

DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR GESETZGEBUNG

vereinigt mit der Gesellschaft für Effizienz in Staat und Verwaltung e.V.

Vorsitzender: **PSt Prof. Dr. Günter Krings** MdB; Stellv. Vorsitzende: **MR Thomas Hadamek**, **Prof. Dr. Winfried Kluth**, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, **Linda Teuteberg** MdB; Schatzmeister: **Jan Sijbrandij**; Geschäftsführer: **Maximilian Stephan**; **RA Dr. Ortlieb Fliedner**; **PSt a.D. Rainer Funke**; **Ri. BVerfG a.D. Prof. Dr. Dieter Grimm**; **Konsul a.D. Prof. Heinrich A. Große-Sender**; **Prof. Dr. Volker Haug**, Universität Stuttgart; **Präsident des BVA a.D. Dr. Jürgen Hensen**; **Ansgar Heveling** MdB; **Dr. Gisela Meister-Scheufelen**, Vorsitzende Normenkontrollrat Baden-Württemberg; **Präsident des BVerfG a.D. Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier**; **StS a.D. Dr. Horst Risse**; **Dr. Norbert Röttgen** MdB; **PD Dr. Stefan Ruppert** MdB; **Bertold Welling**, VCI; Ehrenvorsitzender: **Prof. Dr. Ulrich Karpen**

Berlin, den 08.06.2021

Pandemiebekämpfung als Aufgabe nachhaltiger Gesamtplanung

7 Thesen zur Weiterentwicklung des Rechtsrahmens des Infektionsschutzes

von Winfried Kluth

Das zuvor wenig beachtete Infektionsschutzrecht hat sich im letzten Jahr schnell weiterentwickelt. Dieser Prozess ist durch zahlreiche Stimmen aus verfassungsrechtlicher Perspektive begleitet worden, die auf Schwächen hingewiesen, aber auch überzogene Kritik formuliert haben.

Festzustellen ist aus heutiger Sicht, dass im Bereich der Verwaltungsinfrastrukturen und der Arbeits- und Kooperationsprozesse zahlreiche Schwächen der Verwaltungen auf allen Ebenen deutlich sichtbar geworden sind. Das betrifft vor allem die unzureichende und zu wenig koordinierte Digitalisierung. Insoweit sind strukturelle Verbesserungen dringend geboten.

Ein Schwachpunkt der rechtlichen Debatte war die zu geringe Einbeziehung der Ebene verwaltungsrechtlicher Gestaltung. Bislang schöpfen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung die reichen Wissensbestände ihres steuerungswissenschaftlichen Arsenal, das für eine wirksame Pandemiebekämpfung genutzt werden kann, noch nicht aus. Das betrifft vor allem die Vernetzung der zahlreichen Erkenntnis- und Handlungsfelder in einer planungsrechtlichen Gesamtschau und -abwägung. Die nachfolgenden Thesen schlagen zur Überwindung dieses Mangels die aufgabenspezifische Adaption ausgewählter planungsrechtlicher Strukturen und Instrumente vor. Dabei kommt vor allem das Potenzial des Planungsrechts zur umfassenden Wissensgenerierung und zur Bewältigung komplexer Abwägungsfragen zum Tragen.

These 1:

Schutz vor Pandemie ist eine Steuerungsaufgabe, die sowohl rechtliche Regelungen zur Abwehr einer bestehenden oder drohenden Gefahr als auch zur Vorsorge einschließt.

Begründung:

Die COVID 19-Pandemie ist eine die gesamte Gesellschaft in personeller wie örtlicher Hinsicht betreffende Gefahr, der nur durch eine als Gesamtplanung ausgerichtete Strategie der Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge wirksam begegnet werden kann. Dies beginnt mit einer umfassenden, aufmerksamen Bestandsaufnahme zu allen Facetten des Phänomens, wie sie in planungsrechtlichen Screeningverfahren als erster Schritt üblich ist.

Es handelt sich zudem aus vielen Gründen der Dynamik und Interdependenzen nicht um eine kurzfristig erfolgreich überwindbare Gefahr, weshalb eine auf Dauer etablierte und nachhaltige Strategie rechtlich und praktisch zwingend erforderlich ist. Dabei ist davon auszugehen, dass eine auf Vorsorge und Herdenimmunität ausgerichtete nachhaltige Strategie für Gesamtgesellschaft den größten nachhaltigen Freiheitsgewinn darstellt.

These 2:

Die Weiterentwicklung des Pandemieschutzes darf nicht auf kurzfristige Gefahrenabwehr beschränkt sein, sondern muss konsequent am Leitbild eines vorsorgenden Planungsrechts ausgerichtet werden.

Begründung:

Unsere Rechtsordnung begegnet vergleichbaren Gesundheitsgefahrenlagen im Planungs- und Umweltrecht und dort insbesondere dem ebenfalls an der Luft als Träger von Gefahrstoffen ausgerichteten Immissionsschutzrecht mit bewährten planungsrechtlichen Instrumenten, die auch der Vorsorge dienen und so auf die langfristige Vermeidung von Schädigungen ausgerichtet sind. Eine solche Ausrichtung ist u.a. wegen der zu wenig beachteten Langzeitfolgen von COVID-19-Erkrankungen auch bei jungen Menschen unverzichtbar.

Planungsrechtliche Instrumente sind systematisch auf eine umfassende Wissensgenerierung, Abwägung und nachhaltige Strategie ausgerichtet und können deshalb besser als das auf punktuelle Aktionen ausgerichtete Polizeirecht als Referenzmaterie für die Weiterentwicklung des Infektionsschutzrechts herangezogen werden. Dabei ist naturgemäß im Detail eine weitreichende Adaption u.a. hinsichtlich der zeitlichen Ausgestaltung des Verfahrens erforderlich aber durch eine konsequente Nutzung digitaler Instrumente auch möglich.

These 3:

Die etablierten Instrumente des Planungsrechts ermöglichen eine umfassende Wissensgenerierung als Grundlage einer gerechten Abwägung und die Auswahl effektiver Instrumente.

Begründung:

Das Planungsrecht ist vor allem seiner Variante der Gesamtplanung auf die Gewichtung von Belangen und einen transparenten Abwägungsprozesse ausgerichtet. Dadurch sind zu Beginn der Entscheidungsvorbereitung eine umfassende Aufmerksamkeit und eine sorgfältige Problemaufbereitung gewährleistet. Der derzeit vielfach zu hörende Einwand einseitiger Orientierungen und Ausrichtungen der Maßnahmen kann so zurückgewiesen werden.

Das Infektionsgeschehen kann nur auf der Grundlage von validen Informationen über die unterschiedlichen Gefahrenquellen und Gefährdungspotenziale spezifiziert nach Orten und Personengruppen angemessen erfasst und beurteilt werden. Zudem müssen die

Auswirkungen sowohl von Infektionen als auch von Verboten und Beschränkungen für den Einzelnen und die Gesellschaft ebenfalls valide und transparent auf der Basis gesetzlicher Anleitungen ermittelt und bewertet werden. Schließlich kommt der angemessenen Beurteilung der Wirksamkeit von Schutz- und Vorsorgenmaßnahmen eine erhebliche Bedeutung zu. Gefahrenabwehr und Vorsorge müssen in der Praxis und nicht nur auf dem Papier wirksam sein, weshalb ein gründliches Monitoring unverzichtbar ist.

These 4:

Die Steuerung erfolgt demokratisch legitimiert in einem zweistufigen Regelungssystem von Gesetz und Verordnung. Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers ist die genaue Anleitung des Informationsgewinnungs-, Gewichtung- und Abwägungsprozesses unter Benennung der relevanten abwägungserheblichen Belange; als Beispiel kann das Planungsrecht dienen.

Begründung:

Wie im etablierten Planungsrecht, das sich etwa im Baugesetzbuch widerspiegelt, ist es Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers seine Zielvorgaben sowie das Verfahren der umfassenden Informationsgewinnung, der Interessengewichtung und des Interessenausgleichs genau anzuleiten. Durch § 28a IfSG ist insoweit ein erster Schritt gemacht worden, der aber noch deutlich hinter den Anforderungen einer genauen Anleitung zurückbleibt, wie sie im Planungsrecht üblich und gesetzlich ausgestaltet ist. Das betrifft letztlich alle Ebenen, da das Gesetz u.a. nicht erkennen lässt, welches Gewicht der Vorsorge zukommen soll, in welchem Verfahren welche Informationen zu gewinnen und betroffene (grundrechtliche) Interessen zu gewichten sowie untereinander und gegeneinander abzuwägen sind. Sinnvoll erscheint auch die Schaffung von weitergehenden Rechtsgrundlagen für die Informationsgewinnung, etwa im Bereich der Bewegungsdaten.

These 5:

Für die Umsetzung der Wissensgenerierung und die Vorbereitung der Planungsentscheidung sowie das Wirksamkeits-Monitoring wird eine interdisziplinär arbeitende Fachbehörde eingerichtet.

Begründung:

Planungsentscheidungen sind fachlich komplexe und rechtlich komplizierte Abwägungsentscheidungen, die eine umfassende Informationsverarbeitung und -bewertung auf der Grundlage des Fachwissens verschiedener Disziplinen verlangen. Deshalb sollte die Erarbeitung des Plans einer interdisziplinär besetzten und in Kollegialorganen arbeitenden Fachbehörde zugewiesen werden, die im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben tätig wird. Der Planentwurf sollte umfassend begründet werden und vor allem die tragenden Erwägungen zu den Abwägungsentscheidungen erkennen lassen. Dadurch werden die Entscheidungsgrundlagen und die Entscheidungskriterien transparent und können sowohl im politischen Diskurs als auch in etwaigen gerichtlichen Kontrollverfahren überprüft werden.

Die Fachbehörde oder eine weitere unabhängige Stelle sollte auch für die fortlaufende Beobachtung der Wirksamkeit der getroffenen Maßnahmen (Monitoring) zuständig sein. Sie sollte zudem die Entwicklung der fachwissenschaftlichen Erkenntnisse zum Infektionsgeschehen und den Methoden der Infektionseindämmung sammeln, transparent dokumentieren und auswerten sowie auf dieser Grundlage Vorschläge für die Weiterentwicklung des rechtlichen Rahmens erarbeiten.

These 6:

Der Bekämpfungs- und Vorsorgeplan wird als Rechtsverordnung mit Zustimmung durch den Deutschen Bundestag wirksam werden und der Rechtsschutz grundsätzlich dem Bundesverwaltungsgericht zugewiesen werden.

Begründung:

Der durch die Fachbehörde beschlossene Bekämpfungs- und Vorsorgeplan sollte als Rechtsverordnung durch die Bundesregierung beschlossen werden, aber erst nach Zustimmung durch den Deutschen Bundestag wirksam werden. Damit ist der Vorteil einer höheren demokratischen Legitimation verbunden, der zwar nicht das Niveau eines Parlamentsgesetzes erreicht, aber durch die Ermöglichung einer öffentlichen parlamentarischen Debatte unter Einbeziehung der Opposition gleichwohl eine deutliche Anhebung der Legitimation zur Folge hat.

Im Vergleich zum Parlamentsgesetz ist damit zugleich der Vorteil verbunden, dass durch die Wahl der Handlungsform der Rechtsverordnung der fachgerichtliche Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten eröffnet ist. Für die bundesweit geltende Rechtsverordnung sollte eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts begründet werden. Soweit das Gesetz im Zusammenhang mit Abweichungen Regelungskompetenzen der Länder oder der Landkreise und kreisfreien Städte vorsieht, sollte der Rechtsschutz vor den Obergerichtsverwaltungsgerichten eröffnet werden. Dadurch wird jeweils eine zeitnahe und einheitliche fachgerichtliche Klärung durch die sachnächste Gerichtsbarkeit ermöglicht.

These 7:

Das Planungsrecht sollte variable Instrumente der Planumsetzung wie Ausnahmen und Befreiungen sowie Austauschmittel enthalten um regionalen Besonderheiten hinreichend Rechnung zu tragen.

Begründung:

Vor dem Hintergrund der teilweise erheblichen regionalen Unterschiede des Infektionsgeschehens sollte das Gesetz vorsehen, dass unter näher zu konkretisierenden Bedingungen Ausnahmen und Befreiungen von den Anordnungen der Rechtsverordnungen zugelassen werden könnten und in Bezug auf die Schutzinstrumente sog. Austauschmittel (gleich wirksame aber ggf. aufwendiger Vorgehensweisen, die in einer Region oder durch eine Organisation bevorzugt werden) zur Anwendung kommen können. Dadurch wird eine größere Flexibilität erreicht und die Entstehung von Härtefällen vermieden.