

Jutta Mers

Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat



Nomos

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Marion Albers
Prof. Dr. Ivo Appel
Prof. Dr. Ulrich M. Gassner
Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 37

Jutta Mers

Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat



Nomos

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

Zugl.: Münster, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6040-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-0170-9 (ePDF)

D6

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Wie die immer wieder aufflammende Diskussion über die Einführung einer Masernimpfpflicht beispielhaft zeigt, sind infektionsschutzrechtliche Fragestellungen nicht nur von theoretischem Interesse im juristischen Diskurs, sondern auch von hoher gesellschaftspolitischer Relevanz. Erst im Mai dieses Jahres wurde vom Bundesgesundheitsministerium ein Referentenentwurf für ein „Gesetz zum Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention“ vorgestellt. Dass diese Thematik nicht unumstritten ist, zeigt jedoch die diesbezügliche Stellungnahme des deutschen Ethikrates.

Angestoßen durch die bereits anlässlich der Ebola-Epidemie in Westafrika 2014/2015 sowie der Masernausbrüche 2015 in Deutschland geführten Debatte über die rechtliche Zulässigkeit infektionsschutzrechtlicher Maßnahmen sowie des im Rahmen meines Studiums durch medizinrechtliche Veranstaltungen geweckten Interesses für die Frage, ob und wie es dem Medizin- bzw. Gesundheitsrecht gelingt, einen Ausgleich zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an einem möglichst umfassenden Gesundheitsschutz einerseits und den Rechten und Interessen des Einzelnen andererseits zu schaffen, ist die Grundidee entstanden, sich näher mit den Normen des Infektionsschutzrechtes zu befassen. Nach einer ersten Recherche zeigte sich, dass bisher – auch wenn das Infektionsschutzgesetz in seiner heutigen Form bereits seit über 15 Jahren existiert – eine umfassende Auseinandersetzung mit der grundrechtlichen Dimension infektionsschutzrechtlicher Normen weder in der rechtswissenschaftlichen Literatur noch Rechtsprechung stattgefunden hat. Die vorliegende Arbeit, die von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen worden ist, möchte insofern einen Beitrag zum wissenschaftlichen Diskurs in diesem Bereich sowie der aktuellen gesellschaftspolitischen Diskussion leisten.

Die Entstehung der Arbeit wäre dabei ohne die konstruktiven Gespräche, die fortwährende Unterstützung sowie das persönliche Engagement meines Doktorvaters, Herrn Prof. Dr. Gutmann, nicht möglich gewesen, weshalb ihm mein besonderer Dank gilt. Mein Dank gilt darüber hinaus selbstverständlich auch Herrn Prof. Dr. Steinmeyer für die Erstellung des Zweitgutachtens. Ferner möchte ich mich bei der DFG-geförderten interdisziplinären Kolleg-Forschergruppe "Theoretische Grundfragen der Nor-

Vorwort

menbegründung in Medizinethik und Biopolitik" an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster dafür bedanken, dass mein Promotionsprojekt dort assoziiert sein konnte.

Werther, im Juni 2019

Jutta Mers

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	11
2. Fragestellung	15
3. Infektionsschutzrecht in Deutschland – Ein Überblick	19
3.1. Begriff des Infektionsschutzes	19
3.2. Historische Entwicklung des Infektionsschutzes	21
3.3. Staatliche Kompetenzen im Bereich des Infektionsschutzes	23
3.4. Regelungen des Infektionsschutzgesetzes	24
3.4.1. Systematik des Infektionsschutzgesetzes – Infektionsschutzrecht als Gefahrenabwehrrecht?	26
3.4.2. Koordinierung und Früherkennung, §§ 4 f. IfSG	34
3.4.3. Epidemiologische Überwachung, §§ 6 ff. IfSG	35
3.4.4. Verhütung übertragbarer Krankheiten, §§ 16 ff. IfSG	37
3.4.5. Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, §§ 24 ff. IfSG	39
3.4.6. Infektionsschutz bei bestimmten Einrichtungen, Unternehmen und Personen, §§ 33 ff. IfSG	40
3.4.7. Weitere Regelungen des IfSG, §§ 37 ff. IfSG	41
3.4.8. Rechtsschutz	41
4. Theoretische Grundlagen	43
4.1. „Public Health“	44
4.1.1. Entwicklung von „Public Health“ in Deutschland	45
4.1.2. Public Health und Infektionsschutz	46
4.2. Public Health Ethik	46
4.2.1. Utilitarismus	48
4.2.2. Kommunitarismus	54
4.2.3. Paternalismus	58
4.2.4. Soziale Gerechtigkeit	64
4.2.5. Harm Principle/ Schadensprinzip	66
4.2.6. Zusammenfassung	72

4.3. Rechtfertigungsansätze im Anwendungsbereich des Grundgesetzes	73
4.3.1. Utilitarismus	75
4.3.2. Kommunitarismus	79
4.3.3. Paternalismus	82
4.3.4. Schadensprinzip	85
4.3.5. Zusammenfassung	94
5. Analyse und Bewertung der gesetzlichen Situation	96
5.1 Epidemiologische Überwachung §§ 6 ff. IfSG	97
5.1.1. Gesetzliche Regelung	98
5.1.2. Verfassungsrechtliche Erwägungen	100
5.1.2.1. Namentliche Meldung	101
5.1.2.2. Nichtnamentliche Meldung	105
5.2. Verhütung übertragbarer Krankheiten §§ 16 ff. IfSG	107
5.2.1. Allgemeine Maßnahmen der zuständigen Behörde, § 16 IfSG	108
5.2.1.1. Gesetzliche Regelung	109
5.2.1.2. Verfassungsrechtliche Erwägungen	112
5.2.1.2.1. Verfassungsmäßigkeit von § 16 Abs. 1 S. 1 IfSG	112
5.2.1.2.2. Verfassungsmäßigkeit von § 16 Abs. 2 IfSG	125
5.2.1.3. Ergebnis	134
5.2.2. Schutzimpfungen §§ 20 ff. IfSG	135
5.2.2.1. Gesetzliche Regelung	137
5.2.2.2. Verfassungsrechtliche Erwägungen	140
5.2.2.2.1. Verfassungsmäßigkeit von § 20 Abs. 6 IfSG	141
5.2.2.2.2. Verfassungsmäßigkeit von § 20 Abs. 7 IfSG	157
5.2.2.2.3. Verfassungsmäßigkeit von § 21 IfSG	157
5.2.2.3. Derzeitiger Stand und Perspektiven	161
5.2.2.3.1. Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Verpflichtung zu Schutzimpfungen im Gesundheitswesen	163
5.2.2.3.2. Infektionsschutz in Gemeinschaftseinrichtungen	173
5.2.2.4. Ergebnis	176

5.3. Bekämpfung übertragbarer Krankheiten §§ 24 ff. IfSG	177
5.3.1. Ermittlungen und Unterrichtungspflichten, § 25 IfSG	178
5.3.1.1. Gesetzliche Regelung	178
5.3.1.2. Verfassungsrechtliche Erwägungen	181
5.3.1.2.1. Verfassungsmäßigkeit des § 25 Abs. 2 IfSG	181
5.3.1.2.2. Verfassungsmäßigkeit des § 25 Abs. 3 IfSG	182
5.3.2. Schutzmaßnahmen § 28 IfSG	191
5.3.2.1. Gesetzliche Regelung	191
5.3.2.2. Verfassungsrechtliche Erwägungen	195
5.3.2.2.1. Verfassungsmäßigkeit von § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG	195
5.3.2.2.2. Verfassungsmäßigkeit von § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG	204
5.3.2.2.3. Verfassungsmäßigkeit von § 28 Abs. 2 IfSG	213
5.3.3. Beobachtung gem. § 29 IfSG	218
5.3.3.1. Gesetzliche Regelung	218
5.3.3.2. Verfassungsrechtliche Erwägungen	222
5.3.4. Quarantäne § 30 IfSG	227
5.3.4.1. Gesetzliche Regelung	227
5.3.4.2. Verfassungsrechtliche Erwägungen	231
5.3.4.2.1. Verfassungsmäßigkeit von § 30 Abs. 1 IfSG	231
5.3.4.2.2. Verfassungsmäßigkeit von § 30 Abs. 2 IfSG	239
5.3.4.2.3. Verfassungsmäßigkeit von § 30 Abs. 3 IfSG	241
5.3.4.3. Möglichkeit der dauerhaften Absonderung	248
5.3.5. Berufliche Tätigkeits- und Beschäftigungsverbote gem. § 31 IfSG, § 34 Abs. 1 S. 1 IfSG und § 42 Abs. 1 IfSG	251
5.3.5.1. Gesetzliche Regelung	252
5.3.5.2. Verfassungsrechtliche Erwägungen	254
5.3.5.3. Folgen von Virusinfektionen für Beschäftigte in medizinischen Berufen	258
5.4. Infektionsschutz bei bestimmten Einrichtungen, Unternehmen und Personen, §§ 33 ff. IfSG	267
5.4.1. Gesetzliche Regelung	267

Inhaltsverzeichnis

5.4.2. Verfassungsrechtliche Erwägungen	271
5.4.2.1. Verfassungsmäßigkeit von § 34 IfSG	271
5.4.2.2. Verfassungsmäßigkeit von § 36 IfSG	277
6. Zusammenfassung und wesentliche Ergebnisse der Arbeit	283
7. Literaturverzeichnis	289

1. Einleitung

Gelingt dem Infektionsschutz in Deutschland ein Ausgleich im Spannungsfeld zwischen Gesundheitsschutz der Gesamtbevölkerung und Freiheitsrechten des Einzelnen?

Diese Frage liegt nahe, wenn Patienten mit Ebola-Verdacht unter Quarantäne gestellt, bei jedem Masernausbruch von neuem eine Impfpflicht diskutiert oder im Fall der Vogelgrippe betroffene Tiere umfassend notgeschlachtet werden. Die Angst vor schweren oder sogar tödlichen Krankheiten scheint im Bewusstsein der Bevölkerung tief verwurzelt zu sein, sodass jede neue Pandemie, jeder Ausbruch einer gefährlichen Krankheit uns in Besorgnis versetzt.

Bei der Bekämpfung von Infektionskrankheiten muss zwischen der medizinischen Betreuung des Einzelnen einerseits und staatlichem Infektionsschutz im Rahmen der öffentlichen Gesundheitsfürsorge andererseits differenziert werden: Während die medizinische Betreuung darauf ausgerichtet ist den einzelnen Patienten vor Erkrankungen zu schützen oder diesen im Fall einer Ansteckung zu behandeln, nimmt die staatlichen Gesundheitsfürsorge im Bereich des Infektionsschutzes die Gesamtbevölkerung in den Blick, bezweckt mithin eine Prävention von Infektionskrankheiten bzw. die Bekämpfung ihrer Ausbreitung nach einem Ausbruch.¹ Eben dieser staatliche Infektionsschutz soll nachfolgend im Fokus stehen.

Im Hinblick darauf, dass durch die Globalisierung des Handels sowie in Folge einer gesteigerten Mobilität der Bevölkerung eine weltweite Übertragung von Krankheiten bzw. eine Pandemie wahrscheinlicher als früher erscheint,² ist es wichtig, dass gesetzliche Grundlagen zur Verfügung stehen, welche den staatlichen Stellen Handlungsperspektiven für derartige Situationen vorgeben. Ein mögliches Krisenszenario in diesem Zusammenhang ist, dass ein Krankheitserreger – beispielsweise SARS oder die Vogelgrippe – von Reisenden verbreitet wird, ohne dass dies vorher hätte bemerkt oder verhindert werden können. So sind Betroffene teilweise bereits während

1 Siehe hierzu Kapitel 4.1. und *Schmitt/Schmitt*, Definition of Public Health, S. 222; *Schröder*, Bundesgesundheitsblatt, Gesundheitsforschung, Gesundheitsschutz, 2007, S. 104.

2 Vgl.: *Bales*, Das Infektionsschutzgesetz, S. 11.

1. Einleitung

der Inkubationszeit³ ansteckend, die Infektion kann jedoch mangels klinischer Symptomatik noch nicht festgestellt werden. Es hat sich zudem bereits gezeigt, dass Ein- und Ausreisec screenings zur Infektionsprävention in diesen Fällen nur eine begrenzte Wirksamkeit haben.⁴ Dies unter anderem auch, da die Reisenden, wenn sie von einem Krankheitsausbruch wissen, alles tun um nach Hause zu gelangen – insbesondere auch eine bereits bestehende Symptomatik verschleiern.⁵ Stellen wir uns also vor, dass ein Reisender ein Flugzeug mit mehreren hundert Menschen besteigt und dort einen, wenn auch nur kleinen Teil, seiner Mitreisenden ansteckt. Diese Mitreisenden wiederum verbreiten das Virus im Folgenden an verschiedenen Orten der Welt weiter. Je länger die Periode zwischen dem Beginn der Ansteckungsfähigkeit und der Manifestation der klinischen Symptomatik ist, desto einfacher kann sich die fragliche Krankheit unbemerkt verbreiten. Geht man davon aus, dass an Tag 0 nur Patient 0 infiziert war und jeder Infizierte pro Tag 2 weitere Personen ansteckt, sind an Tag 1 erst 3 Personen infiziert, an Tag 5 bereits 243 und an Tag 10 sogar schon 59.049 Personen – es kommt mithin zu einer exponentiellen Verbreitung der Infektionskrankheit. Gleichzeitig hat sich in den letzten Jahren bei Infektionskrankheiten wie SARS oder MERS gezeigt, dass es sogenannte „Superspreeder“ gibt – einzelne Personen die überdurchschnittlich viele Dritte anstecken.⁶ So ging bei einem MERS-Ausbruch in Seoul 2015 die Infektion von 82 Personen innerhalb von 3 Tagen auf einen einzelnen Patienten, der eine Notaufnahme besucht hatte, zurück.⁷

Die in der öffentlichen Diskussion immer wieder aufgegriffene Möglichkeit der Einführung einer Impfpflicht ist dabei nur eine von vielen möglichen Handlungsoptionen im Bereich des Infektionsschutzes. Jedoch zeigt die Diskussion über Impfempfehlungen und Impfpflichten – welche zu meist nur anlässlich aktueller Krankheitsausbrüche, insbesondere von Masernausbrüchen, geführt wird – bereits gut, dass die Frage des rechtlich Möglichen sowie die zu berücksichtigenden Rechte und Interessen der Betroffenen in der öffentlichen Diskussion leicht aus dem Blick geraten und

3 „Der Zeitabschnitt zwischen der Aufnahme eines Erregers und dem Auftreten der ersten klinischen Symptome der Erkrankung“ – *Kiehl*, Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie, S. 76.

4 Vgl.: *Wicker, et al.*, Zentralblatt für Arbeitsmedizin, Arbeitsschutz und Ergonomie, 2007, S. 208.

5 Vgl.: *Wicker, et al.*, Zentralblatt für Arbeitsmedizin, Arbeitsschutz und Ergonomie, 2007, S. 208.

6 Vgl.: *Kretschmer*, Pneumo News, 2016, S. 61.

7 Vgl.: *Kretschmer*, Pneumo News, 2016, S. 61.

vielmehr eine eher emotional aufgeladene Debatte geführt wird.⁸ Bei schwerwiegenden Erkrankungen werden die zum Schutz der Bevölkerung notwendigen Maßnahmen zudem weit über eine Impfpflicht hinausgehen. Am Beispiel der Vogelgrippe oder des Ebola-Ausbruchs in Westafrika 2014/2015 wird deutlich, dass in derartigen Situationen auch Untersuchungspflichten, Quarantäne, Versammlungsverbote oder berufliche Tätigkeitsverbote naheliegend sind, um eine Ausbreitung der Krankheit zu verhindern. Problematisch ist jedoch, dass all diese Maßnahmen mit erheblichen Grundrechtseingriffen verbunden sind, welchen die zu treffenden Maßnahmen in jedem Fall Rechnung tragen müssen. Da die zuständigen Behörden in einer derartigen Ausnahmesituation keine Möglichkeit haben werden sich mit der ethischen Dimension ihres Handels oder den Rechten und Interessen der Betroffenen eingehender auseinanderzusetzen⁹ und zudem natürlich aufgrund des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) eine gesetzliche Grundlage für ihr Handeln benötigen, ist es unabdingbar im Vorfeld belastbare gesetzliche Regelungen im Bereich des Infektionsschutzes zu schaffen.

Aufgabe des Infektionsschutzrechtes muss sein, einen Ausgleich zwischen dem staatlichen Interesse an einem möglichst umfassenden Gesundheitsschutz der Bevölkerung, dem Interesse der Bürger selbst an einem umfassenden Infektionsschutz, sowie den Freiheitsrechten – insbesondere dem Autonomieinteresse – des von einer möglichen Maßnahme betroffenen Einzelnen zu schaffen. Insofern erscheint es interessant, die existierenden gesetzlichen Regelungen im Hinblick auf ihre Grundrechtsrelevanz und Grundrechtskonformität näher zu untersuchen. Fraglich muss hierbei insbesondere auch sein, ob es im Falle des Infektionsschutzes überhaupt möglich ist, einen Ausgleich zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an einem möglichst umfassenden Gesundheitsschutz und dem Interesse des Einzelnen an einem selbstbestimmten Leben zu schaffen, oder ob der liberale Rechtsstaat an dieser Stelle an seine Grenzen stößt.

Der Infektionsschutz ist Teilbereich der öffentlichen Gesundheitsfürsorge [„Public Health“]. Während staatliche Maßnahmen zur Infektionsbe-

8 Dies zeigt sehr gut die Berichterstattung zum Masernausbruch in Berlin zum Jahresanfang 2015. Siehe z.B.: *Hucklenbroich*, Masernimpfung - Die Angst der Eltern, FAZ, 28.02.2015; *Jaeger*, „Ich habe mich gegen das Impfen entschieden“, FAZ, 25.02.2015; Sowie anlässlich neuer Masernausbrüche 2017. Siehe hierzu bspw.: *Seisselberg*, Her mit der Impfpflicht!, tagesschau.de, 26.05.2017; *Spoerr/Kreitling*, Trotzdem bin ich gegen Impfpflicht!, welt.de, 19.04.2017; *Stockrahm*, Wer die Eltern entscheiden lässt, riskiert Menschenleben, Zeit Online, 01.06.2017.

9 Vgl.: *Derpmann*, Bioethics, 2011, S. 446.

1. Einleitung

kämpfung bereits in die Zeit der Pestausbrüche zurückreichen,¹⁰ wurde eine Gesundheitsförderung zugunsten der Bevölkerung und aktive Präventionsarbeit durch den Staat erst ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts betrieben.¹¹ Der Staat will seitdem einen positiven Einfluss auf die Bevölkerungsgesundheit nehmen, indem er durch Aufklärung und Kampagnen auf ein gesundheitsbewussteres Verhalten der Bürger hinwirkt, wie beispielsweise auf die Reduktion des Tabak- und Alkoholkonsums.¹² Dadurch hat sich allerdings auch der Charakter der staatlichen Maßnahmen verändert – der Staat versucht den Bürger ohne „Zwang“ zu einem gesünderen Verhalten zu bewegen. Diese Tendenz ist auch im Infektionsschutz immer mehr zu beobachten, so beispielsweise bei der Frage von Schutzimpfungen. Der Staat will das Ziel einer höheren Impfquote derzeit nicht durch eine Impfpflicht erreichen, vielmehr ordnet das Gesetz in § 20 Abs. 1 IfSG die Information der Bürger über Schutzimpfungen an oder schreibt gem. § 34 Abs. 10a IfSG ärztliche Beratungen zu Schutzimpfungen vor. In diesem Zusammenhang ist es wichtig festzustellen, welche Rechtsnatur die einzelnen Maßnahmen des Infektionsschutzes haben und ob auch diese präventiven „verhaltenssteuernden“ Maßnahmen mit den Rechten der Bürger interferieren können. Der Schwerpunkt der folgenden Ausführungen liegt somit auf dem Verhältnis zwischen Staat und Bürgern im Infektionsschutzrecht.

10 Vgl.: *Schmitt/Schmitt*, Definition of Public Health, S. 223.

11 Vgl.: *Abelin*, Public Health aus globaler und europäischer Sicht, S. 14.

12 Vgl.: *Abelin*, Public Health aus globaler und europäischer Sicht, S. 18.

2. Fragestellung

Wie in der Einleitung bereits angesprochen, ist Gegenstand dieser Arbeit eine nähere Analyse und Betrachtung des deutschen Infektionsschutzrechtes, wobei der Schwerpunkt der Betrachtungen auf dem Verhältnis von Staat und Bürger liegt. Die Relevanz der Thematik begründet sich durch das wachsende staatliche Interesse an einer aktiven Gesundheitsfürsorge zugunsten der Bevölkerung. Die öffentliche Gesundheitsfürsorge, international unter dem Stichwort „Public Health“ verortet, rückt nicht nur in Deutschland immer mehr in den Fokus staatlichen Handelns, sondern wird auch auf internationaler Ebene durch die Europäische Union und die WHO verfolgt.¹³ Auch wenn die Verbesserung der Bevölkerungsgesundheit ein erstrebenswertes Ziel darstellt, besteht die Gefahr, dass eine Politik, die auf die Maximierung der allgemeinen Bevölkerungsgesundheit abzielt, Rechte und Interesse des einzelnen Bürgers nicht hinreichend berücksichtigt.

Im Rahmen des Infektionsschutzes wird oftmals zwischen *präventiven* Maßnahmen (die der Vorbeugung eines Krankheitsausbruches dienen) und *repressiven* Maßnahmen (die der Bekämpfung eines aktuellen Krankheitsausbruches dienen) unterschieden. Präventive Maßnahmen im Bereich des Infektionsschutzes, etwa Impfungen oder auch Aufklärungsarbeit zur Infektionshygiene, entfalten zwar nicht immer eine unmittelbare Zwangswirkung gegenüber dem Einzelnen, können jedoch nichtsdestotrotz mit den Interessen und Rechten der Betroffenen interferieren. Repressive Maßnahmen hingegen konstituieren überwiegend Verhaltenspflichten, wie etwa Untersuchungspflichten, Quarantäne, Beobachtung oder auch berufliche Tätigkeitsverbote, welche sich zumeist gegen infizierte oder möglicherweise infizierte Einzelpersonen, teilweise jedoch auch, wie etwa Versammlungsverbote, gegen alle Bürger richten. Alle Maßnahmen, ob präventiv oder repressiv, die eine Verhaltenspflicht konstituieren,

13 Beispielsweise durch die Internationalen Gesundheitsvorschriften (IGV), welche für 196 Staaten weltweit, darunter alle Mitglieder der WHO, verbindlich sind. Siehe hierzu *Abelin*, Public Health aus globaler und europäischer Sicht, S. 19 ff.; *Steinau-Steinrueck*, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, S. 170 f.

2. Fragestellung

weisen Grundrechtsrelevanz auf.¹⁴ Insofern ist es wichtig, dass alle staatlichen Maßnahmen durch eine verfassungsgemäße, gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gedeckt sind, und es darüber hinaus effektive Rechtsschutzmöglichkeiten für den betroffenen Bürger gibt.

Der Interessenkonflikt, der gerade im Bereich des Infektionsschutzes zu Tage tritt, wird maßgeblich dadurch verursacht, dass das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) der zu schützenden Bevölkerung gegen die Rechte und Interessen des Adressaten einer möglichen Maßnahme abgewogen werden muss. Der hieraus entstehende Interessenkonflikt wird im Rahmen des Infektionsschutzes noch einmal dadurch verstärkt, dass das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit Doppelcharakter besitzt: Es statuiert sowohl ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe,¹⁵ als auch eine Schutzpflicht des Staates zugunsten des Grundrechtsträgers.¹⁶ Den daraus folgenden Konflikt gilt es im Rahmen des Infektionsschutzrechtes zu lösen.

Ein Beispiel aus dem Infektionsschutz hierfür ist die Impfpflicht: Kann eine Gruppe von Kindern aufgrund einer Vorerkrankung oder eines schwachen Immunsystems beispielsweise nicht gegen die Masern geimpft werden, können diese Kinder nur durch eine Impfung aller anderen gesunden Kinder vor einer Infektion geschützt werden, da so einen „Herdenschutz“¹⁷ aller Kinder erreicht werden kann. Der Staat könnte seinen aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgenden Schutzauftrag zugunsten der zu schützenden Gruppe von Kindern, wenn alle anderen Kinder nicht freiwillig kooperieren, nur wahrnehmen, indem er eine Impfpflicht statuiert, welche jedoch wiederum einen Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG aller von der Impfpflicht betroffenen Kinder darstellen würde.

An diesem Beispiel wird deutlich, dass staatliche Schutzpflichten zugunsten einzelner Bevölkerungsgruppen oder der Gesamtbevölkerung oft in

14 Jede Maßnahme, welche dem Adressaten eine Verhaltenspflicht auferlegt, stellt zumindest einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Betroffenen gem. Art. 2 Abs. 1 GG dar. – vgl.: Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 2, Rn. 9; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Art. 2, Rn. 12; Kunig, in: Münch/Kunig, Art. 2, Rn. 18.

15 Vgl.: Pieroth/Schlink, Grundrechte, S. 97 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 2, Rn. 86 ff.; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 2 S. 1, Rn. 60 ff.

16 Vgl.: Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 2, Rn. 91 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, S. 101; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 2 S. 1, Rn. 81.

17 Um einen Herdenschutz bei Masern zu erreichen ist eine Impfquote von über 95 % erforderlich

Vgl. bspw.: Grundhewer, Heilberufe, 2015, S. 17; Wichmann/Ultsch, Bundesgesundheitsblatt, Gesundheitsforschung, Gesundheitsschutz, 2013, S. 1263.

Konflikt mit grundrechtlich geschützten Rechtspositionen und Interessen des Adressaten einer möglichen Maßnahme stehen. Im Bereich des Infektionsschutzes tritt dieser Konflikt besonders zu Tage, da auf beiden Seiten hochrangige Rechtsgüter betroffen sind und ein effektiver Gesundheitsschutz oft nur durch Maßnahmen zu erreichen ist, die in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen einer größeren Gruppe von Bürgern eingreifen. Ausgangslage ist mithin immer, dass das Interesse des Staates an einem möglichst umfassenden Gesundheitsschutz der Bevölkerung und das Interesse der Bevölkerung selbst an einem umfassenden Gesundheitsschutz mit dem Interesse des betroffenen Einzelnen, autonom über seine grundrechtlich geschützten Rechtspositionen entscheiden zu können, kollidieren.

Daraus ergibt sich die Frage, deren Beantwortung Ziel dieser Arbeit ist:

„Ob und wie ist ein Ausgleich zwischen dem staatlichen Interesse an einem möglichst umfassenden Gesundheitsschutz der Bevölkerung und den Rechten und Interessen des Einzelnen möglich, und ist dieser Ausgleich dem deutschen Infektionsschutzrecht gelungen?“

Zur Beantwortung dieser Frage ist zwischen zwei Aspekten zu unterscheiden:

1. Zunächst soll der Infektionsschutz als Teilbereich der öffentlichen Gesundheitsfürsorge als Ganzes betrachtet werden: Welche Ziele und Zwecke verfolgt der Staat im Bereich der öffentlichen Gesundheitsfürsorge, und können diese Ziele und Zwecke zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen herangezogen werden?
2. Aufbauend hierauf wird das Infektionsschutzgesetz als zentrale rechtliche Norm einer näheren Untersuchung unterzogen. Kernfrage hierbei wird sein, ob und wie bei der gesetzlichen Umsetzung der Ziele des Infektionsschutzes der Interessenausgleich in grundrechtskonformer Weise gelungen ist, sprich, ob die Einzelnormen verfassungsgemäß sind. Dies soll anhand der zentralen Maßnahmen des Infektionsschutzgesetzes beispielhaft untersucht werden.

Auch wenn das Infektionsschutzgesetz in seiner heutigen Form bereits seit über 15 Jahren in Kraft ist, hat eine Auseinandersetzung mit der grundrechtlichen Dimension der im Infektionsschutzgesetz vorgesehen Ermächtigungsgrundlagen noch nicht umfassend oder abschließend stattgefunden.

2. Fragestellung

den. Die zum Infektionsschutzrecht vorhandene Kommentarliteratur¹⁸ beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit der Auslegung der vorhandenen Vorschriften, dem Herausarbeiten der Zielrichtung der gesetzlichen Vorschriften, der Bedeutung von Gesetzesänderung sowie der praktischen Anwendung des Gesetzes. Die Arbeit von Steinau-Steinrück zum Infektionsschutzrecht in Deutschland¹⁹ geht zwar auf die grundrechtliche Dimension der einzelnen Eingriffsnormen des Infektionsschutzgesetzes teilweise ein, setzt sich hiermit jedoch nicht abschließend auseinander, sondern legt vielmehr einen Schwerpunkt der Abhandlung auf die rechtlichen Rahmenbedingungen des Infektionsschutzes international und in Deutschland sowie auf die Frage staatlicher Schutzpflichten und eines Recht auf gesundheitsschützende staatliche Leistungen. Angesichts der öffentlichen Diskussion über eine Impfpflicht bei Masern oder Quarantänemaßnahmen, beispielsweise bei Ebolaverdacht, scheint eine eingehende Auseinandersetzung mit den Möglichkeiten und Grenzen staatlichen Handelns im Rahmen des Infektionsschutzes jedoch notwendig zu sein, insbesondere unter Berücksichtigung des immer größeren Engagements des Staates in Fragen des Gesundheitsschutzes und der Krankheitsprophylaxe seiner Bürger. Vor diesem Hintergrund soll die Arbeit einen Beitrag zum wissenschaftlichen Diskurs über die Einordnung der Ziele des staatlichen Gesundheitsschutzes in unser Rechtssystem, sowie die Frage nach dessen Umsetzung im Infektionsschutzrecht leisten.

18 Siehe beispielsweise: *Erdle*, Infektionsschutzgesetz; *Bales/Kramer*, Infektionsschutzgesetz; *Sodan*, § 56 Infektionsschutzrecht; *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze.

19 *Steinau-Steinrueck*, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, S. 170 f.

3. Infektionsschutzrecht in Deutschland – Ein Überblick

Zunächst soll eine kurze Einführung in den Begriff des Infektionsschutzes, die historische Entwicklung des Infektionsschutzes in Deutschland, sowie die geltenden gesetzlichen Regelungen des Infektionsschutzrechtes in Deutschland gegeben werden. Hierbei ist zu beachten, dass aufgrund der Komplexität von Gesundheitsfürsorge und Infektionsschutz, eine Vielzahl von gesetzlichen Regelungen mit Fragen des Infektionsschutzes in Verbindung steht. So können neben dem primären Infektionsschutzrecht beispielsweise auch die Bereiche des Krankenversicherungsschutzes für bestimmte Behandlungen, der Krankenhaushygiene, der internationalen Zusammenarbeit in Gesundheitsfragen oder auch der Tierseuchenschutz relevant werden. Aufgrund des Umfangs der infektionsschutzrechtlichen Thematik kann eine Auseinandersetzung mit sämtlichen gesetzlichen Regelungen und Zielbestimmungen, welche mit dem Infektionsschutzrecht in Zusammenhang stehen, allerdings nicht erfolgen. Gegenstand dieser Arbeit ist daher ausschließlich das Infektionsschutzgesetz und die hiermit verbundenen Fragen und Problemstellungen.

3.1. *Begriff des Infektionsschutzes*

Das Infektionsschutzgesetz ist seinem Titel nach das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen – der Regulationsgegenstand demnach der Infektionsschutz. Ziel des Infektionsschutzes ist gem. § 1 Abs. 1 IfSG „übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern“ – die Verhütung und Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten (= Infektionskrankheiten). Entscheidend ist demnach, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine übertragbare Krankheit vorliegt. Der Begriff der übertragbaren Krankheit wird in § 2 Nr. 3 IfSG legaldefiniert. Demnach ist eine übertragbare Krankheit „eine durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit.“ Eine Infektionskrankheit unterscheidet sich von anderen Krankheiten dadurch, dass diese durch Krankheitserreger ausgelöst wird und nicht durch andere Faktoren bedingt ist (wie z.B. in der Regel Krebs). Ein Krankheitserreger ist

hierbei gem. § 2 Nr. 1 IfSG „ein vermehrungsfähiger Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann.“

Voraussetzung für eine Infektion ist, dass ein Erreger, welcher eine potentiell krankheitsauslösende Eigenschaft besitzt, durch einen Übertragungsvorgang auf einen empfänglichen Wirtsorganismus trifft.²⁰ Der für die Infektion notwendige Krankheitserreger ist ein Mikroorganismus, der den Menschen als Wirt nutzt. Er ist vermehrungsfähig und löst beim Menschen eine pathogene Wirkung sowie eine Abwehrreaktion aus.²¹ Die Infektion selbst ist keine Infektions*krankheit*, kann allerdings zu einer solchen werden.²² Eine Infektionskrankheit ist „die klinische Manifestation eines Infektionsvorganges und des Wirkens eines Erregers im Organismus.“²³ Die Bedeutung einer Infektionskrankheit ergibt sich aus Häufigkeit, Schwere und epidemischem Potential, den Folgen für die Gesundheit und den Präventions- und Therapiemöglichkeiten.²⁴ Eine Infektionskrankheit ist somit immer eine übertragbare Krankheit im Sinne von § 2 Nr. 3 IfSG, welche durch einen Erreger oder dessen toxisches Produkt unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen wird. Der Übertragungsweg²⁵ ist hierbei irrelevant. Welche übertragbaren Krankheiten aufgrund ihrer Symptome und Folgen als für den Infektionsschutz relevant eingestuft werden, ergibt sich aus den Vorschriften zum Meldewesen in §§ 6 ff. IfSG. Alle im Gesetz geregelten Aufgaben und Maßnahmen beziehen sich auf auf den Menschen übertragbare Krankheiten. Solange nur eine Übertragbarkeit zwischen Tieren zu beobachten ist, greift das Tierseuchenschutzgesetz ein.

Ein wichtiger Bestandteil des Infektionsschutzes ist die Infektionsepidemiologie, welche es ermöglicht, Erkenntnisse über die Ursachen, Krankheitsverläufe und Präventionsmöglichkeiten von Infektionskrankheiten zu gewinnen. Die Infektionsepidemiologie ist ein Teilbereich der Epidemiologie. Epidemiologie ist nach einer Definition der WHO die „Lehre von der Untersuchung der Verteilung von Krankheiten, physiologischen Varia-

20 Vgl.: *Kiehl*, Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie, S. 67.

21 Vgl.: *Kiehl*, Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie, S. 69.

22 Vgl.: *Kiehl*, Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie, S. 67.

23 Vgl.: *Kiehl*, Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie, S. 72.

24 Vgl.: *Kiehl*, Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie, S. 72.

25 Als Übertragungswege kommen beispielsweise die Übertragung einer Krankheit von Mensch zu Mensch, von Tier zu Mensch oder durch Lebensmittel auf den Menschen in Betracht.

blen und sozialen Krankheitsfolgen in menschlichen Bevölkerungsgruppen sowie der Faktoren, die diese Verteilung beeinflussen.“²⁶ Im Rahmen der Infektionsepidemiologie werden Infektionskrankheiten im Hinblick auf ihre Ausbreitung, ihre Charakteristika und Einflussfaktoren der Umwelt untersucht. Auf Grundlage dieser Erkenntnisse werden die Infektionskrankheiten hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Bevölkerung bewertet und Strategien zur Verhütung und Bekämpfung der Krankheiten abgeleitet.²⁷ Die Infektionsepidemiologie ist somit eng mit dem Bereich der Gesundheitswissenschaften resp. Public Health verbunden. Mit der Ablösung des Bundesseuchengesetzes wurde die Aufgabe der Infektionsepidemiologie in den Gesetzestext aufgenommen – gem. § 4 Abs. 1 IfSG zählt es zu den Aufgaben des Robert-Koch-Institutes „Forschung zu Ursache, Diagnostik und Prävention übertragbarer Krankheiten“ zu betreiben. Das Robert-Koch-Institut (RKI)²⁸ ist eine obere Bundesbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit und übernimmt als wissenschaftliche Einrichtung vielfältige Aufgaben im Bereich des Infektionsschutzes – so auch Forschung im Bereich der Infektionsepidemiologie.

3.2. Historische Entwicklung des Infektionsschutzes

Auch wenn Infektionskrankheiten schon immer eine Bedrohung für Leben und Gesundheit der Bevölkerung darstellten, ist die aktive staatliche Gesundheitsfürsorge noch ein relativ neuer Aufgabenbereich des Staates. Während der Staat zur Bekämpfung von Krankheiten bereits früh versuchte repressiv tätig zu werden, ist eine aktive staatliche Präventionsarbeit in Europa erst seit Ende des 20. Jahrhunderts zu beobachten.²⁹ Die Anfänge einer staatlichen Gesundheitsfürsorge liegen in den Zeiten der Pest, als entsprechend staatlicher Anordnungen über Schiffe und Haushalte mit in-

26 Vgl.: *Kiehl*, Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie, S. 72.

27 Vgl.: *Kiehl*, Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie, S. 72.

28 Das Robert-Koch-Institut wurde am 01.07.1891 als Institut zur Erforschung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten gegründet. Es übernahm ab seiner Eröffnung Aufgaben für Städte und Reichsbehörden. Von 1935–1942 gehörte das Institut zum Reichsgesundheitsamt, ab 1942 wurde es Reichsanstalt. Nach dem Ende des Krieges 1945 wurde es zunächst der Stadt Berlin zugeordnet, bis es schließlich 1952 Bestandteil des Bundesgesundheitsamtes wurde. Seit der Auflösung des Bundesgesundheitsamtes 1994 ist es obere Bundesbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit.

29 Vgl.: *Abelin*, Public Health aus globaler und europäischer Sicht, S. 14.

fizierten Personen Quarantänen verhängt und erste Maßnahmen zur Entseuchung unternommen wurden.³⁰ Allerdings fehlte lange Zeit das medizinische Wissen, um aktiv Krankheiten vorzubeugen oder diese auch nur zu behandeln. Der erste große Erfolg für die öffentliche Gesundheitsfürsorge war die Bekämpfung der Pocken. Nachdem bereits ab 1721 erste Impfversuche durch absichtliche Ansteckung mit milden Formen des Erregers unternommen worden waren, gelang der Durchbruch in der Pockenimpfung aufgrund einer Entdeckung des englischen Landarztes Edward Jenner im Jahr 1796.³¹ Dieser beobachtete, dass Personen, welche in regelmäßigem Kontakt zu Kühen standen (z.B. durch melken), sich nicht mit den Pocken infizierten. Experimente ergaben, dass eine Infektion mit den Kuhpocken – welche zumeist keine schwerwiegenden Folgen hatte – vor einer Infektion mit echten Pocken schützt.³² Auf Edward Jenner ist auch der englische Begriff „Vaccination“ (Impfung) zurückzuführen – von lateinisch „vacca“ der Kuh.³³ Im 19. Jahrhundert wurde die Pockenbekämpfung ein zentrales staatliches Anliegen in England und Deutschland. In Deutschland wurde schließlich am 08.04.1874 das Reichsimpfgesetz erlassen, welches eine allgemeine Pockenimpfpflicht statuiert.³⁴

Nach der Entdeckung der Pockenimpfung wurden im Folgenden während des 19. Jahrhunderts weitere wichtige Entdeckungen und Fortschritte im Bereich der Infektionskrankheiten gemacht. So wurden zahlreiche Erreger entdeckt – z.B. die des Milzbrand (1876), der Tuberkulose (1882), oder der Cholera (1883) durch Robert Koch³⁵– sowie weitere Forschung im Bereich der Vorsorge und Bekämpfung von Infektionskrankheiten betrieben. Nachdem bereits im Jahr 1874 das Reichsimpfgesetz erlassen worden war, wurde im Jahr 1876 das Kaiserliche Gesundheitsamt eingerichtet. Schließlich wurde erstmals eine umfassende Regelung zum Infektionsschutz kodifiziert: das „Gesetz, betreffend die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten“ – Reichsseuchengesetz – vom 30.06.1900. Das Reichs-

30 Vgl.: *Schmitt/Schmitt*, Definition of Public Health, S. 223; *Tulchinsky/Varavikova*, A History of Public Health, S. 13 f.

31 Vgl.: *Tulchinsky/Varavikova*, A History of Public Health.

32 Vgl.: *Schmitt/Schmitt*, Definition of Public Health, S. 224.

33 Vgl.: *Schmitt/Schmitt*, Definition of Public Health, S. 224.

34 Bei den Pocken handelte es sich allerdings um eine weltweit grassierende Krankheit, welche insbesondere in den Entwicklungsländern ein ernstes Problem blieb und weiterhin Millionen von Opfern forderte. Eine Ausrottung der Pocken gelingt schließlich 1977, nachdem die WHO ein weltweites Impfprogramm durchgeführt hatte. Vgl.: *Schmitt/Schmitt*, Definition of Public Health, S. 224.

35 Vgl.: *RKI*, Robert Koch.

seuchengesetz galt bis zu seiner Ablösung durch das Bundesseuchengesetz am 01.01.1962, welches zum 01.01.2001 durch das Infektionsschutzgesetz ersetzt wurde.

Seit den ersten Ansätzen eines staatlichen Infektionsschutzes hat sich der Schwerpunkt der öffentlichen Gesundheitsfürsorge von der Behandlung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten hin zu einer staatlichen Gesundheitsförderung und Prävention von Erkrankungen verlagert.³⁶ Der zukünftige Fokus liegt darüber hinaus auf einer Beeinflussung der Bevölkerung hin zu einem gesünderen Lebenswandel und einer Beeinflussung der Umweltbedingungen.³⁷

3.3. Staatliche Kompetenzen im Bereich des Infektionsschutzes

Im Bereich der Bekämpfung von Krankheiten besteht gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern. Demgemäß gehören „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren“ zur Gesetzgebungskompetenz sowohl des Bundes, als auch der Länder. Durch die Änderung des Gesetzeswortlautes von „gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten“ in „gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten“ im Zuge der Föderalismusreform 2006, hat der Gesetzgeber in der Frage Klarheit geschaffen, ob die Merkmale gemeingefährlich und übertragbar kumulativ vorliegen müssen, um unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zu fallen. Nunmehr ist eindeutig, dass das alternative Vorliegen einer der Voraussetzungen ausreicht.³⁸ Unter einer gemeingefährlichen Krankheit ist eine schwere, lebensbedrohliche Erkrankung zu verstehen, die jedoch nicht zwingend ansteckend sein muss.³⁹ Die übertragbare Krankheit wird in § 2 Nr. 3 IfSG als „eine durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit“ legal definiert. Dieser Wortlaut ist allerdings zu eng, da Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG auf übertragbare Krankheiten bei Mensch und Tier Bezug nimmt, sodass die Definition im Hinblick auf

36 Vgl.: *Abelin*, Public Health aus globaler und europäischer Sicht, S. 14.

37 Vgl.: *Abelin*, Public Health aus globaler und europäischer Sicht, S. 18; *Schmitt/Schmitt*, Definition of Public Health, S. 224.

38 Vgl.: *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 74, Rn. 210; *Münch*, in: *Münch/Kunig*, Art. 74, Rn. 84.

39 Vgl.: *Münch*, in: *Münch/Kunig*, Art. 74, Rn. 84.

Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG entsprechend erweitert werden muss. Unter einer Maßnahme sind nach herrschender Ansicht sowohl präventive, als auch repressive Regelungen zu verstehen.⁴⁰

Bei der Kompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG handelt es sich um eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz. Gem. Art. 72 Abs. 1 GG bedeutet dies, dass die Länder nur dann die Befugnis zur Gesetzgebung haben, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Voraussetzung hierfür ist, dass der Bundesgesetzgeber ein entsprechendes Gesetz erlässt, welches im Hinblick auf die betreffende Materie eine erschöpfende und damit abschließende Wirkung entfalten soll.⁴¹ Dies muss im Wege einer Gesamtwürdigung beurteilt werden, wobei insbesondere zu beachten ist, ob ein entsprechender Sachverhalt lückenlos geregelt wurde oder zu mindestens nach dem Willen des Gesetzgebers abschließend geregelt werden sollte.⁴² Für die Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen enthält das Infektionsschutzgesetz umfassende Regelungen. Insbesondere sind in § 16 Abs. 1 IfSG und § 28 Abs. 1 IfSG auch Generalklauseln enthalten, welche den zuständigen Behörden auch in eigentlich unregelten Bereichen weite Spielräume eröffnen. Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber eine abschließende Regelung treffen wollte.⁴³ Insofern verbleibt den Ländern keine eigenständige Gesetzgebungskompetenz mehr. Allerdings bleibt zu beachten, dass das Infektionsschutzgesetz Verordnungsermächtigungen zugunsten der Länder enthält und gem. Art. 80 Abs. 4 GG die Länder, wenn die Landesregierung zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt ist, auch durch Gesetz handeln können, sodass auch gesetzliche Regelungen auf Landesebene möglich bleiben.

3.4. Regelungen des Infektionsschutzgesetzes

Das Infektionsschutzgesetz selbst ist ein noch recht junges Gesetz. Es ist zum 01.01.2001 in Kraft getreten und hat das Bundesseuchengesetz abgelöst. Um einen Eindruck vom Regelungsgehalt sowie der Struktur des In-

40 Vgl.: *Münch*, in: Münch/Kunig, Art. 74, Rn. 84; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Art. 74, Rn. 213.

41 BVerfGE 1, 283 (296); 85, 134 (142); 67, 299, (24) und viele weitere.

42 BVerfGE 109, 190 (230).

43 So auch: *Steinau-Steinrueck*, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, S. 65.

Infektionsschutzgesetzes zu bekommen, wird zunächst ein Überblick über die gesetzliche Regelung und ihre Anknüpfungspunkte gegeben bevor in Kapitel 5 näher auf einzelne Regelungen und ihre Zusammenhänge eingegangen wird. Das Infektionsschutzgesetz unterteilt sich in 16 Abschnitte. Die primäre Zielrichtung des Gesetzes ist, durch Präventionsarbeit Infektionskrankheiten vorzubeugen. Um eine möglichst umfassende Präventionsarbeit zu ermöglichen, statuiert § 3 IfSG die „Information und Aufklärung der Allgemeinheit über die Gefahren übertragbarer Krankheiten und die Möglichkeiten zu deren Verhütung“ als staatliche Aufgabe. Hierbei werden insbesondere die nach Landesrecht zuständigen Stellen in die Pflicht genommen, die Bevölkerung über den allgemeinen und individuellen Infektionsschutz, sowie Beratungs-, Betreuungs- und Versorgungsangebote zu informieren. Die zuständige Behörde bestimmt sich insofern gem. § 54 IfSG nach Landesrecht.

Kernstück des Gesetzes sind die Regelungen, die Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten,⁴⁴ sowie Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten⁴⁵ betreffen. Mit dieser Unterteilung hat der Gesetzgeber die Systematik des Bundesseuchengesetzes übernommen. Entsprechend der Gesetzesbegründung des Bundesseuchengesetzes sollen die Vorschriften, welche der Bekämpfung von Infektionskrankheiten dienen, an das Auftreten einer übertragbaren Krankheiten anknüpfen, während die Vorschriften aus dem Bereich der Verhütung übertragbarer Krankheiten die Entstehung (nicht aber die Verbreitung) übertragbarer Krankheiten verhindern sollen.⁴⁶ Dies könnte zunächst den Gedanken nahelegen, dass Voraussetzung für die Anwendung der jeweiligen Vorschriften ist, dass eine übertragbare Krankheit noch nicht bzw. schon aufgetreten ist, so dass als Folge entweder nur die Vorschriften des 4. Abschnittes oder der 5. Abschnittes Anwendung finden würden.⁴⁷ Grundsätzlich ist es zwar richtig, dass die Vorschriften aus dem 4. Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes (Verhütung) einen präventiven Charakter aufweisen, während die Vorschriften des 5. Abschnittes (Bekämpfung) an eine schon konkret eingetretene Gefährdungslage durch das Auftreten einer übertragbaren Krankheit anknüpfen, jedoch ist eine trennscharfe Unterteilung von Maßnahmen in präventive und repressive nicht möglich und wird auch vom

44 4. Abschnitt des IfSG – siehe Kapitel 3.4.4.

45 5. Abschnitt des IfSG – siehe Kapitel 3.4.5.

46 BT-Drs. 3/1888, S. 21 f.

47 Vgl.: *Steinau-Steinrueck*, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, S. 92; mit weiteren Nachweisen.

Gesetzgeber nicht konsequent verfolgt.⁴⁸ Bereits in der Gesetzesbegründung zur Änderung des Bundesseuchengesetzes vom 1979 hat der Gesetzgeber die Thematik an sich erkannt, jedoch kein Problem in der Anwendung der Verhütungsvorschriften nach Auftreten der Krankheit gesehen.⁴⁹ Viele Maßnahmen im Bereich des Infektionsschutzes weisen nämlich einen Doppelcharakter auf – allein schon der Logik nach werden Maßnahmen zur Verhütung neuer Krankheitsfälle immer auch der Bekämpfung einer Krankheit dienen, da sie deren weitere Ausbreitung eindämmen sollen. Zudem ist auch bei Maßnahmen des 4. Abschnittes teilweise Tatbestandsmerkmal, dass eine übertragbare Krankheit bereits aufgetreten ist und nicht mehr nur bevorsteht – so etwa bei der Impfpflicht in § 20 Abs. 6 IfSG, welche das Auftreten einer übertragbaren Krankheit mit klinisch schwerer Verlaufsform voraussetzt. Die Vorschriften zur Verhütung übertragbarer Krankheiten können und müssen ihrem Sinn und Zweck folgend demnach auch noch nach Auftreten einer Krankheit anwendbar sein.⁵⁰

3.4.1. Systematik des Infektionsschutzgesetzes – Infektionsschutzrecht als Gefahrenabwehrrecht?

Zielrichtung des Infektionsschutzgesetzes ist gem. § 1 Abs. 1 IfSG übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. Dies legt einerseits nahe, dass es sich bei dem Infektionsschutzgesetz um einen Teilbereich des besonderen Gefahrenabwehrrechtes handelt, andererseits ist durch den engen Bezug zum Gesundheitswesen auch eine Einordnung im Bereich des öffentlichen Gesundheitsrechtes denkbar.

Das Infektionsschutzgesetz selbst spricht an vielen Stellen von „Gefahren“ oder beschreibt bestimmte Gefahrenlagen. Insofern erscheint es folgerichtig das Infektionsschutzgesetz als einen Bestandteil des besonderen Gefahrenabwehrrechtes – nämlich der Abwehr von Gesundheitsgefahren –

48 So auch: BT-Drs. 8/2468; Seewald, NJW, 1988, S. 2270; Steinau-Steinrueck, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, S. 92.

49 BT-Drs. 8/2468: Die Vorschriften sollten lediglich besser auf einander abgestimmt werden.

50 So auch: Steinau-Steinrueck, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, S. 91.

einzuordnen.⁵¹ Beispielhaft kann dies an der zentralen Vorschrift die Verhütung übertragbarer Krankheiten betreffend – die Generalklausel des § 16 Abs. 1 S. 1 IfSG⁵² –, verdeutlicht werden, welche „von der Abwendung der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit [...] drohenden Gefahren“ spricht. Eine historische Betrachtung zeigt, dass die Vorschrift ursprünglich eingeführt wurde, um die Anwendbarkeit der allgemeinen polizeilichen Generalklausel durch eine Spezialvorschrift abzulösen.⁵³ Hierzu lehnt sich die Regelung inhaltlich und sprachlich an die landesgesetzlichen polizeilichen Generalklauseln an.⁵⁴ Die Intention des Gesetzgebers wurde auch im Folgenden beibehalten und hat bei der Reformierung des Gesetzes Niederschlag in § 1 Abs. 1 IfSG gefunden, welcher ausdrücklich die Gefahrenabwehr als Gesetzeszweck hervorhebt.

Für den Fall, dass man das Infektionsschutzgesetz als besonderes Gefahrenabwehrrecht qualifiziert, kann, wenn das Infektionsschutzgesetz keine (ausreichende) Regelung in einzelnen Teilbereichen bietet, ein Rückgriff auf die Vorschriften des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechtes erfolgen.⁵⁵ Dies entspricht auch der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers, welcher bei Einführung des § 10 BSeuchG explizit darauf verwiesen hat, dass die Grundsätze des allgemeinen Polizeirechtes, insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, als auch die Grundsätze über die Inanspruchnahme eines Störers und Nichtstörers, zugleich im Infektionsschutzrecht Anwendung finden sollen.⁵⁶ Zudem spricht die systematische Anlehnung der Generalklauseln des Infektionsschutzgesetzes in den § 16 Abs. 1 S. 1 IfSG und § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG an die Vorschriften des Poli-

51 So auch: *Sodan*, § 56 Infektionsschutzrecht, Rn. 14; *Steinau-Steinrueck*, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, S. 91.

52 „Werden Tatsachen festgestellt, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können, oder ist anzunehmen, dass solche Tatsachen vorliegen, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit hierdurch drohenden Gefahren.“ (§ 16 I 1 IfSG).

53 Vgl.: BT/Drs. 3/1888, S. 21 – beachte hierzu, dass § 16 I 1 IfSG dem früheren § 10 I BSeuchG entspricht.

54 Vgl.: BT/Drs. 3/1888, S. 21.

55 So auch: BVerwG, Beschluss vom 16.06.2005, 3 B 129/04 (1. Leitsatz); *Sodan*, § 56 Infektionsschutzrecht, Rn. 14; *Seewald*, NJW, 1988, S. 2266; *Steinau-Steinrueck*, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, S. 97.

56 BT-Drs. 3/1888, S. 21 – die Regelung des § 10 I BSeuchG wurde ohne weitere Begründung in das Infektionsschutzgesetz übernommen (BT-Drs. 14/2530, S. 69), sodass hinsichtlich der historischen Auslegung auf die ursprünglichen Gesetzesmaterialien zurückgegriffen werden muss.

zei- und Ordnungsrechtes, sowie die Strukturierung des Abschnittes der Bekämpfung von Infektionskrankheiten, welche vom systematischen Aufbau an die Standardermächtigungen des Polizeirechts erinnert, für eine Einordnung als Gefahrenabwehrrecht.⁵⁷ Ein solcher Rückgriff ist insbesondere für die Bestimmung des Adressaten einer Maßnahme teilweise erforderlich, da das Infektionsschutzgesetz hierzu keine abschließende Regelung enthält. Zwar wird bei Maßnahmen, welche die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten betreffen als Tatbestandsvoraussetzung daran angeknüpft, ob jemand krank, krankheitsverdächtig, Ausscheider, ansteckungsverdächtig oder sog. „Carrier“ ist,⁵⁸ sodass diese Personen primäre Adressaten einer Regelung sein werden, jedoch wird keine abschließende Regelung durch das Gesetzes getroffen. Maßnahmen, welche die Verhütung übertragbarer Krankheiten betreffen, knüpfen zudem nicht an diese Eigenschaften an und es ist auch keine anderweitige Regelung zur Bestimmung des Adressatenkreises im Infektionsschutzgesetz zu finden. Insofern liegt es nahe hierfür auf die allgemeinen Regelungen über die Verantwortlichkeit von Adressaten im Polizei- und Ordnungsrecht – bspw. in §§ 4–5 PolG NRW; §§ 17–19 OBG NRW – zurückzugreifen.⁵⁹

57 Die Generalklausel des § 16 I 1 IfSG wurde in Anlehnung an die polizeiliche Generalklausel geschaffen (BT-Drs. 3/1888, S. 21); Der Abschnitt über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten ist in den §§ 28 ff. IfSG durch die Verwendung von „Standardermächtigungen“ dem systematischen Aufbau des Polizeirechtes nachempfunden.

58 Diese Begriffe werden im IfSG legaldefiniert:

Kranker ist, wer an einer übertragbaren Krankheit erkrankt ist. (§ 2 Nr. 4 IfSG)

Krankheitsverdächtig ist, bei wem Symptome bestehen, welche das Vorliegen einer bestimmten übertragbaren Krankheit vermuten lassen. (§ 2 Nr. 5 IfSG)

Ansteckungsverdächtig ist, von wem anzunehmen ist, dass er Krankheitserreger aufgenommen hat, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein. (§ 2 Nr. 6 IfSG)

Ausscheider ist, wer Krankheitserreger ausscheidet und dadurch eine Ansteckungsquelle für die Allgemeinheit sein kann, ohne krank oder krankheitsverdächtig zu sein. (§ 2 Nr. 7 IfSG)

Sog. „Carrier“ ist eine Person, die Krankheitserreger so in oder an sich trägt, dass im Einzelfall die Gefahr der Weiterverbreitung besteht (Hiervon werden beispielsweise Keimträger erfasst: Personen, die mit Erregern der Diphtherie, des Typhus abdominalis oder des AIDS infiziert oder mit Methicillin-resistentem *Staphylococcus aureus* (MRSA) besiedelt sind. Vgl.: Kiehl).

59 So auch: BVerwG, Beschluss vom 16.06.2005, 3 B 129/04 (1. Leitsatz); BVerwG NJW 2012, 2823 (2825); *Sodan*, § 56 Infektionsschutzrecht, Rn. 14; *Seewald*, NJW, 1988, S. 2266; *Steinau-Steinrueck*, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, S. 97.

Hiernach sind vorrangig der Verhaltensstörer und der Zustandsstörer, subsidiär jedoch auch der Nichtstörer in Anspruch zu nehmen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass im Bereich der Prävention ansteckender Krankheiten die mögliche Ausbreitungsgefahr oftmals nicht auf das konkrete Verhalten einer Person oder den Zustand einer bestimmten Sache zurückzuführen ist, sodass keine „verantwortliche“ Person als Adressat zur Verfügung steht, sondern nur eine Inanspruchnahme der Bevölkerungen nach den Regeln über die Inanspruchnahme von Nichtstörern erfolgen kann. Dies ist entsprechend der Vorgaben des Polizei- und Ordnungsrechtes immer dann möglich, wenn eine gegenwärtige erhebliche Gefahr abzuwehren ist, Maßnahmen gegen den Verhaltens- oder Zustandsverantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig möglich bzw. nicht erfolgversprechend sind, die Behörde die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder durch einen Beauftragten abwenden kann und die Person ohne erhebliche eigene Gefährdung und ohne Verletzung höherwertiger Pflichten in Anspruch genommen werden kann.⁶⁰ Der Rückgriff auf den Nichtstörer ist auch im Rahmen der repressiven Maßnahmen denkbar, jedoch aufgrund der Subsidiarität gegen über der Inanspruchnahme des Kranken, des Krankheitsverdächtigen, des Ausscheiders oder des Ansteckungsverdächtigen von geringerer Bedeutung.⁶¹

Teilweise wird die Einordnung des Infektionsschutzgesetzes als Gefahrenabwehrrecht in der Literatur jedoch als problematisch angesehen, da die Systematik des Infektionsschutzrechtes erhebliche Unterschiede zum allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht aufweise.⁶² Anders als im klassischen Polizeirecht müsse für die Verwirklichung des Tatbestandes zumeist keine tatsächlich festgestellte Gefahr⁶³ vorliegen, sondern es reiche vielmehr zumeist ein Gefahrenverdacht⁶⁴ aus. Aufgrund des Umstandes, dass für Infektionskrankheiten gesicherte Erkenntnisse über Übertragungswe-

60 Siehe bspw. § 6 I PolG NRW oder § 19 I OBG NRW.

61 Vgl.: BT-Drs. 8/2468, S. 27; *Steinau-Steinrueck*, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, S. 98.

62 So beispielsweise *Rixen*, Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzgesetzes, S. 74 ff.; *Engels*, DÖV, 2014, S. 467 ff.

63 Eine Gefahr ist hierbei ebenso wie im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht als Sachverhalt zu verstehen, welcher bei ungehinderter Weiterentwicklung, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in absehbarer Zeit zu einem Schaden für eines der Schutzgüter führen wird – Vgl. bspw.: *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 54.

64 Bei einem Gefahrenverdacht ist die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts geringer bzw. ungewiss – Vgl. bspw.: *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 57.

ge, den Verlauf der Krankheit und mögliche Vorsorgeoptionen oftmals im Handlungszeitpunkt noch nicht vorhanden sind, sondern vielmehr ein Handeln im Ungewissen stattfindet, soll demnach die gesetzliche Regelung nicht dem Gefahrenabwehrrecht, sondern der staatlichen Risikovor-sorge als Teilbereich des öffentlichen Gesundheitsrechtes zuzuordnen sein.⁶⁵ Durch die Ausdehnung der Handlungsmöglichkeiten in Fällen des Gefahrenverdacht, sowie der Verknüpfung des Regelungsbereiches mit anderen Teilbereichen des Gesundheitswesens, wird teilweise davon ausgegangen, dass das Infektionsschutzgesetz die Kategorien des Gefahrenabwehrrechts überfordere.⁶⁶ So beziehe sich der Gefahrenverdacht lediglich auf Ungewissheiten, welche durch weitere Ermittlungen ausgeräumt werden können, jedoch nicht auf den Fall eines unbestimmbaren Risikos.⁶⁷ Aufgrund des Umstandes, dass bei Infektionskrankheiten Ausbreitungswege und Ansteckungsraten nie sicher zu prognostizieren sind, könne mangels hinreichender Wahrscheinlichkeit eines Schadens für ein Schutzgut nicht mehr von einem Gefahrenverdacht gesprochen werden – vielmehr stelle sich das Infektionsschutzgesetz in diesem Fall als Teil der Risikovor-sorge dar.⁶⁸ In diesem Zusammenhang wird auch der Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen zur Verantwortlichkeit von Adressaten einer Maßnahme im Polizei- und Ordnungsrecht im Hinblick auf die lückenhaften Regelungen des Infektionsschutzgesetzes als problematisch eingestuft.⁶⁹ Von den Kritikern wird hierbei angeführt, dass die Notwendigkeit des möglichst frühen Ansetzens eines effektiven vorbeugenden Infektionsschutzes, durch die Regelungen der Verantwortlichkeit im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht nicht widerspiegelt werde.⁷⁰ Vielmehr führe ein Rückgriff, beispielsweise auf die Vorschrift über die Inanspruchnahme von Nichtstörern dazu, dass eine effektive Präventionsarbeit nicht möglich sei.⁷¹ Diese könne durch die Voraussetzung, dass bereits eine gegenwärtige erhebliche Gesundheitsgefahr vorliegen müsse, nicht gewährleistet wer-

65 So *Engels*, DÖV, 2014, S. 469.

66 Vgl.: *Engels*, DÖV, 2014, S. 465; *Rixen*, Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzes, S. 67.

67 So *Engels*, DÖV, 2014, S. 469.

68 So *Engels*, DÖV, 2014, S. 469; *Rixen*, Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzes, S. 75.

69 So *Engels*, DÖV, 2014, S. 469; *Rixen*, Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzes, S. 76.

70 So *Engels*, DÖV, 2014, S. 469; *Rixen*, Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzes, S. 76.

71 So *Engels*, DÖV, 2014, S. 469.

den. Auch könne im repressiven Bereich eine Inanspruchnahme von Nichtstörern – insbesondere von Personen, die nicht als ansteckungsverdächtig gelten – notwendig werden, um ein effektives Vorgehen zu ermöglichen.⁷² So konstatiert Engels, dass wenn „man den Begriff des Ansteckungsverdächtigen nun nicht von der Notwendigkeit verdachtsbegründender Momente ablösen [will], (...) die gegenwärtige Rechtslage im Ergebnis eine Ausbreitung übertragbarer Krankheiten in Kauf [nimmt] und (...) auf eine mögliche Unterbrechung der Infektionskette [verzichtet] – (...) also letztlich die vom Infektionsschutzgesetz gewollte Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten [gefährdet].“⁷³

Es ist jedoch zu beachten, dass das Infektionsschutzgesetz dem Umstand, dass ein möglichst frühes Eingreifen für den Infektionsschutz maßgeblich ist, bereits Rechnung trägt. Maßnahmen, die die Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten gem. § 28 Abs. 1 IfSG betreffen, setzen einen konkreten Gefahrenverdacht – die Feststellung eines Krankheits- oder Ansteckungsverdacht – voraus,⁷⁴ während für Maßnahmen der Verhütung übertragbarer Krankheiten gem. § 16 Abs. 1 S. 1 IfSG ein abstrakter Gefahrenverdacht – die Annahme von Tatsachen, welche zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können – ausreicht. Insofern findet bereits, wie auch die Kritiker feststellen,⁷⁵ die geforderte Vorverlagerung der Gefahrenabwehr im Bereich des Infektionsschutzes statt. Diese Anknüpfung an einen abstrakten oder konkreten Gefahrenverdacht kann zudem grundsätzlich in die Systematik des Gefahrenabwehrrechtes eingeordnet werden. Auch das allgemeine Gefahrenabwehrrecht kennt sowohl die Gefahr, als auch den Gefahrenverdacht. Der Übergang ist hierbei auch im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht fließend. Welcher Grad an Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt an einem Schutzgut vorliegen muss, um von einer Gefahr zu sprechen, hängt vom Ausmaß des dem Schutzgut drohenden Schadens ab. Wenn man auf Grundlage dieser Prognose noch nicht von einer Gefahr sprechen kann, ist auch im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht auf Grundlage eines Gefahrenverdacht ein Einschreiten möglich – jedoch nur in Form des Gefahrerforschungseingriffes.⁷⁶ Ein Handeln auf Grund eines Gefahrenverdacht ist dem Gefahren-

72 So Engels, DÖV, 2014, S. 469.

73 So Engels, DÖV, 2014, S. 471.

74 So auch: Steinau-Steinrueck, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, S. 91.

75 So Engels, DÖV, 2014, S. 467.

76 Vgl.: Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 98 ff.; Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 159.