<https://doi.org/10.1007/s00350-020-5646-4>

Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

– ein Experiment parlamentarischer Handlungsformen

Klaus Ferdinand Gärditz

I. Problemstellung

Am 25.3.2020 hat der Deutsche Bundestag anlässlich der Corona-Pandemie eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt. Grundlage hierfür war ein am gleichen Tag beschlossenes und zwei Tage später (nach Zustimmung des Bundesrates) bereits im Zuge einer umfassenden Ergänzung des IfSG¹ in Kraft getretenes neues Instrument²: Der Deutsche Bundestag stellt nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG eine epidemische Lage von nationaler Tragweite fest. Die Rechtsfolgen der Feststellung ergeben sich aus § 5 Abs. 2–7 und § 5a IfSG; insbesondere sieht die Schlüsselbestimmung des § 5 Abs. 2 IfSG weitreichende Handlungsmöglichkeiten des Bundesgesundheitsministers in zentralen Bereichen des Infektionsschutz-, Medizin- und Arzneimittelrechts vor. Zunächst hatte die Bundesregierung als „Formulierungshilfe für die Koalitionsfraktionen“ einen Entwurf³ vorgelegt, nach dem nicht der Deutsche Bundestag, sondern die Bundesregierung selbst die epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellen sollte. Dies wäre auf eine weitgehend entgrenzte Selbstermächtigung der Regierung hinausgelaufen, was im parlamentarischen Prozess mit Recht auf Widerstände stieß. Der Deutsche Bundestag hat hier angesichts des Zeitdrucks beeindruckende Handlungsfähigkeit bewiesen⁴ und die Feststellungskompetenz an sich gezogen⁵.

Der Deutsche Bundestag hebt allerdings nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen für ihre Feststellung nicht mehr vorliegen. Inzwischen wird vermehrt die Frage aufgeworfen, ob es angesichts sinkender Infektionszahlen nicht an der Zeit sei, von dieser Aufhebungsregelung Gebrauch zu machen und in den legislativen Normalbetrieb überzugehen. Der nachfolgende Beitrag möchte vor diesem Hintergrund die gesetzlichen Strukturen der Neuregelung skizzieren.

II. Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG ist ein schlichter Parlamentsbeschluss, kein Gesetzgebungsakt. Weder richtet sich das Verfahren nach Art. 76f. GG, noch soll die Entscheidung nach Art. 82 GG ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet werden (Umkehrschluss aus § 5 Abs. 1 S. 3 IfSG). Auch dem Inhalt nach wird nicht auf ein Gesetz verwiesen, das jeweils erst erlassen werden muss⁶; vielmehr soll der Deutsche Bundestag unter Geltung des § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG einen einfachen Beschluss treffen können, der Tatbestand für die gesetzlichen Rechtsfolgen nach § 5 Abs. 2–7, § 5a IfSG ist.

1. Einfach-gesetzliche Rechtsfolgen nicht-legislativer Parlamentsbeschlüsse

Während das Gesetzgebungsverfahren im Grundgesetz detailliert geregelt ist, werden sonstige Parlamentsentscheidungen nur punktuell für sehr spezifische Konstellationen normiert (z.B. Art. 40 Abs. 1 S. 2, 41 Abs. 1 S. 2, 42 Abs. 1 S. 2, 43 Abs. 1, 44 Abs. 1, 46 Abs. 2, 115 Abs. 1 S. 1 GG); Verfahrensregeln jenseits des Mehrheitserfordernisses (Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG) enthält das Grundgesetz nicht. Zugleich kennt die Verfassung keinen Numerus Clausus parlamentarischer Handlungsformen. Sie stellt weder spezifische Anforderungen an einfache Parlamentsbeschlüsse, noch verbietet sie, Parlamentsakten jenseits von Gesetz und Geschäftsordnung einfach-gesetzlich Rechtsfolgen beizumessen⁷. Von einer relativen Formenwahlfreiheit scheint auch das BVerfG auszugehen⁸, das im Übrigen mit Recht betont, dass das Parlament zum Erhalt seiner politischen Steuerungsfähigkeit auch im Rahmen der Selbstorganisation Instrumente parlamentarischer Einflussicherung fortentwickeln kann⁹.

Wenn der Deutsche Bundestag jenseits rein binnenrechtlicher¹⁰ Fragen der Geschäftsordnung nicht-legislativen Parlamentsbeschlüssen allerdings eine über das Parlament hinaus verbindliche Rechtsfolge zuschreiben möchte (Außenrecht)¹¹, was auch ohne spezifische verfassungsrechtliche Sanktionierung möglich ist¹², benötigt er dazu die Gesetzesform¹³. Im Rahmen formeller Gesetzgebung ist

- 1) Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 27.3.2020 (BGBl. I S. 587). Hierzu *Meßling*, NZS 2020, 321 ff.
- 2) Infektionsschutzgesetz v. 20.7.2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen Infektionsschutzgesetz v. 19.5.2020 (BGBl. I S. 1018) geändert worden ist.
- 3) Abrufbar unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de>.
- 4) Vgl. *Gärditz/Meinel*, FAZ v. 26.3.2020, S. 6.
- 5) BT-Dr. 19/18111, S. 19.
- 6) Ein solches Regelungsmodell gibt es in der Bedarfsplanfeststellung nach FStrAbG, BSWAG, NABEG i.V. mit BBPlG. Vgl. hierzu BVerwGE 98, 339 ff.; 120, 1 ff.; *Blümel*, DVBl. 1997, 205 ff.; *Dietz*, WiVerw 016, 101, 103 ff.
- 7) Enger aber wohl *Luch*, in: *Morlok/Schliesky/Wiefelspütz* (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 10, Rdnrn. 56, 60, 61.
- 8) BVerfGE 70, 324 (361). Ebenso *Morlok*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 40, Rdnr. 16. Offen gelassen *Cancik*, in: *Morlok/Schliesky/Wiefelspütz* (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 9, Rdnr. 10.
- 9) BVerfGE 130, 318, 348; „Will der Deutsche Bundestag seine Arbeitsfähigkeit nicht einbüßen, darf und muss er auf die zunehmende Komplexität der Regelungsbedürfnisse im Rahmen seiner Selbstorganisation reagieren und Strategien eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens und der Koordination der politischen Willensbildung entwickeln“.
- 10) Bereits BVerfGE 1, 144, 148.
- 11) Vgl. zur Vielfalt *Kluth*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* (Hrsg.), GG, 14. Aufl. 2018, Art. 40, Rdnr. 35.
- 12) Anderer Ansicht *Luch*, in: *Morlok/Schliesky/Wiefelspütz* (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 10, Rdnr. 60.
- 13) *Morlok*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 40, Rdnr. 15; *Pietzcker*, in: *Schneider/Zeh* (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 10, Rdnrn. 13, 41.

Prof. Dr. iur. Klaus F. Gärditz,
Richter am OVG NRW, im Nebenamt Stellv. Richter
am VerfGH NRW,
Institut für Öffentliches Recht,
Universität Bonn,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn, Deutschland

er jedoch frei, andere – verfassungsrechtlich nicht explizit vorgesehene – parlamentarische Handlungs- und Rechtsformen sowie deren Folgen näher auszugestalten. Beispiele für einfachgesetzlich geformte Instrumente parlamentarischer Einflussssicherung wären etwa die Beteiligung am Haushaltsvollzug¹⁴ nach §§ 10a Abs. 2, 64 Abs. 2 BHO, § 10a FMStFG bzw. §§ 1 Abs. 4, 2ff. StabMechG¹⁵, das Untersuchungsverfahren nach PUAG oder der Streitkräfteeinsatz nach ParlBG. Das Gesetz ist inzwischen zu einem gebräuchlichen Instrument einer Parlamentarisierung der Exekutive geworden¹⁶. Auch fallbezogene Entscheidungen sind dem Parlament nicht generell entzogen¹⁷, obgleich das Überspringen der Konkretisierungsschichten vom abstrakt-generellen Gesetz zur Einzelfallentscheidung eigene rechtsstaatliche Probleme verursachen kann.

Gemessen hieran war es verfassungsrechtlich möglich, dass sich der Deutsche Bundestag die konkrete Sachfrage vorbehalten hat, selbst eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festzustellen. Er war nicht darauf beschränkt, abstrakt-generelle Maßstäbe zu formulieren, anhand derer die Regierung dann selbst eine Entscheidung zu treffen hat. Die institutionell-organisatorische Frage, auf welcher Ebene Entscheidungen der Krisenreaktion getroffen werden – Parlament, Regierung oder Verwaltung – ist hierbei immer auch eine Stellschraube, inhaltlich Politisierung einerseits und fachlich-entpolitisierte Bürokratisierung der Entscheidungsparameter andererseits auszutarieren.

2. Gesetzesbindung des Deutschen Bundestags

Da der Deutsche Bundestag an die Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG außenwirksame Rechtsfolgen knüpft, die näher in § 5 Abs. 2–7 und § 5a IfSG ausgeformt sind, handelt es sich bei § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG um einen Tatbestand, dessen Merkmale erfüllt sein müssen, um die Möglichkeit zu eröffnen, durch einfachen Parlamentsbeschluss ohne Gesetzgebungsakt die im Einzelnen normierten Rechtsfolgen auszulösen. Anders gewendet handelt es sich um einen Beschluss, der an den gesetzlichen Tatbestand gebunden ist. Diesen Anforderungen hat sich der Deutsche Bundestag selbst unterworfen; wenn er durch sonstige Parlamentsbeschlüsse handelt, deren Grundlage ein Parlamentsgesetz ist, gilt insoweit auch für ihn jenseits seiner parlamentarischen Legislativfunktionen die allgemeine Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG.

Vorbild für den ursprünglichen Entwurf war die Regelung des § 1 ESVG¹⁸, die es der Bundesregierung einräumt, eine „Versorgungskrise“ festzustellen, an die ebenfalls Verordnungsermächtigungen geknüpft sind (§ 4 ESVG). Allerdings legt dort § 1 ESVG materielle Voraussetzungen fest, die erfüllt sein müssen, damit eine Versorgungskrise festgestellt werden kann und die Regierung insoweit zu Folgemaßnahmen ermächtigt wird. In § 5 Abs. 1 IfSG fehlen solche materiellen Voraussetzungen hingegen vollständig¹⁹, was dagegen spricht, die tatbestandlichen Anforderungen zu überdehnen und durch ungeschriebene materielle Standards anzureichern²⁰.

3. Implizite Tatbestandsmerkmale

Eine Legaldefinition, was eine epidemische Lage von nationaler Tragweite ist, findet sich im Gesetz nicht. Namentlich knüpfen die Termini des § 5 Abs. 1 IfSG auch nicht an die elaborierten Legaldefinitionen des § 2 IfSG an. Freilich ist die Rechtsfolge, „eine epidemische Lage von nationaler Tragweite“ (mit den Folgen nach § 5 Abs. 2–7 bzw. § 5a IfSG) festzustellen, nach Entstehungskontext, Sinn und Regelungszweck selbst konditioniert. Die Bestimmung soll nicht dazu ermächtigen, jederzeit und ohne Sachgrund ein epidemisches Notstandsrecht auszurufen, selbst wenn es keinerlei objektivierbare Anhaltspunkte gibt, die eine plausible Prognose stützen, dass eine Epidemie droht. Der Bundestag darf

eine epidemische Lage von nationaler Tragweite – anders gewendet – nicht willkürlich feststellen. Vielmehr muss eine politische Ermessenentscheidung getroffen werden, die ihren – materiell ausgedünnten, aber nicht vollständig gekappten – Ankerpunkt immer noch im Gesetzeszweck – sprich: der Bekämpfung und Bewältigung einer Epidemie – hat.

a) Länderübergreifender Ausbruch übertragbarer Krankheiten

Die Ermächtigung wurde angesichts der Corona-Pandemie geschaffen²¹ und hatte möglicherweise auch – abstrahiert von dieser Situation – entsprechende künftige Szenarien im Blick. Eine Epidemie setzt implizit zumindest eine übertragbare Krankheit nach § 2 Nr. 3 IfSG voraus. Dies ergibt sich bereits daraus, dass auch die neu geschaffenen Instrumente der §§ 5, 5a IfSG am allgemeinen Gesetzeszweck des § 1 Abs. 1 IfSG auszurichten sind, der allen Maßnahmen aufgrund des IfSG eine abstrakte Handlungsrichtung vorgibt. Ohne Auftreten einer solchen Krankheit kann der Deutsche Bundestag auch keine positive Epidemie-Feststellung treffen.

Die Epidemie muss zudem „von nationaler Tragweite“ sein. Dies bedeutet, dass sie sich nicht auf lokale Ausbrüche beschränken und damit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit beherrschen lässt. Dies ist eine prognostische Beurteilung, die sich aber zumindest auf objektivierbare Tatsachen – namentlich dokumentierte Fälle und epidemiologische Erkenntnisse über deren Ursache sowie mögliche Ausbreitung – stützen lassen muss. Auch eine lokale Verteilung der Ausbrüche oder möglicher Verbreiter (Ausscheider oder Krankheitsverdächtiger nach § 2 Nr. 6–7 IfSG) über das Gebiet von mehr als einem Bundesland ist erforderlich. Eine bundesweite Epidemie, die *jedes* Bundesland erfasst, erfordert die Regelung hingegen nicht.

b) Potentielle Relevanz für die Stabilität des Gesundheitssystems

Nach Sinn und Zweck des § 5 Abs. 1 IfSG muss eine Epidemie auch eine gewisse Belastungswirkung erwarten lassen, die für die in § 5 Abs. 2 IfSG adressierten Gesundheitssysteme potentiell systemisch relevant ist. Denn die Rechtsfolgen der Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG beschränken sich letztlich darauf, die Bundesregierung (konkret: den Bundesgesundheitsminister) zu ermächtigen, exzeptionelle Regelungsbefugnisse in Anspruch zu nehmen, die letztlich allesamt der Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung im Epidemie-Fall dienen²². Eine Epidemie, die bei werten der Prognose mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit von vornherein zu keiner spezifischen Belastung der Gesundheitssysteme führen wird (etwa jahreszeitlich übliche Erkältungsviren), fällt daher nicht unter den Tatbestand des § 5 Abs. 1 IfSG, selbst wenn sie bundesweit auftritt. Weitergehende Anforderungen an die Substantiierung stellt § 5 Abs. 1 IfSG nicht.

Namentlich eine besondere Schwelle epidemischer Gefährlichkeit – etwa anhand eines bestimmten Infektionsrisikos, der Mortalität, der Schwere des Krankheitsverlaufs (vgl. § 2 Nr. 3a IfSG), der Reproduktionsrate oder der Ver-

14) Vgl. zu dieser Anomalie *Meinel*, Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems, 2019, S. 310 ff.

15) Vgl. BVerfGE 129, 124, 185 f.

16) So treffend *Meinel*, Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems, 2019, S. 200 ff.

17) BVerfGE 95, 1, 15 ff.

18) Ernährungssicherstellungs- und -vorsorgegesetz v. 4.4.2017 (BGBl. I S. 772).

19) *Häberle/Lutz*, IfSG, 2020, § 5, Rdnr. 1.

20) Vgl. *Gärditz/Kamil Abdulsalam*, GSZ 2020, 108 ff.

21) BT-Dr. 19/18111, S. 1, 14, 18.

22) Vgl. BT-Dr. 19/18111, S. 14.

dopplungszeit – hat der Gesetzgeber gerade nicht vorgesehen. Das ist für sich gesehen auch nicht zu beanstanden. Denn da mit der Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG keine unmittelbaren Grundrechtseingriffe verbunden sind, gelten hier noch keine spezifischen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit. Wollte man im Übrigen an bestimmte epidemiologische Parameter anknüpfen, wäre nach adäquater Organstruktur die Entscheidung sicherlich nicht sinnvoll in einem politischen Verfahren beim Deutschen Bundestag, sondern bei der Bundes- oder den Landesregierungen zu verorten, die das notwendige Handlungswissen durch Verwaltungspraxis generieren, aggregieren und aktualisieren. Umgekehrt wäre dann eine Epidemie-Feststellung – wie bislang inzident im Rahmen der Ermächtigungen des IfSG – auch an konkrete Tatbestandsmerkmale zu binden gewesen. Diesen alternativen Weg einer Entpolitisierung durch Verfälschung, die dem Parlament die distanzierte Setzung abstrakt-genereller Maßstäbe belässt, ist der Gesetzgeber gerade nicht gegangen. Der Deutsche Bundestag wollte – in bewusster Absetzbewegung von ursprünglichen Vorstellungen der Bundesregierung – das politische Heft nicht aus der Hand geben. Hierdurch wurde einerseits das demokratische Legitimationsniveau der feststellenden Grundentscheidung erhöht, damit aber zugleich der Grad an rechtlicher Determination reduziert.

c) Politisierung von Epidemien

Der Sinn der (atypischen) Feststellung durch den Deutschen Bundestag, der für medizinisch-epidemiologische Beurteilungen offenkundig kein fachlich geeignetes Diskurs-Forum ist, besteht gerade darin, das Verfahren zu politisieren. Die tatbestandliche Offenheit des § 5 Abs. 1 IfSG ist Konsequenz dieser Regelungsstruktur. Der Deutsche Bundestag vertraut bei dem Feststellungsbeschluss auf politische Abwägungen zwischen Infektionsschutz und gegenläufigen Interessen. An die Stelle virologischer, epidemiologischer und mikrobiologischer Facherkennntnis soll ein pluralistisches Verfahren mit – flankierend legitimierungssichernden²³ – Oppositionsbeteiligung treten²⁴, in dem über einen Kompetenztransfer entschieden wird. Denn § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG dient nicht dazu, die Bürgerinnen und Bürger vor einer voreiligen Ausrufung eines epidemischen „Notstandes“ zu schützen, den das geltende Recht gar nicht kennt, sondern erfüllt allein eine Funktion im Verhältnis des Deutschen Bundestags zur Bundesregierung. Der Bundestag beurteilt hier nicht abschließend medizinische Notwendigkeiten, sondern vornehmlich die Frage, ob er einen Kompetenztransfer auf die Regierung mittels der in § 5 Abs. 2 IfSG ausdifferenzierten Verordnungsermächtigungen in Gang setzen und den Kreis der zu heilkundlichen Tätigkeiten Berechtigten nach § 5a IfSG ausdehnen will. Dies ist in erster Linie eine politisch-normative Frage der Kompetenzverteilung, nicht der medizinisch-naturwissenschaftlichen Stimmgabe. Daher kommt dem Deutschen Bundestag auch eine breite Einschätzungsprärogative zu, die lediglich auf ihre Mindestplausibilität zu kontrollieren ist. Divergieren beispielsweise (seriöse) fachlich-wissenschaftliche Einschätzungen zu epidemischen Risiken, steht es dem Deutschen Bundestag frei, sich aus Gründen der Vorsorge auf diejenige Einschätzung zu stützen, die pessimistischer ist.

II. Die Aufhebung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Entsprechendes gilt dann auch für die Aufhebungsentscheidung nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG. Der Deutsche Bundestag hebt hiernach die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen für ihre Feststellung nicht mehr vorliegen. Die Aufhebungsentscheidung dient reziprok (als *actus contrarius*) zuvörderst der Feststellung, ob die exzeptionellen Ermäch-

tigungen der Bundesregierung im Rahmen des § 5 Abs. 2 IfSG sowie die heilberuflichen Lockerungen nach § 5a IfSG aufrechterhalten werden bzw. beendet werden sollen.

1. Politisches Ermessen

Dies hat vorrangig der Deutsche Bundestag politisch zu beurteilen. Auch hier wird man aus der Konditionierung („wenn die Voraussetzungen für ihre Feststellung nicht mehr vorliegen“) ableiten können, dass dies nicht willkürlich und losgelöst von der tatsächlichen Epidemie-Lage geschieht. Mehr als eine rechtliche Plausibilitätsprüfung eröffnet das aber schon deshalb nicht, weil ebendiese Voraussetzungen – wie gezeigt – im Wesentlichen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers unterfallen. Erst das evidente Ende einer länderübergreifenden Epidemie löst die Aufhebungspflicht aus.

Bezogen auf die derzeitige Pandemie-Lage lässt sich gemessen hieran nicht ernsthaft bezweifeln, dass die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG weiterhin fortbestehen. Solange das Virus in der Bevölkerung vorhanden ist und weder ein Impfstoff noch eine hinreichende Durchseuchung besteht, kann vergleichsweise problemlos von einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite ausgegangen werden, solange – stets mögliche – Wiederausbrüche nicht von vornherein auf beherrschbare Punktereignisse reduziert und insoweit am Ausbruchsort eingedämmt werden können. Davon sind wir aber immer noch weit entfernt.

2. Aufhebungsgebot ohne Aufhebungsverbot

Die Regelung des § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG begründet allein eine positive Aufhebungspflicht. Sie lässt das davon unabhängig bestehende Recht des Bundestags unberührt, die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite jederzeit auch dann aufzuheben, wenn sich die epidemiologischen Parameter realiter nicht geändert haben. Es geht – wie dargelegt – um eine politische Ermächtigungs-, Kompetenz- und Delegationsentscheidung, deren legitimierungssichernder Mehrwert gerade darin besteht, dass es der Deutsche Bundestag selbst in der Hand hat, über eine Ausnahme zu entscheiden. Damit wäre es konzeptionell unvereinbar, wenn der Regierung eine (jedenfalls ohne erneute Gesetzesänderung) unentziehbare Kompetenz zufiele, solange Sonderermächtigungen in Anspruch nehmen zu dürfen, bis sich eine Epidemie tatsächlich erledigt hat.

Der Deutsche Bundestag kann hierbei insbesondere auch auf seine eigene Arbeitsfähigkeit Rücksicht nehmen. Unabhängig von einer verfassungsrechtlichen Beurteilung sind die Maßnahmen nach § 5 Abs. 2 IfSG rechtlich umhertete Instrumente der Krisenbewältigung, die der Überbrückung dienen, um Zeit zu gewinnen²⁵. Sobald der Deutsche Bundestag die notwendige Flexibilität und Handlungsfähigkeit auch in der gegenwärtigen Pandemie wiedererlangt hat und zur regulären Gesetzgebung, die sich nach allgemeinen Regeln (Art. 80 GG) durch Verordnungen entlasten kann²⁶, zurückgekehrt ist, kann er also die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite aufheben, selbst wenn die generelle Infektionsgefahr noch nicht hinreichend eingeholt ist.

23) Gärditz, DVBl. 2019, 1298, 1305; Ingold, Das Recht der Opposition, 2015, S. 573 ff.

24) Vgl. Gärditz/Kamil Abdulsalam, GSZ 2020, 108 ff.

25) Gärditz/Kamil Abdulsalam, GSZ 2020, 108 ff.

26) Bauer, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rdnr. 12; Brenner, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 80, Rdnrn. 12 f.; Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 103, Rdnrn. 2 f.; Sauer, Die Funktionen der Rechtsverordnung, 2005, S. 202 ff.; Uhle, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 24, Rdnr. 7.

3. Rechtsfolgen versäumter Aufhebung

Die Aufhebung der Epidemie-Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG hat – anders als der zunächst allein die Intraorganbeziehungen zwischen Bundestag und Bundesregierung betreffende Positivakt nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG – *unmittelbare* Außenwirkung, weil von ihrem Fortbestand auch Maßnahmen abhängen, die bereits erlassen wurden. Daher ist die Aufhebung auch nach § 5 Abs. 1 S. 3 IfSG im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Versäumt der Deutsche Bundestag es, die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite aufzuheben, obgleich deren Voraussetzungen evident nicht mehr vorliegen, verletzt er seine sich selbst auferlegte und insoweit verbindliche Vorgabe aus § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG. In diesem Fall fehlt es den auf der Grundlage des § 5 Abs. 2 IfSG erlassenen Maßnahmen an einer tatbestandlichen Voraussetzung.

Rechtmäßig erlassene Verwaltungsakte können dann nach § 49 Abs. 1 VwVfG widerrufen werden. Handelt es sich um Dauerverwaltungsakte, können diese mit Wirkung zum Zeitpunkt, zu dem die gesetzlichen Voraussetzungen fortgefallen sind, ggf. rechtswidrig werden und dann nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG zurückgenommen werden²⁷. Sofern Grundrechte betroffen sind, kann sich das – nach § 40 VwVfG pflichtgemäß auszuübende – gesetzliche Rücknahmeermessen ggf. reduzieren und zu einem Aufhebungsanspruch verdichten²⁸. Nach § 5 Abs. 2 IfSG erlassene Rechtsverordnungen werden mit einer nachträglich eintretenden Rechtswidrigkeit unabhängig von § 5 Abs. 4 IfSG unwirksam. Die gesetzunmittelbare Befristung auf den 31.3.2021 (§ 5 Abs. 4 S. 1 IfSG), die im Übrigen die Ermächtigungen bislang auf ein reines Corona-Maßnahme-Recht beschränkt²⁹ und trotz abstrakt-genereller Regelung eine Anwendung in Fällen künftiger Pandemien ausschließt, macht es freilich unwahrscheinlich, dass dieser Fall tatsächlich eintritt.

IV. Kein subjektives Recht auf Aufhebung

Da die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG ausschließlich dazu dient, im Rahmen des § 5 Abs. 2 IfSG zum einen Handlungskompetenzen vom Parlament auf die Regierung und zum anderen von den Ländern auf den Bund zu verschieben, werden hierdurch ausschließlich objektive Ordnungsfunktionen erfüllt. Subjektive Rechte werden allenfalls mittelbar im Rahmen von Folgemaßnahmen nach § 5 Abs. 2 IfSG tangiert, durch die Feststellung bzw. die Aufhebung als solche aber weder begründet noch berührt. Dies gilt auch für die betroffenen Berufsgruppen nach § 5a IfSG; die Ausnahmeerlaubnis, heilkundlich tätig werden zu dürfen, dient nicht subjektiven Freiheitsinteressen, sondern allein der objektiven Aufrechterhaltung eines funktionierenden Gesundheitssystems. Erst recht hat niemand ein subjektives Recht auf Aufhebung der Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG, wenn deren Voraussetzungen fortgefallen sind.

V. Konsequenzen

Ist der Tatbestand des § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG damit weitgehend voraussetzungsarm, verlagern sich verfassungsrechtliche Probleme umso mehr auf die Reichweite der damit verbundenen Ermächtigungen des § 5 Abs. 2 IfSG, die in einigen (nicht allen) Teilen des Katalogs mit den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG unvereinbar sind³⁰, was aber ein anderes Thema ist.

Maßnahmen, die in Rechte Einzelner eingreifen (insbesondere nach §§ 28, 32 IfSG, aber auch z.B. nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 IfSG) unterliegen den strikten Anforderungen, die sich aus den betroffenen Grundrechten ergeben³¹, namentlich dem Verhältnismäßigkeitsgebot sowie dem Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG). Die damit verbundene Notwendigkeit,

Eingriffe rational rechtfertigen zu können, hängt nicht davon ab, ob der Deutsche Bundestag eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat oder nicht bzw. ob diese aufgehoben wurde³². Vielmehr müssen hier seitens der Exekutive, die in Rechte eingreifen will, die Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit anhand der jeweils verfügbaren Erkenntnisse der einschlägigen Disziplinen (z.B. Virologie, Pneumologie, Epidemiologie) beurteilt werden, ohne dass entlastend auf die Bundestagsfeststellung verwiesen werden könnte. § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG ist eine politische Ermessensentscheidung, die nur schwach an Tatsachen gekoppelt ist bzw. die Tatsachen-Konstruktion in einem politischen Verfahren prozeduralisiert hat. Dies bietet zwar eine plurale Interessenintegration und befördert politisch ausgewogenere Lösungen, kann dafür aber kaum Gewähr der fachlich-wissenschaftlichen Richtigkeit bieten. Virologisches Fachwissen wird im Parlament weder generiert noch durch neutrale, von politischen Interessen distanzierte Standards und Kommunikationsprozesse hinreichend verlässlich abgesichert³³.

Die Verhältnismäßigkeit ist demgegenüber grundrechtsdogmatisch die Brücke zu Tatsachenfragen³⁴, die im Infektionsschutzrecht gegenwärtig ins Zentrum der normativen Beurteilung getreten sind. Die Verhältnismäßigkeit ist im Übrigen auch intertemporal elastisch, nämlich dem jeweiligen – letztlich tagesaktuellen – Stand wissenschaftlicher Erkenntnis anzupassen – eine Leistung, die ein politisches Verfahren nach § 5 Abs. 1 IfSG von vornherein nicht zu erbringen vermag. Damit kann eine Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG letztlich auch nichts zur materiellen Rechtfertigung von grundrechtsrelevanten Vollzugsakten beisteuern. Das bedeutet freilich umgekehrt auch, dass selbst weitreichende Grundrechtseingriffe auf der Grundlage der §§ 28, 32 IfSG³⁵ mit Gründen der wirksamen Epidemie-Bekämpfung gerechtfertigt werden können, wenn der Deutsche Bundestag auf eine entsprechende Feststellung aus politischen Gründen verzichtet hat.

- 27) Vgl. BVerwGE 84, 111, 113ff.; 143, 87, Rdnrn. 43; 143, 230, Rdnr. 15; *Schenke*, NVwZ 2015, 1341ff.
- 28) Vgl. BVerwG, Beschl. v. 8.5.2013 – 2 B 5/13, NVwZ 2013, 953; *Suerbaum*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz* (Hrsg.), VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 48, Rdnr. 73.
- 29) *Gärditz/Kamil Abdulsalam*, GSZ 2020, 108ff.
- 30) *Gärditz/Meinel*, FAZ v. 26.3.2020, S. 6; *Lindner*, in: *Schmidt* (Hrsg.), COVID 19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 16, Rdnr. 46; *Möllers*, VerfBlog, 2020/3/26; jedenfalls kritisch *Rixen*, NJW 2020, 1097, 1103.
- 31) Vgl. exemplarisch für die Religionsfreiheit BVerfG-K, Beschl. v. 10.4.2020 – 1 BvQ 28/20, NJW 2020, 1427; Beschl. v. 10.4.2020 – 1 BvQ 31/20; Beschl. v. 29.4.2020 – 1 BvQ 44/20; für die Versammlungsfreiheit BVerfG-K, Beschl. v. 17.4.2020 – 1 BvQ 37/20; allgemein BVerfG-K, Beschl. v. 7.4.2020 – 1 BvR 755/20, NJW 2020, 1429. Eingehend *Katzenmeier*, MedR 2020, 461ff.
- 32) Im Rahmen des § 5 Abs. 2 Nr. 1 IfSG ist die positive Feststellung zwar Tatbestandsmerkmal. Dies entlastet aber ebenfalls nicht von einer konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand der realen Lage.
- 33) Zu den Differenzen aus rechtlicher Sicht eingehend *Gärditz*, DÖV 2017, 41ff.; *ders.*, EurUP 2017, 112ff.; *ders.*, WissR 51 (2018), 5ff.
- 34) Vgl. *Lepsius*, in: *Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Staatsrechtslehre, 2007, S. 319 (352); *Petersen*, Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 128; *Reimer*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 60, 67.
- 35) Hierzu BayVerfGH, Entsch. v. 24.4.2020 – Vf. 29-VII-20; BayVGh, NJW 2020, 1236; VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 9.4.2020 – 1 S 925/20; HessVGh, Beschl. v. 7.4.2020 – 8 B 892/20.N; OVG Bremen, Beschl. v. 9.4.2020 – 1 B 97/20; OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.4.2020 – 13 MN 67/20; Beschl. v. 17.4.2020 – 13 MN 82/20; Beschl. v. 17.4.2020 – 13 MN 84/20; OVG NW, Beschl. v. 6.4.2020 – 13 B 398/20.NE; Beschl. v. 15.4.2020 – 13 B 440/20.NE; Beschl. v. 29.4.2020 – 13 B 512/20.NE; SaarOVG, Beschl. v. 22.4.2020 – 2 B 130/20; SächsOVG, Beschl. v. 7.4.2020 – 3 B 111/20; ThürOVG, Beschl. v. 8.4.2020 – 3 EN 245/20.