

Infektionsschutzgesetz: IfSG

Sangs / Eibenstein

2022

ISBN 978-3-406-76019-8

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Einführung B

Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Pandemiebekämpfung auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes

Übersicht

	Rn.
A. Gesetzgebungszuständigkeit im Infektionsschutzrecht	1
I. Entwicklung	1
II. Konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit im Infektionsschutzrecht	2
III. Regelungsbefugnis der Länder im Infektionsschutzrecht	5
B. Verwaltungsvollzug im Föderalismus – Pandemiebekämpfung im Bundesstaat	9
I. Allgemeines	9
II. Koordinierung von Bund und Ländern im Rahmen der Pandemiebekämpfung	11
III. Infektionsschutzverwaltung des Bundes – Robert-Koch-Institut	12
IV. Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes	14
V. Anordnungs- und Verordnungsermächtigungen des Bundesministeriums für Gesundheit	21
1. Allgemeines	21
2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Anordnungs- und Verordnungsermächtigung des § 5 IfSG	23
C. Grundrechtseingriffe im Rahmen der Pandemiebekämpfung	26
I. Grundrechtsbindung	26
II. Pandemiebekämpfung als Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates	27
III. Bestimmtheitsgebot und Wesentlichkeitsdoktrin	33
1. Wesentlichkeitsdoktrin	34
2. Generalklauseln	35
IV. Verwirklichung praktischer Konkordanz im Rahmen der Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie	39
V. Grundrechtsdeterminierte Regelungsaufträge	42
VI. Einschätzungsprärogative von Legislative und Exekutive im Rahmen der Pandemiebekämpfung	47

Schrifttum: *Amhaouach/Huster/Kießling/Schaefer* Die Beteiligung der Landesparlamente in der Pandemie – Modelle und Entwicklungen, NVwZ 2021, 825 ff.; *Barczak* Der nervöse Staat, 2020; *Behnke* Föderalismus in der (Corona-)Krise?, APuZ 35–37/2020, 9; *Birkner* Parlamentarische Legitimation und effektive Pandemiebekämpfung, ZRP 2020, 157; *Blankenagel* Did Constitution Matter?, JZ 2021, 702; *Boehme-Neffler* Das Parlament in der Pandemie, DÖV 2021, 243; *Brade/Müller* Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?, NVwZ 2020, 1792; *Brocker* Exekutive versus parlamentarische Normsetzung in der Corona-Pandemie – Sind ordnungsvertretende Gesetze nach Art. 80 IV GG geeignet, den Parlamentsvorbehalt zu gewährleisten?, NVwZ 2020, 1485; *Brunner* Vom Wert des Zitiergebots in Krisenzeiten, DÖV 2020, 925; *Brüning/Thomsen* Not kennt ein Gebot: Gewaltenteilung in Zeiten einer Pandemie, NVwZ 2021, 1183; *Dederer/Gierharke/Preiß* Ein Jahr Pandemie – eine Zwischenbilanz aus rechtsphilosophischer und verfassungsrechtlicher Perspektive (Teil 1), CoVuR 2021, 454; *Dreier* Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, DÖV 2021, 229; *Edenharter* Grundrechtseinschränkungen in Zeiten der Corona-Pandemie, JöR 69 (2021), 555; *Engels* Infektionsschutzrecht als Gefahrenabwehrrecht?, DÖV 2014, 464; *Erbguth* Covid 19: Lockdown-Maßnahmen bei Geimpften – Freiheit oder Gleichheit?, DVBl 2021, 1136; *Erdmann* Kohärenz in der Krise?, NVwZ 2020, 1798; *Frenz* Harter Lockdown – grundrechtlich geboten und subjektiv einfordern, COVuR 2021, 2; *Froese* Absoluter Lebensschutz?, JRP 2020, 148; *Fuchs* Corona, „Gesundheitsdiktatur“ und „Legisid“, DÖV 2020, 653; *Gärditz* Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, MedR 2020, 741; *ders.* Grundrechtsschutz in der Pandemie, NJW 2021, 2761; *ders./Abdulsalam* Rechtsverordnungen als Instrument der Epidemie-Bekämpfung, GSZ 2020, 108; *Giesberts/Gayger/Weyand* COVID-19 – Hoheitliche Befugnisse, Rechte Betroffener und staatliche Hilfen, NVwZ 2020, 417; *Goldhammer/Neuhöfer* Grundrechte in der Pandemie – Allgemeine Lehren, JuS 2021, 212; *Greve* Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, NVwZ 2010, 429; *ders.* Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus im Spannungsfeld der Grundrechte, VR 2020, 181; *ders.* Infektionsschutzrecht in der Pandemie – Der neue § 28a IfSG, NVwZ 2020, 1786; *ders.* Grundrechtsschutz und Grundrechtseingriff im Zuge der Coronavirus-Pandemiebekämpfung, ZG 2021 25; *ders./Lassahn* Die bundeseinheitliche „Notbremse“ – Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz, NVwZ 2021, 665; *dies.* Verfassungsrechtliche

Zulässigkeit von 2G-Regelungen, NVwZ 2022, 197; *Grüner* Biologische Katastrophen, 2017; *Guckelberger* Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote anlässlich der Corona-Pandemie, NVwZ-extra 9a/2020, 1; *dies.* Flexiblere Abänderung von Rechtsvorschriften aufgrund der Corona-Pandemie?, DVBl 2020, 1441; *Gusy* Grundrechte unter Quarantäne?, RuP 2020, 139; *ders.* Katastrophenrecht, GSZ 2020, 101; *Harbarth* Empirieprägung von Verfassungsrecht, JZ 2022, 157; *Hase* Corona-Krise und Verfassungsdiskurs, JZ 2020, 697; *Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkemann/Wißmann* Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise, JZ 2020, 861; *Hess* Seuchengesetzgebung in den deutschen Staaten und im Kaiserreich vom ausgehenden 18. Jahrhundert bis zum Reichsseuchengesetz 1900, Diss. Heidelberg 2009; *Huster/Kingreen* Handbuch Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2022; *Ipsen* Notstandsverfassung und Corona-Virus, RuP 2020, 118; *ders.* Niedersachsen im Ausnahmezustand – Verfassungsrechtliche Aspekte der Corona-Krise, NdsVBl 2020, 165; *ders.* Grundgesetz und Pandemiebekämpfung, DVBl 2021, 1121; *Isensee* Resilienz von Recht im Ausnahmefall in: v. Lewinski Resilienz des Rechts, 2016, S. 33; *ders.* Virokratie, FAZ v. 4.6.2020, S. 7; *ders.* Corona und die Normalität der Verfassung, in: Mückl Religionsfreiheit in Seuchenzeiten, 2021, S. 85; *Kaiser* Ausnahmeverfassungsrecht, 2020; *Katzenmeier* Grundrechte in Zeiten von Corona, MedR 2020, 461; *Kersten* Covid-19 – Kein Ausnahmezustand, ZRP 2020, 65; *ders./Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020 u. 2. Aufl. 2021; *Kießling/Möllers/Volkemann* Zum Reformbedarf der Eingriffsbefugnisse im Infektionsschutzgesetz, Gutachten Oktober 2020; *Kingreen* Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie, NJW 2021, 2766; *Klafki* Risiko und Recht, 2017; *dies.* Mehr Parlament wagen? Die Entdeckung des Art. 80 IV GG in der Corona-Pandemie, NVwZ 2020, 1718; *Kloepfer* Katastrophenschutzrecht, VerwArch 98 (2007), 163; *ders./Deye* Pandemie als Herausforderung für die Rechtsordnung, DVBl 2009, 1208; *ders.* Verfassungsschwächung durch Pandemiebekämpfung?, VerwArch 2021, 169; *Kluckert* Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2021; *ders.* Die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG im Spannungsverhältnis zwischen epidemiologischer Fachlichkeit, rechtsstaatlicher Machtbegrenzung und demokratischer Verantwortlichkeit, DVBl 2021, 96; *Krings/Greve* Herausforderung der Rechtsordnung durch die Pandemie, in: Schmoeckel (Hrsg.) Herausforderung der Rechtsordnung durch die Pandemie Gesetzgebung in der Pandemie, 2021, S. 31; *Labrenz* Eine Bewährungsprobe für den freiheitlichen Rechtsstaat – wenn Freiheitsausübung viral gefährlich wird, NWVBl 2020, 265; *Leisner-Egensperger* Impfpriorisierung und Verfassungsrecht, NJW 2021, 202; *dies.*, Freiheiten für Geimpfte – Zur Aufhebung von Grundrechtsbeschränkungen für Geimpfte, Genesene und Getestete, DVBl 2021, 825; *dies.* Der legitime Zweck als Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeit, JZ 2021, 913; *Leitmeier* Corona und „Ultra-vires“: Recht an der Grenze, DÖV 2020, 645; *Lepsius* Grundrechtsschutz in der Corona-Pandemie, RuP 2020, 258; *ders.* Partizipationsprobleme und Abwägungsdefizite im Umgang mit der Corona-Pandemie, JöR 69 (2021), 705; *Leupold* Die Feststellung des Katastrophenfalls, 2012; *Lichdi* Die Geltung des Parlamentsvorbehalts in der Corona-Pandemie, SächsVBl 2020, 273; *Mangold* Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie, VVDStRL 80 (2021), 7; *Manßen* Grundrechte in der Corona-Krise, DPJZ 3/2021, 4; *Martini/Thiessen/Ganter* Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Corona-Pandemie, NJOZ 2020, 929; *Mayen* Der verordnete Ausnahmezustand; *Mers* Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, 2019; *Meffling* Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020, NZS 2020, 321; *Meyer* COVID-19: Verantwortung in der Krise – Zwischenruf aus der Praxis, NVwZ 2020, 609; *Michaels* Rechtliches Wissen in der Krise, KJ 2020, 375; *Michl* Der demokratische Rechtsstaat in Krisenzeiten, JuS 2020, 507; *Mörth/Oberleitner* COVID-19 as a „Threat to the Life of the Nation“ in International Human Rights Law: Diverging State Practice, HuV 4/2021, 23; *Müller* Die Leitplanken der Verfassung einhalten, jM 2021, 261; *Opolony* Corona-Pandemie und Gesundheitssystem, GuP 2020, 81; *Pagenkopf* Der freiheitliche Staat und die Wissenschaft in der Corona-Pandemie, ZRP 2022, 51; *Papier* Freiheitsrechte in Zeiten der Pandemie, DRiZ 2020, 180; *ders.* Umgang mit der Corona-Pandemie: Verfassungsrechtliche Perspektiven, APuZ 35–37/2020, 4; *Pautsch* Corona und Grundgesetz, JSE 2020, 1; *ders./Haug* Parlamentsvorbehalt und Corona-Verordnungen – ein Widerspruch, NJ 2020, 281; *Pflug* Pandemievorsorge – informationelle und kognitive Regelungsstrukturen, 2013; *Rauber* Die modifizierende Subdelegation von Verordnungsermächtigungen durch verordnungsvertretendes Gesetz, VerwArch 2021, 205; *Renner* Corona Corona – und alle Fragen offen: Das Staatsorganisationsrecht in der Krise, DVBl 2021, 1269; *Richter* Die Schutzpflicht des Verfassungsstaates in der Pandemie, DVBl 2021, 16; *Rixen* in Kloepfer Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, 2011, S. 67; *ders.* Grenzenloser Infektionsschutz in der Corona-Krise?, RuP 2020, 109; *ders.* Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, 1097; *ders.* Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft, VVDStRL 80 (2021), 37; *Ruschmeier* Neues Virus, alte Rechtsfragen?, JöR 69 (2021), 449; *Sangs/Eibenstein* Die epidemische Lage von nationaler Tragweite – Eine Analyse der aktuellen Pandemiegesetzgebung, JZ 2021, 710; *Schliesky* Prekäre Legitimität – Die Staatsgewalt in Zeiten der Pandemie, ZRP 2021, 27; *Schmidt* COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020; *Schmidt am Busch* Die Gesundheitssicherung im Mehrebenensystem, 2007; *Schmitz/Neubert* Praktische Konkordanz in der Covid-Krise, NVwZ 2020, 666; *Schwarz* Das Infektionsschutzgesetz und die Grundrechte – ein Lehrstück zum verfassungsrechtlichen Freiheitsverständnis bei drohenden Gefahren, JA 2020, 321; *ders.* Die Aufhebung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, COVuR 2021, 706; *Seiler* Pandemiebedingte Maßnahmen zur Kontaktvermeidung als verfassungsrechtliche Herausforderung, JZ 2021, 924; *Shirvani* Infektionsschutzrechtliche Betriebsuntersagung aus gleichheitsrechtlicher Perspektive, DVBl 2022, 329; *Siegel* Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, 577; *Steiner* Regieren in der Pandemie, DVP 2021, 257; *Trute* Pandemie als potentiell globale Katastrophe, GSZ 2018, 125; *ders.* Ungewissheit in der Pandemie als Herausforderung, GSZ 2020, 93; *ders.* Rechtsprechung zum Infektionsschutzrecht in der

SARS-COV-2-Welt, jM 2020, 291; *Waldhoff* Der Bundesstaat in der Pandemie, NJW 2021, 2772; *Walus* Pandemie und Katastrophennotstand: Zuständigkeitsverteilung und Kompetenzmängel des Bundes, DÖV 2010, 127; *ders.* Katastrophenorganisationsrecht, 2012; *v. Weschpfennig* Der Parlamentsvorbehalt in der Corona-Krise, Die Verwaltung 53 (2020), 469; *Wiedmann* Die Rolle des Bundestages in der Corona-Krise, BRZ 2/2021, 87; *Witte* Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013; *Wittinger* Corona-Maßnahmen in Deutschland: Welche Anforderungen stellt das Verfassungsrecht?, UBWV 2020, 193; *Wolff* Priorisierung in der Pandemie – Zehn Thesen zur Allokation eines zukünftigen Corona-Impfstoffs, DVBl 2020, 1379; *ders./Zimmermann* Der Parlamentsvorbehalt in der COVID-19-Pandemie – Teil 1 u. 2, Jura 2022, 18, 148; *Wollenschläger* Beteiligung der Landtage im Kontext der Corona-Pandemie, BayVBl 2021, 541; *ders.* Die COVID-19-Pandemie als Stunde der Exekutive und die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes in: Koch/Kubiciel/Wurmnest/Wollenschläger (Hrsg.) Festschrift 50 Jahre Juristische Fakultät der Universität Augsburg, 2021, S. 645; *Zeh* Zum ausnahmslosen Primat des Parlaments, ZParl 2020, 469.

A. Gesetzgebungszuständigkeit im Infektionsschutzrecht

I. Entwicklung

Das Infektionsschutzrecht als bundes- bzw. reichsweite Regelung weist eine weit mehr als 120jährige Gesetzeshistorie auf (siehe allgemein zur historischen Entwicklung des Seuchenschutzrechts *Hess* Seuchengesetzgebung in den deutschen Staaten und im Kaiserreich vom ausgehenden 18. Jahrhundert bis zum Reichsseuchengesetz 1900, Diss. Heidelberg 2009, S. 70 ff.; siehe auch *Kingreen* in *Huster/Kingreen/Kingreen* Kap. 1 Rn. 12 ff.). Maßgeblich durch die Choleraepidemie in Hamburg im Jahre 1892 beeinflusst, wurden die parlamentarischen Arbeiten für ein einheitliches Seuchengesetz im Deutschen Reich aufgenommen (BT-Drs. 3/1888, S. 18; siehe auch *Pflug* Pandemievorsorge – informationelle und kognitive Regelungsstrukturen, 2013, S. 119 f.). Das **Reichsseuchengesetz** (Gesetz, betreffend die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten (Lepra, Cholera, Fleckfieber, Gelbfieber, Pest und Pocken) vom 30. Juni 1900 (RGBl S. 306) markiert hierbei den entscheidenden Grundstein für eine einheitliche Regelung dieser Materie (zu den Beratungen *Hess* Seuchengesetzgebung in den deutschen Staaten und im Kaiserreich vom ausgehenden 18. Jahrhundert bis zum Reichsseuchengesetz 1900, Diss. Heidelberg 2009, S. 306 ff.). Zuvor bestanden in den einzelnen Ländern unterschiedliche Regelungen im Hinblick auf die Seuchenbekämpfung. Mit der Verordnung zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom 1. Dezember 1938 (RGBl S. 1721) wurde der Anwendungsbereich des Reichsseuchengesetzes auf andere Krankheiten ausgedehnt. Mit dem Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (**Bundes-Seuchengesetz**) vom 18. Juli 1961 (BGBl. S. 1012) wurde das Reichsseuchengesetz abgelöst. Aufbauend auf die bisherigen Regelungen sollte im Bundes-Seuchengesetz nunmehr auch die Verhütung übertragbarer Krankheiten zu einem Schwerpunkt gemacht werden (BT-Drs. 3/1888, S. 19). Der staatliche Infektionsschutz hat damit über seine ursprüngliche Ausrichtung auf die Bekämpfung und Behandlung von Infektionskrankheiten hinaus zunehmend Aspekte der staatlichen Gesundheitsförderung und Prävention von Erkrankungen aufgenommen (*Mers* Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, 2019, S. 22 f.). Das Bundes-Seuchengesetz wurde mit dem Gesetz zur Neuordnung seuchenrechtlicher Vorschriften (Seuchenrechtsneuordnungsgesetz – SeuchRNeuG) vom 20. Juli 2000 abgelöst und durch das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (**Infektionsschutzgesetz** – IfSG) ersetzt (BGBl. S. 1045). Das Infektionsschutzrecht wurde auf diese Weise reformiert, wobei insbesondere die Prävention übertragbarer Krankheiten durch die Verbesserung der Infektionsepidemiologie zum Leitgedanken des IfSG wurde (BT-Drs. 14/2530, S. 38).

II. Konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit im Infektionsschutzrecht

Die Regelungszuständigkeit für das Infektionsschutzrecht richtet sich nach der grundgesetzlichen **Kompetenzverteilung im Bundesstaat**. Zur Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz sind somit die kompetenzrelevanten Wirkungen einer gesetzlichen Regelung in den Blick zu nehmen. Nach Art. 30, 70 Abs. 1 GG liegt die Gesetzgebungszuständigkeit grundsätzlich bei den Ländern, sodass Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes nur bestehen, sofern dies auf eine ausdrückliche grundgesetzliche Zuweisung gestützt werden kann (vgl. BVerfGE 12, 205 (228 f.); 111, 226 (247); siehe auch *Kloepfer/Greve* Staatsrecht, 3. Aufl. 2018, Rn. 66 ff.). Hierbei ist maßgeblich auf den Gegenstand des Gesetzes abzustellen (vgl. BVerfGE 68, 319 (327 f.); *Herbst* Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, 2014, S. 111). Die Gesetzgebungskompetenz für

das allgemeine Gefahrenabwehrrecht wie auch das Katastrophenrecht liegt nach Art. 30, 70 Abs. 1 GG bei den Ländern (vgl. etwa *Kloepfer* VerwArch 98 (2007), 163 (173); *Walus* DÖV 2010, 127 (130); *Thiele* in Härtel Handbuch des Föderalismus, Bd. III, 2012, § 54 Rn. 21; *Pohlmann* in Lange/Gusy Kooperation im Katastrophen- und Bevölkerungsschutz, 2015, S. 79 (83); *Guckelberger* NVwZ-extra 9a/2020, 1 (4)).

- 3 Das Infektionsschutzrecht dient primär dem Gesundheitsschutz und damit der **Verwirklichung der grundrechtlichen Schutzpflicht** des Staates zum Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (BVerfG, Beschl. v. 1.5.2020 – 1 BvR 1003/20, Rn. 7). Es ist als besonderes Gefahrenabwehrrecht zu qualifizieren (BVerwG, Urt. v. 22.3.2012 – 3 C 16.11, juris Rn. 25, 32; siehe auch *Grüner* Biologische Katastrophen, 2017, S. 180 ff.; *Mers* Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, 2019, S. 26 ff.) weist aber aufgrund der Besonderheiten seiner Materie einige Unterschiede zum allgemeinen Polizei- und Sicherheitsrecht auf (vgl. *Kloepfer/Rixen* S. 67 (77), der das IfSG als etwas Neues (öffentliches Gesundheitsrecht) qualifiziert. In diese Richtung auch *Engels* DÖV 2014, 464 (467 ff.); ferner *Kersten/Rixen* Kap. IV 3.). Aufgrund der Zielrichtung des IfSG im Sinne eines **vorbeugenden Gesundheitsschutzes** erfolgt eine Vorverlagerung der Eingriffsschwelle, die grundsätzlich auch Grundrechtseingriffe bei Gefahrenlagen auf unsicherer Tatsachenprognose ermöglicht (vgl. *Kloepfer/Rixen* S. 67 (76); *ders.* VVDStRL 80 (2021), 37 (48 f.); *Engels* DÖV 2014, 464 (467 ff.); *Schwarz* JA 2020, 321 (325 f.). Gerade bei einer neuartigen Pandemie fehlt es zumeist an einem etablierten „Stand der Wissenschaft“ und empirischen Erfahrungswissen, sodass ein Handeln oftmals nur unter den Bedingungen der Ungewissheit möglich ist (siehe zu den diesbezüglichen Anforderungen *Harbarth* JZ 2022, 157 (161 f.)). Das IfSG verfolgt primär das Ziel, übertragbare Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern (vgl. § 1 Abs. 1 IfSG). Die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG weist dem Bund im Bereich des Gesundheitswesens nur **eingeschränkte Gesetzgebungskompetenzen** zu (vgl. BVerfGE 106, 62 (132), die für die erfasste Kompetenzmaterie aber eine Vollregelung ermöglicht. Erfasst werden als Kompetenzmaterie u. a. **Maßnahmen gegen gemeingefährliche Krankheiten** bei Menschen und Tieren sowie **Maßnahmen gegen übertragbare Krankheiten** bei Menschen und Tieren (*Rengeling* in Isensee/Kirchhof HdStR § 135 Rn. 264). Als gemeingefährliche Krankheiten sind solche zu qualifizieren, die zu schweren Gesundheitsschäden oder gar zum Tod führen können (*BeckOK GG/Seiler* Art. 74 Rn. 70; *Wittreck* in Dreier GG Art. 74 Rn. 86; *Degenhart* in Sachs GG Art. 74 Rn. 84; *Kluckert/ders.* § 2 Rn. 2). Übertragbare Krankheiten sind alle Infektionskrankheiten (BVerwGE 33, 339 (341 f.); *Kment* in Jarass/Pieroth GG Art. 74 Rn. 49), sofern sie einen gewissen Grad an Schwere der Erkrankung mit sich bringen können (BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u. a., Rn. 124). Sie werden durch einen Krankheitserreger oder deren toxische Produkte unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen (vgl. § 2 Nr. 3 IfSG). Eine Infektion bedeutet die Aufnahme eines Krankheitserregers und seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus (vgl. § 2 Nr. 2 IfSG).
- 4 Der Maßnahmenbegriff im Rahmen von Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG ist sowohl präventiv als auch repressiv ausgerichtet. Er umfasst die Infektionsbekämpfung im Vorfeld einer Infektion oder auch einer Pandemie und deren Eindämmung nach dem Ausbruch. Es besteht mithin ein **Nebeneinander von Risikoversorge und Gefahrenabwehr** (vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u. a., Rn. 124; *Rengeling* in Isensee/Kirchhof HdStR § 135 Rn. 264; siehe auch *Mers* Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, 2019, S. 24). Das IfSG bildet diesen Maßnahmenrahmen ab und ist daher von der Kompetenzzuständigkeit des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG gedeckt (*Schmidt/Lindner* § 16 Rn. 3; *Kingreen* in Huster/Kingreen/*Kingreen* Kap. 1 Rn. 50). Bereits das Bundes-Seuchengesetz wurde auf Grundlage von Art. 74 Nr. 19 GG a. F. i. V. m. Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG a. F. erlassen (vgl. BT-Drs. 3/1888, S. 19). Ebenso wurde für das Infektionsschutzgesetz des Bundes Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG i. V. m. Art. 72 Abs. 2 GG a. F. zutreffend als Kompetenzgrundlage in Anspruch genommen (vgl. BT-Drs. 14/2530, S. 39). Die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung wurde seinerzeit wie folgt begründet: „Das Ziel, durch die Regelung eine effektive Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu ermöglichen, kann nur erreicht werden, wenn im gesamten Bundesgebiet einheitliche Regelungen zum Schutz der Bevölkerung vor übertragbaren Krankheiten gelten. Bei einer landesrechtlichen Regelung des Infektionsschutzrechts könnten bei unterschiedlicher Ausgestaltung bzw. Nichtregelung je nach Land effektive Schutzmaßnahmen gegen übertragbare Krankheiten nicht ergriffen werden. Dies gilt auch für die oben dar gestellten Änderungen der bisherigen bundesgesetzlichen Regelungen zum Schutz der Bevölkerung vor übertragbaren Krankheiten. Ein

Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionsschutzkrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG)

Vom 20. Juli 2000

(BGBl. I S. 1045; zuletzt geändert durch Art. 3a PflegebonusG vom 28.6.2022 BGBl. I S. 938)

FNA 2126-13

1. Abschnitt. Allgemeine Vorschriften

Zweck des Gesetzes

I (1) Zweck des Gesetzes ist es, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern.

(2) ¹Die hierfür notwendige Mitwirkung und Zusammenarbeit von Behörden des Bundes, der Länder und der Kommunen, Ärzten, Tierärzten, Krankenhäusern, wissenschaftlichen Einrichtungen sowie sonstigen Beteiligten soll entsprechend dem jeweiligen Stand der medizinischen und epidemiologischen Wissenschaft und Technik gestaltet und unterstützt werden. ²Die Eigenverantwortung der Träger und Leiter von Gemeinschaftseinrichtungen, Lebensmittelbetrieben, Gesundheitseinrichtungen sowie des Einzelnen bei der Prävention übertragbarer Krankheiten soll verdeutlicht und gefördert werden.

Übersicht DIE FACHBUCHHANDLUNG

	Rn.
A. Zweck und Bedeutung der Vorschrift	1
B. Kategoriale Einordnung des Infektionsschutzrechts	5
C. Vorbeugung, Überwachung und Bekämpfung der Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (Abs. 1)	9
I. Vorbeugung, Überwachung und Bekämpfung	10
II. Übertragbare Krankheiten	14
III. Beim Menschen (Verhältnis zum TierGesG)	16
D. Mitwirkung und Zusammenarbeit von Behörden und weiteren Beteiligten (Abs. 2 S. 1)	17
E. Eigenverantwortung bestimmter Einrichtungen, Unternehmen und Personen (Abs. 2 S. 2)	21

Schrifttum: *Barczak*, Der nervöse Staat: Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2021; *Demninger*, Der Präventions-Staat, KJ 1988, 1; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994; *Dreier*, in: Lohse (Hrsg.), Infektionen und Gesellschaft – COVID-19, frühere und zukünftige Herausforderungen durch Pandemien, 90; *Engels*, Infektionsschutzrecht als Gefahrenabwehrrecht?, DÖV 2014, 464; *Gusy*, Sicherheitskultur – Sicherheitspolitik – Sicherheitsrecht, KritV 2010, 111; *Mann*, in: *Erbguth/Mann/Schubert* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2019, §§ 12–15; *Harbarth*, Empirieprägung von Verfassungsrecht, JZ 2022, 157; *Heun*, Staatliche Risikosteuerung und Verfassung, RW 2011, 376; *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010; *Kießling*, Von der punktuellen Gefahrenabwehr zur planerischen Risikoversorge im Infektionsschutzrecht, JZ 2022, 53; *Köck*, Risikoversorge als Staatsaufgabe, AöR 1996, 1; *Kral*, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012; *Mielke*, Risiken der Vorsorge, 2011, Kap. 2; *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002; *Papier*, Rechtsstaat im Risiko, DVBl 2010, 801; *Pils*, Zum Wandel des Gefahrenbegriffs im Polizeirecht, DÖV 2008, 941; *Preuß*, Risikoversorge als Staatsaufgabe, in: *Grimm* (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1993, 523; *Rixen*, in: *Kloepfer* (Hrsg.), Pandemien als Heraus-

forderung für die Rechtsordnung, 67; *Scherzberg*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen, VVDStRL 63 (2004), 214; *Schmieder*, Anmerkungen zur Konkurrenz von Präventionsstaat und Sozialstaat, KritV 2005, 264; *Schwarz*, Das Infektionsschutzgesetz und die Grundrechte – ein Lehrstück zum verfassungsrechtlichen Freiheitsverständnis bei drohenden Gefahren, JA 2020, 321; *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr – Grundfragen von Freiheit und Sicherheit im Zeitalter der Globalisierung, 2011, 67; *Vollmann*, Prävention durch Verwaltungsrecht: Sicherheit, NVwZ 2021, 1408; *Vofskuhle*, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, 1; *Würg*, Prognosegrundlage bei der Gefahrenabwehr nach dem IfSG, NJOZ 2021, 257.

A. Zweck und Bedeutung der Vorschrift

- 1 Als Einleitungsnorm enthält § 1 das Programm des Gesetzes und gibt allen hierauf beruhenden Maßnahmen eine „abstrakte Handlungsrichtung“ vor (*Gárditz*, MedR 2020, 741, 742). Zweck des IfSG ist es danach, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. Dieser (präventive) Schutz der Bevölkerung vor dem Risiko einer Erkrankung stellt in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes nichts weniger als eine staatliche Kernaufgabe dar (vgl. BVerfGE 124, 25, 37 = BeckRS 2009, 23506). Im Gegensatz zum Bundes-Seuchengesetz, das auf eine positivierte Zweckbestimmung verzichtete, wird die Vorschrift mit präambelhaftem Charakter an den Anfang des Gesetzes gestellt; mit ihm soll der Schutz der Bevölkerung vor Infektionskrankheiten gegenüber dem vormaligen Seuchenrecht verbessert werden. Daher wurden im IfSG gegenüber dem Bundes-Seuchengesetz zahlreiche Regelungsbereiche zusammengeführt, Handlungsbefugnisse ausgeweitet und insbesondere Maßnahmen zur Erkennung sowie Überwachung übertragbarer Krankheiten novelliert bzw. ausgeweitet. Ganz grundlegend hat der Gesetzgeber bereits durch den Wortlaut der Vorschrift („vorzubeugen“; „frühzeitig zu erkennen“; „zu verhindern“) den **präventiven Charakter** (→ Rn. 5 ff.) des IfSG hervorgehoben: **Vorsorge und Abwehr von Gesundheitsgefahren sind das normative Leitbild**. Das IfSG ist damit auch Ausdruck eines proaktiven, modernen Risikosteuerungsrechts, statt eines (nur) reagierenden, klassischen Gefahrenabwehrrechts.
- 2 Obgleich sich aus § 1 unmittelbar keine Rechte und Pflichten herleiten lassen (zutr. *Gerhardt* IfSG, § 1 Rn. 1; ebenfalls kein drittschützender Charakter, siehe BayVGh, Beschl. v. 16.11.2011 – 12 CE 11.1961, BeckRS 2011, 34219 Rn. 32), hat sich eine **teleologische Auslegung** sämtlicher Vorschriften des IfSG maßgebend am Zweck des Gesetzes und seinem gefahrenabwehrrechtlichen Kern auszurichten (→ Rn. 7 f.); Entsprechendes gilt für auf das IfSG gestützte Rechtsverordnungen. Sofern bei der Interpretation einzelner Gesetzesbestimmungen Zweifel verbleiben, ist unter alternativen Auslegungsvarianten derjenigen der Vorzug zu gewähren, die dem Präventionscharakter und Vorsorgezweck am besten gerecht wird. Die in der Vorschrift zum Ausdruck kommenden, das Gesetz insgesamt **prägenden gesetzlichen Wertungen sind im Gesetzesvollzug stets nachzuzeichnen** (siehe OVG Münster, Urt. v. 24.11.2020 – 1 A 2361/18, BeckRS 2020, 33641 Rn. 42; exemplarisch etwa VGh Mannheim, COVuR 2020, 322 Rn. 17; VG Ansbach, Beschl. v. 3.3.2021 – AN 18 S 21.302, BeckRS 2021, 3881 Rn. 29). Hieraus folgt andererseits nicht, dass schon eine dem gerecht werdende Auslegung generell vorzuzugwürdig ist. Die Auslegung des IfSG wird nicht exklusiv von § 1, sondern auch durch die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen dirigiert. Dem Gesetzeszweck oppositär gegenüber stehen regelmäßig die Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG, die nicht etwa mit einem pauschalen Verweis auf den „Grundsatz der Effektivität der infektionsspezifischen Gefahrenabwehr“ (LG Oldenburg, Urt. v. 23.12.2021 – 5 O 1371/21, BeckRS 2021, 40416 Rn. 27) unberücksichtigt bleiben können.
- 3 Praktisch bedeutsam wird dies insbesondere dadurch, dass sich die Verwaltung bei der Ausübung des ihr in einzelnen Vorschriften eingeräumten **Ermessens** vom Zweck der jeweiligen Befugnisnorm zu leiten lassen hat (§ 40 VwVfG), die ihrerseits im Lichte des § 1 zu sehen ist. Da Ermessen schon aus rechtsstaatlichen Gründen niemals freies, sondern pflichtgemäß, mithin zweckorientiert auszuübendes Ermessen ist (vgl. nur BVerwGE 131, 11 = NVwZ 2008, 681 Rn. 20 ff.; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 20 VII, Rn. 63), kommt § 1 hier besonderes Gewicht zu. Zwar prüft die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht die Zweckmäßigkeit verwaltungsbehördlichen Handelns nach, sehr wohl jedoch, ob die konkrete Ermessensausübung der Verwaltung mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar ist bzw. ihn erfüllt (dazu *Schönenbroicher*, in: NK-VwGO, § 40 Rn. 180 f.).

Insbesondere die COVID-19-Pandemie hat verdeutlicht, welche enormen Konsequenzen es mit sich bringen kann, wenn frühzeitige Maßnahmen zur Verhinderung der Einschleppung oder der Weiterverbreitung einer übertragbaren Krankheit unterlassen werden. Regelmäßig wird sich die Bekämpfung einer sich epidemisch ausbreitenden Krankheit post festum gegenüber einer effektiven Vorsorge, sei diese auch durch kurzzeitig scharfe Maßnahmen geprägt, als erheblich grundrechtseinschränkender und kostenintensiver erweisen (zutr. VG Würzburg, Urt. v. 12.6.2013 – 6 K 13.37, BeckRS 2013, 52435; vgl. schon BT-Drs. 14/2530, 43). Allerdings rückt mit zunehmender Vorverlagerung der Interventionsschwelle die Ambivalenz hervor, die dem rechtsstaatlichen Konzept an sich immanent ist, nämlich sowohl Freiheit als auch Sicherheit zu schaffen und in die richtige Balance zu bringen. Denn jedenfalls eine Risikovorsorge schlechthin wäre mit den Grundprinzipien des nicht nur sozialen, sondern auch liberalen Rechtsstaats nicht zu vereinbaren (siehe nur *Scholz*, in: Herzog/Dürig/Scholz GG, Art. 20a Rn. 10). Das darf jedoch nicht dahingehend missverstanden werden, dass **eine auf Grundrechtsgefährdungen bezogene Risikovorsorge nicht von der Schutzpflicht des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit erfasst** sei (siehe BVerfGE 53, 30, 57 = NJW 1980, 759, 761; BVerfG (K), NVwZ 2009, 1494, 1495).

B. Kategoriale Einordnung des Infektionsschutzrechts

Infektionsschutzrecht iwS ist eine Querschnittsmaterie, das IfSG jedoch schwerpunktmäßig dem **besonderen Gefahrenabwehrrecht** zuzuordnen (siehe BVerwGE 142, 205, 216 = NJW 2012, 2823 Rn. 32; OVG Hamburg, COVuR 2020, 105 Rn. 11; OVG Bautzen, LKV 2020, 508, 511; OLG Hamm, Beschl. v. 8.2.2021 – 1 RBs 2/21, BeckRS 2021, 2237 Rn. 37; OVG Koblenz, GewArch 2021, 123 Rn. 22; VGH Mannheim, COVuR 2021, 685 Rn. 36; BayVGH, NJW 2021, 3269 Rn. 58; VG Schleswig, NVwZ-RR 2020, 486 Rn. 31; LG Hannover, NJW-RR 2020, 1226 Rn. 50; LG München I, COVuR 2021, 673 Rn. 42; LG Stuttgart, COVuR 2021, 551 Rn. 28: „besonderes Polizeirecht“; ebenso LG Hamburg, NJOZ 2022, 125 Rn. 34; LG Oldenburg Urt. v. 23.12.2021 – 5 O 1371/21, BeckRS 2021, 40416 Rn. 27: „infektionsspezifische Gefahrenabwehr“ ferner *Kießling*, in: *Kießling IfSG*, § 1 Rn. 4; *Dörr*, in: *BeckOGK BGB*, § 839 Rn. 1080; *Sodan*, in: *EFJ*, § 56 Rn. 7; *Schwarz*, *JA* 2020, 321, 324; *Siegel*, *NVwZ* 2020, 577; *Vießmann*, *NVwZ* 2021, 15, 17; *aA* für eine Klassifizierung als öffentliches Gesundheitsrecht *Rixen*, in: *Kloepfer*, 67; 77; *Engels* *DÖV* 2014, 464, 467 ff.; ähnlich *Huster/Kingreen*, in: *Huster/Kingreen*, Vorwort). Mit ihm sollen künftige, durch den Gesetzgeber definierte Ereignisse abgewendet bzw. ihr Entstehen verhindert werden.

Einer Einordnung als besonderes Gefahrenabwehrrecht steht ebenfalls nicht entgegen, dass sich die aktionellen Handlungsbefugnisse des IfSG teilweise im Bereich des tradierten Ordnungsrechts, teilweise weit vorverlagert im Bereich der Gefahrenvorsorge bewegen (ausf. *Poscher*, in: *Huster/Kingreen*, Kap. 4 Rn. 5 ff.). So verlangt das Gesetz – seiner Zielrichtung entsprechend – für einen wirkungsvollen Infektionsschutz nicht durchgängig eine bereits eingetretene tatsächliche Veränderung, sondern bekennt sich stellenweise ausdrücklich (bspw. unter Inbezugnahme des strengen Besorgnisgrundsatzes (→ § 37 Rn. 27 ff.) zu dem vor einer Gefahr im polizeirechtlichen Sinne liegenden Bereich der Gefahrenvorsorge (deshalb gibt es auch nicht „die Gefahr im Sinn des Infektionsschutzrechts“; *aA* *Vießmann*, *NVwZ* 2021, 15, 17). Die Vorsorge vor (potentiellen) Gefahren zählte gleichwohl schon immer zu den polizeilich wahrzunehmenden Aufgaben. Die partielle Verschiebung in den gefahrenvorsorgenden Bereich ist daher nichts weiter als eine zeitliche Verschiebung, in dem die zuständigen Behörden handeln können (und regelmäßig sogar müssen). Zwischen Gefahrenvorsorge einerseits und Gefahrenabwehr andererseits besteht ohnehin keine Alternativität; beide fallen in die Kategorie des präventiven polizeilichen Handelns, das insbesondere in der jüngeren Vergangenheit als zunehmend vorsorgend verstanden werden will. Die im Einzelfall stets gebotene Differenzierung zwischen Gefahrenabwehr/-vorsorge, die sich schon in den Gesetzesabschnitten (4. Abschnitt: Verhütung; 5. Abschnitt: Bekämpfung) widerspiegelt (zum herrschenden Verständnis seines Exklusivitätsverhältnisses → § 16 Rn. 3 f.; 8 ff.), ändert an der Einordnung des IfSG in das besondere Gefahrenabwehrrecht nichts (so auch *Kießling*, in: *Kießling IfSG*, Einführung Rn. 24; ferner *Rommelfanger*, *COVuR* 2020, 178, 179: gesundheitspolizeiliche Gefahrenvorsorge und gefahrenabwehrrechtliche Zweckrichtung).

Allerdings darf von dieser Erkenntnis ausgehend **keine schablonenartige Übertragung der Kategorien des allgemeinen Ordnungsrechts** auf die infektionsschutzrechtlichen Befugnisse

erfolgen. Während etwa der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit all seinen Einzelausprägungen nicht wegen der Einordnung des IfSG als besonderes Gefahrenabwehrrecht, sondern bereits von Verfassungs wegen im Bereich der Eingriffsverwaltung seine Wirkung entfaltet, können ordnungsrechtliche Kategorien zum Teil nur bedingt (etwa bei der Frage der Stöerauswahl; zu den **infektionsschutzrechtlich bedeutsamen Personen als Maßnahmenadressaten** → § 2 Rn. 7 ff.), zum Teil gar nicht (etwa im Bereich der für die Krankheitsverhütung eigens zu entwickelnden Vorfelddogmatik → § 16 Rn. 16) übertragen werden. Den **Ausgangspunkt einer jeden Überlegung** bildet hierbei zunächst der **Gesetzeszweck**.

- 8 Vergleichbar zum Umweltschutzrecht (siehe auch → Rn. 17) kombiniert das IfSG Gefahrenabwehr- und Vorsorgerecht. Diese Parallele ist nicht nur im Hinblick auf die Instrumente und Beurteilungsmaßstäbe von grundlegender Bedeutung (siehe auch *Kluth*, Verfassungsblog v. 10.12.2021), sondern für die systematische Erfassung einzelner Vorschriften dienlich. So sollen nach wohl überwiegender Auffassung Vorsorgevorschriften – anders als Gefahrenabwehrvorschriften – grundsätzlich keine drittschützende Wirkung entfalten können (str., vgl. nur BVerwG, NVwZ 2008, 789 Rn. 15; zu Recht krit. *Eiffert*, in: Schoch, Kap. 5 Rn. 56; jedenfalls dort wo unionsrechtliche Direktiven wirken, kann dies nach der Rspr. des EuGH nicht gelten → § 39 Rn. 14). Ferner ist die Differenzierung zwischen Gefahrenabwehr und -vorsorge im IfSG auch deshalb geboten, da letztere doch vornehmlich der Schaffung eines Freiraums gegenüber einer Gefahrenschwelle sowie der Strukturierung und damit Rationalisierung von Entscheidungen unter Ungewissheit dient (vgl. *Eiffert*, in: Schoch, Kap. 5 Rn. 50 ff.). Gefahrenvorsorge reicht über den Gefahrenbereich hinaus und erfasst nicht bloß Verursacher oder Zustandsverantwortliche einer Gefahrenlage. Rationale Abwägungen lassen sich denklogisch umso weniger vornehmen, je größer die Ungewissheit über das Schadenspotential ist. Eine Auslegung gefahrenvorsorgender Bestimmungen (etwa § 16 Abs. 1, § 37 Abs. 1 u. 2) muss all solchen Erkenntnissen Rechnung tragen, da eine **pauschale Aufladung** entsprechender Vorschriften **mit überkommenen polizeirechtlichen Direktiven einen effektiven Infektionsschutz konterkarieren** kann. Die legitime gesetzgeberische Entscheidung, in Ausübung der Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schon die Entstehung von Gefährdungslagen zu bekämpfen und auf eine Risikominimierung hinzuwirken, ist insoweit ausreichend zu berücksichtigen (dazu, dass abstrakt-generelle Normen zur Gefahrenvorsorge nicht erst dann gerechtfertigt sind, wenn ansonsten unmittelbar ein Gefahreneintritt zu besorgen wäre BVerwGE 166, 125 = NJW 2019, 3466 Rn. 22; OVG Münster, NJW 2021, 2982 Rn. 20). Eine völlige Risikofreiheit im Sinne einer absoluten infektionsschutzrechtlichen „Unbedenklichkeit“ kann aber nirgends gefordert werden (vgl. BayVGH, Beschl. v. 30.4.2020 – 10 CS 20.999, BeckRS 2020, 9460 Rn. 24; → § 28a Rn. 127). Welche Vorschriften der Gefahrenabwehr und welcher der -vorsorge dienen, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, wobei die Einteilung in den vierten bzw. fünften Gesetzesabschnitt dieser Differenzierung weitgehend konsequent folgen.

C. Vorbeugung, Überwachung und Bekämpfung der Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (Abs. 1)

- 9 Mit dem IfSG soll der Schutz der Bevölkerung vor Infektionskrankheiten gegenüber dem vormaligen Seuchenrecht verbessert werden. Während Mitte des 20. Jahrhunderts Infektionskrankheiten nicht nur in Deutschland als weitgehend besiegt oder zumindest als grundsätzlich besiegt galten, verminderte sich nach den Erfolgen über die Nachkriegsseuchen wie Typhus, Ruhr, epidemische Hepatitis A oder Kinderlähmung und Tuberkulose auch der Stellenwert der infektionsepidemiologischen Überwachung und Nachverfolgung von Infektionskrankheiten. Maßgeblich bedingt durch das globale Bevölkerungswachstum, die hohe Mobilität der Menschen und die Migration großer Bevölkerungsgruppen, ist es alten und neuen Krankheitserregern auch in Industriestaaten wieder möglich, sich dynamisch auszubreiten. Insbesondere neu auftretende gefährliche Krankheitserreger sind in der Lage, große Teile der Bevölkerung zu bedrohen (etwa AIDS seit 1980), was sich durch die wachsende Resistenz von Krankheitserregern gegen Antibiotika abermals potenziert. Neben dem Erkennen und Bekämpfen von Infektionskrankheiten wird im IfSG daher die **Prävention übertragbarer Krankheiten** – nicht zuletzt durch die Verbesserung der Infektionsepidemiologie – zum **Leitgedanken des Gesetzes** erklärt (statt aller VG Würzburg, Beschl. v. 17.10.2016 – 6 S 16/993, BeckRS 2016, 53734). Die große Band-

Übersicht

	R.n.
A. Zweck und Bedeutung der Vorschrift	1
B. Anwendungsbereich	3
I. Verhältnis von § 16 zu § 28	3
II. Verhältnis zum allg. Polizei- und Ordnungsrecht	7
III. Inkonsistenz des Exklusivitätsverhältnisses	8
C. Allgemeine Verhütungsmaßnahmen (Abs. 1)	11
I. Anspruch auf Einschreiten	13
II. Tatbestand	16
1. Tatsachen festgestellt, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können (Abs. 1 S. 1 Alt. 1.)	18
2. Anzunehmen, dass Tatsachen vorliegen, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können (Abs. 1 S. 1 Alt. 2.)	23
III. Rechtsfolge	25
1. Notwendige Maßnahmen	25
2. Differenzierung in den Rechtsfolgen	30
3. Maßnahmenadressaten	33
D. Durchführung von Ermittlungen und Überwachung angeordneter Maßnahmen (Abs. 2)	36
I. Allgemeines	36
II. Einzelne Maßnahmen	42
1. Betretungsrecht	43
2. Einsichts-, Abschrifts- und Untersuchungsrecht	46
3. Duldungs- und Mitwirkungspflicht Betroffener	48
III. Maßnahmenadressaten	50
E. Anordnungen betreffend die Übergabe von in Absatz 2 genannten Untersuchungsmaterialien (Abs. 3)	51
F. Eingeschränkte Grundrechte (Abs. 4)	52
G. Beschränkt geschäftsfähige, geschäftsunfähige und betreute Personen (Abs. 5)	54
H. Vorschläge des Gesundheitsamtes (Abs. 6)	56
I. Sonderzuständigkeit des Gesundheitsamtes (Abs. 7)	57
J. Ausschluss der aufschiebenden Wirkung (Abs. 8)	59
K. Zuwiderhandlungen	62
L. Entschädigung	64

Schrifttum: *Denninger*, Der Präventions-Staat, KJ 1988, S. 1; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994; *Engels*, Infektionsschutzrecht als Gefahrenabwehrrecht?, DÖV 2014, S. 464; *Gusy*, Sicherheitskultur – Sicherheitspolitik – Sicherheitsrecht, KritV 2010, S. 111; *Mann*, in: *Erbguth/Mann/Schubert* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2019, §§ 12–15; *Gärditz/Abdulsalam*, Rechtsverordnungen als Instrument der Epidemie-Bekämpfung, GSZ 2020, S. 108; *Harbarth*, Empirieprägung von Verfassungsrecht, JZ 2022, S. 157; *Heun*, Staatliche Risikosteuerung und Verfassung, RW 2011, S. 376; *Jaekel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010; *Kießling*, Von der punktuellen Gefahrenabwehr zur planerischen Risikoversorge im Infektionsschutzrecht, JZ 2022, S. 53; *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 11. Auflage 2020, § 8; *Kluckert*, in: *Kluckert*, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2021, § 18; *Köck*, Risikoversorge als Staatsaufgabe, AöR 1996, S. 1; *Kral*, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012; *Papier*, Rechtsstaat im Risiko, DVBl 2010, S. 801; *Pils*, Zum Wandel des Gefahrenbegriffs im Polizeirecht, DÖV 2008, S. 941; *Poscher*, Der Gefahrverdacht. Das ungelöste Problem der Polizeirechtsdogmatik, NVwZ 2001, 141; *Poscher*, in: *Huster/Kingreen* (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2022, Kapitel 4; *Rixen*, in: *Kloepfer* (Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, S. 67; *Scherzberg*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen, VVDStRL 63 (2004), 214; *Schnieder*, Anmerkungen zur Konkurrenz von Präventionsstaat und Sozialstaat, KritV 2005, S. 264; *Schwarz*, Das Infektionsschutzgesetz und die Grundrechte – ein Lehrstück zum verfassungsrechtlichen Freiheitsverständnis bei drohenden Gefahren, JA 2020, S. 321; *Trute*, Pandemien als potentiell globale Katastrophe, GSZ 2018, S. 125; *Volkmann*, Prävention durch Verwaltungsrecht: Sicherheit, NVwZ 2021, S. 1408; *Vofßkuhle*, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, S. 1; *Würg*, Prognosegrundlage bei der Gefahrenabwehr nach dem IfSG, NJOZ 2021, S. 257.

A. Zweck und Bedeutung der Vorschrift

- 1 Die in Anlehnung an die polizeilichen Generalklauseln der Länder konzipierte Vorschrift entspricht im Wesentlichen § 10 BSeuchG; lediglich § 10 Abs. 3 BSeuchG ist zunächst in § 26 Abs. 2 und seit dem 29.3.2013 (BGBl. I, 566) in § 25 Abs. 3 aufgegangen. Mit § 16 wird dem

Umstand Rechnung getragen, dass der (präventive) Schutz der Bevölkerung vor dem Risiko einer Erkrankung in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes nichts weniger als eine staatliche Kernaufgabe darstellt. (vgl. BVerfGE 124, 25, 37 = BeckRS 2009, 23506). Die Vorschrift ist die **Generalklausel für Verhütungsmaßnahmen** und zugleich ein Musterbeispiel für die mit der Entwicklung zum Präventionsstaat einhergehenden Verlagerung der Gefahrenabwehr hin zur allgemeinen Gefahrenvorsorge (vgl. *Schwarz*, JA 2020, 321, 326; *Tholl*, Staatshaftung und Corona, § 1 Rn. 15; zum Ganzen *Volkman*, NVwZ 20021, 1408, 1409; zur Einordnung der Gefahrenvorsorge im Gefahrenabwehrrecht BayVerfGH Entsch. v. 17.5.2022 – 47-VII-21, BeckRS 2022, 11024 Rn. 60). Insofern ist die Regelung normativ **Ausdruck des vorbeugenden Gesundheitsschutzes** (→ Rn. 11 f.); sie fokussiert das Vorfeld manifest auftretender Infektionskrankheiten und ist damit nicht dem klassischen, reagierenden Gefahrenabwehrrecht, sondern dem modernen, proaktiven Risikosteuerungsrecht zuzuordnen (dazu VG Köln, COVuR 2020, 160 Rn. 13; *Rixen*, in: Kloepfer, Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, 67, 72; vgl. auch *Möstl*, in: BeckOK Polizei- u. OrdnungsR NDS, Syst. Vorb. Rn. 37; zum informellen Staatshandeln auf diesem Feld → § 3 Rn. 1 ff., 17 ff.). Die Einordnung in diesen Bereich hat maßgebenden Einfluss auf Verständnis und Auslegung der sich aus den allgemeinen polizeirechtlichen Kategorien abhebenden Vorschrift (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2010, 55, 56).

In gesetzessystematischer Hinsicht ist die strikte, für das IfSG **systembildende Differenzierung zwischen Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen** beachtlich. Wie schon das RSeuchG und BSeuchG (dazu BVerwGE 39, 190, 192 f. = NJW 1972, 458, 459) unterscheidet auch das IfSG kategorial zwischen Maßnahmen zur Verhütung (4. Abschnitt) und Maßnahmen zur Bekämpfung (5. Abschnitt) übertragbarer Krankheiten. Zwischen ihnen besteht ein **Exklusivitätsverhältnis** (BT-Drs. 8/3176, 37; ThürVerfGH, Urt. v. 1.3.2021 – VerfGH 18/20, BeckRS 2021, 3015 Rn. 134; OVG Münster, Beschl. v. 15.4.2020 – 13 B 440/20.NE, BeckRS 2020, 5957 Rn. 21; OVG Lüneburg, COVuR 2020, 700 Rn. 45; OVG Bautzen, Beschl. v. 7.4.2021 – 3 B 68/21, BeckRS 2021, 8875 Rn. 15; OVG Saarlouis Urt. v. 31.3.2022 – 2 C 182/20, BeckRS 2022, 7316 Rn. 19; LG Hannover, COVuR 2020, 370 Rn. 29; LG München I, COVuR 2021, 673 Rn. 20; *Eibenstein*, NVwZ 2020, 930, 932; *Itzel*, DVBl. 2020, 792, 793; *Shirvani*, NVwZ 2020, 1457, 1458; → § 17 Rn. 2; a. A. VG Düsseldorf, COVuR 2020, 154 Rn. 7; *Schwintowski*, NJOZ 2020, 1473, 1475; wohl auch *Ratzel*, in: Ratzel/Luxenburger, HdB Medizinrecht, V. Rn. 27). Diese Trennung – durch die der Anwendungsbereich der Vorschrift (→ Rn. 3 ff.) determiniert wird – betonte der Gesetzgeber jüngst nochmals ausdrücklich mit dem 2. BevSchG (BGBl. I, 1018), indem er die vormalige Überschrift des § 16 („Allgemeine Maßnahmen der zuständigen Behörde“) durch „Allgemeine Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten“ auswechselte. Bei näherem Hinsehen ergeben sich aus der strengen Exklusivität der beiden Abschnitte zueinander jedoch **erhebliche praktische Probleme** (→ Rn. 9 f.)

B. Anwendungsbereich

I. Verhältnis von § 16 zu § 28

Das Verhältnis der infektionsschutzrechtlichen Generalklauseln (§§ 16, 28) zueinander ergibt sich aus der Abgrenzung von Verhütungs- zu Bekämpfungsmaßnahmen. Während nach § 28 die zuständige Behörde Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung einer übertragbaren Krankheit nach ihrem Auftreten anordnet, sind nach § 16 die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der durch das Auftreten einer übertragbaren Krankheit drohenden Gefahren zu treffen. **Dreh- und Angelpunkt** ist demnach die Frage, **ob eine übertragbare Krankheit schon aufgetreten ist**. Den Befugnissnormen liegt insoweit ein in zeitlicher Hinsicht unterschiedlicher Sachverhalt zugrunde, weshalb auch eine Normkollision zwischen §§ 16, 28 von vornherein undenkbar ist (unzutreffend § 28 als ggü. § 16 speziellere Norm ausmachend OLG Brandenburg, Urt. v. 1.6.2021 – 2 U 13/21, BeckRS 2021, 14869 Rn. 50; VG Regensburg, Beschl. v. 29.4.2020 – 14 S 20.700, BeckRS 2020, 7821 Rn. 34; *Zwanziger*, in: BeckOK IfSG, § 16 Rn. 4; ausdr. wie hier bspw. OVG Magdeburg, Beschl. v. 17.11.2020 – 3 R 225/20, BeckRS 2020, 32486 Rn. 25). Während es bei § 28 um bereits aufgetretene übertragbare Krankheiten geht, findet § 16 (nur) Anwendung, bevor eine übertragbare Krankheit auftritt. Die Verhinderung der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit nach § 28 setzt denkbare Voraussetzungen voraus, dass eine solche überhaupt

schon aufgetreten ist. Andersherum geht es bei § 16 bereits um die **Verhinderung der Entstehung** übertragbarer Krankheiten, nicht aber – wie bei § 28 – um die **Verhinderung der Verbreitung** bereits aufgetretener Krankheiten (siehe auch BT-Drs. 3/1888, 21 f.; zusf. OVG Bautzen, Beschl. v. 7.4.2021 – 3 B 68/21, BeckRS 2021, 8875 Rn. 15; a. A. *Schwintowski*, NJOZ 2020, 1473, 1475: „Weiterübertragung des Virus verhütet“). Aus diesem Grund lässt sich auch nicht § 16 für die Verhinderung der Verbreitung einer bereits ausgebrochenen übertragbaren Krankheit heranziehen (OVG Münster, Beschl. v. 15.4.2020 – 13 B 440/20.NE, BeckRS 2020, 5957 Rn. 21; OVG Bremen, Ur. v. 13.11.2020 – 1 B 350/20, BeckRS 2020, 31140 Rn. 38; OVG Bautzen, Beschl. v. 17.11.2020 – 3 B 362/20, BeckRS 2020, 31796 Rn. 25; OVG Magdeburg, Beschl. v. 17.11.2020 – 3 R 225/20, BeckRS 2020, 32486 Rn. 25; OLG Brandenburg, Ur. v. 1.6.2021 – 2 U 13/21 BeckRS 2021, 14869 Rn. 50).

- 4 Soweit in diesem Kontext von der Rechtsprechung bisweilen aufgegriffen wird, dass Maßnahmen zur Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten zugleich auch deren Weiterverbreitung verhindern, dies „jedoch nichts an der grundlegenden Unterscheidung beider Begriffe [ändere]“ (so LG Hannover, NJW-RR 2020, 1226 Rn. 28; LG München I, COVuR 2021, 673 Rn. 22) wird der fälschliche Eindruck erweckt, das IfSG würde zwischen Bekämpfung und Weiterverbreitungsverhinderung differenzieren. Die Verhinderung der Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten wird aber gerade durch nach § 28 zu ergreifende Bekämpfungsmaßnahmen erreicht. Für das Verhältnis von § 16 zu § 28 ist einzig maßgeblich, ob eine übertragbare Krankheit aufgetreten ist. Behandendenfalls kann § 16 nicht mehr zur Anwendung kommen (vgl. *Kießling*, in: *Kießling*, IfSG, § 28 Rn. 13; *Mers*, in: *Kießling*, IfSG, § 16 Rn. 10).
- 5 Aufgrund dieser Gesetzssystematik sollte auch von der ohnehin **zweifelhaften Kategorisierung in präventiv (§ 16) und repressiv (§ 28)** Abstand genommen werden (ausdr. ablehnend auch VG Berlin, Beschl. v. 18.6.2020 – 14 L 167/20, BeckRS 2020, 18289; VG Hamburg, Ur. v. 8.9.2020 – 19 K 1731/20, BeckRS 2020, 22588 Rn. 27; *Kießling*, in: *Kießling*, IfSG, Einf. Rn. 19; für eine solche Unterscheidung OVG Weimar, Beschl. v. 8.4.2020 – 3 EN 245/20, BeckRS 2020, 8272 Rn. 25; *Zwanziger*, in: BeckOK IfSG, § 16 Rn. 1; *Putzer*, in: BeckOK IfSG, § 3 Rn. 5; *Mers*, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, 21 ff.). Beide Generalklauseln stellen Rechtsgrundlagen präventiven Staatshandelns dar (VG Berlin, Beschl. v. 18.6.2020 – 14 L 167/20, BeckRS 2020, 18289 Rn. 13). Der grundlegenden Unterscheidung von Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten und solchen zu deren Bekämpfung steht es nicht entgegen, dass mit Bekämpfungsmaßnahmen zugleich präventive Wirkungen einhergehen. Hierin liegt insbesondere keine Durchbrechung des Exklusivitätsverhältnisses. Vielmehr sind derartige Wirkungen im Hinblick auf die Verhinderung der (Weiter-)Verbreitung bereits aufgetretener Krankheiten gerade bezweckt (OVG Münster, Beschl. v. 15.4.2020 – 13 B 440/20.NE, BeckRS 2020, 5957 Rn. 23; VGH Mannheim, Beschl. v. 23.6.2021 – 1 S 1984/21, BeckRS 2021, 15777 Rn. 36; VG Würzburg, Ur. v. 22.1.2021 – W 8 K 20.519, BeckRS 2021, 639 Rn. 32; das spricht auch *Schwintowski*, NJOZ 2020, 1473, 1475 an, der jedoch davon ausgeht, dass auch Verhinderung der Verbreitung bereits aufgetretener Krankheiten unter § 16 Abs. 1 falle). Infektionsschutzrechtliche Maßnahmen lassen sich aufgrund der Zielrichtung des § 28 nicht schematisch nach präventiv/repressiv unterteilen; einzige Weichenstellung ist, ob eine übertragbare Krankheit aufgetreten ist.
- 6 Die §§ 37 ff. sind in ihrem sachlichen Anwendungsbereich **lex specialis** gegenüber § 16 (zutr. VG Ansbach, Ur. v. 18.12.2019 – AN 14 K 18.1646 = BeckRS 2019, 45130 Rn. 33).

II. Verhältnis zum allg. Polizei- und Ordnungsrecht

- 7 Als spezialgesetzlich normierte Eingriffsermächtigung entfaltet § 16 gegenüber den Generalklauseln des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts **Sperrwirkung** (vgl. BVerwGE 39, 190, 192 f. = NJW 1972, 458, 459; ausdr. auch *Mann*, in: *Erbguth/Mann/Schubert*, Bes. VerwR, § 18 Rn. 613). Schon für die inhaltsgleiche Vorgängerregelung (§ 10 BSeuchG) erklärte der Gesetzgeber **im Anwendungsbereich der Vorschrift** die Unanwendbarkeit des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (BT-Drs. 3/1888, 21: „insoweit eine abschließende Regelung“). Davon unberührt bleiben die auch für Maßnahmen nach § 16 geltenden **allgemeinen ordnungsrechtlichen Grundsätze** (insbes. zur Störerauswahl, (→ Rn. 33 f.) und allgemeinen Verhältnismäßigkeit; so auch *Schoch*, in: *Bes. VerwR*, Kap. 1 Rn. 209; *Sodan/Ziekow*, Öffentliches Recht, § 79 Rn. 12; *Wörms/Gusy*, in: BeckOK Polizei- u. OrdnungsR NRW, PolG NRW, § 8 Rn. 42a), wobei konzeptionelle Besonderheiten des § 16 stets zu berücksichtigen sind (bspw. fehlendes Entschließungsermessen → Rn. 25 oder besondere Vorfelddogmatik → Rn. 12, 16).

III. Inkonsistenz des Exklusivitätsverhältnisses

Der Gesetzgeber hat im Laufe der BSeuchG-/IfSG-Novellen fortwährend betont, dass ein strenges Exklusivitätsverhältnis zwischen dem 4. und 5. Abschnitt besteht und er an diesem festhalten will (vgl. nur BT-Drs. 8/3176, 37; BT-Drs. 19/18967, 58). Während es bei § 16 um die Verhinderung der Entstehung übertragbarer Krankheiten geht, fokussiert § 28 die Verhinderung der Verbreitung bereits aufgetretener Krankheiten. Nach welchen Rechtsgrundlagen die zuständige Behörde Anordnungen treffen kann, wird dadurch bestimmt, ob eine übertragbare Krankheit schon aufgetreten ist (dann 5. Abschnitt) oder noch nicht (dann 4. Abschnitt). **In praktischer Hinsicht ist diese Weichenstellung deshalb besonders folgenreich**, weil zum einen die Tatbestandsvoraussetzungen der Generalklauseln bereits erheblich differieren, zum anderen eine Vielzahl praxisrelevanter Eingriffsbefugnisse exklusiv dem 5. Abschnitt vorbehalten ist. Schließlich entscheidet die gewählte Rechtsgrundlage über das Bestehen etwaiger Entschädigungsansprüche nach §§ 56 ff. (→ § 65 Rn. 16 ff.).

Um ihre Handlungsbefugnisse bestimmen zu können, haben die zuständigen Behörden in einem ersten Schritt sonach zu beantworten, ob bereits eine übertragbare Krankheit aufgetreten ist. **Hinsichtlich der räumlichen Grenzziehung einer solchen Lagebeurteilung schweigt das IfSG.** Keine großen Herausforderungen werden sich daraus in einfach gelagerten Fällen mit einem überschaubaren räumlich Bezug ergeben (so etwa bei festgestellten Hygienemängeln in einer Arztpraxis, vgl. VG Würzburg, Beschl. v. 17.10.2016 – 6 S 16/993, BeckRS 2016, 53734; siehe auch *Fleischfresser*, in: Kluckert, Neues InfektionsschutzR, § 13 Rn. 9 mwN). Zu **großen Problemen** werden hingegen regelmäßig **Fallgestaltungen ohne lokalen Bezug, insbesondere mit Auslandsbezug** führen. Da das Gesetz für solche Konstellationen keine Antwort auf die Frage bereithält, wann anzunehmen ist, dass eine übertragbare Krankheit „aufgetreten“ ist, führt der Vollzug zwangsläufig zu erheblichen Rechtsunsicherheiten. Ist sie erst dann iSd. IfSG aufgetreten, wenn im Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Behörde Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt wurden (so wohl ThürVerfGH, Urt. v. 1.3.2021 – VerfGH 18/20, BeckRS 2021, 3015 Rn. 134: „erste Infektionen und Erkrankungen in Thüringen“; ähnlich VG Würzburg, Urt. v. 22.1.2021 – W 8 K 20.519, BeckRS 2021, 639 Rn. 33: „Krankheitsgeschehen auf dem Gebiet der zuständigen Behörde aufgetreten“) oder ist eine landesweite (vgl. VG Berlin, Beschl. v. 13.11.2020 – 6 L 246/20, BeckRS 2020, 31941 Rn. 13) bzw. gesamtstaatliche (vgl. VG Minden Beschl. v. 30.10.2020 – 7 L 886/20, BeckRS 2020, 29557 Rn. 28) Betrachtungsweise geboten? In der Literatur wird der Problematik mittels **Einfordern eines örtlichen Bezugs** begegnet, ohne hierbei jedoch klare Maßstäbe zu präsentieren (*Mers*, in: Kießling, IfSG, § 16 Rn. 11; *Fleischfresser*, in: Kluckert, Neues InfektionsschutzR, § 13 Rn. 9; ebenso *Zwanziger*, in: BeckOK IfSG, § 16 Rn. 5.2, die jedoch auch die „Feststellung der Pandemie durch die WHO“ für einen möglichen Bezug hält). Auf einen solchen Ortsbezug verzichtet § 16 allerdings expressis verbis (zutr. OVG Lüneburg, Urt. v. 3.2.2011 – 13 LC 198/08, BeckRS 2011, 46763; a. A. wohl *Börner*, DVBl. 2021, 1147, 1148 f., der überdies auch zwischen Virusvarianten differenzieren will, ohne dass sich dies aus § 16 ergibt („Krankheit“, nicht „Virus“) und auch über einen Rückgriff auf § 28 lässt sich ein solcher nicht herstellen (vgl. OVG Münster Beschl. v. 16.4.2020 – 13 B 471/20, BeckRS 2020, 6141 Rn. 41; iErg ebenso *Poscher*, in: Huster/Kingreen, HdB InfektionsschutzR, Kapitel 4 Rn. 54; *Johann/Gabriel*, in: BeckOK IfSG, § 28 Rn. 19). Je nach Grenzziehung hinge es unterdessen von Zufälligkeiten ab, aufgrund welcher Rechtsgrundlagen die zuständigen Behörden zu handeln hätten. Im Übrigen wäre ein solcher Ortsbezug bei grenzübergreifenden Geschehnissen angesichts der hohen gesellschaftlichen Mobilität ohne praktischen Gewinn, weil es infektionsschutzrechtlich keinen Unterschied machen kann, ob eine übertragbare Krankheit etwa im benachbarten Bundesland oder im (EU-)Ausland aufgetreten ist. Vielmehr muss es bspw. möglich sein, einen Einreisenden – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 30 – unabhängig seiner Herkunft abzusondern, wenn andernfalls die Gefahr droht, dass er eine hierzulande noch nicht aufgetretene übertragbare Krankheit einschleppt. Das wäre mit dem Einfordern eines örtlichen Bezugs jedoch unmöglich, da sich die Absonderung im 5. Abschnitt befindet; selbst eine auf Blutentnahmen oder Abstrich von Haut und Schleimhäuten gerichtete Duldungsverfügung (§ 25 Abs. 3) wäre versperrt. In diesem Bewusstsein hat auch der Gesetzgeber mit dem 2. BevSchG klargestellt, dass „[der 5. Abschnitt] insoweit vorrangig [ist], wenn einem **Einschleppungs- oder Ausbreitungsrisiko** begegnet werden soll“ (BT-Drs. 19/18967, 58; dagegen *Kießling*, in: Kießling, IfSG, § 28 Rn. 15; *Mers*, in: Kießling, IfSG, § 16 Rn. 11).

7. Abschnitt. Wasser

Beschaffenheit von Wasser für den menschlichen Gebrauch sowie von Wasser zum Schwimmen oder Baden in Becken oder Teichen, Überwachung

37 (1) Wasser für den menschlichen Gebrauch muss so beschaffen sein, dass durch seinen Genuss oder Gebrauch eine Schädigung der menschlichen Gesundheit, insbesondere durch Krankheitserreger, nicht zu besorgen ist.

(2) ¹Wasser, das in Gewerbebetrieben, öffentlichen Bädern sowie in sonstigen nicht ausschließlich privat genutzten Einrichtungen zum Schwimmen oder Baden bereitgestellt wird

1. in Schwimm- oder Badebecken oder

2. in Schwimm- oder Badeteichen, die nicht Badegewässer im Sinne der Richtlinie 2006/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Februar 2006 über die Qualität der Badegewässer und deren Bewirtschaftung und zur Aufhebung der Richtlinie 76/160/EWG (ABl. L 64 vom 4.3.2006, S. 37; L 359 vom 29.12.2012, S. 77), die zuletzt durch die Richtlinie 2013/64/EU (ABl. L 353 vom 28.12.2013, S. 8) geändert worden ist, sind,

muss so beschaffen sein, dass durch seinen Gebrauch eine Schädigung der menschlichen Gesundheit, insbesondere durch Krankheitserreger, nicht zu besorgen ist. ²Bei Schwimm- oder Badebecken muss die Aufbereitung des Wassers eine Desinfektion einschließen. ³Bei Schwimm- oder Badeteichen hat die Aufbereitung des Wassers durch biologische und mechanische Verfahren, die mindestens den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen, zu erfolgen.

(3) Wassergewinnungs- und Wasserversorgungsanlagen, Schwimm- oder Badebecken und Schwimm- oder Badeteiche einschließlich ihrer Wasseraufbereitungsanlagen unterliegen hinsichtlich der in den Absätzen 1 und 2 genannten Anforderungen der Überwachung durch das Gesundheitsamt.

Übersicht

	Rn.
A. Zweck und Bedeutung der Vorschrift	1
B. Beschaffenheit von Wasser	4
I. Wasser für den menschlichen Gebrauch (Abs. 1)	5
II. Wasser zum Schwimmen oder Baden (Abs. 2 S. 1)	9
1. Schwimm- oder Badebecken (Abs. 2 S. 1 Nr. 1)	14
2. Schwimm- oder Badeteiche (Abs. 2 S. 1 Nr. 2)	16
C. Beschaffenheitsanforderungen (Abs. 1 und 2 S. 1)	20
I. Genuss oder Gebrauch	21
II. Schädigung der menschlichen Gesundheit nicht zu besorgen	23
1. Schädigung der menschlichen Gesundheit	24
2. Besorgnisgrundsatz	27
D. Wasseraufbereitung (Abs. 2 S. 2 und 3)	32
E. Überwachung (Abs. 3)	35
I. Gegenstand der Überwachung	36
II. Durchführung der Überwachung	40
F. Zuwiderhandlungen	45

Schrifttum: *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994; *Drost/Ell*, Das neue Wasserrecht, 2. Aufl. 2016; *Ebinger*, Der unbestimmte Rechtsbegriff im Recht der Technik, 1. Aufl. 1993; *Köck*, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2022, Kapitel 7; *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, 11. Aufl. 2019, § 4; *Köck*, Zur Entwicklung des Rechts der Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung, ZUR 2015, S. 3; *Kral*, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012; *Mers*, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, 1. Aufl. 2019, S. 44 ff; *Meyer*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Bd. 1, Werkstand 93. EL August 2020; *Poscher*, Der Gefahrverdacht. Das ungelöste Problem der Polizeirechtsdogmatik, NVwZ 2001, 141; *Reinhardt*, Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung im

Notfall, ZRP 2020, S. 119; *Scherzberg*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen, VVDStRL 63 (2004), 214; *Schlacke*, Umweltrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 2 f; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB I, § 4 Rn. 19 ff; *Volkmann*, Prävention durch Verwaltungsrecht: Sicherheit, NVwZ 2021, S. 1408.

A. Zweck und Bedeutung der Vorschrift

- 1 § 37 eröffnet die spezifischen Regelungen zur Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung statuierenden siebten Abschnitt des IfSG, der (iVm. § 39 Abs. 2) bzgl. Maßnahmen zur Gefahrenverhütung **lex specialis** gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 16 ist (so auch VG Würzburg, ZWE 2015, 287; VG Ansbach, Urt. v. 18.12.2019 – AN 14 K 18.1646 = BeckRS 2019, 45130 Rn. 33). § 37 ist ein weiteres Paradebeispiel für die mit der Entwicklung zum Präventionsstaat einhergehenden Verlagerung der Gefahrenabwehr hin zur allgemeinen Gefahrenvorsorge und insofern normativ **Ausdruck eines vorbeugenden Gesundheitsschutzes** (vgl. *Schwarz*, JA 2020, 321, 326; *Rixen*, in: Kloepfer, Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, 67, 72; → Rn. 2; 27 ff.). In Reaktion auf die dem Umweltmedium Wasser potentiell innewohnenden „besonderen Gefahrenquellen“ (BT-Drs. 3/1888, 22) regelte schon die Vorgängernorm (§ 11 BSeuchG) in ihrer Ursprungsfassung vom 18.7.1961 **grundsätzliche Anforderungen an die Beschaffenheit von Wasser**. Mit einer Aufteilung der vormals in § 11 BSeuchG enthaltenen Regelungen auf die §§ 37–39 IfSG zeichnet sich die Vorschrift durch eine erkennbare Simplifizierung aus (zu Fragen des Drittschutzcharakters der Norm: hinsichtlich § 37 Abs. 2 → Rn. 10; generell → § 39 Rn. 13 f.).
- 2 Die Vorschrift trägt – wie der gesamte siebte Abschnitt – dem Bewusstsein Rechnung, dass Wasser als knappe und zugleich pflegebedürftige natürliche Ressource zum Schutz der Gesundheit bestimmten Mindestqualitätsanforderungen genügen muss. Wasser ist **eine der wichtigsten Grundlagen allen menschlichen, tierischen und pflanzlichen Lebens**. Das öffentliche Interesse an der Wasserreinhaltung hat nicht zuletzt mit Rücksicht auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 20a GG erhebliches Gewicht (dazu, dass es selbst geeignet ist, Einschränkungen der Versammlungsfreiheit zu rechtfertigen BVerfG (K), NVwZ 2020, 1505 Rn. 6; VGH Mannheim, Urt. v. 26.11.2009 – 3 S 140/07, BeckRS 2010, 45783). Wegen der vielfältigen und teilweise miteinander konkurrierenden Nutzungsinteressen hat das Bundesverfassungsgericht schon frühzeitig festgestellt, dass eine geordnete Wasserbewirtschaftung sowohl für die Bevölkerung als auch für die Gesamtwirtschaft lebensnotwendig ist (BVerfGE 10, 89, 113 = NJW 1959, 1675; BVerfGE 58, 300, 341 = NJW 1982, 745, 750). Da das Grundwasser wie ein Strom die Erde durchfließt, lassen sich weder die Entnahme von Wasser noch die Einleitung von Stoffen in ihren Wirkungen auf ein bestimmtes Grundstück beschränken. Etwaige Verschmutzungen, die auf einem Grundstück eintreten, können das Wasser auf weite Strecken für andere Nutzungen, insbesondere zur Verwendung als Trinkwasser (siehe die TrinkwV), untauglich machen (BVerfGE 58, 300, 343 = NJW 1982, 745, 751). Durch Verwendung des strengen Besorgnisgrundsatzes (→ Rn. 27 ff.) und der daraus resultierenden **Hinwendung zum risikobezogenen Präventionskonzept** knüpft § 37 an die **Leitidee der Prävention** (→ § 3 Rn. 1) an. Dazu hat sich der Gesetzgeber erkennbar der dem Umweltrecht entstammenden Merkmale des Vorsorge- und Verursacherprinzips bedient. Während die Absätze 1 und 2 Bestimmungen hinsichtlich der Beschaffenheit von Wasser für den menschlichen Gebrauch sowie von Wasser zum Schwimmen oder Baden in Becken oder Teichen enthalten, normiert Absatz 3 eine eingeschränkte Überwachungszuständigkeit der Gesundheitsämter. Die zuletzt eingefügte Erstreckung der Beschaffenheitsanforderungen auch auf Schwimm- und Badeteiche erfolgte zur Schließung einer dazumal bestehenden Regelungslücke erst mit Gesetz v. 17.7.2017 (BGBl. I, 2615).
- 3 Für das neuartige Coronavirus **SARS-CoV-2** ist § 37 nach aktuellem fachwissenschaftlichen Erkenntnisstand ohne Belang (siehe aber zur abwasserbasierten Epidemiologie → § 41 Rn. 3). Das Umweltbundesamt (→ § 40 Rn. 1 ff.) hält gegenwärtig sowohl Trink- als auch Schwimm- und Badewasser als relevante Übertragungswege für „höchst unwahrscheinlich“ (<https://www.umweltbundesamt.de/coronaviren-umwelt#wie-wird-das-neuartige-coronavirus-sars-cov-2-ubertragen>). Nach Angaben des unter anderem für das Wasserrecht zuständigen österreichischen Bundesministerium für Landwirtschaft, Regionen und Tourismus soll das SARS-CoV-2 Virus generell **im Wasser nicht überleben** und sich auch nicht vermehren können (<https://www.bmlrt.gv.at/wasser/nutzung-wasser/wasserversorgung/coronavirus-lebensmittel-und-wasser.html>). Aus einer vom Bundesinstitut für Risikobewertung (vgl. zu dessen Tätigkeit § 2

BfRG) publizierte Laborstudie (<https://academic.oup.com/cid/article/41/7/e67/310340>) geht hervor, dass eine Behandlung mit einem handelsüblichen Spülmittel für fünf Minuten bei Raumtemperatur zu einer vollständigen Inaktivierung von SARS-Coronaviren führt; längere Zeiten und höhere Temperaturen sollen die Effizienz der Virus-Inaktivierung abermals erhöhen.

B. Beschaffenheit von Wasser

§ 37 Abs. 1 und 2 gehen aus § 11 Abs. 1 BSeuchG hervor. Der regulativ bedeutsame 4 Unterschied der Absätze ergibt sich aus ihrem **Bezugspunkt**: Während Absatz 1 Anforderungen an die Beschaffenheit des Wassers für den menschlichen Gebrauch stellt, betrifft Absatz 2 das zum Schwimmen oder Baden bereitgestellte Wasser und knüpft hieran unterschiedliche Wasser-aufbereitungspflichten. Die Anforderungen im Einzelnen ergeben sich für Wasser iSd Absatz 1 aus der auf § 38 zurückgehenden Trinkwasserverordnung (TrinkwV). Für das Wasser zum Schwimmen oder Baden fehlt es bis heute an einer konkretisierenden RVO (→ Rn. 20).

I. Wasser für den menschlichen Gebrauch (Abs. 1)

Nach § 37 Abs. 1 muss Wasser für den menschlichen Gebrauch so beschaffen sein, dass durch 5 seinen Genuss oder Gebrauch eine Schädigung der menschlichen Gesundheit, insbesondere durch Krankheitserreger, nicht zu besorgen ist. Der Begriff „Wasser für den menschlichen Gebrauch“ umfasst als **Oberbegriff** sowohl das zuvor in § 11 Abs. 1 BSeuchG geregelte „Trinkwasser“ als auch das „Wasser für Lebensmittelbetriebe“ (vormals sog Brauchwasser).

Dass die Vorschrift auf eine Legaldefinition verzichtet ist insofern unproblematisch, als der 6 Begriff des „Wassers für den menschlichen Gebrauch“ iSd Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 98/83/EG (Richtlinie über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch) verwendet wird (BT-Drs. 14/2530, 79). Danach ist Wasser für den menschlichen Gebrauch alles Wasser, sei es im ursprünglichen Zustand oder nach Aufbereitung, das zum Trinken, zum Kochen, zur Zubereitung von Speisen oder zu anderen **häuslichen Zwecken bestimmt** ist, und zwar ungeachtet seiner Herkunft und ungeachtet dessen, ob es aus einem Verteilungsnetz, in Tankfahrzeugen, in Flaschen oder anderen Behältern bereitgestellt wird. Wasser für den menschlichen Gebrauch ist gleichermaßen auch das **in einem Lebensmittelbetrieb** für die Herstellung (→ § 3 TrinkwV Rn. 10), Behandlung (→ § 3 TrinkwV Rn. 10), Konservierung (→ § 3 TrinkwV Rn. 10), oder zum Inverkehrbringen (→ § 3 TrinkwV Rn. 10), von für den menschlichen Gebrauch bestimmten Erzeugnissen oder Substanzen verwendete Wasser. Der Begriff der „Erzeugnisse“ wird nicht synonym zu „Lebensmitteln“ verstanden werden können, dürfte vielmehr weiter sein, da andernfalls kein Grund für die abweichend gewählte Terminologie ersichtlich wäre (→ § 3 TrinkwV Rn. 8).

Im Zusammenspiel mit § 38 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ergibt sich eine weitere Konkretisierung des 7 „Wassers für den menschlichen Gebrauch“ durch § 3 Nr. 1 TrinkwV (vgl. BT-Drs. 14/2530, 79). Zum einen wird hierin die sich bereits aus dem Sinn des § 37 ergebende Selbstverständlichkeit klargestellt, dass es auf den **Aggregatzustand** des Wassers nicht ankommt; er ist vielmehr unerheblich. Zum anderen legt § 3 Nr. 1 lit. a) TrinkwV nicht abschließende **Regelbeispiele „häuslicher Zwecke“** fest (Körperpflege und -reinigung, Reinigung von Gegenständen, die bestimmungsgemäß entweder mit Lebensmitteln oder nicht nur vorübergehend mit dem menschlichen Körper in Kontakt kommen). Ein darüberhinausgehender Erkenntnisgewinn folgt aus § 3 Nr. 1 TrinkwV aufgrund der im Übrigen inhaltlichen Identität mit der Richtlinie 98/83/EG nicht.

Weitere konkrete Beispiele „häuslicher Zwecke“ dürften mit Blick auf § 3 Nr. 1 lit. a) 8 TrinkwV bei normativer Betrachtung auch das Befeuchten der Luft, das Befüllen eines privaten Schwimmbeckens, Bügeln, Geschirrspülen oder Waschen von Wäsche darstellen (vgl. zu letzterem auch VG Münster, Urt. v. 30.11.2010 – 6 K 1360/10 = BeckRS 2011, 51914; vom Wäschewaschen als häuslicher Zweck scheint auch das Bundesministerium für Gesundheit auszugehen, vgl. BR-Drs. 721/00, 53; a. A. wohl *Krämer-Hoppe*, in: Kießling, IfSG, § 37 Rn. 12). Die **Auslegungsfrage** was einem „häuslichen Zweck“ unterfällt, ist losgelöst von der sich unter Umständen ergebenden Folgefrage eines Anschlusszwangs zu beantworten. Sie ist im Übrigen keiner allgemeinverbindlichen Antwort zugänglich. Ob etwa auch das Bewässern des Rasens oder Reinigen der Hausfassade unter „häusliche Zwecke“ zu subsumieren ist, erscheint bei wortlautgetreuem Verständnis naheliegend, eine Einbeziehung wegen des fehlenden Körperkon-

takts jedoch kaum geboten. **Zweifelsfälle** bedürfen einer wertenden, am Sinn und Zweck des IfSG und der TrinkwV orientierten Einzelfallbetrachtung. Dabei ist der in § 1 TrinkwV vorausgesetzten (→ § 1 TrinkwV Rn. 2), in § 1 Abs. 2 S. 2 erwähnten „**Eigenverantwortlichkeit**“ eine richtungslenkende Funktion beizumessen. Hieraus ergibt sich im Ergebnis auch, dass nicht allzu vorschnell „häusliche Zweck“ angenommen werden sollten, wäre es allein aus gefahrenvorsorge bzw. -abwehrrechtlicher Sicht doch grundsätzlich immer sinnvoll, möglichst viele Sachverhalte einer Überwachung zu unterziehen.

II. Wasser zum Schwimmen oder Baden (Abs. 2 S. 1)

- 9 Die Vorschrift geht in ihren Grundzügen auf die letzte Fassung des § 11 Abs. 1 S. 2 BSeuchG zurück. Sie bezieht sich auf dasjenige Wasser, das in Gewerbebetrieben, öffentlichen Bädern sowie in sonstigen nicht ausschließlich privat genutzten Einrichtungen zum Schwimmen oder Baden in Schwimm- oder Badebecken bzw. Schwimm- oder Badeteichen bereitgestellt wird (zur Abgrenzung → Rn. 17 ff.). Das bspw. in einem privaten Garten lediglich zu privaten Zwecken aufgestellte Schwimm- oder Badebecken fällt von vornherein nicht unter Absatz 2 S. 1.
- 10 § 37 Abs. 2 S. 1 kann im Einzelfall **drittschützender Charakter** zukommen, da die Norm neben dem Interesse der Allgemeinheit an ausreichendem Gesundheitsschutz, geradezu allen in einer konkreten räumlichen Situation individualisierbaren Nutzern der in Absatz 2 genannten Bezugsobjekte dient, deren gesundheitliche Schädigung tunlichst zu vermeiden ist (offengelassen von OVG Münster, Beschl. v. 9.10.2013 – 13 A 2354/10 = BeckRS 2013, 57253 Rn. 36; mit derselben Argumentation wie hier Drittschutz des § 9 Abs. 8 TrinkwV bejahend VG München, Beschl. v. 7.4.2020 – 26 E 19.3334 = BeckRS 2020, 7964 Rn. 42; zum Drittschutz im Wasserrecht allg. BVerwG, Urt. v. 15.7.1987 – 4 C 56/83 = NJW 1988, 434, 435; ferner BVerwG, Beschl. v. 29.3.2007 – 7 C 9/06 = NVwZ 2007, 695 Rn. 23). Dass der Vorsorgecharakter nicht primär auf die Interessen Einzelner bezogen ist, schließt ihre drittschützende Wirkung nicht endgültig aus, da auch eine partielle Schutzfunktion zugunsten einer individualisierbaren Gruppe in einer konkreten räumlichen Situation ausnahmsweise zu einer drittschützenden Wirkung führen kann (→ § 39 Rn. 13 f.).
- 11 Sowohl für Schwimm- oder Badebecken als auch Schwimm- oder Badeteiche ist zwingendes Tatbestandsmerkmal, dass das Wasser in nicht ausschließlich privat genutzten Einrichtungen bereitgestellt wird (die explizit aufgeführten „Gewerbebetriebe“ und „öffentlichen Bäder“ sind bloße Beispiele nicht ausschließlich privat genutzter Einrichtungen). Dabei ist der **Begriff der „Einrichtung“** – wie im gesamten öffentlichen Recht – auch in Rede des § 37 Abs. 2 weit zu verstehen (OVG Münster, Urt. v. 16.9.2008 – 13 A 2489/06 = BeckRS 2008, 39430). Erfasst werden soll **jede sachliche oder organisatorische Einheit**. Ob eine vermeintliche Einrichtung frequentiert wird oder wie sich ihre Nutzung konkret ausgestaltet ist unerheblich. Die exemplarische Aufzählung der Gewerbebetriebe (etwa Wellnessanlagen, Thermen, Hotelschwimmbäder) und öffentlichen Bäder hat insoweit konkretisierenden Charakter, als sie betont, dass es unbedeutend ist, ob eine Einrichtung in öffentlicher oder privater Hand ist.
- 12 Für die Frage, ob eine Einrichtung „**nicht ausschließlich privat genutzt**“ wird, dürfte sich eine negative Abgrenzung als praxistauglich erweisen, da schon jeder noch so kleine unternehmerische Anteil beachtlich ist; eine etwaige **Schwerpunkt Betrachtung der Nutzung verbietet sich**. Danach liegt nur dann eine private Nutzung vor, wenn die Einrichtung nur einem quantitativ begrenzten und dem Verfügungsberechtigten bekannten Kreis zur unentgeltlichen Nutzung offensteht. Regelmäßig wird es sich dabei um eine persönliche, vertraute Atmosphäre handeln. Maßgebliches Kriterium ist mithin der **Einfluss auf den Umfang der Benutzung** (ähnlich auch VG Ansbach, Urt. v. 22.1.2013 – AN 4 K 12.01499 = BeckRS 2013, 47468). Nicht zuletzt aber, weil der Übergang von einer vertrauten, familiären Atmosphäre zu einer, die nicht mehr diesem Charakter entspricht mitunter fließend sein kann, ist das **Gesamtgepräge** entscheidend. Die Unentgeltlichkeit ist zwar ein gewichtiges Indiz, schließt eine „nicht ausschließlich private Nutzung“ jedoch nicht zuverlässig aus. Andersherum spricht ein für die Nutzung zu entrichtendes **Entgelt** bei lebensnaher Betrachtung regelmäßig gegen eine ausschließliche Privatheit (*Erdle*, IfSG, § 37, 128; insoweit a. A. *Pommer*, in: BeckOK IfSG, § 37 Rn. 32). Dass eine Einrichtung hingegen nur von einem **kleinen Benutzerkreis** besucht werden kann oder faktisch besucht wird, führt für sich genommen noch nicht zu einer ausschließlich privaten Nutzung (vgl. BayVGh, Beschl. v. 25.7.2013 – 9 ZB 13.419 = BeckRS 2013, 54657 Rn. 28).