

Das neue Infektionsschutzrecht: Gut gewappnet für die aktuelle und die nächste Pandemie?

Vortrag

168. Sicherheitswissenschaftliches Kolloquium

4. November 2022

Vortrag im Rahmen des 168. Sicherheitswissenschaftlichen Kolloquiums

Univ.-Prof. Dr. Sebastian Kluckert | Professur für Öffentliches Recht, insb. Öfftl. Wirtschaftsrecht und Sozialrecht



BERGISCHE
UNIVERSITÄT
WUPPERTAL

Corona-Gesetzgebung

Bekämpfungsmaßnahmen

Beispiele

- Ausgangssperren
- Beherbergungsverbote
- Betriebsschließungen
- Gottesdienstverbote
- Kontaktbeschränkungen
- Maskenpflicht
- Reisebeschränkungen
- Veranstaltungsverbote
- Versammlungsverbote

Sicherstellung der Versorgung (Verordnungsermächtigungen des § 5 II IfSG)

Beispiele

- Versorgung mit Arzneimitteln und Medizinprodukten
- Gesundheitsversorgung in ambulanten Praxen, Apotheken, Krankenhäusern
- pflegerischen Versorgung in ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen

Folgenbewältigung in diversen Lebensbereichen

Beispiele

- Sozialrecht
- Zivilrecht
- Insolvenzrecht
- Arbeitsrecht
- Parteienrecht
- Finanzhilfen des Bundes

**Verfassungsrechtliche Grundlagen der Corona-Gesetzgebung:
Verteilung der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen beim Infektionsschutz**

Vortrag im Rahmen des 168. Sicherheitswissenschaftlichen Kolloquiums

Univ.-Prof. Dr. Sebastian Kluckert | Professur für Öffentliches Recht, insb. Öfftl. Wirtschaftsrecht und Sozialrecht



BERGISCHE
UNIVERSITÄT
WUPPERTAL

I. Gesetzgebungskompetenz

- **Bund: Art. 74 I Nr. 19 Var. 1 GG** – „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten“



Regelungen, die die **epidemiologisch relevante Verhinderung, Verringerung oder Unterbrechung der Krankheitsaus- und -weiterverbreitung und die Krankheitsauslöschung** zum Gegenstand haben.

- z.B. Kontaktbeschränkungen, Maskenpflicht
- z.B. Besuchsbeschränkungen im Krankenhaus



nicht umfasst: Regelungen aller Problemlagen, die mit der **Bewältigung akuter Auswirkungen einer Pandemie** im Zusammenhang stehen.

- z.B. Pflicht zur Verschiebung planbarer Operationen

→ ggf. beschränkende Auslegung von Befugnisnormen des IfSG

▪ Sicherstellung der Versorgung / Pandemiefolgenbewältigung

→ ggf. Aktivierung anderweitiger Bundeskompetenzen

- ✓ Recht der Wirtschaft (Art. 74 I Nr. 11 GG)
- ✓ Sozialversicherung (Art. 74 I Nr. 12 GG)
- ✓ Recht der Arzneien und Medizinprodukte (Art. 74 I Nr. 19 GG)
- ✓ Wirtschaftliche Sicherstellung der Krankenhäuser (Art. 74 I Nr. 19a GG)
- ✓ Arbeitsrecht, Arbeitsschutz (Art. 74 I Nr. 12 GG)
- ✓ Grenzschutz (Art. 73 I Nr. 5 GG)

II. Verwaltungskompetenzen beim Vollzug des IfSG

■ Grundsatz: Landeseigene Verwaltung (Art. 30, 83 GG)

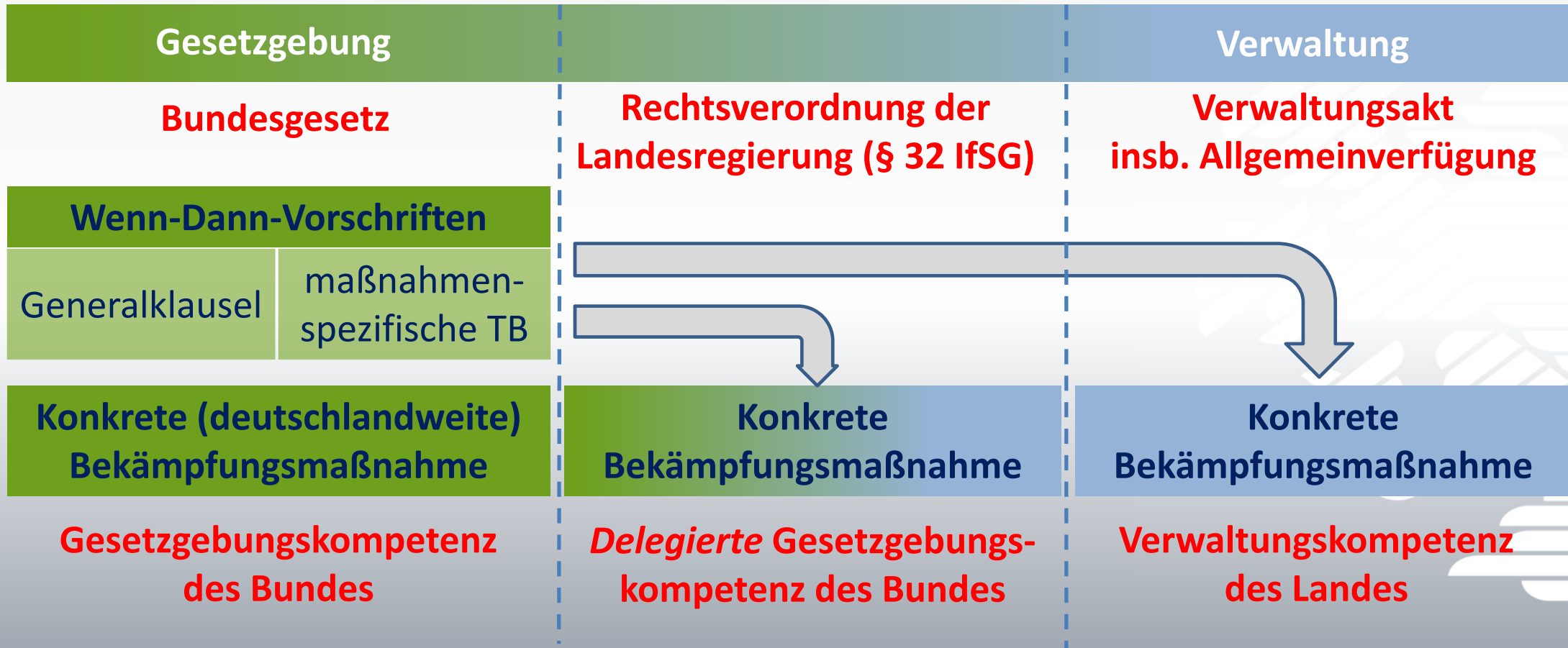
- Aber: Das Verwaltungsverfahren betreffende Bundesregelungen sind zulässig,
 - *jedoch i.d.R. mit Abweichungsbefugnis* für die Länder (Art. 84 I 2 GG) oder
 - ohne Abweichungsbefugnis, wenn Bundesrat zustimmt (Art. 84 I 5, 6 GG)

Beispiele: § 12 I 1-5, II 1-3, III; § 14 X IfSG

■ Ausnahmen: Bundeseigene Verwaltung (u.a.) durch BReg, RKI, BMG, Bundeswehr

- Verschiedene verfassungsrechtliche Grundlagen (teilweise aber str., insb. z.G. des BMG):
 - Art. 65 GG (Aufgabe der Staatsleitung)
 - Art. 87 I 2 GG (Grenzschutz)
 - Art. 87 III 1 GG (sonstige Bereiche der fakultativen Bundesverwaltung)
 - Annexkompetenz zu Art. 87a, 87b, 87e GG (Bundeswehr, Eisenbahnverwaltung)

III. Bekämpfungsmaßnahmen im Überschneidungsbereich von Gesetzgebung und Verwaltung



Gesetzgebung

Bundesgesetz

Wenn-Dann-Vorschriften

Generalklausel

maßnahmen-
spezifische TB

**Konkrete (deutschlandweite)
Bekämpfungsmaßnahme**

**Gesetzgebungskompetenz
des Bundes**

Erllass bundeseinheitlich geltender Bekämpfungsmaßnahmen ist aus rechtlichen Gründen vielfach nicht möglich oder praktisch nicht geboten

- Verfassungsrechtliche Hindernisse

- Verhältnismäßigkeitsgebot

- Allgemeiner Gleichheitssatz
(Gleichbehandlung von Ungleichen)

- Praktische Nachteile

- Feinsteuerungsmöglichkeit fehlt

- praktische Aushebelung des Rechtsschutzes erhöht gesellschaftliches Konfliktpotential

IV. Reformbedarf

Gesetzgebung

Bundesgesetz

Wenn-Dann-Vorschriften

Generalklausel

maßnahme-
spezifische TB

Konkrete (deutschlandweite) Bekämpfungsmaßnahme

Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Schaffung maßnahmespezifischer Tatbestände (= Findung abstrakt-genereller Eingriffsschwellen) für lokal/flächendeckend wirkende Maßnahmen

- Abstrahierung von COVID-19 (vgl. §§ 28 a-c IfSG)
 - Welche Kriterien können unabhängig von dem Krankheitserreger bzw. der Krankheit und vom Pandemiestadium (am Anfang: wenig Wissen) formuliert werden?
 - Gestufte Schwellen mit Blick auf Eingriffsintensität (=Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit auf TB-Ebene)
 - Normdifferenzierung: lokale/flächendeckende Maßnahme
- Ist das zu schaffen?

**Verfassungsrechtliche Grundlagen der Corona-Gesetzgebung:
Bekämpfung von Infektionskrankheiten auf der Grundlage der Generalklausel**

Vortrag im Rahmen des 168. Sicherheitswissenschaftlichen Kolloquiums

Univ.-Prof. Dr. Sebastian Kluckert | Professur für Öffentliches Recht, insb. Öfftl. Wirtschaftsrecht und Sozialrecht



BERGISCHE
UNIVERSITÄT
WUPPERTAL

Ordnungsrecht des IfSG

Verhütung
übertragbarer Krankheiten
§§ 16 ff. IfSG

Bekämpfung
übertragbarer Krankheiten
§§ 24 ff. IfSG

Standardmaßnahmen

Standardmaßnahmen

später ergänzt
durch §§ 28a-c IfSG
(coronaspezifisch)

Generalklausel
§ 16 I 1 IfSG

Generalklausel
§ 28 I 1 IfSG

Epidemiologie

rechtsstaatliche
Machtbegrenzung

parlamentarische
Verantwortlichkeit

I. Generalklausel, Rechtsstaat und Ausnahmezustand



Verdrängung des Ausnahmezustands? (*Böckenförde*)



Bewältigung außergewöhnl. Lagen mit dem Rechtsregime der „Normallage“



Generalklauseln mit Affinität zu außergewöhnlichen Lagen

- Lösungen in den Strukturen der geltenden Kompetenzordnung und bekannten Handlungsformen
- **für Erstreaktionszeitraum**
- Herausforderung für Rechtsanwendung:
Verhinderung vagabundierender Grenzenlosigkeit

II. Problem: Einhaltung des Parlamentsvorbehalts

▪ Wesentlichkeitstheorie

- Modifizierung des Vorbehalts des Gesetzes zum **Delegationsverbot bzw. Gebot verstärkter Regelungsdichte**
- Begründung eines des Vorbehalts des Gesetzes losgelöst vom Grundrechtseingriff
 - „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“
 - Grundentscheidung von allgemeiner Bedeutung

▪ Corona-Bekämpfungsmaßnahmen als wesentliche Entscheidungen

- Systematische Kumulation unterschiedlicher, gleichzeitiger und schwerer Grundrechtseingriffe
- Flächendeckende Geltung

- **Generalklausel stellt bei wesentlichen Bekämpfungsmaßnahmen (s.o.) keine ausreichende Entscheidung des Gesetzgebers dar**

- Dem Ausnahmezustand nahekommende Grundrechtslage muss der Gesetzgeber in der konkreten Entscheidungssituation selbst verantworten
- Abwägung der „auf dem Spiel“ stehenden, vielfältigen und gegenläufigen Interessen



- **Entscheidungszuständigkeit des Landesgesetzgebers**



Landesregierungen dürfen von der VO-Ermächtigung (§§ 32, 28 IfSG) nur bei Gefahr im Verzug bis zur Parlamentsentscheidung Gebrauch machen.



Zuständigkeit der **Landtage** nach **Art. 80 IV GG** iVm Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip des GG und der LVerf



Kompensation der Defizite durch Landesparlamente möglich

- **Einwand in Literatur:** Landesparlamente vermögen die Versäumnisse auf Bundesebene nicht zu kompensieren
- **Der Einwand greift beim Infektionsschutz nicht durch:**

- Kompetenzen zum Erlass von Bundesgesetzen beruhen auf dem Erfordernis einer bundeseinheitlichen Regelung.

Dass Art. 72 Abs. 2 GG für den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG nicht gilt, beruht darauf, dass das Grundgesetz in den von Art. 72 Abs. 2 GG nicht umfassten Sachbereichen der konkurrierenden Gesetzgebung unwiderleglich vermutet, dass eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich ist.

- Erlass bundeseinheitlich geltender Bekämpfungsmaßnahmen ist aus verfassungsrechtlichen Gründen vielfach nicht möglich.

Beim Infektionsschutz kommt es auf passgenaue, situations- und ortsbezogene Reaktionen an.



Sofern es um die Legitimierung von schwerwiegenden, kumulierten und flächendeckend geltenden Bekämpfungsmaßnahmen geht, kann der **Wesentlichkeitsvorbehalt nicht vom Bundesgesetzgeber etwas verlangen, woran ihn Verhältnismäßigkeitsgebot und allgemeiner Gleichheitssatz hindern.**



Solange über derartige Maßnahmen dezentral entschieden wird und werden muss, sind die **im Wesentlichkeitsvorbehalt verschmolzenen Postulate des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips dezentral zu verwirklichen.**

**Verfassungsrechtliche Grundlagen der Corona-Gesetzgebung:
Krankheitsbekämpfung, Versorgungssicherstellung und Folgenbewältigung
durch gesetzesverdrängende Rechtsverordnungen**

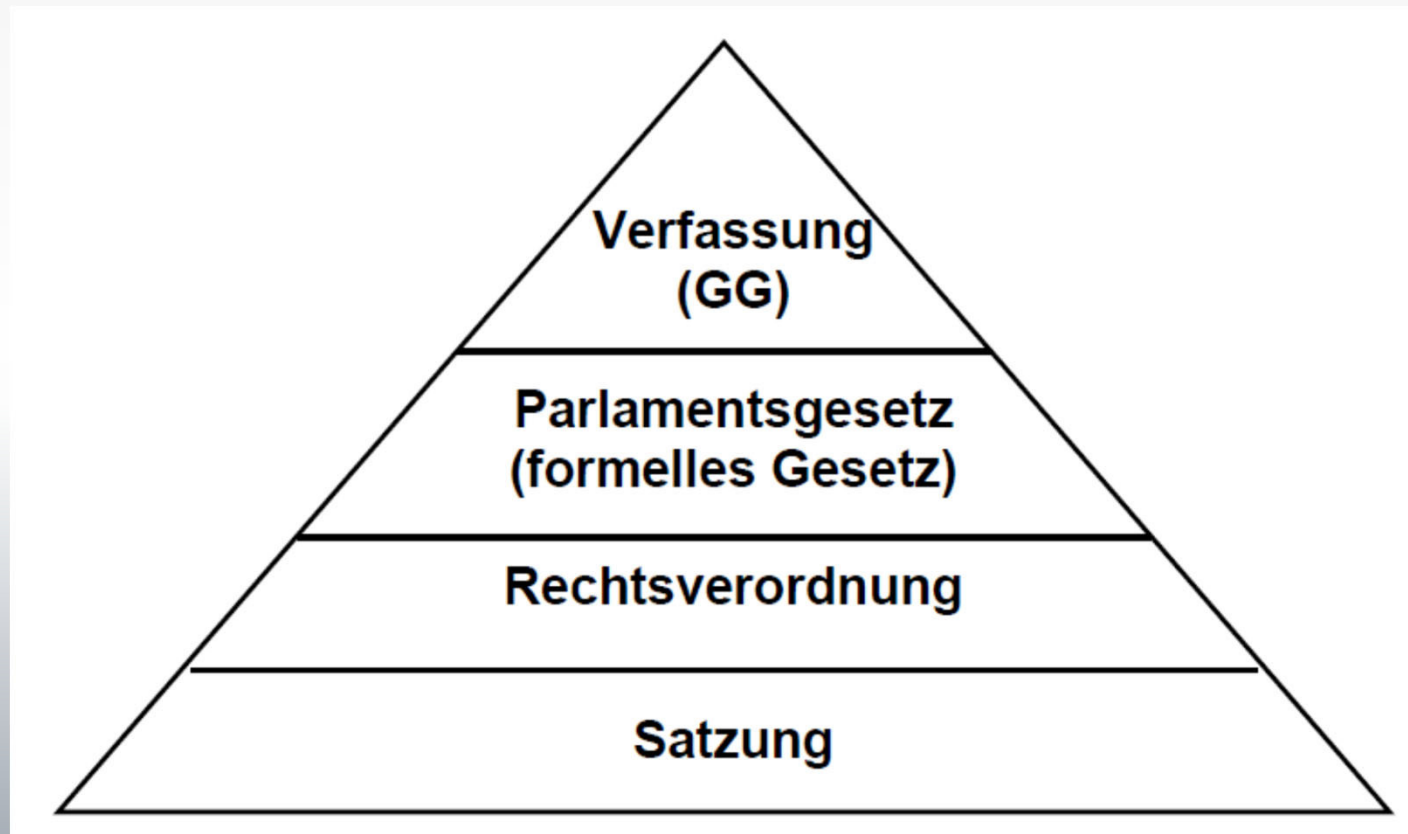
Vortrag im Rahmen des 168. Sicherheitswissenschaftlichen Kolloquiums

Univ.-Prof. Dr. Sebastian Kluckert | Professur für Öffentliches Recht, insb. Öfftl. Wirtschaftsrecht und Sozialrecht



BERGISCHE
UNIVERSITÄT
WUPPERTAL

Rangfolge der verschiedenen Normarten:



Vortrag im Rahmen des 168. Sicherheitswissenschaftlichen Kolloquiums

Univ.-Prof. Dr. Sebastian Kluckert | Professur für Öffentliches Recht, insb. Öfftl. Wirtschaftsrecht und Sozialrecht



BERGISCHE
UNIVERSITÄT
WUPPERTAL

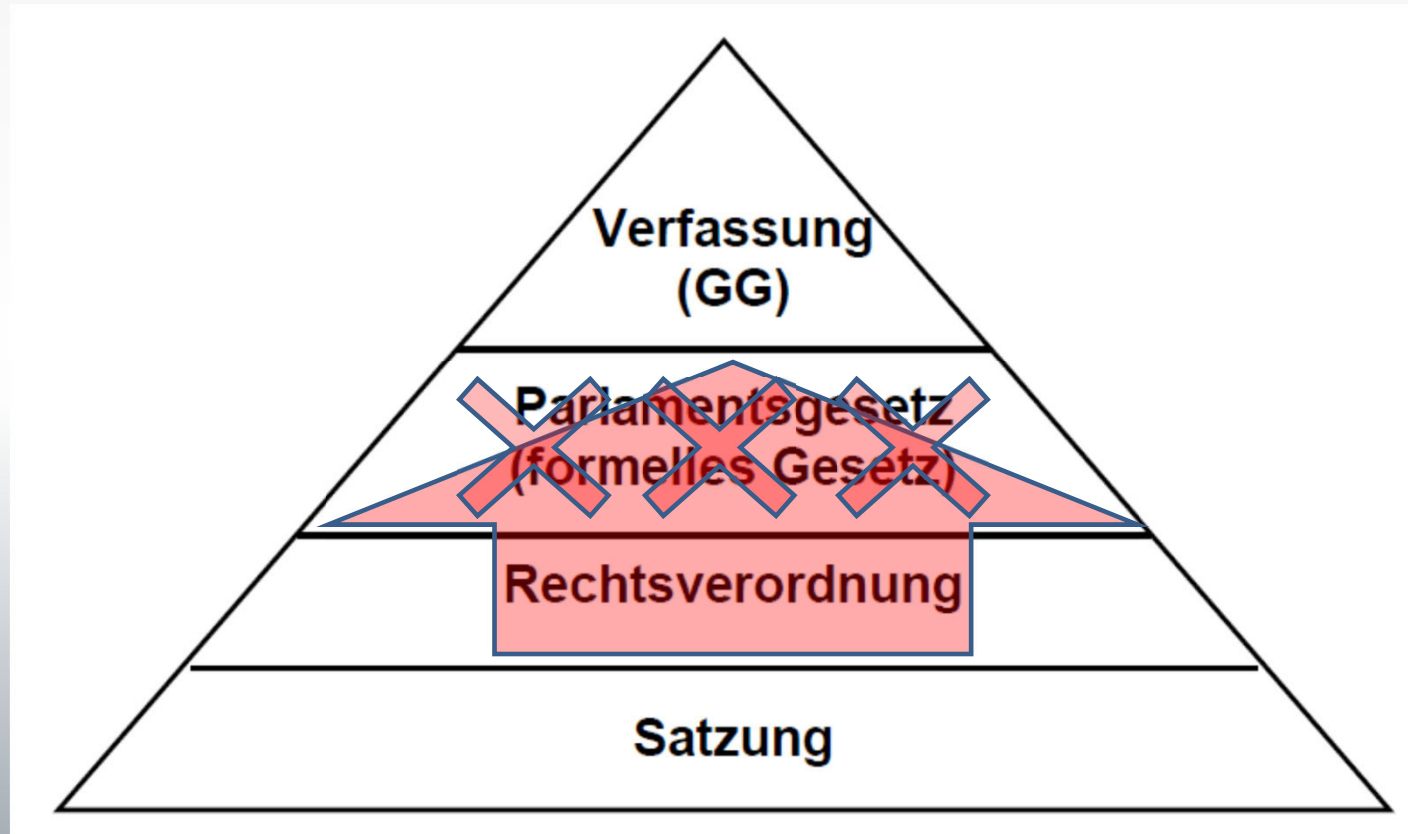
→ § 5 Abs. 2 Nr. 3, 4, 7, 8, 9 IfSG (teilweise in der alten Fassung)

Beispiel: § 5 Abs. 2 Nr. 4 IfSG

„Das **Bundesministerium für Gesundheit** wird im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite [...] **ermächtigt durch Rechtsverordnung** ohne Zustimmung des Bundesrates Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung [...] zu treffen und

a) **Ausnahmen von den Vorschriften** des **Arzneimittelgesetzes**, des **Betäubungsmittelgesetzes**, des **Apothekengesetzes**, des **Fünften Buches Sozialgesetzbuch**, des **Transfusionsgesetzes**, des **Heilmittelwerbegesetzes** [...], der **medizinproduktrechtlichen Vorschriften** und der die persönliche Schutzausrüstung betreffenden **Vorschriften zum Arbeitsschutz** [...] zuzulassen [...].“

Rangfolge der verschiedenen Normarten:



Vortrag im Rahmen des 168. Sicherheitswissenschaftlichen Kolloquiums

Univ.-Prof. Dr. Sebastian Kluckert | Professur für Öffentliches Recht, insb. Öfftl. Wirtschaftsrecht und Sozialrecht



BERGISCHE
UNIVERSITÄT
WUPPERTAL

Weitere Punkte zur Reform- bzw. Weiterentwicklung des Infektionsschutzrechts

- Fehlen einer verfassungsrechtlichen Dogmatik zur Reichweite und zu möglichen Abstufungen bei der Inanspruchnahme nichtverantwortlicher bzw. nichtgefährdeter Personen
 - vgl. dagegen auf der Ebene des Polizei- und Ordnungsrecht die Regelungen zum polizeilichen Notstand (vgl. § 6 PolG NRW, § 19 OBG NRW)
 - vgl. die Feststellung im Evaluationsbericht des Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG (S. 112): „So sind Maßnahmen zum Schutz der restlichen Bevölkerung schwieriger zu rechtfertigen als Schließungen, die unmittelbar dem Schutz der Kinder bzw. Beschäftigten selbst gelten. § 28a IfSG differenziert in dieser Hinsicht nicht.“

- Richtervorbehalt für Absonderungen in Gestalt der häuslichen Quarantäne
 - Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG postuliert einen Richtervorbehalt für „Freiheitsentziehungen“
 - nach herrschender Ansicht in der Literatur sind Absonderungen als Freiheitsentziehungen zu qualifizieren
 - Rechtsprechung und Praxis verneinen Freiheitsentziehung (wohl aus reinen Praktikabilitätsgründen, um einen Richtervorhalt in der Massenverwaltung zu verhindern)
 - richtige Lösungen: Verfassungsänderung oder ggf. Berechtigung zum Verlassen der Wohnung

- Ungeklärtes bzw. ggf. zu präzisierendes Verhältnis des IfSG zu anderen Rechtsgebieten
 - Versammlungsrecht
 - Arbeitsschutzrecht (vgl. Verordnungsermächtigung des § 18 Abs. 3 ArbSchG und Corona-Arbeitsschutzverordnung des BMAS): relevant wegen unterschiedlicher Behördenzuständigkeiten und damit Möglichkeit widersprüchlicher Regelungskonzepte

- Beseitigung terminologische Unklarheiten
 - z.B. Unterschied zwischen „Beschränkung“ und „Auflage“ (vgl. § 28a Abs. 1 IfSG) unklar
 - z.B. unterschiedliche Bedeutung desselben Begriffs (z.B. „Auflage“) in verschiedenen Paragraphen

- Entschädigungsrecht: Absicherung gegen Vermögensnachteile aufgrund rechtmäßiger, pandemiebedingter Betriebsschließungen
 - gegenwärtig (vgl. § 56 Abs. 1 IfSG) besteht Entschädigungspflicht des Staates nur bei Inanspruchnahme des Gewerbetreibenden als „Störer“ (insb. Kranker, Krankheitsverdächtiger, Ansteckungsverdächtiger)
 - Rechtspolitisch: ggf. Versicherungslösung oder Fondslösung

Pandemiebekämpfung: Über das Infektionsschutzrecht hinausreichende Punkte

- Begleitende und retrospektive Beurteilung der Wirksamkeit staatlicher Maßnahmen zur Eindämmung und Bekämpfung von Pandemien
 - Koordinierte Begleitforschung während der Corona-Pandemie weitgehend unterblieben
 - Evaluation umfassender Maßnahmenbündel schwierig, aber unverzichtbar
 - Entwicklung eines nationalen Forschungskonzept im Bereich Epidemiologie, Public-Health-Forschung und klinische Forschung
- Verfügbarkeit von Daten / Datenmanagement
 - Schwierigkeiten bei der Datenerhebung und -verknüpfung sowie bei der zeitnahen Datenerfassung bzw. Datenverfügbarkeit während der Corona-Pandemie
 - umfassende Digitalisierung im Gesundheitswesen, um zeitnahe und adäquate Datenlage herzustellen
 - Digitalisierung der Kontaktpersonennachverfolgung

Vortrag im Rahmen des 168. Sicherheitswissenschaftlichen Kolloquiums

Univ.-Prof. Dr. Sebastian Kluckert | Professur für Öffentliches Recht, insb. Öfftl. Wirtschaftsrecht und Sozialrecht



BERGISCHE
UNIVERSITÄT
WUPPERTAL

■ Verbesserung der Risikokommunikation

- Rollen- und Aufgabenverteilung während Corona-Pandemie oftmals unklar
- Auswechselung der Kennzahlen/Zielgrößen im Laufe der Pandemie
- Umgang mit abweichenden Meinungen und Dissens aus Teilen der Gesellschaft

Vortrag im Rahmen des 168. Sicherheitswissenschaftlichen Kolloquiums

Univ.-Prof. Dr. Sebastian Kluckert | Professur für Öffentliches Recht, insb. Öfftl. Wirtschaftsrecht und Sozialrecht



BERGISCHE
UNIVERSITÄT
WUPPERTAL

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt: Univ.-Prof. Dr. iur. Sebastian Kluckert
Bergische Universität Wuppertal
Professur für Öffentliches Recht,
insb. Öffentliches Wirtschaftsrecht und Sozialrecht
Gaußstraße 20 | 42119 Wuppertal
kluckert@uni-wuppertal.de

Vortrag im Rahmen des 168. Sicherheitswissenschaftlichen Kolloquiums

Univ.-Prof. Dr. Sebastian Kluckert | Professur für Öffentliches Recht, insb. Öfftl. Wirtschaftsrecht und Sozialrecht



BERGISCHE
UNIVERSITÄT
WUPPERTAL