

# Einleitung

*Michael Kloepfer*

## A. Vorbemerkungen

Hochansteckende Infektionskrankheiten haben seit jeher ihren festen Platz in der Geschichtsschreibung. So dominierte die Pest im Mittelalter das Leben der Menschen, ließ Fleckfieber Napoleon im Russlandfeldzug unterliegen und forderte die Spanische Grippe zwischen 1918 und 1920 weitaus mehr Todesopfer als der vorangegangene Erste Weltkrieg.<sup>1</sup>

Auch heute ist die Bedrohung durch übertragbare Krankheiten ungebrochen. Hygienische Zustände und die medizinischen Behandlungsmöglichkeiten haben sich zwar erheblich verbessert, doch treffen neuartige Viren auch heutzutage auf eine Menschheit, die mangels einschlägiger Immunisierung zunächst weitgehend schutzlos ist: ein Problem, das sich vorerst nicht wird lösen lassen. Wenn eine neue Viruskrankheit auftritt, muss der Virus zunächst erforscht werden, ein Impfstoff entwickelt und auf die Ärzte verteilt werden; sodann müssen Massimpfungen erfolgen und der Eintritt der Immunität abgewartet werden. Die letzte Influenza-Pandemie lag Jahrzehnte zurück – SARS und Vogelgrippe hingegen nur wenige Jahre – als während der Vorbereitungen zu dieser Tagung im Juni 2009 die Weltgesundheitsorganisation (WHO) anlässlich der so genannten Schweinegrippe die höchste Pandemiealarmstufe ausrief, was bekanntermaßen vor allem bei Medizinern auf Kritik stieß. Wie dem auch immer sei, es ist sicher, dass auch bei einem endgültigen Rückgang der Schweinegrippe<sup>2</sup> die nächste Pandemie lediglich eine Frage der Zeit ist: Nach der Pandemie ist vor der Pandemie. Deshalb bezieht sich der Titel der Tagung und dieses Bandes nicht auf die rechtliche Herausforderung *einer* Pandemie, sondern von Pandemien.

- 1 Zur Seuchengeschichte siehe *Vasold*, Grippe, Pest und Cholera. Eine Geschichte der Seuchen in Europa, 2008; *J. M. Barry*, The Great Influenza, 2004.
- 2 Die Schweinegrippe ist in Deutschland nicht mit dem Winter 2009/2010 verschwunden. Vielmehr tauchten im Dezember 2010 erneut Schweinegrippe-Infektionen am Menschen auf, weshalb teilweise mit einer entsprechenden Grippewelle für 2011 gerechnet wird (s. Tagesspiegel vom 05.01.2011, S. 21).

## B. Begrifflichkeiten

In der Epidemiologie werden hoch ansteckende Infektionskrankheiten, die sich zeitlich begrenzt und weltweit verbreiten als Pandemien bezeichnet. Daneben stehen zwei weitere Seuchenarten: die Epidemie als ein sowohl räumlich als auch zeitlich begrenzter Ausbruch einer Infektionskrankheit und die Endemie, die eine örtlich begrenzt auftretende, sich über einen langen Zeitraum hinweg ausbreitende Seuche bezeichnet. Der Begriff der Pandemie dürfte angesichts der intensiven Berichterstattung, nicht nur über die Schweinegrippe, als in den allgemeinen Sprachgebrauch eingeführter Begriff gelten. Während der Terminus in der Pandemievorsorge, d. h. der Vorbereitung auf die Pandemiebekämpfung<sup>3</sup>, durch die Pandemiepläne<sup>4</sup> allgegenwärtig ist, hat er in das deutsche materielle Recht bislang hingegen kaum Eingang gefunden. Dies ist etwa anders im Schweizerischen Recht, das eine spezifische Rechtsverordnung über Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung kennt und Pandemien definiert.<sup>5</sup> Weder das Grundgesetz<sup>6</sup> noch die Bundesgesetze und die Mehrheit der Landesgesetze kennen hierzulande den Begriff der Pandemie. Das Grundgesetz operiert vielmehr mit der Seuchengefahr als Grundrechtsschranke<sup>7</sup>, die in der Kommentarliteratur als übertragbare medizinisch fassbare Massengefahr definiert wird.<sup>8</sup> Das Infektionsschutzgesetz<sup>9</sup> (IfSG) verwendet in seinen Begriffsbestimmungen lediglich die Begriffe Infektion als Aufnahme eines Krankheitserregers und seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus und übertragbare Krankheit, d. h. eine durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit.<sup>10</sup> Die – soweit ersichtlich – einzige Ausnahme bildet das Berliner Gesetz über den Öffentlichen Gesundheitsdienst (GDG Bln), das den Schutz der Bevölkerung vor Pandemien ausdrücklich als Aufgabe benennt, ohne dabei jedoch den Begriff der Pandemie zu bestimmen.<sup>11</sup> Aus Sicht des Katastrophen-

3 Zum Begriff *Kloepfer/Deye*, DVBl. 2009, 1208 (1212).

4 Zur Rechtsnatur siehe *Kloepfer/Deye*, DVBl. 2009, 1208 (1215).

5 Rechtsverordnung über die Maßnahmen zur Bekämpfung einer Influenza-Pandemie v. 27.4.2005, AS 2005, 2137.

6 Es operiert vielmehr mit dem umfassenderen Begriff der Seuchengefahr, vgl. sog. Seuchenvorbehalte in Art. 11 Abs. 2, 13 Abs. 7 GG, dazu *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, 56. Ergänzungslieferung (2009), Art. 11 Rn. 144 ff.

7 Einen sog. Seuchenvorbehalt enthalten Art. 11 Abs. 2 GG und Art. 13 Abs. 7 GG.

8 So etwa bei *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, 56. Ergänzungslieferung (2009), Art. 11 Rn. 144 ff.

9 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten v. 20.7.2000, BGBl. I, 1045, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 13.12.2007, BGBl. I, 2904.

10 Vgl. § 2 Nr. 2, 3 IfSG.

11 §§ 1 Abs. 3 Nr. 4 a); 9 Abs. 1 GDG Bln.

rechts wäre die Definition aus der Epidemiologie, die sich lediglich auf die zeitlich-räumliche Dimension der Ausbreitung einer Infektionskrankheit fokussiert, zu ergänzen. Eine Pandemie kann als eine Katastrophe betrachtet werden, wenn sie innerhalb der Bevölkerung eine hohe Morbidität und Mortalität verursacht, ihre Folgen u. a. auch die lebensnotwendige Versorgung der Bevölkerung gefährdet sowie die für die Bekämpfung zuständigen staatlichen Stellen und sonstigen Mitwirkenden überfordert.<sup>12</sup> Sind diese vorgenannten Merkmale erfüllt, stellt die Pandemie eine Großschadenslage dar, für deren Bekämpfung es der Strukturen des Krisenmanagements und des Katastrophenschutzes<sup>13</sup> bedarf.<sup>14</sup>

Dass der Terminus ‚Pandemie‘ im deutschen Recht – abgesehen von der benannten Ausnahme – nicht zu finden ist, bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber diese Gefahrenart nicht im Blick hat. Vielmehr könnte es schlichtweg am Bedarf einer expliziten Erwähnung fehlen. Denn Vorschriften, die den Schutz vor Infektionskrankheiten zum Regelungsgegenstand haben, erfassen notwendigerweise Infektionskrankheiten, die sich weltweit – mithin auch in Deutschland – ausbreiten könnten. Die Aufgaben des Öffentlichen Gesundheitsdienstes erstrecken sich auch auf die Pandemievorsorge und -bekämpfung; der Anwendungsbereich des IfSG ist somit gerade im Falle von Pandemien eröffnet. Dass der Bundesgesetzgeber dieses infektionsbiologische Phänomen keineswegs übersehen hat, belegt etwa eine Regelung im IfSG, wonach für den Fall einer sich voraussichtlich epidemisch verbreitenden Infektionskrankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen eine Rechtsverordnungsermächtigung existiert.<sup>15</sup>

### C. Internationale Aspekte der Pandemievorsorge und -bekämpfung

Infektionskrankheiten kennen keine Grenzen. Die Regierungen müssen deshalb auch gesundheitliche Gefahrenlagen außerhalb der eigenen Staatsgrenzen im Blick behalten. Denn Infektionskrankheiten können sich – in Abhängigkeit von ihrer Ausbreitungsdynamik – auf die eigene Bevölkerung übertragen, in ihr ausbreiten und je nach Schwere ihrer Verlaufsform mit einer hohen Erkrankungsrate und hohen Anzahl an Todesfällen einhergehen. Nicht zuletzt können sich Infektionskrankheiten negativ auf die Wirtschaft, insbesondere den Handel auswirken. Diese möglichen Folgen geben Anlass, die Verhütung der Ausbreitung und die

12 *Kloepfer/Deye*, DVBl. 2009, 1208 (1209).

13 Zum Katastrophenrecht siehe *Kloepfer*, VerwArch 98 (2007), 163 ff.; *ders.* (Hrsg.), *Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven*, 2008.

14 Vgl. Merkmale einer Influenzapandemie im Nationalen Pandemieplan, Teil I, S. 2 f.

15 Vgl. § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG. Auf Grundlage dieser Rechtsverordnung könnten zwangsweise Impfungen und spezifische Prophylaxemaßnahmen angeordnet werden.

Bekämpfung grenzüberschreitender Krankheiten auf internationaler Ebene zu regeln. Den Rahmen hierfür bilden die Internationalen Gesundheitsvorschriften (IGV), deren Fassung aus dem Jahr 1969 vor dem Erfahrungshintergrund eines zu geringen Handlungsspielraums, insbesondere im Fall SARS einer Revision<sup>16</sup> unterzogen und 2005 von der Weltgesundheitsversammlung verabschiedet wurden.<sup>17</sup> Damit wurde der Versuch unternommen, den globalen Gesundheitsgefahren im Einklang mit dem Gesundheitsschutz der Weltbevölkerung einerseits und dem internationalen Verkehr und Handel andererseits vorzuzorgen und Gesundheitsgefahren zu bekämpfen (Art. 2 IGV).<sup>18</sup> Die IGV verpflichten die Vertragsstaaten der WHO insoweit zur Pandemievorsorge, als sie zur Erarbeitung und Fortschreibung eines nationalen Pandemieplans verpflichtet sind.<sup>19</sup> Vorbild hierfür kann der „global influenza preparedness plan“ der WHO sein, der zuletzt 2009 aktualisiert wurde. Dabei wurde insbesondere das Phasenmodell des Verlaufes einer Influenzapandemie so verändert, dass das Auslösen des Pandemiealarms von dem Kriterium der Anzahl betroffener Länder einer WHO-Region abhängt. Unbestreitbar liegt der Vorteil dieses äußeren Merkmals in seiner relativ einfachen Verifizierbarkeit. Dennoch erscheint diese Vereinfachung überarbeitungswürdig zu sein. Bleibt die konkrete Gefährlichkeit eines Virus bei der Lagebewertung außer Betracht, kann ein Pandemiealarm trotz weitgehend milden Verlaufs in der Zukunft eine „Pandemiemüdigkeit“ der Bevölkerung verursachen und eines der Anliegen des Katastrophenschutzes, nämlich die Förderung der Selbsthilfe, durch Abstumpfungsprozesse Schaden nehmen.<sup>20</sup>

Da es in der Vergangenheit an Informationen als Grundvoraussetzung für Maßnahmen zur Eindämmung grassierender Infektionskrankheiten fehlte, liegt der Kern der IGV-Neuregelung in der Verpflichtung betroffener WHO-Vertragsstaaten, Ereignisse mit einer Gefahr für die öffentliche Gesundheit innerhalb von 24 Stunden über die nationale IGV-Anlaufstelle<sup>21</sup> an die WHO zu

- 16 Zur Entwicklung der IGV vgl. *Fidler/Gostin*, in: *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 34, Issue 1 (2006), pp. 85.
- 17 Die Vorschriften traten für die Vertragsstaaten der Weltgesundheitsorganisation (WHO) automatisch und völkerrechtlich verbindlich 2007 in Kraft; in nationales Recht wurden sie durch das Gesetz zu den Internationalen Gesundheitsvorschriften (IGVG) v. 23.5.2005, BGBl. 2007 II S. 930 transformiert; s. Übersetzung der IGV in: BGBl. 2007 II, S. 935 ff.
- 18 *Gostin*, *JAMA*, Vol. 301 (2009), No. 22, p. 2376.
- 19 Anlage I, A VI g) IGV (2005).
- 20 Daran anknüpfend sollte das automatische In-Gang-Setzen der Impfstoffherstellung nach einem Pandemiealarm überdacht und beide Entscheidungen entkoppelt werden, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, nur im Sinne pharmazeutischer Unternehmen und nicht im Interesse der Bevölkerung zu agieren.
- 21 Nationale IGV-Anlaufstelle i.S. des Art. 4 Abs. 1 IGV ist das Lagezentrum des Bundesministeriums des Innern, Art. 2 S. 1 IGVG. Die Meldung erfolgt durch das Robert Koch-Institut gem. § 12 I 2 IfSG.

melden und umfassend über die Lage zu informieren.<sup>22</sup> Problematisch stellt sich diese Verpflichtung insbesondere im Hinblick auf Dritte-Welt-Staaten dar, denen es bereits an der notwendigen Infrastruktur für ein Gesundheitswesen und die Surveillance fehlt.<sup>23</sup>

Auf der Grundlage gemeldeter Ereignisse entscheidet die Generaldirektion der WHO, ob eine gesundheitliche Notlage besteht, z. B. die Pandemie-Alarmstufe<sup>24</sup> heraufgesetzt wird und gegebenenfalls welche Empfehlungen<sup>25</sup> für Gesundheitsmaßnahmen ausgesprochen werden. Mexiko ist nach dem Ausbruch der Influenza A(H1N1) seiner Informationspflicht umgehend nachgekommen. In Anbetracht der zu erwartenden, unter Umständen diskriminierenden Reaktionen anderer Staaten auf eine Meldung ist dies allerdings nicht selbstverständlich<sup>26</sup>, zumal eine Verletzung dieser Informationspflicht keine Sanktionen nach sich zieht. Dies gilt im Übrigen auch für die Missachtung von Empfehlungen.<sup>27</sup>

Dass es den IGV an Maßnahmen zur Durchsetzung ihrer Regelungsgehalte mangelt, lässt an ihrem Wert für die Praxis zweifeln. Es lässt sich außerdem kritisieren, dass die WHO nicht befugt ist, in die betroffenen Staaten Beobachter zu entsenden. Wird der die Infektionskrankheit verursachende Virus nicht zur Verfügung gestellt und eine Einreise nicht freiwillig ermöglicht, kann der Virus nicht genetisch analysiert, adäquate medizinische Heilbehandlungen nicht in Erfahrung gebracht und auch kein Impfstoff hergestellt werden. Eine effektive Pandemiebekämpfung bzw. Pandemieeindämmung wäre nicht möglich.

Ebenso wenig existieren völkerrechtliche Regelungen über die Unterstützung betroffener Staaten für den Pandemiefall. Nicht zuletzt zeigte sich fehlende internationale Solidarität in den teilweise diskriminierenden Maßnahmen gegenüber Menschen aus dem Ursprungsland der Schweinegrippe und im Wettlauf der Nationen um Impfstoffressourcen. In Asien besteht ein erhöhtes Risiko für das Auftreten eines Virus pandemischen Potentials, zugleich fehlt es an Vorräten an-

- 22 Vgl. Art. 6 Abs. 1 IGV. Über erhaltene Meldungen informiert die WHO ihre Mitgliedstaaten im Rahmen des Programms „Epidemic and Pandemic Alert and Response“ (EPR). Teil des EPR ist das „Global Outbreak Alert and Response Network“ (GOARN), das aus weltweit agierenden Institutionen und Netzwerken besteht, die Erreger identifizieren, Krankheitsausbrüche bestätigen und bekämpfen.
- 23 *Gostin*, JAMA, Vol. 301 (2009), No. 22, p. 2377.
- 24 Hierzu der Beitrag von *Haas*, in diesem Band, S. 45 ff.
- 25 Art. 15 IGV.
- 26 Die Meldung Mexikos hatte u. a. zur Folge, dass etwa 70 Mexikaner ohne Grippesymptome und – soweit ersichtlich unter Verstoß gegen Art. 30 ff. IGV – in China auf eine Isolierstation verbracht wurden, vgl. F.A.Z. v. 5.5.2009, S. 7; krit. zu den Reisebeschränkungen und zu irrationalem, diskriminierendem Handeln von Staaten im Pandemiefall *Gostin*, in: JAMA, Vol. 301 (2009), No. 22, p. 2378.
- 27 Empfehlungen dieser Art sind rechtlich unverbindlich, so *Kunig* in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, 4. Aufl. (2007), Rn. 167 f.

tiviraler Medikamente, ganz zu schweigen von der Möglichkeit, entsprechende Impfstoffe herzustellen. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung Indonesiens zu bewerten, die genetische Analyse des H5N1-Virus nicht zu veröffentlichen. Indonesien befürchtete, Industrienationen würden Impfstoffe herstellen und patentieren lassen, die es selbst mangels finanzieller Mittel nicht hätte zum Schutz der eigenen Bevölkerung erwerben können. Obwohl der Zugang zu Virusstämmen der Schlüssel zu Impfstoffen und somit zum Schutz der Bevölkerung darstellt, vermitteln die IGV der WHO nicht die Autorität, derartige Konflikte beizulegen.<sup>28</sup> Um Probleme globaler Gesundheit zu lösen, sind Regeln internationalen Rechts unerlässlich, welches Staaten zur Unterstützung von Dritte-Welt-Ländern bei der Versorgung mit Medikamenten und Impfstoffen anhalten. Die Fragen globaler Gesundheit, die zugleich solche einer globalen Verteilungsgerechtigkeit sind, nehmen dabei einen bedeutsamen politischen Stellenwert ein.<sup>29</sup> Aber auch ohne die notwendigen normativen Regelungen erfordert zumindest ein „ethischer Imperativ“<sup>30</sup> die Unterstützung dieser Staaten.

## D. Pandemievorsorge auf Europäischer Ebene

Die Pandemievorsorge auf der Europäischen Ebene wurde insbesondere durch die Entscheidungen für die Errichtung eines Netzes für die epidemiologische Überwachung von Infektionskrankheiten<sup>31</sup> und ein Frühwarn- und Reaktionssystem zur Überwachung und Kontrolle übertragbarer Krankheiten<sup>32</sup> vorangetrieben. Der nächste Schritt führte zur Gründung des Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (European Center for Disease Prevention and Control, ECDC) im Jahr 2005.<sup>33</sup> Seine Aufgaben bestehen darin, mit übertragbaren Krankheiten einhergehende Gesundheitsrisiken für die Bevöl-

28 *Gostin*, JAMA, Vol. 301 (2009), No. 22, p. 2377.

29 Dazu am Beispiel knapper Impfstoffe *Gostin/Berkman*, Administration Law Review, Vol. 59 (2007), p. 121 (128 f.)

30 So *Gostin*, Emory International Law Review, Vol. 22 (2008), p. 35 (43).

31 Entscheidung Nr. 2119/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.9.1998 über die Schaffung eines Netzes für die epidemiologische Überwachung und die Kontrolle übertragbarer Krankheiten in der Gemeinschaft, ABIEG Nr. L 268 S. 1.

32 Entscheidung Nr. 2000/57/EG der Kommission v. 22.12.1999 über ein Frühwarn- und Reaktionssystem für die Überwachung und die Kontrolle übertragbarer Krankheiten gem. der Entscheidung Nr. 2119/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABIEG Nr. L 21, S. 32.

33 Verordnung (EG) Nr. 851/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Errichtung eines Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten, ABIEG L 142, S. 1; [<http://ecdc.europa.eu/en>], zuletzt abgerufen am 1.9.2009.

kerung zu ermitteln, zu bewerten und über diese zu informieren. Zudem erforscht es Krankheiten unbekanntem Ursprungs mit dem Potential, sich auch auf das Gebiet der Europäischen Gemeinschaft ausbreiten zu können. Um diese Aufgaben leisten zu können, wurde – wie mit der vorbezeichneten Entscheidung beschlossen – ein europaweites, integriertes Surveillance-Netzwerk aufgebaut.<sup>34</sup> Seine Funktionsfähigkeit hängt maßgeblich von der Bereitstellung notwendiger wissenschaftlicher wie technischer Daten durch die Mitgliedstaaten ab, die insofern Mitwirkungspflichten<sup>35</sup> treffen. Ein weiteres Aufgabenfeld betrifft die Unterstützung internationaler Organisationen wie die WHO und von Mitgliedstaaten der EU bei der Planung ihrer Maßnahmen gegen Infektionskrankheiten. Es stellt darüber hinaus Forscherteams bereit, die Ausbrüche von Infektionskrankheiten sowohl innerhalb als auch außerhalb der Gemeinschaft untersuchen. Aufbauend auf dem Phasenmodell der WHO verfügt auch die EU über einen Bereitschafts- und Reaktionsplan für eine Influenzapandemie, der Maßnahmen der EU festlegt und solche für die Mitgliedsstaaten empfiehlt.<sup>36</sup> In Anbetracht ihrer Kompetenzen<sup>37</sup> kommt der Europäischen Union insgesamt allerdings vorwiegend „nur“ die Rolle einer Beratungs- und Koordinierungsstelle zu.

## E. Pandemievorsorge und -bekämpfung als Aufgabe des Staates

Obschon notwendigerweise im Hinblick auf globale Gesundheitsgefahren Abstimmungsprozesse auf internationaler und europäischer Ebene stattfinden, bleibt der konkrete gesundheitliche Schutz einer Bevölkerung zuvörderst Aufgabe jedes einzelnen Staates<sup>38</sup>. Er ist nicht nur essentiell für den Bestand eines Staates, sondern auch Grundvoraussetzung für den inneren Frieden einer Gesellschaft, für die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Volkswirtschaft. Pandemien

- 34 Für die europaweite Grippe-Überwachung gründete die EU 1996 das European Influenza Surveillance Scheme (EISS), [<http://www.eiss.org>], zuletzt abgerufen am 17.3.2010.
- 35 Vgl. Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 851/2004.
- 36 Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen v. 28.11.2005 über die Bereitschafts- und Reaktionsplanung der Europäischen Gemeinschaft mit Blick auf eine Influenzapandemie, KOM(2005) 607 endg. Die Kompetenz zum Erlass von Empfehlungen ergibt sich aus Art. 168 Abs. 6 AEUV (ex-Artikel 152 EGV).
- 37 Vgl. Art. 6 a) AEUV (Gesundheitsschutz als Maßnahme mit europäischer Zielsetzung), Art. 4 Abs. 2 k) AEUV (geteilte Zuständigkeit für gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit hinsichtlich der im AEUV, insbesondere in Art. 168 (ex-Art. 152 EGV) genannten Aspekte).
- 38 Zum Schutz vor Seuchen als überragendes Gemeinschaftsgut VGH München, NJW 1988, 2318 (2320).

bedrohen die Gesundheit der Bevölkerung, mitunter das Leben eines jeden Einzelnen. Nicht zuletzt können Pandemien die innere Sicherheit eines Staates erschüttern, wenn sie sich zu Katastrophen entwickeln.<sup>39</sup>

Ein Instrument, dem entgegenzuwirken, bietet auf nationaler Ebene das Infektionsschutzrecht mit seinen Maßnahmen<sup>40</sup> gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen, mithin auch gegen Pandemien. Sie unterliegen nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes.<sup>41</sup> Von diesem Kompetenztitel hat der Bund mit dem Erlass des IfSG Gebrauch gemacht. Die Ausführung des IfSG obliegt gemäß Art. 83 GG den Ländern als eigene Angelegenheit. Dem Robert Koch-Institut, eine selbstständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit, kommt im Gefüge der Infektionsschutzverwaltung – selbst im Pandemiefall – freilich nur eine beratende und koordinierende Funktion zu.<sup>42</sup> Flankiert wird das Infektionsschutzrecht durch die Pandemieplanung<sup>43</sup> als ein Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung<sup>44</sup>, das sich auf der Ebene des Bundes genauso wiederfindet wie auf Länder- und Kommunalebene. Sie ist ein kontinuierlicher Prozess, der eine fortlaufende Überprüfung der Strategien anhand des Lagebildes und wissenschaftlicher Erkenntnisse bedeutet.

Wie jüngst die Neue Influenza verdeutlichte, genügen weder die entsprechende Verwaltungsstruktur und die Befugnisse nach dem IfSG noch die influenzierende Pandemieplanung, um den Herausforderungen einer länderübergreifenden, grassierenden Infektionskrankheit gerecht zu werden. Denn obwohl die befürchteten Folgen<sup>45</sup> einer sich weltweit verbreitenden Infektionskrankheit aufgrund des milden Verlaufs der Schweinegrippe ausblieben, kann sie dennoch angesichts krisenkommunikativer wie organisatorischer Defizite, die sie zutage förderte, nur als weiterer Probelauf für die staatliche Pandemievorsorge und -bekämpfung begriffen werden. Im zukünftigen Pandemiefall kann die Zahl der Todesopfer gleichwohl hoch, das gesundheitliche Versorgungssystem überfordert, medizinische Ressourcen knapp sein. Der infektionsbedingte Personalmangel<sup>46</sup> kann vor allem einen Kaskadeneffekt verursachen, der die Funktionsfähig-

39 Nach *Götz* stellt der Katastrophenschutz einen Bereich der inneren Sicherheit dar, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdBStR IV*, 3. Aufl. 2006, § 85 Rn. 6.

40 Zu den Befugnissen im Infektionsschutzrecht siehe *Rixen*, in diesem Band, S. 67 ff.

41 Ausführlich zur Zuständigkeitsverteilung im Infektionsschutzrecht siehe *Walus*, in: *DÖV* 2010, 127 (128 f.)

42 Vgl. § 4 Abs. 1 S. 4, 5 IfSG; krit. *Walus*, *DÖV* 2010, 127 (131 ff.).

43 Hierzu der Beitrag von *Haas*, in diesem Band, S. 45 ff.

44 Zur Rechtsnatur des Nationalen Pandemieplans *Kloepfer/Deye*, *DVBl.* 2009, 1208 (1215).

45 Hierzu der Beitrag von *Dombrowsky*, in diesem Band, S. 33 ff.

46 Zu den arbeitsrechtlichen Implikationen von Pandemien vgl. *Stüeck*, *MDR* 2009, 1209 ff.; *Schmidt/Novara*, *DB* 2009, 1817 ff.

keit Kritischer Infrastrukturen – deren Schutz Thema der vorangegangenen Tagung<sup>47</sup> des Forschungszentrums Katastrophenrecht war – beeinträchtigt und das öffentliche Leben nahezu zum Erliegen bringt. Wenn es stimmt, dass nach der Pandemie immer vor der Pandemie ist, wird umso klarer, dass Katastrophenschutz sowie Infektionsvorsorge und -bekämpfung ein nie endender Lernprozess ist. Dabei lernen die beteiligten Menschen (z. B. medizinisches Personal), aber auch Organisationen selbst (z. B. Krankenhäuser, Hilfsorganisationen) und insbesondere der Staat als Gewährleistungsverantwortlicher und als Schutzverpflichteter.

Zu dem Katastrophenlernen des Staates gehören gerade auch einschlägige Übungen. Folgerichtig haben der Bund und die Länder im Rahmen der Neuen Strategie zum Schutz der Bevölkerung den Bedarf für Übungen auf politisch-administrativer Ebene erkannt und 2007 die Länderübergreifende Krisenmanagementübung – kurz LÜKEX – zu Pandemien durchgeführt.<sup>48</sup>

Dass Bund und Länder Pandemien als bedrohliche Herausforderung begriffen haben, lässt sich auch daran ermesen, dass sie frühzeitig in den Wettstreit um die weltweit knappen Herstellungsressourcen für Impfstoff eingetreten sind, den nur wenige Industrienationen unter sich ausmachten. Am Ende dieses Wettlaufs stand der Abschluss eines – wenn auch umstrittenen<sup>49</sup> – Vertrages<sup>50</sup> über die Bereitstellung von Impfstoff im Pandemiefall zwischen Bund, Ländern und einem pharmazeutischen Unternehmen. Mit dem Vertragsabschluss entschied sich die Exekutive für die Wahrnehmung staatlicher Schutzpflichten, für den Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung i.S.v. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Die inzwischen aufgekommene Kritik, die wegen des (vermeintlich) zu viel bestellten Impfstoffs und der damit verbundenen Kosten<sup>51</sup> entbrannte, erscheint überzogen. Wäre kein Impfstoff bestellt worden und hätte sich die Schweinegrippe zu einem Pandemie-Szenario mit einer Erkrankungsrate von 30 % und ca. 100.000 Todesopfern entwickelt<sup>52</sup>, wäre die öffentliche Empörung vorhersehbar und auch ge-

47 *Kloepfer* (Hrsg.), *Schutz kritischer Infrastrukturen – IT und Energie*, 2010.

48 Dazu *Wagner*, in: *BBK et al.* (Hrsg.), *Notfall- und KatastrophenPharmazie II*, 2009, S. 519 ff.

49 Zu den vergabe- und beihilferechtlichen Bedenken gegen den Bereitstellungsvertrag *Bungenberg/Weyd*, DVBl. 2010, 363 ff.; zur Wirksamkeit der Haftungsübernahme des Staates gegenüber pharmazeutischen Unternehmen für Schadensersatzansprüche nach § 84 AMG im Falle von Schäden nach Massenimpfung gegen Schweinegrippe siehe *Wudy*, in: *PharmR* 2010, 56 ff.

50 Zu den Vertragsvereinbarungen vgl. Kl. Anfrage der Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/365 v. 23.12.2009.

51 Zum Streit über die Finanzierung der Massenimpfung gegen die Neue Influenza vgl. den Beitrag von *Sodan*, in diesem Band, S. 85 ff.

52 Nach einer Modellrechnung gilt dieses Szenario als am wahrscheinlichsten, vgl. Nationaler Pandemieplan, Teil III, Wissenschaftliche Zusammenhänge der Pandemieplanung in

rechtfertigt gewesen. Es gehört zum Wesen der Vorsorge, dass diese auch dann sinnvoll bleibt, wenn die Vorsorgemaßnahmen im konkreten Fall nicht zum Einsatz kommen (müssen). Die Anschaffung eines Feuerlöschers ist auch sinnvoll, wenn kein Feuer ausbricht. Das heißt für den konkreten Fall der Schweinegrippe: Lieber überflüssige Impfstoffe als überflüssige Todesfälle!

Die Bestellung von Impfstoff selbst ist exemplarisch für das größte Problem im Zusammenhang mit Pandemien: die Epidemiologie kennt keine festen Größen im Koordinatensystem der Pandemievorsorge und -bekämpfung; sie ist dynamisch, die Auswirkungen und Entwicklungen eines neuartigen Virus nicht hinreichend planbar. Dies zwingt den Staat zum Handeln im Ungewissen. Die Herausforderung des Staates, insbesondere der Gesundheitspolitik,<sup>53</sup> besteht daher in der Krisenkommunikation darin, der Bevölkerung nicht nur Erkenntnisse, sondern auch deren ungewissen Folgenabschätzungen zu vermitteln und ein „Denken in Wahrscheinlichkeiten“<sup>54</sup> zu befördern.

Richtet man den Blick von den Problemen praktischer Natur zu den rechtlichen Herausforderungen von Pandemien, wird deutlich, dass auch hier Nachholbedarf besteht. So entbrannte im Verlauf der Schweinegrippe zwischen Bund und den gesetzlichen Krankenkassen ein Streit über die Kostentragung für den Impfstoff.<sup>55</sup> Diesem schloss sich die sozialrechtliche Auseinandersetzung über die Kostentragung für die präventiv-medizinische Leistung der Verimpfung und die Sicherstellung der flächendeckenden Impfstoffversorgung an. Es ist zumindest bemerkenswert, dass der Abschluss des Bereitstellungsvertrages und der Beginn der Pandemieplanung Jahre zurückliegen, sich aufdrängende Fragen der Pandemiebekämpfung vorab jedoch nicht geklärt wurden. Eine weitere Herausforderung stellt die Auflösung des Grundkonflikts zwischen individuellen Freiheitsrechten und bevölkerungsbezogener Nutzenmaximierung dar, etwa wenn es um Maßnahmen wie Schulschließungen oder die ultima ratio des Impfwangs geht. Wenngleich sie bei der Neuen Influenza nicht zum Tragen kam, ist die Frage der Verteilung medizinischer Güter<sup>56</sup> wie Neuraminidasehemmer und Impfstoffe in Knappheitssituationen von so wesentlicher Bedeutung, dass sie von Verfassungen wegen durch das Parlament zu regeln ist.<sup>57</sup> Die Entscheidung für

Deutschland, Stand: Mai 2007, S. 22, Anhang zum Nationalen Pandemieplan, Stand: Mai 2007, S. 4.

53 Zur Pandemiebekämpfung in der deutschen Gesundheitspolitik *Knufmann-Happe*, in diesem Band, S. 21 ff.

54 F.A.S. v. 7.3.2010, S. 59.

55 Hierzu der Beitrag von *Sodan*, in diesem Band, S.85 ff.

56 Hierzu aus medizinischer Perspektive *Fuchs* und aus juristischer Perspektive *Taupitz*, in diesem Band, S. 97 f und S. 103 ff.

57 Vgl. zur Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG etwa BVerfGE 49, 89 (126); 61, 260 (275); 88, 103 (116); *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, HStR III, 2. Aufl. 1996, § 62, Rn. 41ff.

prioritär zu versorgende Personengruppen ist dabei abzugrenzen von der Grundsatzzdebatte über Rationierung und Rationalisierung im deutschen Gesundheitssystem.<sup>58</sup>

Schließlich darf die Bedeutung Privater für die Pandemievorsorge und -bekämpfung nicht vernachlässigt werden. Insbesondere Unternehmen, welche die Bevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern versorgen, stehen dabei im Fokus der Überlegungen. Ansätze eines Business Continuity Managements für den Pandemiefall sind erkennbar und werden seitens des Bundes fachlich begleitet<sup>59</sup> und teilweise durch gesetzliche Regelungen befördert.<sup>60</sup> Im Hinblick auf Kritische Infrastrukturen wird vereinzelt in Frage gestellt, ob die Entscheidung für eine betriebliche Pandemieplanung<sup>61</sup> und ihre Umsetzung in das Belieben des einzelnen Unternehmens gestellt werden sollte oder ob es einer staatlichen Beaufsichtigung bedürfte.<sup>62</sup>

## F. Fazit

Mit der Schweinegrippe sind die Herausforderungen von Pandemien für den Staat, aber auch seine Gesellschaft umso deutlicher geworden. Sie lediglich als Übung für den Ernstfall abzutun, wird ihrer Bedeutung für die Pandemievorsorge und Pandemiebekämpfung nicht gerecht. Es ist vielmehr angezeigt, die Pandemie nachzubereiten und offenbar gewordene Probleme im Sinne des Konzepts „lessons learned“ gewissenhaft anzugehen. Insbesondere sollte die Chance, konfliktträchtige Fragen in krisenfreien Zeiten durch Recht einer prospektiven Lösung zuzuführen, ergriffen und seitens des Gesetzgebers die Pflicht erfüllt werden, die Voraussetzung für eine rechtsstaatliche Lösung von Verteilungskonflikten zu schaffen. Während im Hinblick auf die Exekutive einerseits zu befürchten ist, dass der Mangel personeller Ressourcen insbesondere im Bereich des Öffentlichen Gesundheitsdienstes virulent bleiben wird, besteht andererseits Hoffnung, dass politische Entscheidungen wie etwa über die Impfstoffverträge zukünftig transparenter und unter Beachtung der Rechtsordnung getroffen werden. Aus Sicht der Naturwissenschaften besteht bis zur nächsten Pandemie die Herausfor-

58 *Seewald*, in: ders./Schoefer, *Zum Wert unserer Gesundheit - Der Arzt zwischen Rationierung und Rationalisierung*, 2008, S. 29 ff.

59 Siehe dazu *BBK et al. (Hrsg.), Handbuch Betriebliche Pandemieplanung*, 2007.

60 Beispielsweise eröffnet § 47 I Nr. 5 i.V. mit § 47 II AMG privatwirtschaftlichen Unternehmen nach Anerkennung als zentrale Beschaffungsstelle die Möglichkeit, antivirale Medikamente zur Postexpositions- und Langzeitprophylaxe für ihre Beschäftigten zu bevorraten.

61 Hierzu der Beitrag von *Grimm* in diesem Band, S. 55 ff.

62 So etwa *Popp*, *Notfallvorsorge* 3/2008, S. 12.

derung in der Entwicklung eines Universalimpfstoffs als „Allheilmittel“ der Pandemievorsorge. Selbst wenn dieses Desiderat heute noch als unlösbar erscheinen mag, muss an seiner Realisierung weiter gearbeitet werden.