

# Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzrechts

Stephan Rixen

## I. Einleitung

„Ein Ruhmesblatt in der Geschichte der deutschen Medizinalbeamten wird aufgeschlagen! Durch die zu Anfang dieses Jahrhunderts erlassenen Reichs- und Landesgesetze zur Bekämpfung ansteckender Krankheiten ist die Hauptlast der Verantwortung zur Durchführung dieser Gesetze auf die Schultern des Medizinalbeamten gelegt worden und mit Stolz und mit Recht kann er von sich behaupten, daß er diese Aufgabe voll und ganz gelöst hat.“<sup>1</sup>

Dieser Satz findet sich in dem 1936 erschienenen Handbuch „Der Amtsarzt“. Wer da jubelt, ist ein Stadtmedizinalrat aus Berlin, ein *Dr. W. Klein*, der mit diesem Satz das von ihm verfasste Kapitel über die gesetzlichen Grundlagen des Seuchenrechts einleitet. Wohlgemerkt: Es ist ein Arzt, der über die gesetzlichen Grundlagen schreibt und als Arzt stellt er klar, indem er es fett hervorhebt, was im Seuchenrecht zu beachten ist: die „Hauptlast der Verantwortung“ ruht auf den „Schultern des Medizinalbeamten“ (und nicht der Juristen) und nur er, der Medizinalbeamte (nicht der Jurist), ist es, der von sich sagen kann: „Aufgabe voll und ganz gelöst“. Man muss sich *Dr. Klein*, als er dies schrieb, als glücklichen Menschen vorstellen – und sein professionelles Glück bleibt offenbar unberührt von dem Umstand, dass das gesamte öffentliche Gesundheitsrecht 1936 schon tief in den Strudel von Ausgrenzung, Diskriminierung und Terror hineingeraten ist.<sup>2</sup> Die Freude über die Erfolge technokratischer Normalität macht *Dr. Klein* offenbar blind für die Schattenseiten des eigenen Berufs.

Wer sich mit den Befugnissen und Grenzen des staatlichen Seuchen- oder (wie wir heute sagen) des Infektionsschutzrechts befasst, bemerkt schnell eine Grundspannung, die für das Verständnis dieses Rechtsgebiets wesentlich ist. Es ist eine

- 1 *Klein*, in: „Der Amtsarzt. Ein Nachschlagewerk für Medizinal- und Verwaltungsbeamte“, 1936, S. 319.
- 2 *Labische/Tennstedt*, Der Weg zum „Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens“ (Schriftenreihe der Akademie für öffentliches Gesundheitswesen in Düsseldorf, Bd. 13, Teilb. 1 und 2), 1985; *dies.*, Gesundheitsamt oder Amt für Volksgesundheit? Zur Entwicklung des öffentlichen Gesundheitsdienstes seit 1933, in: Frei (Hrsg.), Medizin und Gesundheitspolitik in der NS-Zeit, 1991, S. 35 ff.; zur historischen Einordnung *Sachße/Tennstedt*, Der Wohlfahrtsstaat im Nationalsozialismus (Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland, Bd. 3), 1992.

Grundspannung, die in der Zeit des Nationalsozialismus auf eine monströse Spitze getrieben wird, ohne dass sie etwas NS-Spezifisches wäre. Es geht um eine selbstbewusst auftretende Ärzteschaft, die ihr Expertentum als Schlüssel zum Ganzen begreift und alles andere als bloß formal, administrativ, juristisch – also nebensächlich – beiseite schiebt und zugleich stoßen wir auf eine Rechtswissenschaft, die mehr oder weniger stillschweigend der ärztlichen Expertenkultur Vorrang einräumt und sich daher mit dem Seuchen- bzw. Infektionsschutzrecht kaum befasst.<sup>3</sup> Der „große Forschungsbedarf“<sup>4</sup>, der für das gesamte Katastrophen(schutz)recht<sup>5</sup> konstatiert wird, gilt auch und gerade für das Infektionsschutzrecht.

Die überschaubare Rechtsprechung zum Infektionsschutzgesetz (IfSchG)<sup>6</sup>, das den Kern des staatlichen Infektionsschutzrechts bildet, bestätigt den Eindruck einer rechtswissenschaftlichen Reserve. Die 60 Entscheidungen,<sup>7</sup> die seit Inkrafttreten des Infektionsschutzgesetzes am 1. Januar 2001 veröffentlicht wurden, gelten überwiegend Fragen der Entschädigung nach Impfschäden<sup>8</sup> und, allerdings schon mit deutlichem Abstand, der Sicherung der Wasserqualität.<sup>9</sup> Ansonsten begegnen wir in der Rechtsprechung einem bunten Potpourri von Fällen, die allen möglichen Lebensbereichen entstammen. Da geht es um möglicherweise nach dem Infektionsschutzgesetz verbotenes Taubenfüttern,<sup>10</sup> es geht um Ungezieferbefall in Wohnungen<sup>11</sup> und die potentielle Weitergabe sexuell übertrag-

- 3 Abgesehen von den juristischen Kommentierungen des IfSchG, die allerdings eigene, primär praxisbezogene Zwecke verfolgen und die auf das Bundes-Seuchengesetz (BSeuchG) bezogenen Diskursfäden weiterknüpfen: *Bales/Baumann/Schnitzler*, IfSchG, Kommentar, 2. Aufl. 2003; *Erdle*, IfSchG, Kommentar, 3. Aufl. 2005; s. auch *Schneider*, Das IfSchG – Grundlagen und Kommentare, 2001; zum BSeuchG *Schuhmacher/Meyn*, BSeuchG, 4. Aufl. 1992. Es ist bemerkenswert, dass sich eine prominente ausführliche Befassung mit den strukturell ordnungsrechtlichen Kategorien des Seuchen- bzw. Infektionsschutzrechts noch auf das BSeuchG (und konkret: die HIV/AIDS-Problematik) bezieht, *Seewald*, NJW 1987, 2265 ff.
- 4 *Bosselmann*, NuR 2007, 819 (821 a.E.).
- 5 *Kloepfer* zählt das IfSchG zum besonderen Katastrophenschutzrecht im weiteren Sinne, vgl. *ders.* VerwArch 98 (2007), 163 (169 f.).
- 6 IfSchG vom 20. 7. 2000 (BGBl. I S. 1045) m. spät. Änd.
- 7 „juris“-Abfrage vom 17. 2. 2010.
- 8 S. etwa BSG, Urt. v. 23. 4. 2009 – B 9 VJ 1/08 R, GesR 2010, 42; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29. 1. 2009 – L 11 VJ 36/08, juris.
- 9 VG München, Urt. v. 29. 10. 2008 – M 18 S 08.3537, juris; VG München, Urt. v. 26. 11. 2008 – M 18 K 08.4980, juris.
- 10 VGH Bad.-Württ., Urt. v. 27. 9. 2005 – 1 S 261/05, ESVGH 47, 54 = NVwZ-RR 2006, 398.
- 11 VG Arnberg, Beschl. v. 9. 5. 2008 – 3 L 336/08, NZM 2008, 814.

barer Krankheiten in Bordellen und Pornokinos.<sup>12</sup> Es geht um die interessante Frage, ob der Swimmingpool einer Wohnungseigentümergeinschaft nach Infektionsschutzrecht überwacht werden darf (darf er nicht)<sup>13</sup>, und sehr gelegentlich geht es um Eltern, die sich (erfolglos) dagegen wehren, dass ihren an Masern erkrankten Kindern der Schulbesuch untersagt wurde.<sup>14</sup> Immer wieder wird die Abgrenzung zu anderen Gesetzen thematisiert, etwa zum Wasserrecht<sup>15</sup> oder auch zum Krankenhausfinanzierungsrecht, wenn es um die Finanzierung von Isolierstationen geht.<sup>16</sup> Nichts gegen Tauben, Masern oder Swimmingpools, aber irgendwie stellt sich nicht der Eindruck ein, dass hier wirklich Entscheidendes in den Blick gerät.

Rechtlich Entscheidendes wird nur erkennbar, wenn ein angemessenes Rechtsverständnis den Blick lenkt. „Recht“ darf nicht auf das reduziert werden, was vor Gerichten passiert. „Recht“, auch das Infektionsschutzrecht, muss konsequent als Steuerungsinstrument begriffen werden, als Instrument, das Prozesse angewandter Epidemiologie<sup>17</sup> rahmt<sup>18</sup> und ordnet. Ein solches Recht muss sich für das Ineinander von medizinischer Fachlichkeit und rechtlicher Strukturierung interessieren – dies ist der Leitgedanke der nachfolgenden Überlegungen. Sie beziehen sich auf „Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzrechts“. Wer von „Befugnissen und Grenzen“ spricht, spricht gewissermaßen von einem weißen Schimmel. Zumindest im Rechtsstaat des Grundgesetzes mit der ihm eigenen (macht-)limitierenden Logik sind Befugnisse immer gesetzlich *definierte* Befugnisse, d. h., sie sind nach Tatbestand und Rechtsfolge begrenzt, gewähren dem „Staat“, hier verstanden als Chiffre für den jeweils zuständigen Träger einer Kompetenz, nur von vornherein begrenzte Gestaltungsmacht, also die konstitutiv begrenzte Macht, auch einer Katastrophe Herr zu werden. Der Satz „Not kennt kein Gebot“ ist kein Satz des geltenden Rechts. Im Gegenteil: Das geltende Recht stellt sich gleichsam vor, dass auch die Bewältigung extremer Lagen, auch die brisanteste Situation eines inneren Notstands, durch Rechtsnormen gesteuert

12 VG Augsburg, Urt. v. 6. 4. 2009 – Au 7 K 07.1610, juris; BayVGh, Beschl. v. 3. 8. 2009 – 20 ZB 09.1332 – juris.

13 OVG NRW, Urt. v. 16. 9. 2008 – 13 A 2489/06, ZMR 2009, 242.

14 VG Hamburg, Beschl. v. 18. 2. 2009 – 2 E 345/09, juris; VG München, Beschl. v. 24. 3. 2009 – M 18 E 09.1208, juris.

15 BayVGh, Beschl. v. 28. 8. 2006 – 23 ZB 06.1274, NuR 2007, 65.

16 VGh Bad.-Württ., Urt. v. 17. 11. 2009 – 9 S 323/07, juris.

17 Zu Aufgaben, Prinzipien und Methoden der angewandten Infektionsepidemiologie *Hauri/Uphoff*, Bundesgesundheitsbl. 2005, 1013 ff.; zu Ausbildungsprogrammen für angewandte Epidemiologie in Deutschland und Europa; *Bremer/Alpers/Krause*, Bundesgesundheitsbl. 2009, 203 ff.

18 Vgl. *Dierich/Ammon*, Bundesgesundheitsbl. 2005, 961 (961) zur Verbesserung der „Rahmenbedingungen für die Surveillance“ durch das IfSchG.

werden kann. Hierbei wird unterstellt, dass Rechtsnormen so konfiguriert werden können, dass sie effiziente Gefahrenkontrolle gestatten und dies zugleich nicht mit vagabundierender Grenzenlosigkeit tun, die dem guten Zweck alles und jedes unterordnet.

Nachfolgend soll eine Lanze für die gleichzeitig limitierende und doch Effektivität ermöglichende Logik des geltenden Infektionsschutzrechts gebrochen werden, dessen Normen weithin, aber nicht nur dem Infektionsschutzgesetz zu entnehmen sind. Zu diesem Zweck erfolgt zunächst ein knapper Überblick über die Befugnisse des Infektionsschutzgesetzes (dazu II.). Im Anschluss daran werden die organisatorischen Bedingungen und das Problem der Verlässlichkeit medizinischen Wissens angesprochen, Aspekte also, ohne die die Befugnisse des Infektionsschutzgesetzes gleichsam in der Luft hängen (dazu III.). Abschließend geht es um die Frage, wie sich das Rechtliche und das Wissen über angewandte Epidemiologie in eine handlungsorientierte, operable Form bringen lässt, die der Praxis nutzt (dazu IV.).

## II. Das Infektionsschutzgesetz als spezifisches Fachgesetz des Gesundheitsrechts

### 1. Überblick über die Befugnisse des Infektionsschutzgesetzes

Wie erwähnt: Das Infektionsschutzgesetz strukturiert Prozesse angewandter Epidemiologie. Anders ausgedrückt: Das Gesetz ist ein Rahmengesetz für epidemiologische Fachlichkeit, ein Fachgesetz angewandter Epidemiologie. Das Gesetz übersetzt nämlich Kernforderungen moderner<sup>19</sup> angewandter Epidemiologie in die Formensprache des Rechts.<sup>20</sup> Einerseits geht es um Surveillance-Aktivitäten,<sup>21</sup> andererseits um Interventionen, die vor allem auf die Aufdeckung und Unterbrechung von Infektionsketten abzielen. Der „Präventionsgedanke des Infektionsschutzrechts“<sup>22</sup> wird in der Weise entfaltet, dass ein Meldewesen einschließlich entsprechender Datengewinnungsbefugnisse geschaffen wird, vermit-

19 Das IfSchG wird als „moderne rechtliche Grundlage“ des Seuchenwesens charakterisiert, *Gottschalk/Dreesman/Leitmeyer/Krause*, Bundesgesundheitsbl. 2009, 183 (191).

20 *Zusf. zum Gesetz Lissel*, Notfall + Rettungsmedizin 2007, 511 ff.; s. bezogen auf Pandemien *Kloepfer/Deye*, DVBl 2009, 1208 (1213 ff.).

21 „Surveillance ist definiert als der fortlaufende und systematische Prozess der Sammlung, Analyse, Interpretation und Verbreitung von Informationen zur Beobachtung von Gesundheitsproblemen.“ So *Dreesman/Benzler*, Bundesgesundheitsbl. 2005, 979 (979), dort auch zum spezifischen Profil der Surveillance von Infektionskrankheiten.

22 VG München, Beschl. v. 29. 10. 2008 – M 18 S 08.3537 – juris, Rn. 32 a.E.

tels dessen sich relevante Informationen gewinnen lassen (nachfolgend a.). Außerdem werden die Verhütung und die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten als Tätigkeitsfelder definiert, wobei Verhütung und Bekämpfung sinnvollerweise ohne Interventionen, also ohne „Zwangsmaßnahmen“,<sup>23</sup> nicht denkbar sind (nachfolgend b. und c.).

#### a) Meldewesen

Ausgangspunkt für Prozesse angewandter Epidemiologie ist verfügbares Wissen über Erkrankungen, Krankheitsverdachte und Krankheitserreger. Erst wenn (mögliche) Gefahrenlagen bekannt sind, lässt sich adäquat intervenieren. Das Gesetz definiert meldepflichtige Sachverhalte<sup>24</sup> und schafft die Möglichkeit, durch Rechtsverordnung den Katalog der meldepflichtigen Erkrankungen und Krankheitserreger zu erweitern<sup>25</sup> – so bekanntlich geschehen im Fall der sog. Schweinegrippe.<sup>26</sup> Regelungen über den Gegenstand der Meldepflicht<sup>27</sup> werden verkoppelt mit Vorschriften darüber, wen die Meldepflicht trifft – in erster Linie die Berufe des Gesundheitswesens, vor allem Ärzte –,<sup>28</sup> wobei die Meldepflicht weithin mit der Pflicht zu namentlicher Meldung verbunden ist.<sup>29</sup> Aber auch die Pflicht zu *nicht* namentlicher Meldung erlaubt Rückschlüsse auf epidemiologisch relevante Lagen.<sup>30</sup> Die an das jeweilige Gesundheitsamt erfolgende Meldung gestattet über Informationsketten,<sup>31</sup> die das Bundesland und den Bund mit der europäischen<sup>32</sup> und der internationalen<sup>33</sup> Ebene verbinden, umfassende Lagebe-

23 Kraft/Dohmen, PharmR 2008, 401 (407) – zu „Zwangsmaßnahmen“ nach dem IfSchG.

24 §§ 6, 7 IfSchG. – Zu ergänzenden verordnungsrechtlichen Meldepflichten im Land Sachsen-Anhalt, die zunächst das BSeuchG abgerundet haben und nunmehr auf der Basis von § 15 Abs. 3 S. 1 IfSchG ergehen, Oppermann/Thriene/Zaumseil, Bundesgesundheitsbl. 2005, 990 ff.; Oppermann/Wahl/Borrmann/Fleischer, Bundesgesundheitsbl. 2009, 1029 ff.

25 § 15 IfSchG.

26 S. die Nachweise oben in Fußn. 17.

27 S. etwa § 9 Abs. 1 IfSchG.

28 S. insb. § 8 Abs. 1 IfSchG.

29 Vgl. § 9 IfSchG.

30 S. insb. § 10 Abs. 1 IfSchG.

31 Zur „internationale(n) Vernetzung“ (so Krause, Bundesgesundheitsbl. 2009, 147) der Ebenen, also zum infektionsschutzrechtlichen Mehrebenensystem – Gottschalk/Dreesman/Leitmeyer/Krause, Bundesgesundheitsbl. 2009, 183 ff.

32 Hierzu Ammon/Faensen, Bundesgesundheitsbl. 2009, 176 ff.; zur Rolle der EU Ammon, Bundesgesundheitsbl. 2005, 1038 ff.; Schreck/Strauss/Lücking/Krause, Bundesgesundheitsbl. 2009, 149 ff.

33 Hierzu – auch zu den Internationalen Gesundheitsvorschriften (IGV) 2005 – Holmeyer/Eckmanns/Krause, Bundesgesundheitsbl. 2009, 168 ff.; zu den IGV auch Micha, VBIBW 2009, 49 ff.

schreibungen, die über Datenerhebungen, die die informationelle Überwachung gezielt vertiefen, noch verbessert werden können.<sup>34</sup>

So wichtig die Vorschriften über das Meldewesen sind, in ihnen erschöpft sich die Surveillance nicht, sie sind nur ein – wenn auch wichtiger – Baustein bei der Überwachung von Infektionskrankheiten. Die rechtlich gerahmte und strukturierte Surveillance hellt die tatsächliche Lage auf, ohne sie schon unmittelbar umzugestalten.

## b) Verhütung übertragbarer Krankheiten

Die Vorschriften, die sich auf die Verhütung übertragbarer Krankheiten beziehen, fokussieren das Vorfeld manifest auftretender Infektionskrankheiten. Ist eine Lage gegeben, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen kann oder ist dies auch nur zu vermuten, dann sind die zuständigen Behörden in der Pflicht, die notwendigen Maßnahmen zu treffen (so § 16 S. 1 IfSchG).<sup>35</sup> Die zuständigen Behörden dürfen die dazu erforderlichen Ermittlungen durchführen, insbesondere Grundstücke betreten, Befragungen durchführen, Unterlagen einsehen, Proben entnehmen und untersuchen.<sup>36</sup> Gegenstände, die der Verbreitung einer Krankheit dienen können, dürfen entseucht bzw. desinfiziert und äußerstenfalls auch vernichtet werden.<sup>37</sup> Außerdem dürfen Schutzimpfungen empfohlen werden, ohne dass das Gesetz regelhaft eine verpflichtende Schutzimpfung gestatten würde.<sup>38</sup> Allerdings kann eine solche Impfpflicht im Verordnungswege angeordnet werden, „wenn eine übertragbare Krankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist“, wie es in § 20 Abs. 6 S. 1 IfSchG heißt.

Mit all diesen Befugnisnormen sind die Optionen, die zur Verhütung übertragbarer Krankheiten beitragen können, natürlich nicht abschließend umschrieben. Zum einen bleiben die Gestaltungsoptionen des Infektionsschutzgesetzes eng

34 Zu diesen im Gesetz (vgl. die amtl. Überschriften zu den §§ 13, 14 IfSchG) ausdrücklich so genannten „Sentinel-Erhebungen“ (von lat. „sentinella“ = Wachtposten) *Bales/Baumann/Schnitzler* (Fußn. 3), § 13 vor Rn. 1 (zur amtl. Begr.), § 13 Rn. 1 ff.

35 Denkbar ist z. B. ein Verbot von Versammlungen bei drohender Pandemie (zu Einschränkungen der Versammlungsfreiheit vgl. auch *Bales/Baumann/Schnitzler* [Fußn. 3], § 28 Rn. 2, das Verbot der Verwendung von Gemeinschaftshandtüchern in Gaststätten, ein Badeverbot bei Grenzwertüberschreitungen oder die Sperrung eines verdreckten Kinderspielplatzes, Beispiele bei *Erdle* (Fußn. 3), S. 50 (zu § 16 IfSchG).

36 § 16 Abs. 2 IfSchG.

37 § 17 Abs. 1 IfSchG.

38 § 20 Abs. 1 und 2 IfSchG.

verknüpft mit Gestaltungsoptionen, die jenseits des Infektionsschutzgesetzes geregelt sind. Deutlich wird das in § 23 IfSchG, der die nosokomialen, also vor allem die krankenhausbezogenen Infektionen betrifft.<sup>39</sup> Die insoweit im Infektionsschutzgesetz geregelte begrenzte Dokumentations- und Bewertungspflicht<sup>40</sup> ist eingebettet in zahlreiche andere gesundheitsrechtliche Normen.<sup>41</sup> Zum anderen ist die Verhütung übertragbarer Krankheiten auch mithilfe von Maßnahmen möglich, die unterhalb der Interventionsschwelle angesiedelt sind, die die Befugnisnormen markieren. Das Gesetz betont an prominenter Stelle, nämlich gleich am Anfang (§ 3 IfSchG), die Bedeutung der Prävention durch Aufklärung. Die Verhütung übertragbarer Krankheiten ist gewiss von rechtlich ausgeformten Interventionen abhängig, aber nicht nur von ihnen.

### c) Bekämpfung übertragbarer Krankheiten

Ein dritter Komplex, der unter dem Aspekt der Befugnisnormen relevant ist, bezieht sich auf die Bestimmungen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten. Bezugspunkt dieser Vorschriften ist die Existenz von Personen, die erkrankt sind oder „dessen verdächtig sind“,<sup>42</sup> wie das Gesetz sich ausdrückt. Wissen die zuständigen Behörden um solche Personen, löst dies zwingend Ermittlungen über Art, Ursache, Ansteckungsquelle und Ausbreitung der Krankheit aus.<sup>43</sup> Die zuständigen Behörden sind zu umfassenden Schutzmaßnahmen befugt, die von der Zwangsbeobachtung des Gesundheitszustands über Aufenthaltsverbote bis hin zur Quarantäne oder beruflichen Tätigkeitsverboten reichen.<sup>44</sup> Das Arsenal der Maßnahmen kann im Ordnungswege erweitert und konkretisiert werden.<sup>45</sup> Insbesondere für sog. Gemeinschaftseinrichtungen (Einrichtungen für Säuglinge, Kinder oder Jugendliche),<sup>46</sup> vor allem also für Schulen oder Kindertagesstätten,

39 Hierzu *Exner/Just*, Bundesgesundheitsbl. 2009, 889 ff.; s. auch (mit Blick auf Altenpflegeheime) *Heudorf/Schulte*, Bundesgesundheitsbl. 2009, 732 ff.

40 § 23 Abs. 1 S. 1 IfSchG.

41 Beispielhaft: § 6 Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW) i.V.m. der Krankenhaushygieneverordnung NRW.

42 § 24 Abs. 1 S. 1 IfSchG.

43 § 25 Abs. 1 IfSchG.

44 § 28 ff., insb. § 30 und § 31 IfSchG; zu beruflichen Tätigkeitsverboten (§ 31 IfSchG) VG Berlin, Beschl. v. 5. 9. 2002 – 14 A 66.02 – NVwZ-RR 2003, 429; BGH, Beschl. v. 17. 9. 2008 – III ZR 326/07, NJW-RR 2009, 165; weitere Beispiele für Maßnahmen, die auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 2 IfSchG gestützt werden können, bei *Erdle* (Fußn. 3), S. 81 (zu § 28 IfSchG); s. auch (mit Blick auf Einschränkungen der Versammlungsfreiheit nach § 28 Abs. 1 S. 2 IfSchG) *Bales/Baumann/Schnitzler* (Fußn. 3), § 28 Rn. 2.

45 § 32 IfSchG.

46 §§ 33 ff. IfSchG.

sieht das Gesetz besondere Aufenthalts- und Tätigkeitsverbote vor.<sup>47</sup> Eine Zwangsbehandlung erlaubt das Infektionsschutzgesetz hingegen nicht (§ 28 Abs. 1 S. 3 IfSchG).<sup>48</sup>

Auch für die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten gilt, dass sie sich allein durch die Ausübung der genannten Befugnisse nicht bewerkstelligen lässt. Zum einen verweist das Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend auf die Normen anderer Rechtsgebiete; man denke beispielhaft an das Heim-<sup>49</sup> oder das Schulrecht oder, bezogen auf die an Arbeitnehmer und Beamte gerichtete Belehrungspflicht,<sup>50</sup> auch an das Arbeits- und das Beamtenrecht. Zum anderen verlangt das Infektionsschutzgesetz die Einhaltung innerbetrieblicher Verfahrensweisen zur Infektionshygiene,<sup>51</sup> was verdeutlicht, dass mit solchen Verfahrensweisen mehr gemeint ist als das, was sich schon in Gesetzesnormen finden lässt.

## 2. Infektionsschutzrecht: Gefahrenabwehr- oder Gesundheitsrecht?

Lässt man die hier skizzierten Regelungskomplexe des Infektionsschutzgesetzes Revue passieren, dann könnte sich schnell der Eindruck einstellen, es handele sich um ein „normales“ Gesetz des besonderen Gefahrenabwehr- bzw. Polizei-

47 § 34 Abs. 1 IfSchG. – Wenngleich nicht speziell auf die sog. Gemeinschaftseinrichtungen bezogen, sind wegen des Sachzusammenhangs auch die auf den Umgang mit Lebensmitteln bezogenen Tätigkeits- und Beschäftigungsverbote der §§ 42 f. IfSchG zu beachten.

48 *Bales/Baumann/Schnitzler* (Fußn. 3), § 28 Rn. 4. Eine Zwangs(heil)behandlung kann aber ausnahmsweise nach anderen Vorschriften gestattet sein, sofern es nämlich um die Zwangsbehandlung von Personen geht, die sich im behördlichen Gewahrsam befinden, vgl. etwa § 101 Abs. 1 Bundes-Strafvollzugsgesetz, § 84 Abs. 1 Hamburgisches Strafvollzugsgesetz, § 17 Abs. 3 S. 1 Maßregelvollzugsgesetz NRW oder § 25 Abs. 1 Hessisches Jugendstrafvollzugsgesetz.

49 Zur Infektionsprävention in Heimen s. die Empfehlung der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention beim Robert Koch-Institut Bundesgesundheitsbl. 2005, 1061 ff. – Im Heimrecht gelten, soweit sie schon erlassen wurden, die Länderheimgesetze, z. B. das Landesheimgesetz in Baden-Württemberg, das (Pflege- und Wohnqualitäts)gesetz – PflWoQg in Bayern, das Brandenburgische Pflege- und Betreuungswohngesetz (BbgPBWoG), das Hamburgische Wohn- und Betreuungsqualitätsgesetz (HmbWBQ), das Wohn- und Teilhabegesetz (WTG) in NRW, das Landesgesetz über Wohnen und Teilhabe (LWTG) in Rheinland-Pfalz, das Landesheimgesetz Saarland (LHeimGS), das Selbstbestimmungsstärkungsgesetz (SbStG) – Pflegegesetzbuch Zweites Buch in Schleswig-Holstein. Soweit es (noch) an Landesheimgesetzen fehlt, gilt das (Bundes-)HeimG fort. Außerdem ist zu beachten, dass manche Landesheimgesetze die Fortgeltung einzelner Bestimmungen des (Bundes-)HeimG anordnen, vgl. § 31 Abs. 1 BbgPBWoG und § 31 Nr. 1 SbStG Schleswig-Holstein.

50 § 35 IfSchG.

51 § 36 Abs. 1 S. 1 IfSchG.



rechts.<sup>52</sup> Dies würde für Juristinnen und Juristen Orientierungssicherheit schaffen, denn in der Tat: Es geht offenbar um Gefahren und Gefahrenverdachte, es geht um Befugnisnormen, die der sog. polizeirechtlichen Generalklausel bzw. den Befugnisnormen über die sog. Standardmaßnahmen des Polizei- und Ordnungsrechts sehr ähnlich sind.<sup>53</sup> Das ist nicht falsch und richtig ist auch, dass die Regelung polizeirechtlicher Fragen, wenn man den Ähnlichkeitsvergleich mit den allgemeinen polizeirechtlichen Kategorien forciert, im Infektionsschutzgesetz lückenhaft ist, etwa wenn man an die sog. Störerauswahl denkt.<sup>54</sup> Wie schon im Bundes-Seuchengesetz findet sich dazu im Infektionsschutzgesetz zumindest explizit wenig. Das Bundesverwaltungsgericht verweist hier auf die Landespolizei- bzw. Ordnungsbehördengesetze, die gleichsam als Auffangordnung für das Infektionsschutzgesetz fungieren.<sup>55</sup> Ob das zwingend ist (manches ließe sich auch durch Auslegung des Infektionsschutzgesetzes ermitteln) und wenn es nicht zwingend ist, ob dann die ggf. massive Interventionen gestattenden Befugnisnormen eine hinreichend stabile parlamentsgesetzliche Basis haben, all das ist fraglich. Der allzu eilige Verweis auf die Begriffe und Distinktionen des allgemeinen Ordnungsrechts macht die feinen Unterscheide des Infektionsschutzgesetzes, noch bevor sie sich zu erkennen geben könnten, unsichtbar.

Sieht man genauer hin, dann drängen sich Abweichungen von allgemeinen polizeirechtlichen Kategorien auf. Ein Krankheitserreger ist laut Gesetz z. B. ein Virus, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheiten verursachen „kann“,<sup>56</sup> und ein Krankheitsverdächtiger ist eine Person, bei der Symptome bestehen, welche das Vorliegen einer bestimmten übertragbaren Krankheit „vermuten“<sup>57</sup> lassen. Zum üblichen polizeirechtlichen, auf *Wahrscheinlichkeiten* basierenden Verständnis von „Gefahr“ passt eine Vermutung vielleicht noch, nicht aber die bloße *Verursachungsmöglichkeit*.<sup>58</sup> Auch in einer zentralen Befugnisnorm wie dem § 16 IfSchG (zur Verhütung übertragbarer Krankheiten) geht es um Tatsachen, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen „kön-

52 So zum BSeuchG, auf das IfSchG übertragbar *Seewald*, NJW 1987, 2265 (2266).

53 Beispielhaft sei verwiesen auf §§ 1 Abs. 1, 17 Abs. 1 (sog. Generalklausel) sowie (wegen der sog. Standardmaßnahmen) auf die §§ 18 ff. Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz Berlin (ASOG Bln).

54 Instrukтив: OVG NRW, Beschl. v. 6. 9. 2004 – 13 A 3802/02, NWVBl 2005, 177.

55 BVerwG, Beschl. v. 16. 6. 2005 – 3 B 129/04, juris, Rn. 3, mit Verweis auf den zum BSeuchG ergangenen (und nicht veröffentlichten) Beschl. des BVerwG v. 18. 9. 1987 – 3 B 21/87; offenbar a.A. BayVGh, Beschl. v. 3. 8. 2009 – 20 ZB 09.1332 – juris, Rn. 9.

56 § 2 Nr. 1 IfSchG.

57 § 2 Nr. 5 IfSchG.

58 Grundsätzliche erkenntnistheoretische Problematisierung des Gefahrenbegriffs bei *K. Schneider*, ARSP 95 (2009), 216 ff.

nen“<sup>59</sup> und um die Situation, dass nur „anzunehmen“<sup>60</sup> ist, dass solche Tatsachen vorliegen. Das sind, wie in der Rechtsprechung zutreffend bemerkt wird, „relativ großzügige Eingriffsvoraussetzungen“,<sup>61</sup> die mit einer regelhaften Vorverlagerung der Eingriffsschwelle einhergehen. Der Gefahrenverdacht und die Gefahrenerforschung werden zum normativen Leitbild. Diese Abschwächung des Wahrscheinlichkeitsniveaus gerät freilich nur dann in den Blick, wenn man den Normtext ernst nimmt und nicht geschwind auf eine vermeintliche Kongruenz mit allgemeinen polizeirechtlichen Kategorien hin korrigiert.

Von diesen grundbegrifflichen Verschiebungen abgesehen, führt das Etikett „Gefahrenabwehr“ auch systematisch in die Irre. Es verstellt nämlich den Blick auf den Lebens- bzw. Sachbereich (Realbereich), vor dessen Hintergrund die Normen des Infektionsschutzgesetzes erst verständlich werden: das Gesundheitswesen und die unterschiedlichen Gesundheitswissenschaften, die sich auf Infektionen beziehen. Möglicherweise erweist es sich nur dann als plausibel, dass der Gefahrenbegriff im Gesetz konsequent von Wahrscheinlichkeit auf Möglichkeit und Vermutung umgestellt wird, wenn man das Schädigungspotential der in Rede stehenden Krankheiten ebenso kennt wie seine epidemiologischen Folgen. Wer mit einem zu strengen Gefahrbegriff die Interventionsschwelle zu hoch ansetzt, darf sich nicht wundern, wenn der Zweck des Gesetzes – gemäß § 1 Abs. 1 des Gesetzes die effektive Vorbeugung, Früherkennung und Verhinderung der Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten – zu spät oder gar nicht erreicht wird. „Vorbeugender Gesundheitsschutz“, wie das Gesetz sagt (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 IfSchG), muss sehr früh ansetzen<sup>62</sup> und das verändert auch die ordnungsrechtlichen Grundbegriffe und Zurechnungskategorien. Vordergründig lassen sich noch allerhand weitere begriffliche und instrumentelle Ähnlichkeiten feststellen, die

59 § 16 Abs. 1 S. 1 IfSchG.

60 § 16 Abs. 1 S. 1 IfSchG. – Die Verschiebung der Eingriffsschwelle hin zum Gefahrenverdacht bzw. zur Gefahrenerforschung bleibt nicht selten unthematisiert, vgl. etwa *Erdle* (Fußn. 3), S. 50 (zu § 16 IfSchG). Wo sie zur Sprache kommt, wird teilweise suggeriert, dass es um die altbekannte „konkrete Gefahr“ gehe, vgl. *Schuhmacher/Meyn* (Fußn. 3), S. 37 (zu § 10 BSeuchG), oder sie wird affirmativ als in der präventiven Logik des IfSchG liegend legitimiert, ohne dass das grundbegrifflich (und damit für die Normhandhabung) Problematische angesprochen würde, vgl. *Bales/Baumann/Schnitzler* (Fußn. 3), § 16 Rn. 2 f.

61 OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 22. 5. 2001 – 6 A 12111/00 – juris, Rn. 20 (zu § 16 Abs. 1 S. 1 IfSchG); hierzu auch VG Düsseldorf, Urt. v. 14. 1. 2009 – 5 K 6458/08 – juris, Rn. 33 (§ 16 Abs. 1 S. 1 IfSchG gestattet Gefahrenerforschungseingriffe).

62 Man kann im Hinblick auf das Lebensgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG von einer „Vorfeldsicherung des Lebens“ (Formulierung von *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 54) durch problemadäquate Modellierung der ordnungsrechtlichen Kategorien des IfSchG sprechen; s. auch VG Stuttgart, Beschl. v. 19. 8. 2003 – 4 K 2818/03, NJW 2004, 1404: „bereits im Vorfeld“.

das Infektionsschutzgesetz mit anderen Normen gemein hat, etwa mit Normen des Ordnungs-, des Datenschutz- oder des Umweltrechts (Stichwort „Vorsorgeprinzip“)<sup>63</sup>. Entscheidend ist aber, dass all diese Ähnlichkeiten nicht davon ablenken dürfen, dass hier unterschiedliche Instrumente zur Erfüllung einer Steuerungsaufgabe – angewandte Epidemiologie – verkoppelt werden. Dadurch entsteht etwas Neues: öffentliches Gesundheitsrecht, das von der Eigenlogik des Gegenstands „Gesundheit“ ebenso geprägt ist wie von Eigengesetzlichkeiten der Medizin bzw. der gesamten Gesundheitswissenschaften. Dass sich einzelne regelungstechnische Bausteine auch in anderen Gesetzen finden, besagt wenig.

### III. Medizinisch-epidemiologisches (Experten-)Wissen ist (Experten-)Macht: rechtlich-organisatorische „checks and balances“

Wie die einzelnen in den Befugnisnormen gespeicherten Handlungsoptionen sinnvoll eingesetzt werden, hängt wesentlich vom medizinischen bzw. epidemiologischen Wissen ab, von dessen Validität und „Evidenz“. Faktisch wird dies durch die vielen Expertinnen und Experten präjudiziert, die nicht zuletzt im Robert Koch-Institut (RKI) versammelt sind. Unabhängig von der Frage nach der Rolle der Gesundheitsministerien in den Ländern, den Landesgesundheitsämtern und schließlich den Gesundheitsämtern steht außer Streit, dass das Robert Koch-Institut, funktional betrachtet, das Bundesgesundheitsamt ist, das es seit 1994 dem Namen nach nicht mehr gibt.<sup>64</sup> Das RKI ist gewissermaßen die Bundesagentur für Wissensvermittlung im infektionsrelevanten Gesundheitswesen. Mag das RKI auch im föderal<sup>65</sup> fragmentierten Gesundheitswesen formal keine starke Stellung haben, seine informale Stärke ist umso größer. Vor allem das RKI sammelt, sichtet und systematisiert jenes relevante Wissen, das zumindest eine große Chance hat, noch im entlegensten Gesundheitsamt beachtet zu werden.<sup>66</sup>

- 63 Hierzu nur *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2004, § 4 Rn. 16 ff.; *Ramsauer*, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, § 3 Rn. 21 ff.; s. auch *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009.
- 64 Vgl. Art. 1 des Gesetzes über die Neuordnung zentraler Einrichtungen des Gesundheitswesens (Gesundheitseinrichtungen-Neuordnungs-Gesetz) vom 24. 6. 1994 = Gesetz über Nachfolgeeinrichtungen des Bundesgesundheitsamtes (BGA-Nachfolgegesetz – BGA-NachfG) vom 24. 6. 1994 (BGBl. 1994 I 1416).
- 65 Zur Rolle des Bundes beim Infektionsschutz *Hamouda*, Bundesgesundheitsbl. 2005, 963 ff.; zur Rolle der Länder beim Infektionsschutz *Wirtz/Andres/Gottschalk/Stark/Weber*, Bundesgesundheitsbl. 2005, 971 ff.; zu Kompetenzmängeln des Bundes *Walus*, DÖV 2010, 127 ff.
- 66 Daran ändert die gewiss kritikbedürftige Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern nichts (zur Kritik *Walus*, DÖV 2010, 127 ff.). Generell gilt: Die Dynamik des Wissens hält sich nicht an die Statik föderaler Kompetenzverteilung. Die Macht überle-

Die Rolle der in den Gesundheitsämtern tätigen Gesundheitsberufe, allen voran der Ärzte, ist seit den ersten preußischen Gesetzen zum öffentlichen Gesundheitswesen unverändert. Das preußische Kreisarztgesetz von 1899 spricht vom Arzt als dem „technische(n) Berather (...) der Polizeibehörde“<sup>67</sup>. Dementsprechend beanspruchen die Gesundheitsbehörden – als „Gesundheitsämter“, d. h. verselbständigte Verwaltungseinheiten – bis heute eine „Sachverständigenfunktion“<sup>68</sup>, die sich auf medizinische „Fachfragen“<sup>69</sup> bzw. „Fachaufgaben“<sup>70</sup> bezieht, wie es in den Landesgesetzen zum öffentlichen Gesundheitsdienst heißt. Dabei hat dieser „medizinische Fachdienst“<sup>71</sup> nur sehr begrenzte, mit „hoheitlichen Aufgaben“<sup>72</sup> korrelierende Zwangsbefugnisse.<sup>73</sup> Gesundheitsämter fungieren nur ausnahmsweise (etwa bei Eilbedürftigkeit oder punktuell bei der Sachverhaltsermittlung) „ordnungsbehördlich“<sup>74</sup>; das ist auch und gerade im Infektionsschutzrecht der Fall. Neben den Gesundheitsämtern angesiedelte nicht-medizinische, administrativ-juristische „Fachdienste“, also Organisationseinheiten der „klassischen“ Eingriffsverwaltung, sorgen institutionell für die nötige rechtsstaatliche Distanz. Auch dies ähnelt einem historischen Vorläufer, nämlich den Sanitätskommissionen des preußischen „Regulativs über die sanitätspolizeilichen Vorschriften bei den am häufigsten vorkommenden Krankheiten“ von 1835, wonach die Kommissionen „theils Rath gebende, theils ausführende Behörden in der Art“ sind, „daß die Orts-Polizeibehörde dieselben in allen Fällen, wo sie ihrer Unterstützung oder Berathung bedarf, dazu berufen kann, zugleich aber auch ihre Vorschläge anzuhören und darüber zu entscheiden hat“.<sup>75</sup> Offen-

genen Wissens kann einen Plausibilitätssog entfachen, der faktisch vom gut gemeinten Gedanken föderaler Gewaltenteilung wenig übrig lässt.

67 § 1 Abs. 2 Kreisarztgesetz v. 16. 9. 1899 (PrGS S. 172), zit. nach *Rapmund*, Der beamtete Arzt und ärztliche Sachverständige, Bd. II: Das öffentliche Gesundheitswesen in Preußen, 1904, S. 125.

68 § 1 Gesundheitsdienst-Gesetz (GDG) Schl.-Holst.

69 § 4 Abs. 3 Gesundheitsdienst-Gesetz (GDG) Schl.-Holst.

70 Art. 1 Abs. 3 Nr. 1 Gesundheitsdienst- und Verbraucherschutzgesetz (GDVG) Bayern.

71 § 2 Abs. 2 S. 1 Niedersächsisches Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (NGöDG).

72 § 1 Abs. 2 S. 3 Gesundheitsdienstgesetz (ÖGDG) Bremen.

73 Exemplarisch: § 1 Abs. 4 Thüringer Verordnung über den öffentlichen Gesundheitsdienst; § 1 Abs. 4 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst im Freistaat Sachsen (SachsGDG); s. rechtshistorisch auch § 7 S. 2 und S. 3 Verordnung zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom 1. 12. 1938 (RGBl. I S. 1721): „Das Gesundheitsamt hat (...) Vorschläge zu machen. Der Vollzug der Schutzmaßnahmen ist Aufgabe der Ortspolizeibehörde (...)“.

74 § 13 Abs. 1 S. 2 Gesundheitsdienst-Gesetz (GDG) Berlin.

75 § 5 des Regulativs (PrGS 1835, S. 240), zit. nach der „Chronologischen Zusammenstellung der in der Preußischen Gesetz-Sammlung und in dem Bundes- und Reichs-Gesetzblatte veröffentlichten Gesetze, Verordnungen, Erlasse und Bekanntmachungen“, neu bearbeitet von *Keil/Gallenkamp*, Erster Band (1806 bis 1860), 7. Aufl. 1897, S. 292.

bar hat schon der monarchische Wohlfahrtsstaat, erst recht der Rechtsstaat des Grundgesetzes, eine gewisse Sorge, dass die Effektivitätswünsche der Gesundheitsexperten möglicherweise zu groß werden. Mit anderen Worten: Es gibt eine im Verlauf der neueren Gesundheitsrechtsgeschichte stabil bleibende Sorge vor der von medizinischen Experten beförderten Entgrenzungstendenz angewandter Epidemiologie. Diese Sorge wird auch im geltenden Recht dadurch gehemmt, dass die Umsetzung des IfSchG rechtlich-organisatorisch geteilt wird: „checks and balances“ im öffentlichen Gesundheitswesen.

Nicht alles, was im Hinblick auf Prävention und Intervention epidemiologisch oder medizinisch effizient erscheint, ist danach rechtlich möglich. Insbesondere die Grundrechte und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erweisen sich als normative „Bremse“ epidemiologisch-medizinischer Effektivität.<sup>76</sup> Befugnisse – als immer begrenzte Eingriffsermächtigungen des Staates – wirken, mit anderen Worten, als limitierender Faktor epidemiologisch-medizinischer Gestaltung. Sie schließen bestimmte Gestaltungsoptionen aus, die aus der Perspektive angewandter Epidemiologie ggf. in Betracht zu ziehen wären. Allerdings ist dieser Ausschlusseffekt nicht rigide, wofür die sprachliche Offenheit der einschlägigen Normtexte sorgt. So lässt sich das Maß zulässiger epidemiologischer Effektivität flexibel dosieren, insbesondere dann, wenn im Text des Infektionsschutzgesetzes offen auf das ärztliche Urteil als Tatbestandsvoraussetzung verwiesen wird (vgl. § 34 Abs. 1 S. 1 IfSchG).

Da die Befugnisnormen des Infektionsschutzgesetzes auf medizinisches Wissen verweisen, kommt man grundsätzlich an der faktisch präjudizierenden Kraft des medizinischen Wissens nicht vorbei. Sie kann rechtlich nur moderiert und kanalisiert, insbesondere prozedural kontrolliert werden. Das staatliche Infektionsschutzrecht setzt hierbei stillschweigend voraus, dass es jenseits gesetzlicher Normierungen eine Selbstregulierung des Wissens gibt, der die angewandte Epidemiologie als internationale Wissenschaftsdisziplin sich aussetzen muss. Und dennoch stellt sich die Frage, wie die angewandte Epidemiologie mit dem Problem des sich hochgradig dynamisch verändernden Wissens umgeht, wie hierbei Prognoseirrtümer von Prognosefehlern unterschieden werden, welche Aussagekraft statistischem Wissen für Einzelfallentscheidungen zukommt und welche Folgen all dies für die Handhabung insbesondere der Eingriffsnormen des IfSchG hat. Weiter ist zu fragen, ob es auf nationaler Ebene nicht einer besseren Qualitätssicherung bedarf, die die Gewinnung und Aktualisierung des fachlichen

76 S. beispielhaft § 16 Abs. 1 S. 1 IfSchG, wo das Wort „notwendig“ („notwendige Maßnahmen“) das gesetzliche Ventil für Verhältnismäßigkeitsüberlegungen darstellt.

Wissens<sup>77</sup> und seine Streuung in alle Felder, vor allem der ärztlichen Arbeit garantiert. Wer sieht, wie dieses Wissen derzeit im Falle der sog. „Schweinegrippe“ gestreut wird und in welchem Tempo – vor allem durch nach und nach ergehende Rundschreiben z. B. der Ärztekammern und der Kassenärztlichen Vereinigungen – sollte sich über das Vorhandensein des erforderlichen medizinisch-epidemiologischen Wissens außerhalb der Mauern des RKI keine Illusionen machen, allerdings auch nicht darüber, dass unter medizinischen Laien – und das sind grundsätzlich auch Juristinnen und Juristen – der Eindruck entsteht, es handle sich eher um eine „gefühlte“ Pandemie, die „besondere Gefahrenlage“<sup>78</sup> (von der das Verordnungsrecht spricht) sei also ein Expertenkonstrukt.<sup>79</sup>

#### IV. „Gesundheits-Governance“ im Infektionsschutzrecht

Die reale Wirksamkeit infektionsschutzrechtlicher Maßnahmen hängt von deren Umsetzung durch die unterschiedlichen staatlichen wie privaten „Handlungsträger im Gesundheitswesen“<sup>80</sup> ab. Dieses ist, wie es in den Gesetzen der Länder zum öffentlichen Gesundheitsdienst heißt, konstitutiv „arbeitsteilig“<sup>81</sup> organisiert und auf „Verzahnung“<sup>82</sup>, „Vernetzung“<sup>83</sup> sowie „Kooperation mit anderen“<sup>84</sup> an-

77 Zu infektionsepidemiologischen Forschungsnetzwerken als „Brücke zwischen Forschung und Gesundheitswesen“ *Ammon*, Bundesgesundheitsbl. 2005, 1005 ff.; zu sog. Nationalen Referenzzentren (NRZ) und Konsiliarlaboratorien *Laude/Ammon*, Bundesgesundheitsbl. 2005, 998 ff.

78 So § 3 S. 1 Verordnung über die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung bei Schutzimpfungen gegen die neue Influenza A(H1N1) (Influenzaschutzimpfungs-GKV-Leistungspflichtverordnung – ISchGKVLV) vom 19.8.2009 (BANz. Nr. 124 vom 21.8.2009, S. 2889).

79 Zum Problem der Risikokonstruktion, -wahrnehmung, -abschätzung und -kommunikation *Timm*, Bundesgesundheitsbl. 2009, 1122 ff.; *Grimm/Hulse/Schmidt*, Bundesgesundheitsbl. 2009, 1129 ff.; *Kurzenhäuser/Epp*, Bundesgesundheitsbl. 2009, 1141 ff.; *Lehmann/Töppich*, Bundesgesundheitsbl. 2009, 1147 ff.; *Behrens/Pigeot/Ahrens*, Bundesgesundheitsbl. 2009, 1151 ff.; grundlegend in rechtlicher Hinsicht *Sunstein*, 112 Yale Law Journal (2002), 61 ff.; zu Folgen von Sunsteins Überlegungen für das sog. Vorsorgeprinzip s. auch *Derungs*, Forum Recht 3/2008, 101 f.; zu Katastrophen als gesellschaftliche Konstruktionen *Trute*, KritV 2005, 342 (342 f.); s. auch – zu Seuchen als Art sozialen Wandels, der von sozial-kulturellen Deutungsleistungen abhängt – *Clausen*, in: Kloepfer (Hrsg.), Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven, 2008, S. 15 ff.; s. auch *dens.*, Krasser sozialer Wandel, 1994, S. 51 ff. (Titel des Beitrags: „Offene Fragen der Seuchensoziologie“).

80 § 2 Abs. 1 S. 3 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen (ÖGDG) NRW.

81 § 1 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen (ÖGDG) NRW.

82 § 3 S. 1 Gesundheitsdienstgesetz (GDG) Sachsen-Anhalt.

83 Art. 6 Abs. 1 Gesundheitsdienst- und Verbraucherschutzgesetz (GDVG) Bayern.

gewiesen. Regelungseffekte hängen wesentlich von der Mitwirkung Privater ab (man denke nur beispielhaft an Krankenhäuser oder Kindertagesstätten). Hinzu kommt, dass das „staatliche“ (öffentlich-rechtliche) Infektionsschutzrecht zwar um das Infektionsschutzgesetz kreist. Es erschöpft sich indes nicht in den Steuerungsinstrumenten, die das IfSchG – als Stammgesetz des Infektionsschutzrechts – vorsieht. Hinzu treten weitere öffentlich-rechtliche Steuerungsinstrumente, etwa im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, im Unfallversicherungs- oder im Arbeitsschutzrecht. Zum Infektionsschutzrecht gehören nicht zuletzt die Gesetze der Länder über den öffentlichen Gesundheitsdienst.

Die Situation wird normativ noch dadurch komplexer, dass neben das spezifisch öffentlich-rechtliche Infektionsschutzrecht privatrechtliche<sup>85</sup> (insbesondere haftungs- und versicherungsrechtliche) Steuerungsinstrumente treten und die öffentlich-rechtlichen ebenso wie die privatrechtlichen Sachnormen durch (kriminal-) strafrechtliche Sanktionsnormen flankiert werden. Gerade in Institutionen des Gesundheits- und Sozialwesens lässt sich eine Fixierung auf Haftungsfragen und häufig zu wenig Bereitschaft beobachten, rechtzeitig über Haftungsvermeidung – Prävention – nachzudenken. Öffentliches Infektionsschutzrecht wiederum ist primär Verwaltungsrecht, es soll administrative Abläufe des Gesundheitsschutzes steuern. Gerichtsentscheidungen fokussieren nur die pathologischen Fälle der Rechtsanwendung, richten den Blick zurück, wollen geschehene Konflikte, die anders nicht zu lösen waren, in hochformalisierter Weise lösen. Das gestaltende, prospektive, nach vorne schauende Profil der Gesundheitsverwaltung kommt dabei kaum in den Blick, ebenso wenig die Konflikte, die es nicht bis vor ein Gericht schaffen, sondern auf nicht-justizielle Weise abgearbeitet werden. Will „Recht“ zur Konfliktvermeidung beitragen, müssen die rechtlichen Verhaltensgebote in praktikable Handlungsanweisungen übersetzt werden.

Um es zu verdeutlichen: Wer etwa als Träger einer Kindertagesstätte auf die „Schweinegrippe“ genannte Influenza reagiert,<sup>86</sup> hat neben dem Infektionsschutzgesetz und darauf basierenden Rechtsverordnungen auch das jeweilige Landesgesetz über den Gesundheitsdienst zu beachten, außerdem die einschlägigen Vorschriften der zuständigen Berufsgenossenschaft,<sup>87</sup> die wiederum mit den

84 § 6 Abs. 3 S. 1 Hamburgisches Gesundheitsdienstgesetz (HmbGDG).

85 Zu Infektionsrisiken und Hygienestandards im Arzthaftungsrecht *Nassauer/Fouquet/Mielke*, Bundesgesundheitsbl. 2009, 689 ff.

86 Hierzu der Beitrag von *Kohring*, KiTa Recht – Fachzeitschrift für die Leitung von Kindertageseinrichtungen, H. 2/2008, 15 ff.; zum Management des Influenza-Pandemie-Risikos in Betrieben und Verwaltungen *Albrod*, SozSich 2009, 390 ff.

87 S. die Informationen des zuständigen Spitzenverbandes Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung e.V. (DGUV) unter



Normen des staatlichen Arbeitsschutzes abgeglichen werden müssen.<sup>88</sup> Das Ganze wird gerahmt durch die allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen über zumindest fahrlässige Körperverletzungen und Tötungen und das zivilrechtliche Haftungsrecht, bei öffentlichen Trägern zudem durch die Regeln über die Amtshaftung.<sup>89</sup> All das muss mit meist bestehenden Haftpflichtversicherungen abgestimmt sein, insbesondere mit den Anforderungen an die „grobe“ Fahrlässigkeit. Das Ganze beeinflusst das Personalrecht, insbesondere das Direktionsrecht des Anstellungsträgers (was muss er den Erzieherinnen und Erziehern wann wie mitteilen?) und es beeinflusst die privatrechtlichen Verträge zwischen den Eltern und dem Träger hinsichtlich der einforderbaren Mitwirkung beim Umgang mit Infektionskrankheiten. All dies findet in einem gesellschaftlichen Umfeld statt, in dem das Risiko der „Schweinegrippe“ kaum oder zumindest kaum noch ernst genommen wird.<sup>90</sup> Es ist zu befürchten, dass Gerichte, die wegen dieser Rechtsfragen angerufen würden, sich dem verbreiteten und suggestiven Eindruck kaum entziehen könnten, dass es mit der „Schweinegrippe“ so schlimm schon nicht sein wird. Wie soll in solch einer Lage sinnvoll gesteuert werden, in einer Kindertagesstätte oder gar in einem Krankenhaus,<sup>91</sup> angesichts der zahllosen Normierungen und Akteure, deren Verhalten normgemäß sein soll? So drängt sich fast von selbst die Frage nach der Steuerungsrationaltät auf, zumal sich das neuere Infektionsschutzrecht den Grundsätzen der Verwaltungsmodernisierung („Neue Steuerung“) verpflichtet sieht, wie man beispielhaft im Berliner Gesundheitsdienstgesetz nachlesen kann.<sup>92</sup> Dem Patchwork insbesondere „staatlicher“ Normenwerke über den Infektionsschutz fehlt es an einer stringenten sachlichen

[http://www.dguv.de/inhalt/praevention/themen\\_a\\_z/biol\\_gefaehrderung/mexikogrippe/index.jsp#](http://www.dguv.de/inhalt/praevention/themen_a_z/biol_gefaehrderung/mexikogrippe/index.jsp#) (Zugriff: 17. 2. 2010).

- 88 S. hierzu den Beschluss des Ausschusses für Biologische Arbeitsstoffe (ABAS) vom 12. 8. 2009 zur Einstufung des neuen Influenza A-Virus H1N1 in die Risikogruppe 2, abrufbar auf der Homepage der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA), <http://www.baua.de/de/Themen-von-A-Z/Biologische-Arbeitsstoffe/ABAS/aus-dem-ABAS/Beschluss-H1N1.html> (Zugriff: 17. 2. 2010).
- 89 Vgl. §§ 222, 229 StGB, § 823 BGB, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.
- 90 Zum Problem der Risikokonstruktion, -wahrnehmung, -abschätzung und -kommunikation s. oben die Nachweise in Fußn. 79.
- 91 Von besonderen Versorgungsfeldern mit nochmals eigenen Problemen ganz abgesehen, zur Versorgung mit Blutprodukten im Falle einer Influenza-Pandemie s. die Stellungnahme des „Arbeitskreises Blut“, Bundesgesundheitsbl. 2009, 1210 ff.
- 92 Vgl. § 4 Abs. 1 Gesundheitsdienst-Gesetz (GDG) Berlin (amtl. Titel: „Steuerung“): „Zur Unterstützung der ergebnisorientierten Arbeit des Berliner öffentlichen Gesundheitsdienstes wird in Verantwortung der für das Gesundheitswesen zuständigen Senatsverwaltung ein verbindliches System zur Planung und Steuerung über Fach- und Finanzziele auf Basis der zugewiesenen Globalsumme sowie über Indikatoren und Sollgrößen eingeführt. Das System soll die Berücksichtigung sozialräumlicher Problemlagen ermöglichen und die Wirksamkeit von Maßnahmen des öffentlichen Gesundheitsdienstes in Berlin bewerten.“



Abstimmung. Außerdem ist über die wechselwirkenden realen Steuerungseffekte unterschiedlicher, nicht nur spezifisch rechtlicher Steuerungsinstrumente wenig bekannt. – Was ist zu tun?

Zuallererst: Die infektionsschutzrechtlich relevanten Normprogramme müssen untereinander und sodann mit den bereichsspezifisch divergierenden Bedingungen der Normimplementierung abgestimmt werden; in einer Kindertagesstätte sehen diese anders aus als in einem Krankenhaus der höchsten Versorgungsstufe. Man kann von „Gesundheits-Governance“ sprechen. Governance ist zwar ein Modebegriff, aber nicht jede Mode ist eine schlechte Mode.<sup>93</sup> Es geht zudem nicht um das Wort, sondern um die Sache: um eine Betrachtung, die Rechtsnormen des Infektionsschutzrechts im Kontext institutionell-organisatorischer Arrangements wahrnimmt. Hierzu tragen bereichsspezifisch, kooperativ und interdisziplinär entwickelte Modelle des Katastrophen-<sup>94</sup> bzw. Risikomanagements bei wie sie in einzelnen Gesetzen über den öffentlichen Gesundheitsdienst gefordert werden.<sup>95</sup> Zu lernen wäre hierbei z. B. auch vom Ansatz der sog. Standard-Einsatz-Regeln, wie sie etwa aus der Praxis der Feuerwehren bekannt sind.<sup>96</sup> Dahinter steht die Erfahrung, dass Einsätze – also Reaktionen auf riskante Lagen – eher gleich als verschieden sind, eine Einsicht, die aus den Debatten über Risiko- und Qualitätsmanagement im Gesundheitswesen nicht unbekannt ist.<sup>97</sup> Auch für die infektionsvermeidende, auf Pandemien reagierende Arbeit z. B. in Kindertagesstätten lassen sich standardisierte Verfahrensweisen erarbeiten, die nicht nur Wissen anhäufen – das geschieht in vielen derzeit kursierenden Leitfäden –, sondern die das rechtliche und fachliche Wissen handlungsorientiert komprimieren und so operabel machen:<sup>98</sup> in alltagstauglichen Regeln, die die alte Weisheit be-

93 Hierzu *Rixen*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 309 ff.; speziell zur Governance im Gesundheitswesen *Kingreen*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 339 ff.

94 Zu „Katastrophenmanagementmodellen“ *Stober/Eisenmenger*, NVwZ 2005, 121 (129).

95 Vgl. Art. 10 Abs. 1 S. 1 Gesundheitsdienst- und Verbraucherschutzgesetz (GDVG) Bayern.

96 S. beispielhaft die „Standard-Einsatz-Regeln (Handlungsanweisungen für die Aus-, Fortbildung und den Einsatz)“ der Freiwilligen Feuerwehr Villingen-Schwenningen, abrufbar unter: [http://www.feuerwehr-vs.de/standard\\_einsatz\\_regeln\\_ff\\_vs.pdf](http://www.feuerwehr-vs.de/standard_einsatz_regeln_ff_vs.pdf) (Zugriff: 17. 2. 2010) oder die Standard-Einsatz-Regel (SER) „VU mit eingeklemmter Person“ der Feuerwehr Frankfurt a.M., abrufbar unter [http://www.stadt-frankfurt.de/feuerwehr/ausbildung/inhalt/dokumente/ser\\_hpklm.pdf](http://www.stadt-frankfurt.de/feuerwehr/ausbildung/inhalt/dokumente/ser_hpklm.pdf) (Zugriff: 17. 2. 2010).

97 Zum Vorrang institutionell-systemischer Fehler vor individuellen Fehlern s. nur *Hart*, MedR 2007, 383 (385) m.w.N.

98 Was – bezogen auf die sog. Schweinegrippe – an relevantem Wissen zu vermitteln wäre, lässt sich für Kindergemeinschaftseinrichtungen dem „Epidemiologischen Bulletin“ des RKI, Nr. 46 vom 16. 11. 2009, 475 f. entnehmen; die praxisgerechte Operationalisierung könnte darauf aufbauen.

herzigen, dass die Wahrheit, auch die handlungsorientierte Wahrheit, konkret ist.<sup>99</sup>

## V. Resümee

Eingangs war die Rede von Herrn Stadtmedizinalrat Dr. W. Klein. Er sprach von der „Hauptlast der Verantwortung zur Durchführung dieser Gesetze“, die auf die „Schultern des Medizinalbeamten gelegt worden“ sei, „und mit Stolz und mit Recht kann er von sich behaupten, daß er diese Aufgabe voll und ganz gelöst hat.“ Wir müssen Dr. Klein ein wenig enttäuschen. In der Tat: Auf den Schultern der medizinischen, der epidemiologischen Expertinnen und Experten ruht eine große Verantwortung bei der Anwendung des Infektionsschutzgesetzes. Das Infektionsschutzgesetz ist indes mehr als nur ein Vehikel für die Logik angewandter Epidemiologie. Das Infektionsschutzgesetz bringt zugleich die limitierende Logik des Rechts zur Geltung. Die juristische Expertise dient der medizinischen Fachlichkeit, aber nicht grenzenlos. Vor allem aber gilt: Das Infektionsschutzgesetz ist Teil eines integrativen Problemlösungszusammenhangs, der rechtliches und medizinisches Wissen für den Alltag noch viel mehr „kleindeklinieren“ muss, als dies bisher geschieht. Erst wenn das gelingt, können wir – vielleicht – sagen: „Aufgabe voll und ganz gelöst“. Aber lässt sich eine Sisyphos-Aufgabe überhaupt voll und ganz lösen?

99 „Die Wahrheit ist konkret“ ist ein Satz, der auf Augustinus zurückgeht und später vielfach rezipiert und variiert wurde, etwa von Hegel, Brecht oder Lenin. Der unverfänglichste Eideshelfer dürfte wohl Augustinus sein, wobei – um Missverständnisse zu vermeiden – betont sei, dass die Verwendung des Satzes im vorliegenden Kontext nicht theologische, philosophische oder politische „Wahrheiten“ ins Spiel bringen will. Er soll nur an die für alle praxisbezogenen Wissenschaften relevante Herausforderung erinnern, dass es gelingen muss (und wie es gelingen kann), Regeln so zu formulieren, dass sie in risikanten Handlungskontexten zügige, mit geringem Interpretationsaufwand verbundene Handlungsorientierung gewährleisten. Mit anderen Worten: Rechtsnormen als handlungsleitende Normen müssen operabel gemacht, also operationalisiert werden, damit Handlungen als operative Vorgänge, die Handlungserfolge (Veränderung von Bedingungsbeziehungen) bewirken sollen, gelingen können.