

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1561

Gesetzgebung im Gesundheitsnotstand

**Die Rolle des parlamentarischen Gesetzgebers
im pandemiebedingten Gesundheitsnotstand
am Beispiel der COVID-19-Pandemie**

Von

Marina Preiß



Duncker & Humblot · Berlin

MARINA PREISS

Gesetzgebung im Gesundheitsnotstand

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1561

Gesetzgebung im Gesundheitsnotstand

Die Rolle des parlamentarischen Gesetzgebers
im pandemiebedingten Gesundheitsnotstand
am Beispiel der COVID-19-Pandemie

Von

Marina Preiß



Duncker & Humblot · Berlin

Veröffentlicht mit finanzieller Unterstützung der Universität Passau.

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit
im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-19395-0 (Print)
ISBN 978-3-428-59395-8 (E-Book)
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2024 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und das Recht der neuen Technologien sowie am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Völkerrecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht, dort im Rahmen des vom Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderten Projektes „LegEmerge – Gesetzgebung im Gesundheitsnotstand“, Förderkennzeichen: 01KI20501.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Hans-Georg Dederer. Ihm danke ich nicht nur für seine Unterstützung bei der Themenfindung und die großartige Betreuung der Arbeit, sondern auch für die wunderbare und lehrreiche Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl. Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Professor Dr. Tristan Barczak für sein zügiges und wertvolles Zweitgutachten, den anregenden wissenschaftlichen Diskurs und die großartige Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl.

Bei meinem Lehrstuhlkollegen Johannes Forck möchte ich mich für die Durchsicht meines Manuskripts und die gewinnbringenden Diskussionen bedanken.

Die Entstehung der Arbeit wurde von der Universität Passau durch ein Promotionsabschlusstipendium gefördert. Ebenso unterstützte die Universität Passau die Veröffentlichung der Arbeit durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss. Auch dafür bin ich sehr dankbar.

Schließlich und von Herzen bedanke ich mich bei meinem Partner Dominik Hübsch, der mein Manuskript durch seine hilfreichen Anmerkungen bereichert und mir während der gesamten Zeit Rückhalt gegeben hat. Mein größter Dank gebührt meinen Eltern Walter und Isolde Preiß sowie meinem Bruder Marco Preiß für ihre unentwegte und bedingungslose Unterstützung in jeder Hinsicht. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Passau, im Februar 2025

Marina Preiß

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einführung – Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung	15
A. Gegenstand der Untersuchung	15
B. Gang der Untersuchung	19

Kapitel 2

Rechtsrahmen zur Pandemiebewältigung – Überblick und Anwendbarkeit im Pandemiefall	22
A. Rechtlicher Rahmen zur Pandemiebewältigung bis zum Ausbruch der COVID-19-Pandemie	22
I. Völkerrechtliche und europarechtliche Einbettung	22
II. Nationale Ebene	25
1. Pandemie als Ausnahmezustand?	25
2. Grundgesetzliche Notstandsregelungen	27
a) Äußerer Notstand des Grundgesetzes	28
b) Innerer Notstand des Grundgesetzes	29
3. Infektionsschutzgesetz des Bundes	33
a) Regelungsgehalt	33
aa) Meldewesen	33
bb) Verhütung übertragbarer Krankheiten	35
cc) Bekämpfung übertragbarer Krankheiten	35
dd) Adressaten	36
ee) Infektionsschutzverwaltung des Bundes	37
b) Tauglichkeit im Pandemiefall?	39
4. Katastrophenschutzrecht	42
a) Risikoanalysen	44
b) LÜKEX-Übungen	45
5. Pandemieplan	47
6. Allgemeines Gefahrenabwehrrecht	49
III. Fazit: Defizitäres rechtliches Instrumentarium für den Pandemiefall	50

B. COVID-19-Regelungen	50
I. Bundesebene	50
1. Überblick	52
2. Infektionsschutzrecht	53
II. Länderebene	56
1. Überblick	56
2. Infektionsschutzrecht der Länder	56

Kapitel 3

Maßstäbe für ein rechtliches Regelwerk zur Bewältigung eines pandemiebedingten Gesundheitsnotstandes	58
A. Maßgebende Bewertungskriterien	58
I. Wesentlichkeitstheorie	58
II. Schonender Ausgleich von Grundrechtskollisionen	59
III. Einbettung im bundesstaatlichen Mehrebenensystem	63
IV. Dynamische Risikoregulierung	65
B. Wesentlichkeitstheorie und Pandemiegesetzgebung	66
I. Terminologie und Operationalisierung der Wesentlichkeitstheorie	66
1. Terminologie und Einordnung der Wesentlichkeitsdoktrin	66
a) Vorbehalt des Gesetzes	66
b) Parlamentsvorbehalt	67
c) Wesentlichkeitstheorie	68
2. Bedeutungsgehalt und Anwendung der Wesentlichkeitstheorie	68
a) Sachbereich	70
b) „Grundlegender normativer Bereich“	70
c) „Wesentliche Entscheidungen“	72
II. Sachbereich: Pandemiebedingter Gesundheitsnotstand	75
III. Betroffenheit eines „grundlegenden normativen Bereichs“	76
IV. „Wesentliche Entscheidungen“ im pandemiebedingten Gesundheitsnotstand	80
1. Feststellung und Dauer der Notstandslage	82
2. Notstandsbefugnisse	84
3. Spezielle Regelungen für den Gesundheitsnotstand	86
a) Vorkehrungen zur Aufrechterhaltung des Gesundheitssystems und der Ge- sundheitsversorgung	86
b) Medizinische Ressourcen und ihre Verteilung im Knappheitsfall	86
aa) Impfstoffverteilung und Impfpflicht	87
bb) Triage	88
c) Pandemieschutzmaßnahmen	92

d) Sachverständige Beratung	92
V. COVID-19-Regelungen und Wesentlichkeitstheorie	94
1. Epidemische Lage von nationaler Tragweite	95
a) Verfassungsrechtliche Würdigung	95
b) Tatbestandsvoraussetzungen	98
aa) Nationale Epidemie oder internationale Pandemie als Ursprung	99
bb) Ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit	101
cc) Notwendigkeit gesetzlich festgelegter Voraussetzungen	103
2. Verordnungsmächtigungen, § 5 Abs. 2 IfSG	107
3. Grundrechtsbeschränkende Pandemiemaßnahmen	114
a) Standardmaßnahmen im IfSG?	117
b) Ausnahme-, Härtefall- und Entschädigungsklauseln	118
c) Ausnahmen für Immunisierte	120
d) Schwellenwerte, Stufenregelung	122
e) § 28b IfSG in der Fassung der „Bundesnotbremse“	124
4. Triage	126
a) Defizitäre strafrechtliche und medizinisch-ethische Lösungsansätze	128
b) § 5c IfSG	130
5. Impfstoffverteilung und Impfpflicht	133
6. Beteiligung der Länderparlamente	139
a) Ausgleich bundesgesetzlicher Defizite?	140
b) Art. 80 Abs. 4 GG im Verhältnis Landesregierung und Landesgesetzgeber	141
aa) Zulässigkeit der modifizierten Weiterübertragung	143
bb) Arten der parlamentarischen Beteiligung	144
7. Beschlussfähigkeit des Bundestages	145
a) Notparlament	146
b) § 126a Abs. 2 GOBT a. F.	147
c) Virtuelles Parlament	149
8. Bund-Länder-Treffen („Ministerpräsidentenkonferenzen“)	151
VI. Fazit	158
C. Schonender Ausgleich von Grundrechtskollisionen	158
I. Entscheidung unter Ungewissheiten	160
1. Pandemiebewältigung und Risikorecht	160
2. Das Vorsorgeprinzip	165
a) Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips auf den Pandemiefall	166
b) Folgen der Anwendung	170
II. Die staatliche Schutzpflicht für das Leben und die körperliche Unversehrtheit im pandemiebedingten Gesundheitsnotstand, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	173
1. Bestehen einer staatlichen Schutzpflicht	174
2. Auswirkungen auf die gesetzgeberischen Handlungsmöglichkeiten	177

III. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	182
1. Umgang mit Ungewissheit in der Pandemie	183
2. Maßnahmen als Teil eines gesetzgeberischen Gesamtkonzepts	188
D. Einbettung im nationalen Mehrebenensystem	192
I. Anordnungsermächtigungen in § 5 Abs. 2 IfSG	193
II. Bund-Länder-Treffen („Ministerpräsidentenkonferenzen“)	203
III. Die „Bundesnotbremse“	205
IV. Infektionsschutzgesetze der Bundesländer	209
E. Meta-Maßstab: Dynamische Risikoregulierung	213
F. Fazit	223

Kapitel 4

Rechtliches Regelwerk für den Fall eines pandemiebedingten Gesundheitsnotstandes <i>de lege ferenda</i>	224
A. Notwendigkeit einer allgemeinen Pandemiegesetzgebung	224
B. Vorüberlegungen	225
C. Regelungsansätze und -optionen	229
I. Normierungsvorschlag	229
1. Verfassungsrechtliche Ebene	229
2. Einfachrechtliche Ebene (IfSG-E)	230
II. Erläuterungen	233
1. Verfassungsrechtliche Ebene (Art. 80b GG-E)	233
a) Gegenstand und Voraussetzungen (Absatz 1)	234
b) Verfahren und Form der Feststellung und Aufhebung (Absatz 2)	239
aa) Verkündung und Feststellungsbeschluss	239
bb) Initiativrecht	240
cc) Zustimmung des Bundesrates	240
dd) Abstimmungsmehrheit	241
ee) Zeitliche Befristung und Beendigung des Gesundheitsnotstandes	242
c) Evaluierung (Absatz 3)	243
d) Konkretisierung (Absatz 4)	244
2. Einfachrechtliche Ebene (IfSG-E)	244
a) § 5 IfSG-E: Pandemiebedingter Gesundheitsnotstand	244
aa) Definition und Voraussetzungen	245
bb) Wissenschaftliche Beratung	248
cc) Evaluierung	249
b) § 5a IfSG-E: Notstandsbefugnisse – Verordnungsermächtigungen	250
aa) Inhaber und Voraussetzungen	253

bb) Parlamentsbeteiligung (Absatz 2 IfSG-E)	255
cc) Geltungsdauer (Absatz 3 IfSG-E)	257
c) §§ 31a, 31b IfSG-E: Pandemieschutzmaßnahmen	258
aa) Normierungsverpflichtung des Bundesgesetzgebers (Absatz 1)	260
bb) Konzeptpflicht (Absatz 2)	261
cc) Ausnahmen für Immunisierte (Absatz 3)	265
dd) Rechtsverordnungen nach § 32 IfSG-E (Absatz 4)	266
ee) Vorsorgendes Gesamtschutzkonzept (§ 31b IfSG-E)	269
Zusammenfassung der Ergebnisse	271
Literaturverzeichnis	275
Stichwortverzeichnis	292

Kapitel 1

Einführung – Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung

A. Gegenstand der Untersuchung

„Jede gravierende Krise prüft den Zustand der Welt. Sie testet die Kraft ihrer Ordnung, die Fähigkeit, mit den Folgen umzugehen, sich als lernfähig zu erweisen“.¹

Eine solche Krise stellte der gemeinhin als Corona-Pandemie bekannte, weltweite Seuchenausbruch des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 Ende 2019/Anfang 2020 dar.²

Der bis dahin unbekannte SARS-CoV-2-Erreger (severe acute respiratory syndrome coronavirus 2), der zur Lungenkrankheit COVID-19 führt, wurde erstmals am 17. November 2019 in China bestätigt und verbreitete sich innerhalb weniger Monate weltweit. Bereits am 30. Januar 2020 wurde von der World Health Organization (WHO) in diesem Zusammenhang eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite (Art. 12 IGV)³ ausgerufen und der Ausbruch am 11. März 2020 als Pandemie⁴ charakterisiert. Schon kurze Zeit später hatten sich über eine Million Menschen mit dem Virus infiziert.⁵ Nach über drei Jahren Pandemie⁶ waren es über

¹ So charakterisiert *Di Fabio*, F.A.Z. v. 06.04.2020, S. 7 die Corona-Pandemie kurz nach deren Ausbruch und den ersten rechtlichen Reaktionen in Deutschland.

² In der Epidemiologie versteht man unter einer Pandemie „eine neu, aber zeitlich begrenzt in Erscheinung tretende, weltweite starke Ausbreitung einer Infektionskrankheit mit hohen Erkrankungszahlen und i.d.R. auch mit schweren Krankheitsverläufen“, *RKI*, Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie, 2015, S. 99.

³ [https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (zuletzt: 28.08.2023).

⁴ <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020> (zuletzt: 28.08.2023).

⁵ Am 15.06.2020 waren es laut WHO 1.034.095 bestätigte Fälle (<https://covid19.who.int/>; zuletzt: 28.08.2023).

⁶ Die WHO hat die gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite am 05.05.2023 für beendet erklärt ([https://www.who.int/news/item/05-05-2023-statement-on-the-fifteenth-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/news/item/05-05-2023-statement-on-the-fifteenth-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic)). Die Corona-Pandemie ist damit nach der Polio-Notlage, die seit 2014 andauert, die zweitlängste internationale gesundheitliche Notlage, die je von der WHO ausgerufen wurde (<https://www.spiegel.de/gesundheit/ende-der-pandemie-who-hebt-co>

767 Millionen Infektionsfälle und mehr als sieben Millionen Menschen, die durch das Virus – bzw. rund 20 Millionen Menschen, die in Zusammenhang mit einer Ansteckung⁷ – ums Leben gekommen sind.⁸ Eine Infektion mit dem Virus kann milde verlaufen oder aber schwerwiegende bis tödliche gesundheitliche Folgen nach sich ziehen.⁹ Die unter dem Sammelbegriff Long Covid zusammengefassten diffusen Langzeitfolgen einer Infektion sind bis heute noch nicht hinreichend erforscht. Die Corona-Pandemie führte zu einem in diesem Ausmaß unerwarteten und plötzlichen Anstieg an Personen, die auf eine (intensiv-)medizinische Versorgung angewiesen waren. In manchen Ländern verbreitete sich das Virus so rasant, dass die dortigen Gesundheitssysteme mit dem plötzlichen Anstieg an (intensiv-)medizinisch behandelungsbedürftigen Patienten alsbald überlastet waren und nicht mehr alle Patienten versorgt werden konnten. Die Bilder aus Bergamo in Italien, in denen Militärtransporter Leichen abtransportierten und Ärzte auf den Krankenhausgängen unter dem Entscheidungsdruck der pandemiebedingten Triage zusammenbrachen, bleiben ein prägendes Bild der COVID-19-Pandemie.¹⁰ Im weiteren Verlauf der Pandemie kam es überall auf der Welt immer wieder zu Situationen, in denen medizinische Ressourcen wie Impfstoffe oder Sauerstoff nicht in ausreichender Menge zur Verfügung standen, nicht genügend qualifiziertes medizinisches Personal zur gesundheitlichen Versorgung in den medizinischen Einrichtungen verfügbar war oder die Kapazitäten der gesundheitlichen Versorgungseinrichtungen schlichtweg überlastet waren. Auch in Deutschland wurde eine solche Überlastung der gesundheitlichen Versorgungseinrichtungen, mithin ein Gesundheitsnotstand, befürchtet.

Ein Gesundheitsnotstand beschreibt eine Situation, in der die gesundheitliche Versorgung der Bevölkerung in der Bundesrepublik bedroht ist, weil nicht ausreichend medizinische Versorgungskapazitäten zur Verfügung stehen oder es an notwendigem, hinreichend geschultem medizinischen Personal oder sächlichen Ressourcen fehlt, um alle Patienten, die eine gesundheitliche, pflegerische, ambulante, stationäre oder sonst medizinische oder intensivmedizinische Betreuung benötigen, entsprechend versorgen zu können. Eine Pandemie kann – in der Art der COVID-19-Pandemie – einen möglichen, aber keineswegs den einzigen Auslöser für einen Gesundheitsnotstand darstellen. Dabei geht es nicht primär darum, dass ein Großteil

rona-gesundheitsnotstand-auf-a-40c5032c-d369-4cdc-bec4-f2a025312df8; beide zuletzt: 28.08.2023).

⁷ Vgl. die Aussage des Generaldirektors der WHO *Tedros Adhanom Ghebreyesus*, abrufbar unter: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-5-may-2023> (zuletzt: 28.08.2023). Siehe dazu *Murswiek*, NVwZ-Extra 05/2021, 1 (8 f.).

⁸ Vgl. <https://covid19.who.int/> (zuletzt: 28.08.2023).

⁹ Vgl. dazu den Steckbrief des RKI, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html?nn=13490888 (zuletzt: 28.08.2023).

¹⁰ Siehe z.B. <https://www.tagesschau.de/investigativ/monitor/corona-italien-155.html> (zuletzt: 28.08.2023).

der Bevölkerung an dem neuartigen Virus erkrankt. Entscheidend ist vielmehr, dass Personen – ob infolge des Virus oder infolge einer anderen Krankheit oder gesundheitlichen Beeinträchtigung – deshalb sterben oder nicht entsprechend medizinisch versorgt werden können, weil nicht mehr ausreichend Kapazitäten, Ressourcen oder Personal zur medizinischen Versorgung aller Patienten vorhanden sind. Weitere Ursachen für einen Gesundheitsnotstand sind denkbar vielfältig. So kann es aufgrund eines Lieferengpasses von Produkten, die aus dem Ausland importiert werden, an medizinischen Gütern oder notwendigen Bestandteilen zu deren Herstellung fehlen, sodass durch den Mangel an diesen Gütern die Funktionsfähigkeit der gesundheitlichen Versorgungssysteme gefährdet ist. Daneben können insbesondere Naturkatastrophen wie Erdbeben, Hochwasser oder Waldbrände ein solches Ausmaß annehmen, dass im gesamten Bundesgebiet ein starker Anstieg an behandlungsbedürftigen Patienten zu verzeichnen ist, der die gesundheitlichen Versorgungseinrichtungen an ihre Belastungsgrenze bringt. Ebenso können Wasser- oder Lebensmittelverunreinigungen zu einem solchen Anstieg und in der Folge zu einem Gesundheitsnotstand führen.

Der durch SARS-CoV-2 ausgelöste pandemiebedingte Gesundheitsnotstand stellte aber nicht nur Wissenschaft und Medizin vor große Herausforderungen, sondern war auch und zuvörderst eine Bewährungsprobe für den Staat und die Verfassung.¹¹ Zu den fundamentalen Aufgaben eines Staates gehört der Schutz der Bevölkerung vor Bedrohungen von innen und außen.¹² Dazu zählt insbesondere auch der Schutz von Leben und Gesundheit vor einer pandemischen Bedrohung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG).¹³ Diese Verpflichtung trifft dabei in erster Linie den parlamentarischen Gesetzgeber, der nach der Wesentlichkeitstheorie verpflichtet ist, alle wesentlichen Entscheidungen in den grundlegenden normativen Bereichen selbst zu treffen¹⁴ und mithin den rechtlichen Rahmen zur Bewältigung eines pandemiebedingten Gesundheitsnotstandes zur Verfügung zu stellen.

Eine Ausnahmesituation, wie sie die COVID-19-Pandemie verursachte, war in der Geschichte der Bundesrepublik bisher ohne Vergleich. Vergangene Seuchenausbrüche trafen Deutschland nicht oder nicht so schwer, dass sie mit den Mitteln der Normallage nicht hätten bewältigt werden können.¹⁵ Dem deutschen Recht war und ist der Begriff der Pandemie oder der des pandemiebedingten Gesundheitsnotstandes fremd. Ebenso fehlte es an gesetzlichen Regelungen, die auf eine Bedrohung von pandemischem Ausmaß zugeschnitten waren. Im Zuge der COVID-19-Pandemie wurden daher zahlreiche Maßnahmen ergriffen und Regelungen erlassen, um das

¹¹ *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 3. Aufl. 2022, S. 24; ähnlich *Gusy*, RuP 56 (2020), 139 (139): „Stresstest für die Verfassung, auch die Grundrechte“.

¹² *Klafki*, Risiko und Recht, 2017, S. 20 m. w. N.; siehe auch *Barczak*, Der nervöse Staat, 2. Aufl. 2021, S. 365 m. w. N.

¹³ BVerfGE 159, 223 (Rn. 176); 161, 299 (Rn. 155).

¹⁴ BVerfGE 150, 1 (96 ff.); st. Rspr.

¹⁵ Dazu knapp *Gusy*, DÖV 2021, 757 (758).