliches Element für die Auswahl und Feinjustierung von Schutzmaßnahmen für das in einem bestimmten Stadium des Pandemieverlaufs geltende Gesamtschutzkonzept sind Indikatoren, mit welchen sich gewisse Schwellen markieren lassen, jenseits derer einzelne, mehrere oder alle Schutzmaßnahmen aktiviert werden können.

Eine Impf- oder Impfnachweispflicht bedarf ebenso einer parlamentsgesetzlichen Regelung wie die mit einer Impfpriorisierung zusammenhängenden Regulierungsfragen. Weil, soweit und solange eine Schutzimpfung dazu führt, dass Geimpfte aus wissenschaftlicher Sicht prinzipiell als „Nichtstörer“ gelten müssen, hat der Gesetzgeber außerdem zu regeln, dass ein Gesamtschutzkonzept Geimpfte (oder sonst Immunisierte, z.B. Genesene) von Schutzmaßnahmen in der Regel ausnimmt.

Verfassungsrechtliche Verankerung

Bestimmte Regelungen, namentlich das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit im Bundestag oder der Zustimmung des Bundesrates für die Feststellung eines pandemiebedingten Gesundheitsnotstandes, bedürfen einer verfassungsrechtlichen Regelung nach dem Vorbild des Art. 80a Abs. 1 und 2 GG, beispielsweise in einem neuen Art. 80b GG.

Ausführliche Darstellung:

- Dederer/Preiß, AöR 148 (2023), 289-350.