Was wir von Gütersloh für das Ordnungsrecht lernen können

Christoph Gusy

24.06.2020 doi: 10.17176/20200625-004131-0

Infektionsschutzrecht ist Sonderordnungsrecht. Aber dessen etablierte Kriterien passen auf Pandemien nicht immer gut. Jedenfalls das allgemeine Ordnungsrecht geht von einem Dreiklang der Einschreitensvoraussetzungen aus: hinreichende Sachkenntnis der Behörde im Handlungszeitpunkt; hinreichende Erkennbarkeit der Kausalverläufe von der Verursachung zur Gefahr; hinreichende Erkennbarkeit des drohenden Schadens. Auf dieser Grundlage teilt sich die Welt in gefährliche und ungefährliche Lagen, Verantwortliche und Nichtverantwortliche, zur Gefahrenabwehr geeignete und ungeeignete Maßnahmen. Zwar sind jene Gewissheiten im Sonderordnungsrecht vor dem Hintergrund der Risikodebatten namentlich im Technikrecht partiell in Auflösung, aber dort bleiben Handelnde, Experten und Adressaten behördlicher Maßnahmen noch weithin unter sich. Das alles ist im Infektionsschutzrecht partiell anders.

Neue Einsichten - neue Fragen

Infektionen sind anders als andere Katastrophen. Eine Überschwemmung, einen Flugzeugabsturz oder ein schweres Eisenbahnunglück kann man sehen – vor Ort oder im Fernsehen. Das ist bei Infektionen schwieriger: Kranke Menschen, Patienten auf Intensivstationen oder Sterbende gibt es jeden Tag, sie sind nur nicht jeden Tag in den Medien. Hier sind sie wegen ihrer Zahl und der Krankheitsursachen. Doch bleiben diese abstrakt und also solche kaum sichtbar, sind deutungs- und erklärungsbedürftig. Die Pandemie als Katastrophe entsteht erst im Kopf, als Folge von Informationen und ihrer Bewertung durch Experten und Medien. Katastrophen erschüttern Sicherheit und Sicherheitsgefühl. Bei Pandemien überwiegt vielleicht eher letzteres, solange man nicht selbst betroffen ist. Die Betroffenheit ist hier in besonderer Weise eine Frage des Wissens, der Überzeugung und des Vertrauens in diese. Wer Politiker und Medien für Lügner hält, für den ist die Katastrophe nicht da. Denn es fehlt die Evidenz.

Das macht die Lage für Experten, Medien, Verwaltungen und Politiker nicht leichter – im Gegenteil: Es gibt bekannte und neue, noch (partiell) unbekannte Pandemien. Und deshalb gibt es solche, für deren Abwehr ein „Drehbuch“ besteht, und solche, für die das nicht der Fall ist. Covid-19 zählt zu letzteren. Vor sechs Monaten wussten wir nichts, und jetzt wissen wir noch lange nicht alles. Und was wir wissen, ist neu und vorläufig, fehleranfällig und korrekturbedürftig. Ein etablierter „Stand der Wissenschaft“ existiert nicht. Schon die virologischen und epidemiologischen Grundlagen sind noch Gegenstände der Forschung: Wer wen wann ansteckt, wer die Risikogruppen sind, wer besonders schwere Verläufe mit Aufenthalt auf der Intensivstation und Beatmung zu erwarten hat, wird allmählich erkennbarer, ist aber noch lange nicht erkannt. Das gilt auch für Infektionswege und -verläufe: Wo gestern alles ruhig war, können heute Hotspots auftreten. Gewiss: Pflegeheime, Massenunterkünfte und Schlachthöfe sind besonders anfällig, aber wo und warum? Und dann gibt es noch die mittelbaren Folgen des Virus und seiner Bekämpfung auf das soziale, wirtschaftliche und kulturelle Leben. Auch hier ändern sich Relevanzen, Präferenzen und Handlungsoptionen sowie -zwänge mindestens wöchentlich.

Kontinuitäten und Entwicklungen

Kurz: Es fehlen fast die etablierten Kriterien des Ordnungsrechts, oder sie sind erst zu einem Zeitpunkt erkennbar, in dem die Gefahr sich realisiert hat. Pandemien ohne Drehbuch brauchen andere Kriterien, nur

welche? Am Anfang steht die Frage nach der Handlungsebene – Zentralität oder Dezentralität, Einheitlichkeit oder Flickenteppich? Gütersloh zeigt einen Vorteil der Dezentralität: Was nur an wenigen Orten auftritt, sollte auch dort gemanagt werden. Das gilt jedenfalls, solange die Akteure vor Ort keine Blockademacht haben, also notwendige Maßnahmen verhindern oder unterlaufen können. Ob das in Gütersloh, Coesfeld oder Oer-Erkenschwick (frühere Ausbruchsorte in Schlachthöfen) der Fall ist, kann hier nicht beurteilt werden. Aber jedenfalls für NRW traf das nicht zu. Dezentralität kann auch ein Vorteil sein, solange jeder Bürger weiß, welche Regelung für ihn gilt. Ob dies anderswo anders ist, ist daneben zweitrangig. Umgekehrt gilt natürlich auch: Was überall gleich ist und nicht ortsgebunden (bekanntlich macht das Virus nicht an Kreisgrenzen halt), kann und sollte überörtlich bekämpft werden.

Und das materielle Recht? Hier verzichten die Befugnisnormen des Infektionsschutzgesetzes auf die etablierten Kriterien des Ordnungsrechts. Wer infiziert ist und wer nicht, steht nicht am Anfang fest, sondern ist Ergebnis z.T. aufwändiger Tests. Und wer (noch) nicht infiziert ist, kann Überträger sein oder Gelegenheit für Übertragungsmöglichkeiten eröffnen, auch wenn er dies noch gar nicht weiß: Gastwirte, Sport- oder Konzertveranstalter sind ordnungsrechtlich Gefährdete und potentielle Zweckveranlasser zugleich. Und was sind die Handlungsoptionen? Seit sich die Lehre von den Schutzpflichten durchgesetzt hat, ist Nichtstun (wie vor 50 Jahren bei der Hongkonggrippe) keine rechtlich durchhaltbare und politische vermittelbare Alternative mehr. Was aber sind die Handlungsmöglichkeiten unter den Bedingungen des Nichtwissens und des fluiden Halbwissens? Hier versagt das Übermaßverbot: Eine konkrete Abwägung zwischen unterschiedlichen Alternativen ist kaum möglich, wo und wenn eine mögliche Gefahr für Leben und Gesundheit besteht. Deren Schutz kann jedenfalls zeitweise alle anderen Belange überwiegen. Und da die Unmittelbarkeit der Gefahr weder bewiesen noch widerlegt werden kann, ist im Entscheidungszeitpunkt Vorsicht besser als späte Einsicht.

Ordnungsrechtliche Kriterien laufen also partiell leer oder versagen – zum Schutz gefährdeter oder zum Schutz eingriffsbetroffener Personen. Konkret bedarf es anderer Maßstäbe, die in der Entwicklung sind:

– wissenschaftliche Begründbarkeit statt Bewiesenheit: Hier ist übrigens ein pluralistischer Erkenntnisstand die beste Gewähr gegen eine „Diktatur der Experten“;

– Erklärungen der entscheidungsbefugte Politiker, die sich hier nicht hinter den noch nicht bewiesenen Erkenntnisständen und Sachzwängen „alternativlos“ verstecken dürfen;

– öffentliche Diskussion in politisch und rechtlich zuständigen Kontrollgremien, welche nicht nur Erklärungs-, sondern auch Darstellungsleistungen erbringen können;

– Befristung der Maßnahmen mit dem Ziel, sie zeitnah auf ihre fortdauernde Berechtigung zu überprüfen;

– zeitnahe Anpassung getroffener Maßnahmen an geänderte Erkenntnisse.

Lernendes Recht

Das sind Erkenntnisse, die partiell dem Ordnungsrecht entstammen, partiell darüber hinausgehen. Folgefragen werden sich später vor allem bei den Entschädigungspflichten stellen: Einerseits können die etablierten Differenzierungen des Ordnungsrechts nicht einfach übertragen werden. Andererseits wird es auch schwer vermittelbar, dass nachweisbar Infizierte Entschädigung für bestimmte Eingriffe erhalten, nachweisbar Nicht-Infizierte nicht. Das zeigt am besten: Wir sind nicht nur in der Situation lernender Virologie, sondern auch lernenden Rechts, lernender Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft. Und auch dieser Lernprozess steht noch am Anfang.

Neueste Literatur:

Die Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht hat dem Thema ein aktuelles Heft gewidmet (15.6.2020, Heft 3/2020) mit Beiträgen von Trute, Gusy, Gärditz/ Abdulsalam und Kuhlmann.

AUTOR*IN

Christoph Gusy
Christoph Gusy ist Professor für Öffentliches Recht, Staatslehre und Verfassungsgeschichte an der Universität Bielefeld.

EMPFOHLENE ZITATION

Gusy, Christoph: Was wir von Gütersloh für das Ordnungsrecht lernen können, Verfassungsblog, 24.06.2020, doi: 10.17176/20200625-004131-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20200625-004131-0.