an denen die Kompatibilität sowohl der Mittel und Wege als auch der Ziele mit den Verfassungsprinzipien geprüft werden könnte. Hier scheint es nun einen qualitativen Sprung gegenüber früheren Situationen zu geben: die rechtliche Intervention könnte bei rein medikalistischer Fokussierung im Bereich der Krankheit AIDS eine zerstörerische Eigendynamik und Sprengkraft entwickeln durch bisher ungeahnte Ausmaße von Stigmatisierung und Ausgrenzung. Sie könnte also mehr als in anderen Bereichen selbst zum Schadensfaktor werden und damit verfassungsrechtliche Prinzipien und den Rechtsgüterschutzgedanken konterkarieren.

Es gilt hier, was auch im Bereich des technischen Fortschritts allgemein gelten müßte: man darf nicht alles tun, was rein rechtlich betrachtet möglich wäre. Man muß umgekehrt bestimmte humane Freiräume und Intimsphären, die »Lebenswelt« rechtlich abschirmen, die eigengesetzlichen Gestaltungsräume von eindringender Übersteuerung geradezu freihalten.

Als konkrete Mittel erscheinen konsequent und epidemiologisch vertretbar: der Verzicht auf die Anwendung von Seuchen- und GeschlechtskrankhG, eine Ausweitung der Drittwirkung von Grundrechten (z. B. im Versicherungswesen und Arbeitsrecht) und die forschungspolitische Betonung und sozialrechtliche Beeinflussung der bisher unbeachteten »Ko-Faktoren«. Einiges von dem wäre z. B. durch ein Anti-Diskriminierungsgesetz oder ein spezifisches »AIDS-Gesetz« adäquat zu unterstützen. Solche Gesetze müßten jedenfalls als Voraussetzung für die faktische Wirksamkeit Absicherungen der materiellen Ressourcen beinhalten und ein Hauptaugenmerk auf die Gewährleistung unverrechtlichter psychosozialer Binnenbereiche richten.[35] Funktional und human wäre der freiwillige Verzicht des Staates auf direkte Machtausübung, z. B. durch die Finanzierung von Selbsthilfeorganisationen an Stelle der Ausdehnung des gesundheitsamtlichen Kontrollsystems.

Angesichts der eingangs skizzierten konträren Perspektive erscheint eine solche Vision allerdings illusionär – es sei denn, die sozialen Gegenkräfte lassen sich mobilisieren.

Barbara Breitbach/Michael Breitbach/Ulli F. H. Rühl
AIDS-Bekämpfung und Bundes-Seuchengesetz*

> »Versetzten sich die Juristen in den Naturzustand, um die Rechte und Gesetze in der reinen Theorie funktionieren zu lassen, so träumten die Regierenden vom Pestzustand, um die perfekten Disziplinen funktionieren zu lassen.«
>
> Michel Foucault, Überwachen und Strafen

I. Einleitung

Die Ausbreitung des HI-Virus hat seit einiger Zeit in den verschiedensten Bereichen der Rechtspraxis zu Auseinandersetzungen geführt.[1] Große Unsicherheiten wurden insbesondere auch erkennbar, ob und unter welchen Voraussetzungen seuchen-

35 Eine staatliche Schutzfunktion bei gleichzeitigem Rückzug aus der staatlichen Bevormundung wäre auch die Ausgabe von Einmal-Spritzbestecken für Fixer; so auch: Bruns, in: AIDS-Info-Dienst 1987, Nr. 20, S. 5.

* §§ ohne Gesetzesangaben sind solche des BSeuchG.

1 Zu *verfassungsrechtlichen* Problemen: BVerfG AIFO 1987, 521 ff. m. Anm. Gallwas, zur Popularklage gegen den bayer. Maßnahmenkatalog vgl. BayVerfGH, Beschluß v. 30. 7. 1987, Az: Vf 7-VII-87, n. v.; zur ärztlichen *Aufklärungspflicht* sowie zur *Einwilligung*: StA beim KG NJW 1987, 1495 ff. = AIFO

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

rechtliche Maßnahmen ergriffen werden können.[2] Dieser Debatte gilt hier das Interesse. Sie ist eingebettet in den Streit um ein umfassender angelegtes, effizientes gesundheitspolitisches Konzept der Aids-Bekämpfung. Während die bayerische Landesregierung (neben Gesetzesforderungen nach Einführung von Meldepflicht und Reihenuntersuchungen) den Einsatz der Instrumentarien des BSeuchG auf breiter Front forciert, kritisieren die Bundesregierung und die übrigen Landesregierungen diesen Weg als dysfunktional gegenüber Aufklärungs- und Beratungskonzepten; Problemgruppen würden so nur abtauchen und z. T. abwandern.[3] Die Anwendung des BSeuchG solle vielmehr nur die »Uneinsichtigen« im Einzelfall treffen.[4]

Im folgenden wollen wir die zentralen rechtlichen Voraussetzungen für die Anwendung des BSeuchG diskutieren, um die Einsatzmöglichkeiten des seuchenrechtlichen Instrumentariums bei der AIDS-Bekämpfung zu bestimmen. Seuchenrechtliche Maßnahmen sind stets an zwei Voraussetzungen gebunden. Sie müssen zur Abwehr der Übertragung einer Krankheit auf Menschen ergehen; deshalb ist zunächst (II.) zu klären, wann eine konkrete Übertragungsgefahr im Sinne des BSeuchG vorliegt. Sie dürfen grundsätzlich nur gegenüber dem seuchenrechtlich Verantwortlichen ergehen (dazu III.). Schließlich (IV.) soll knapp auf Grundsätze bei der Auswahl von Bekämpfungsmaßnahmen eingegangen werden, um den rechtlich gewährleisteten gesundheitspolitischen Handlungsspielraum der Gesundheitsbehörden im Rahmen des BSeuchG abzustecken. Welche Maßnahmen im Einzelfall zulässigerweise in Betracht gezogen werden können, ist durchweg von den Umständen des Einzelfalles, damit von dem Nachweis der konkreten Notwendigkeit einer Maßnahme im Sinne von § 34 Abs. 1 S. 1 abhängig und kann deshalb hier nicht weiter verfolgt werden; hierbei sind auch verfassungsrechtliche Anforderungen an die Erlaubtheit bestimmter Bekämpfungsmittel zu beachten.[5]

Zum einen haben die Strategien der Aids-Bekämpfung eine rechtliche Diskussion entfacht und so dem BSeuchG eine im Rahmen der üblichen Seuchenbekämpfung jedenfalls seit Bestehen der Bundesrepublik nicht registrierbare Publizität verschafft. Das beruht ganz offenbar auf der besonderen Qualität von Aids, nämlich

1987, 337 ff.; Teichner DMW 1987, 113 ff.; Eberbach AIFO 1987, 281 ff.; ders., NJW 1987, 1470 ff.; Laufs/Laufs NJW 1987, 2257, 2263; Janker NJW 1987, 2897 ff.; zur ärztlichen *Schweigepflicht:* Eberbach AIFO 1987, 281 ff.; für den Bereich des *Strafvollzugs:* Arloth MedR 1986, 295 ff.; Simitis AIFO 1986, 210 ff.; Gallwas AIFO 1986, 31, 38 f.; zum *Strafbarkeitsrisiko von Virusträgern:* AG München NJW 1987, 2314 = AIFO 1987, 409 ff.; LG München NJW 1987, 1495; LG Oldenburg zit. nach AIFO 1987, 501 f.; Bruns NJW 1987, 693 ff. und 2281 f.; Herzberg NJW 1987, 1481 ff. und 2283 f.; ders., JuS 1987, 777 ff.; zu den *ärztlichen Behandlungs- und Hilfeleistungspflichten:* Eberbach AIFO 1987, 281 ff.; ders., Rechtsprobleme der HTLV-Infektion (AIDS), 1986; Laufs/Laufs NJW 1987, 2257, 2262 f.; zu *miet- und arbeitsrechtlichen Fragen:* AG Berlin NZA 1987, 637 ff. = AIFO 1987, 526 ff.; Bruns MDR 1987, 353, 357; zu *gewerberechtlichen Fragen:* Lippstreu AIFO 1987, 469 ff.; zu *Schutzmaßnahmen im Strafvollzug:* LG Krefeld NStZ 1987, 140 und AG Bonn daselbst m. Anm. Eberbach; zu *Maßnahmen in Sonderrechtsverhältnissen* Sudhaus Der Vollzugsdienst H 6/1985, 2 ff.; H 1/1986, 1 ff.; Loschelder NJW 1987, 1467, 1469; Bender NJW 1987, 2903 ff.

2 Vgl. dazu folgende Beiträge: Gallwas AIFO 1986, 31 ff.; Rübsaamen AIFO 1987, 165 ff., 207 ff., 276 ff.; Loschelder NJW 1987, 1467 ff.; Bruns MDR 1987, 353 ff.; Seewald NJW 1987, 2265 ff.; der bayer. Maßnahmenkatalog v. 19. 5. 1987 ist abgedruckt in AIFO 1987, 346 ff. = Ministerialamtsblatt der Bayer. Inneren Verwaltung (MABl) 1987, S. 246; die Anwendung des Erlasses hat inzwischen zu ersten Rechtsmittelverfahren geführt; vgl. Bericht der Frankfurter Rundschau v. 28. 9. 1987 S. 18. Die Verfassungsmäßigkeit und seuchenrechtliche Vereinbarkeit des *bayerischen Maßnahmenkatalogs* kritisiert ausführlich G. Frankenberg, AIDS-Bekämpfung im Rechtsstaat, 1988. – Rspr.: VG München NJW 1987, 2322 f. (Auflage für Sauna).

3 So zuletzt für die Bundesregierung Prof. M. Steinbach, Zur Strategie der staatlichen AIDS-Bekämpfung, Vortrag auf dem Mannheimer Symposium am 20./21. 11. 87, erscheint demnächst im Tagungsband, hrsgg. v. B. Schünemann/G. Pfeiffer; die bayer. Linie ist dort von Gauweiler vorgetragen worden.

4 So Steinbach, Anm. 3.

5 Zur Verfassungsmäßigkeit einzelner Mittel vgl. G. Frankenberg, Anm. 2; ferner den Vortrag von W. R. Schenke in Mannheim, vgl. Anm. 3.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

dem derzeitigen Fehlen von Therapiemöglichkeiten sowie der engen Eingrenzbarkeit der Übertragungssituationen von Aids: Im Vordergrund stehen Intimkontakte und die Benutzung gemeinsamer Spritzenbestecke durch Drogenabhängige. Zum andern wird die Aids-Bekämpfung als epidemiologische Aufgabe der Prävention verknüpft mit sexual-, moral- und suchtpolitischen Forderungen und Motiven.[6] Das BSeuchG als tendenziell medizinisch-technisches Sicherheitsrecht gewinnt damit eine gesellschaftspolitische Dimension. Die Herausbildung des speziellen Seuchenrechts seit 1900 in Deutschland sowie insbesondere auch des Geschlechtskrankheitengesetzes von 1927 aus dem allgemeinen Polizeirecht[7] hatte den Sinn, gesundheitsrechtliche Gefahrenabwehr aus dem Dunstkreis sittenpolizeilicher Strategien zugunsten einer moralpolitisch entlasteten Gesundheitsfürsorge herauszulösen.[8] Seinen gesetzgeberischen Abschluß fand diese Entwicklung erst mit der Schaffung des BSeuchG von 1962: Mit der Einführung von Generalklauseln ist es zu einem Vorratsgesetz zur Verhütung und Bekämpfung aller, gerade auch erst neu auftretender übertragbarer Krankheiten erweitert und ist der Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht und damit die Mobilisierung des sittenpolizeilich aufladbaren Begriffes vom Schutz der öffentlichen Ordnung ausgeschlossen worden.[9]

Die bayerischen Maßnahmen provozieren nun nicht nur die Frage nach einem Rückfall in alte sittenpolizeiliche Praktiken. Sie lenken den Blick auch auf eine für das Gesundheitsrecht bislang neuartige Situation. Klassische seuchenrechtliche Bekämpfungsstrategien liefen auf die Identifizierung und Stillegung der Gefahrenquellen, getragen von einem individualmedizinischen Ansatz, hinaus[10] und waren von der Annahme geprägt, daß hoheitliche Erfassung wegen des generell vorauszusetzenden Unwissens Infizierter wie der von einer übertragbaren Krankheit Bedrohten plausibel und geboten ist. Es sind gerade die im Zuge der Aids-Bekämpfung neuartigen Präventionsmethoden massen- sowie gruppenspezifischer Aufklärungskampagnen, die zur Problematisierung des seuchenrechtlichen Instrumentariums klassischer Prägung geführt haben: Anders als bei übertragbaren Krankheiten, die z. T. durch Tröpfcheninfektionen nur schwer zu kontrollieren sind, ist hinsichtlich einer HIV-Infektion zu fragen, wie sich verantwortungsbewußtes Verhalten Infizierter auf die Gefahrenprognose auswirkt. Ferner ist zu untersuchen, welche Relevanz die Möglichkeit wirksamen Selbstschutzes bei der Zuweisung der Verantwortlichkeit besitzt.

6 Vgl. dazu nur Rosenbrock Blätter für deutsche und internationale Politik 9/1987, 1183 ff., zur *gesellschaftspolitischen* Bedeutung vgl. nur F. Rühmann, AIDS – Eine Krankheit und ihre Folgen, 1985; R. Rosenbrock, Aids kann schneller besiegt werden – Gesundheitspolitik am Beispiel einer Infektionskrankheit, 3. Aufl. 1987; ders., Soziale, medizinische und sozialwissenschaftliche Voraussetzungen der Prävention und Bekämpfung von Aids, 1987; vgl. auch Böllinger, in diesem Heft, S. 51; zur *Geschichte des Seuchenwesens* vgl. nur J. Ruffié/J. C. Sournia, Die Seuchen in der Geschichte der Menschheit, 1987; ferner R. P. Sieferle/H.-D. Heck, Lernen aus der Seuchengeschichte, in: bild der wissenschaft 1987, 84 ff.; zu *Machtstrategien in der Seuchenpolitik* vgl. nur M. Foucault, Überwachen und Strafen, 4. Aufl. 1981, S. 251 ff.

7 Vgl. zu dieser Entwicklung Schumacher/Meyn, BSeuchG, 2. Aufl. 1982, Einf. S. 2 ff.

8 Vgl. hierzu nur F. Rühmann, »Obwohl aus Unsittlichkeit geboren . . .«, in: pro familia magazin 4/1987, 22 ff.

9 Vgl. dazu im einzelnen V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 1985, Rz 93 ff.

10 Vgl. dazu nur Rosenbrock BlfdtuintPol 9/1987, 1183 ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

1. Gefahr und Verdacht

Hauptproblem seuchenrechtlicher Aids-Bekämpfung ist zunächst, auf welchen Sachverhalt hin Maßnahmen zur Ermittlung und/oder Bekämpfung ergriffen werden dürfen. Ausgangspunkt dafür ist, welche Gefahrenlage zur Anwendung des seuchenrechtlichen Instrumentariums vorliegen muß. Dogmatischer Anknüpfungspunkt ist § 2 mit seinen Attributen des Verdachts (krankheits-, ansteckungs- und ausscheidungsverdächtig), aber auch der Begriffe »krank« und »Ausscheider«; denn nur, wenn von ihnen eine *Übertragungsgefahr* im Sinne von § 1 ausgeht, sind sie taugliche Anknüpfungspunkte für seuchenrechtliche Maßnahmen gem. § 31 und § 34.[11] Von der juristischen Fassung der Gefahren- und Verdachtstatbestände hängt ab, welche legalen Handlungsmöglichkeiten den zuständigen Behörden zukommen.[12] Grundsätzlich geht das BSeuchG davon aus, daß für Maßnahmen eine *konkrete* Gefahrenlage nachgewiesen werden muß; dies gilt insbesondere für die Tatbestände des § 10 als der Generalklausel für Verhütungsmaßnahmen,[13] aber auch für die §§ 31 ff., 34 ff. Dies ergibt sich aus dem nahezu gleichen Wortlaut; so heißt es in § 10: »Werden Tatsachen festgestellt ... oder ist anzunehmen ...«, in § 33 Abs. 1: »Ergibt sich oder ist anzunehmen ...« und in § 34: »Werden ... festgestellt oder ergibt sich.«[14]

Dürfen die notwendigen Schutzmaßnahmen nur im Falle konkreter Gefahr ergehen, so sind die an den Begriff der konkreten Gefahr geknüpften Voraussetzungen maßgeblich. Eine spezifisch seuchenrechtliche Begriffsbildung existiert für den vorliegenden Komplex nicht. So bleibt nur, wie auch beim BVerwG geschehen,[15] der Rückgriff auf die begriffliche Tradition des allgemeinen Sicherheitsrechtes. Danach muß eine *konkrete Sachlage* vorhanden sein, die als seuchenrechtliche Gefahr zu bewerten ist, hier also die Übertragung von HI-Viren zu befürchten ist; im Falle konkreter Gefahrenabwehr ist Bezugspunkt für das Gefahrenurteil der *jeweilige Einzelfall;* der von der vorhandenen Sachlage aus prognostizierte Geschehensablauf muß anhand der Bezugnahme auf *Erfahrungssätze* wahrscheinlich sein; regelmäßiges Kriterium für die Annahme einer Gefahr ist eine hinreichende oder bloße *Wahrscheinlichkeit,* welche als jede nicht entfernte Möglichkeit des Schadenseintrittes beschrieben wird. Nur dort, wo ein besonders großer oder schwerer Schaden zu befürchten steht, soll ausnahmsweise auch eine entferntere Möglichkeit des Schadeneintritts genügen.[16]

Systematisch betrachtet lassen sich hinsichtlich einer HIV-Übertragung verschiedene Stationen der Gefahrentwicklung ermitteln: Der individuelle Gesundheitszustand einer Person kann den Verdacht auf Erkrankung indizieren; der soziale

11 Zur dogmatischen Abgrenzung vgl. BVerwGE 39, 190 ff. = NJW 1972, 458 ff.; für Aids ausdrücklich auch Gallwas AIFO 1986, 31, 33; zu Unrecht halten § 10 für anwendbar VG München NJW 1987, 2322 f.; Loschelder NJW 1987, 1467 f.; Bachmann Dt. Ärztebl. H 49/1986, 3465 f. sowie Lippstreu AIFO 1987, 469, 471 u. öfters; unklar auch Hübener AIFO 1987, 292 f. Wie Gallwas auch Rübsaamen AIFO 1987, 165 ff. Im bayer. Maßnahmenkatalog wird auch nur auf die §§ 31, 34 ff. Bezug genommen; Schumacher/Meyn, BSeuchG, 3. Aufl. 1987, S. 97 halten auch nur §§ 34 ff. für einschlägig; Seewald NJW 1987, 2265, 2269 f. hält die Unterscheidung für »nicht möglich und vom Gesetzgeber (für) nicht gewollt.«

12 Gallwas AIFO 1986, 31, 34.

13 So ausdrücklich BVerwGE 39, 190, 194 = NJW 1972, 458, 460; Loschelder NJW 1987, 1467, 1469; Schumacher/Meyn, Anm. 7, Erl. zu § 10 (S. 31); Etmer/Lunde, Anm. 3a zu § 10.

14 Ausdrücklich für § 34 die amtl. Begründung, zit. bei Schumacher/Meyn, Anm. 7, Erl. zu § 12a (S. 43); vgl. dies., Erl. zu § 31 (S. 82) und zu § 34 (S. 87).

15 BVerwGE 39, 190 ff.

16 Vgl. zu diesen Kriterien nur exemplarisch Götz, Anm. 9, Rz 117 ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Zusammenhang kann als Indiz für übertragungsgeeignetes Verhalten aufgrund der sozialen Verkehrsformen dienen (Problem der Zugehörigkeit zu sogenannten Risikogruppen); dabei ist anhand empirischer Erfahrungssätze zu überprüfen, welche sozialen Attribute eine Risikogruppe konstituieren, welcher Verseuchungs- und Ansteckungsgrad besteht und inwiefern Risikogruppen aufgrund von Realdaten unter »Unverantwortlichkeitsverdacht« gestellt werden können.

Als solche Erfahrungssätze kommen in Betracht: medizinische Aussagen über die Symptomatik von Infizierten und Kranken sowie medizinsoziologische Aussagen über die soziale Verteilung der Infizierten und Kranken und schließlich soziologische Aussagen zum sozialen Verhalten im Hinblick auf Übertragungskontakte.[17]

Ausschließlich klinische Anzeichen für eine HIV-Infektion, d. h. solche ohne Laborbefunde, sind nun einerseits zu unspezifisch, um darauf Wahrscheinlichkeitsurteile für eine Infektion zu gründen;[18] sie sind andererseits auch nicht zureichend, weil selbst aus der Feststellung, daß eine HIV-Infektion vorliegt, noch nichts dafür gewonnen ist, ob eine konkrete *Übertragungs*gefahr vorliegt. Hierfür sind medizinsoziologische Aussagen relevant. Über die Ermittlung von Risikogruppen wird zunächst einmal der Kreis in der Gesellschaft bestimmt, der aufgrund spezifischer Kriterien als Gefahrenpotential in *abstrakter* Weise definiert werden kann. Diese Beobachtungen basieren allerdings, was meist undiskutiert bleibt, auf zusätzlichen soziologischen Annahmen über das soziale Verhalten im Hinblick auf Übertragungskontakte. Die Statistiken beziehen sich im wesentlichen auf Zeiträume, in denen die Problematik von Übertragungskontakten praktisch unbekannt war. Insofern lassen sich Erfahrungswerte über Risikogruppen nicht einfach fortschreiben. Rechtlich wird relevant, was an Erfahrungssätzen über bewußtes Schutzverhalten erkennbar ist.

2. Erfahrungssätze zur HIV-Übertragung

Die Frage, welche Umstände eine konkrete Übertragungsgefahr begründen können, soll nun über drei Stufen entwickelt werden: (a) Gibt es Erfahrungssätze, die an die bloße Trägerschaft des HI-Virus die Wahrscheinlichkeit einer Übertragungsgefahr knüpfen? (b) Gibt es Erfahrungssätze, die im Hinblick vor allem auf die geschlechtsaktiven Infizierten eine Übertragungsgefahr wegen der Fehlerquoten von möglichen Schutzmaßnahmen und -praktiken unter dem Aspekt der Gefahrenabwehr wahrscheinlich machen? (c) Gibt es Erfahrungssätze, die über das Schutzverhalten in der Bevölkerung oder in den Risikogruppen Aussagen treffen, unter welchen Voraussetzungen eine konkrete Übertragungsgefahr angenommen werden kann?

(a) Eine HIV-Infektion bedingt für sich allein noch keine Übertragungsgefahr. Darin unterscheidet sich Aids gerade von zahlreichen anderen Infektionskrankheiten, die bereits durch Anhusten oder Anniesen (Tröpfchen-Infektion) übertragen werden können wie z. B. TBC.[19] Hierauf bauen gerade alle Aufklärungskampagnen auf, die die Einsicht in die Differenz zwischen ungefährlichem und übertragungsriskantem Verhalten vermitteln sollen. Die normalen Formen des Alltagskontaktes, das alltägliche Zusammenleben in Familien und am Arbeitsplatz ist praktisch ohne jedes Übertragungsrisiko. Zwar können exotische Übertragungsformen, z. B. Flie-

17 Insoweit ist Gallwas AIFO 1986, 31, 36 zuzustimmen, daß es sich nicht um einen engen Ansteckungsverdacht im engen medizinischen, sondern in einem seuchenrechtlichen Sinne handelt; zust. Rübsaamen AIFO 1987, 207, 212; Loschelder NJW 1987, 1467; vgl. auch Seewald NJW 1987, 2265, 2270.

18 Gallwas AIFO 1986, 31, 35.

19 Vgl. z. B. den Bericht »Keine HIV-Gefahr bei Familienmitgliedern« in AIFO 1987, 79; vgl. auch den Bericht des Arbeitskreises für Krankenhaushygiene in Dt. ÄrzteBl. H 33/1987 v. 13. 8. 87 S. C-1363 ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

genstich oder reine Hautkontakte, nicht absolut ausgeschlossen werden. Ihre hochgradige Unwahrscheinlichkeit rechtfertigt es, sie rechtlich zu vernachlässigen – ganz abgesehen davon, daß sich aus ihnen keine vernünftigen praktischen Folgerungen (Verbot von Waldspaziergängen?) ziehen ließen.

Hinter diesen Stand der Erkenntnis fallen Rechtsauffassungen zurück, die den Ansteckungsverdacht ausschließlich auf die Annahme gründen, »daß bereits Krankheitserreger aufgenommen wurden.«[20] Zum Kriterium für die Gefährlichkeit wird so zu Unrecht ausschließlich der *Zustand*, nicht aber das *Verhalten* eines Menschen erhoben: »Die Gesundheitsbehörde (darf) im Hinblick auf die Gefährlichkeit des *Erregers* nicht allein auf die Einsicht, das Urteilsvermögen und die Rücksichtnahme des Betroffenen gegenüber Dritten vertrauen. Dies brächte insbesondere mögliche Sexualpartner des Betroffenen in eine mit der aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG resultierenden Schutzpflicht nicht zu vereinbarende Gefahr.«[21]

Ergeben sich also Übertragungsgefahren nicht aus dem Zustand einer Person, sondern erst aus einem spezifischen sozialen Verhalten, insbesondere dem Geschlechtsverkehr sowie der gemeinsamen Nutzung von Spritzenbestecken durch Drogenabhängige, so ist der Rückgriff auf das Risikogruppen-Kriterium, wie dies der Tendenz nach auch der bayerische Maßnahmenkatalog vorsieht[22], zum Zwecke der Gefahrenprognose nicht gerechtfertigt. Nur insoweit sind Aussagen über die soziale Verteilung der HIV-Infektion als epidemiologische Daten auch seuchenrechtlich relevant, als sie *einen*, aber gerade *nicht ausreichenden Ausgangspunkt* für eine Gefahrenprognose bilden. Denn derjenige, der nicht zu einer Risikogruppe zählt, kann grundsätzlich keinem – auch noch so – abstrakten Übertragungsverdacht ausgesetzt werden; bei diesem Personenkreis kommen ausschließlich einzelfallbezogene Umstände für eine konkrete Gefahrenprognose in Betracht.

Eine seuchenrechtliche Bewertung des Risikogruppenkriteriums kommt aber überhaupt nur unter der Voraussetzung in Betracht, daß die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe zugleich einen Erfahrungswert für spezifisches Übertragungsverhalten indiziert (vgl. dazu unter (c)). Erforderlich hierfür ist allerdings, daß für die Abgrenzung von und Zuordnung zu Risikogruppen eindeutige, juristisch umsetzbare Kriterien zur Verfügung stehen. In zweierlei Hinsicht ergeben sich daraus Konsequenzen: Die vielfach, insbesondere auch im bayerischen Maßnahmenkatalog als Risikopersonen aufgeführten Prostituierten[23] lassen sich im Hinblick auf die Gefahrenprognose nicht als homogene Risikogruppe zusammenfassen; die gesundheitspolitisch »problematische« Gruppe der mehr oder weniger promisk Lebenden sind mangels prägnanter sozialer Kriterien rechtlich nicht erfaßbar. Dies sei am bisherigen Forschungsstand zur Erhebung von Risikogruppen demonstriert.

Laut Bundesgesundheitsamt kann unterschieden werden nach der Gruppe der homo- oder bisexuellen Männer, der intravenös Drogenabhängigen (sog. Fixer), Hämophilen, Bluttransfusionsempfänger sowie der heterosexuellen Partner der vorgenannten Gruppen. Hinzu kommen die Gruppe der Kinder unter 13 Jahren von

20 Rübsaamen AIFO 1987, 207, 215.

21 Rübsaamen AIFO 1987, 207, 209, 216; 276, 277 (»darf die Gesundheitsbehörde nicht darauf vertrauen, daß Ansteckungsverdächtige... von dem Angebot einer anonymen Aids-Beratung und Untersuchung von sich aus Gebrauch machen«), 281 (»Vertrauen auf die Einhaltung der jeweiligen Hygienegrundsätze als milderes Mittel zur Verhinderung von HIV-Infektionen nicht ausreichend.«).

22 AIFO 1987, 346, 347 unter 4, wo allein die Zugehörigkeit zur Gruppe der Fixer oder Prostituierten den Ansteckungsverdacht begründen soll.

23 AIFO 1987, 346 unter 1. und 2. Als Risikogruppe werden »die« Prostituierten aufgezählt bei Rübsaamen AIFO 1987, 207, zwar einschränkend, aber eben folgenlos S. 278; Simitis AIFO 1986, 210, 211; v. Hippel ZRP 1987, 123, 124. Ausdrücklich äußert Zweifel daran, ob die Prostituierten eine eigene Risikogruppe bilden, Loschelder NJW 1987, 1467 N 7; Kritik bei R. P. Stieferle/H.-D. Heck, Anm. 6, S. 91; vgl. ferner zum Tagungsbericht der WHO 1986 in Graz Velimirovic AIFO 1986, 253 ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Eltern aus den Risikogruppen. Übrig bleibt dann eine Gruppe mit nicht weiter bekannten Merkmalen, unter die auch die Personen gerechnet werden müssen, die promisk leben.[24] Die Prostituierten tauchen als eigenständige Risikogruppe in den offiziellen Statistiken nicht auf. Dafür gibt es auch gewichtige Gründe. Im Hinblick auf Aids ist, wie Untersuchungen zeigen, in der BRD die »Durchseuchung« innerhalb der Prostituiertenszene sehr unterschiedlich verteilt. Die Gruppe drogenabhängiger Prostituierten ist erheblich stärker infiziert als die der nicht-drogenabhängigen; jene geht in der Gruppe der Fixer statistisch auf.[25] Hinsichtlich der registrierten Prostituierten ist die Durchseuchungsrate gering, sie liegt derzeit bei etwa 1%. Bei den Nicht-Registrierten ist die Rate sehr viel höher, nämlich bei derzeit etwa 20%.[26] Schätzungen zufolge läßt sich vermuten, daß die nichtdrogenabhängigen Prostituierten in keinem Falle eine größer einzuschätzende »Gefahr« darstellen als die promisk lebenden Personen. Die Zusammenfassung der Prostituierten blendet sachlich ungerechtfertigt die promisk lebenden Freier aus. Diese bilden mit einem Teil der Prostituierten, nämlich den nichtdrogenabhängigen, eine gemeinsame Risikogruppe. Diese Verkürzung der Problemanalyse führt, wie im Kontext seuchenrechtlicher Verantwortung noch zu zeigen sein wird, zur ungerechtfertigten Entlastung der Freier.

Demgegenüber sind nun die u. a. in der Gruppe »nicht bekannt« enthaltenen promisk Lebenden an abgrenzbare soziologische Kriterien nicht gebunden und so gesundheitsrechtlich nicht über eine handhabbare konkrete Gefahrenprognose erfaßbar. Eindrucksvoll dokumentiert dies Bruns' Feststellung, »verdächtig (ist) jeder, der mit einem Aids-Infizierten so in Berührung gekommen sein könnte, daß eine Ansteckung möglich erscheint«; das sei der Fall, wenn »durch ungeschützten Geschlechtsverkehr außerhalb monogamer Beziehung« übertragungsgeeignete Kontakte bestanden hätten. »Deshalb sind Aids-verdächtig... alle Personen, bei denen es möglich ist, daß sie während der letzten zehn Jahre der Inkubationszeit für Aids... mal den Partner gewechselt haben oder mit Partnern zusammenleben, bei denen so etwas denkbar ist... Aids-verdächtig ist damit fast jeder – Frauen wie Männer.«[27] Ganz unabhängig von der so noch unbeantworteten Frage nach dem empirisch feststellbaren Grad etwaigen Schutzverhaltens macht dies deutlich: Das Fehlen weiterer sozialer Bestimmungskriterien über das Attribut »promisk« hinaus führt zu einer vom Einzelfall restlos abstrahierenden Gefahrenprognose. Es ist nämlich nicht begründbar, praktisch jeden Erwachsenen unter einen konkreten Ansteckungsverdacht im Sinne des § 34 zu stellen.

Halten wir fest: Die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe begründet alleine noch keinen Übertragungsverdacht.[28] Die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe vermag nur einen Ausgangspunkt für eine Gefahrenprognose zu liefern, der aber für sich genommen noch nicht ausreichend ist;[29] die Übertragung – und damit die Verdichtung der Gefahrenprognose – setzt die Bereitschaft zu einem besonderen *Übertragungsverhalten* voraus.

24 Vgl. bei J. L'age-Stehr Dt. ÄrzteBl 1987, S. C-1875 f.

25 Gängige Interpretation, vgl. nur Bericht in AIFO 1987, 193.

26 Vgl. Bericht in AIFO 1987, 193.

27 Bruns MDR 1987, 353; Bruns plädiert allerdings für eine restriktive Handhabung unter Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (S. 354).

28 So auch Loschelder NJW 1987, 1467, 1469; treffend auch Bruns NJW 1987, 693, 694: »Aids ist keine Krankheit der Risikogruppen, sondern des Risikoverhaltens« unter Hinweis auf eine Äußerung des bayer. Sozialministers Neubauer in Süddeutsche Zeitung v. 21. 10. 1986. Auf diese Unterscheidung stellt auch Seewald NJW 1987, 2265, 2273 ab, jedoch nur im Kontext der seuchenrechtlichen Verantwortlichkeit.

29 Bruns MDR 1987, 353 verliert die limitierende Wirkung des Begriffs Risikogruppe aus dem Auge.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

(b) Bevor auf Erfahrungssätze über die Vermeidung von Übertragungsverhalten der Angehörigen von Risikogruppen eingegangen wird, ist der Frage nachzugehen, inwieweit *Schutzverhalten* im Hinblick auf die Gefahrenprognose als effektiv angesehen werden können. Im Zentrum des Interesses steht hierbei, welche Bedeutung Formen des sogenannten Safer-Sex bei der Gefahrenprognose zukommt.[30] Müßte man die Methoden des Safer-Sex als zu risikoträchtig einschätzen, könnte dies dazu führen, allein die Tatsache, daß ein Infizierter sexuell aktiv ist, als gefahrenbegründend zu werten.

Geschützte Sexualpraktiken, die zu keinem Blut-, Sperma- oder Vaginalsekretkontakt mit aufnahmegeeigneten Blutungsstellen oder Schleimhäuten führen, also die Safer-Sex-Praktiken sind unter dem Gesichtspunkt der Übertragungsgefahr rechtlich durchaus erheblich. Streit besteht nur darüber, ob die Verwendung eines Kondoms jedes relevante Übertragungsrisiko ausschließt. Bei einer Untersuchung von 89% der 448 in Nürnberg registrierten weiblichen Prostituierten mit dem Elisa-Immunfluoreszenztests wurden in keinem Fall HIV-Antikörper nachgewiesen. In 97,5% der Intimkontakte (Vaginalverkehr) wurden Kondome benutzt. Das Beispiel belegt, daß trotz hoher sexueller Aktivität – im Mittel 13 Kunden pro Woche – die Gefahr einer Infektion mit HI-Viren durch den Gebrauch von Kondomen verringert werden kann.[31] Daß Kondome keine hundertprozentige Sicherheit bieten, ist allerdings bereits für den Bereich der Empfängnisverhütung deutlich geworden. Daran knüpfen Zweifel auch im Hinblick auf Aids-Abwehr an.[32] Die hierauf bezogenen Modellrechnungen für Aids blenden aber aus, daß die Fehlerquote beim Kondomgebrauch von der richtigen Handhabung abhängt, was insbesondere bei jungen Paaren eine wichtige Rolle spielt. Die Sicherheit korreliert also mit dem Wissensstand der Benutzer.[33] Das gilt weiter auch für den zeitlichen Einsatz von empfängnisverhütenden Maßnahmen, der bei der Fehlerquote eine wichtige Rolle spielt: Es kommt eben häufig vor, daß sich Paare verrechnet haben. Die besonders gefährdeten Personenkreise der homosexuellen Männer sowie die Prostituierten verfügen demgegenüber durchschnittlich über große Erfahrungen im Umgang mit Kondomen. Deshalb sind Modellrechnungen, die auf Daten zur Empfängnisverhütung aufbauen, für Aids kaum aussagekräftig.

Prinzipiell kann also festgehalten werden, daß es verhaltensbedingte Elemente sind, die beim Kondomgebrauch über das Ausmaß der Sicherheit bestimmen. Deshalb hätten staatliche Maßnahmen darauf abzuzielen, im Rahmen der Sexualerziehung entsprechendes Wissen sowie Fertigkeiten zu vermitteln. Freilich, der Schutz »kann hier zwar nicht perfekt sein, weil er freie Entscheidungen voraussetzt«, wie Pohle/Eichenlaub feststellen.[34] Diese tatsächliche Freiheit ist aber niemals zu ersetzen: Denn wer keine Furcht vor den Lebensrisiken hat, der ist für angsteinflößende Verbotsnormen längst nicht mehr erreichbar.

Materialbedingte Fehlerquellen lassen sich damit allerdings nicht ausschließen. Jenseits von Produktsicherheit ließen sich diese nur noch »vermeiden«, wenn der Geschlechtsverkehr durch die Betroffenen überhaupt aufgegeben würde. Dies ginge

30 Vgl. dazu auch Frösner AIFO 1987, 315 ff.

31 Vgl. Bericht in AIFO 1987, 193.

32 Vgl. etwa den Kommentar in AIFO 1987, 194; ferner auch Medical Tribune, Klinik-Ausgabe Nr. 6 v. 24. 3. 1987 S. 16 f.

33 So zu Recht Hoffmann in Medical Tribune, Klinik-Ausgabe Nr. 6 v. 24. 3. 1987; vgl. auch M. Steinbach, Anm. 3.

34 AIFO 1987, 118, 121; vgl. auch Becker/Clement Dt. ÄrzteBl 1987, S. C-1223. – Safer-Sex ist, wie die jüngste Anhörung der Enquete-Kommission Aids des Dt. Bundestages ergab, die »derzeitig einzig durchführbare Prävention«, so der Wiener Hautspezialist Prof. Wolff auf die Frage, ob die Safer-Sex-Kampagne richtig sei, zit. nach FR v. 17. 7. 1987 S. 3.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

nur um den Preis der lebenslänglichen »Stillegung« des Geschlechtstriebes. Da eine Moral der geschlechtlichen Enthaltsamkeit, wie die Geschichte des Zölibates zeigt, keine restlose Sicherheit böte, bliebe nur die Kastration. Angesichts dieses Abgrundes liegt es besonders nahe, wie gelegentlich geschehen, den Vergleich zu den Risiken der alten und neuen Technologien (Chemie, Kernkraft, Bio- und Gentechnologien) zu suchen, um die Vorurteilsstrukturen bei den jeweiligen Bewertungen aufzudecken: Sind diese durch andere, weiche Technologien prinzipiell substituierbar, gilt gleiches nicht für den Geschlechtstrieb. Der für eingriffsrelevante Prävention niedrige Wahrscheinlichkeitsgrad einer Gefahr bei hochgradig *verhaltensunabhängigen* Risikotechnologien zielt auf die Vervollkommnung von technischer Sicherheit und damit prinzipiell auf die Vermeidung sozialer Kontrolle, da nicht der Mensch als das primäre Risiko begriffen wird; sekundär werden freilich auch die mit der Technik befaßten Individuen, diese allerdings nur in ihrer spezifischen und unter Umständen austauschbaren Berufsrolle betroffen. Im Hinblick auf die ausschließlich verhaltensbedingten Risiken bei Aids führt der Maßstab niedriger Wahrscheinlichkeit umgekehrt zu stärkster sozialer Kontrolle[35], weil nur die oder Einzelne als Person zur Risikoquelle gerinnt. Ein wesentlicher Unterschied besteht ferner darin, daß mit der Lehre vom sog. Restrisiko Gefahrenpotentiale gerechtfertigt werden, denen sich niemand mehr entziehen kann; bei Sexualkontakten ist eine vergleichbare Zwangswirkung ausgeschlossen. Daran knüpft der Gedanke der Selbstverantwortlichkeit des Einzelnen in Sachen Aids-Bekämpfung auch zu Recht an.[36] Eingrenzbarkeit der Risiken, soziale Beherrschbarkeit und individuelle Möglichkeiten des Schutzes sind also völlig unvergleichlich. Deshalb erscheint die unterschiedslose Bezugnahme auf den für den Bereich der Prävention gegenüber Sachrisiken entwickelten Grundsatz, je wichtiger ein bedrohtes Rechtsgut, um so niedriger kann der Wahrscheinlichkeitsgrad einer Verletzung angesetzt werden, um staatliches Handeln auszulösen[37], auf primär verhaltensbedingte Risiken sachwidrig. Da Safer-Sex-Techniken geeignet sind, eine konkrete Übertragungsgefahr auszuschließen, reicht allein der Umstand, daß eine infizierte Person geschlechtsaktiv ist, nicht aus, eine konkrete Gefahr zu begründen.

(c) Zielrichtung der Frage nach Erfahrungssätzen über das Schutzverhalten der Bevölkerung, speziell der Risikogruppen, ist es, generalisierbare Vermutungsregeln für die Gefahrenprognose zu erhalten. Wesentlich für eine solche Aussage ist, daß sie sich auf den aktuellen Stand durchschnittlicher Verhaltensweisen bezieht und nicht auf überholte Verhaltensmuster, die etwa von einer anderen Wissens- und Erfahrungsbasis in den Risikogruppen ausgingen. Diese Erwägung erweist die Auffassung als unhaltbar, wonach alle Personen als übertragungsverdächtig gelten sollen, bei denen Kontakte zu HIV-Personen sowie zu den Risikogruppen *festgestellt* werden.[38] Nach Gallwas soll hierfür bereits eine räumliche Beziehung zu Personen aus den Risikogruppen ausreichen: »Im Klartext: Wer an Treffpunkten von Risikogruppen in den Großstädten der BRD angetroffen wird«, gilt als verdächtig.[39] Aus dem Blick gerät so, daß es für die Gefahrenprognose entscheidend auf

35 Generell zu derartigen Zusammenhängen auch H. Wagner, Polizeirecht, 1982, S. 66 f.

36 Vgl. dazu insbes. die Beiträge von Bruns, Anm. 1, sowie von Seewald NJW 1987, 2265 ff.; auf dem Mannheimer Symposium ist von den meisten vortragenden Juristen dieser Aspekt ohne jede Begründung verworfen worden.

37 So aber z. B. Rübsaamen AIFO 1987, 167, 168 f.; 207, 209 u. ö.; Gallwas AIFO 1986, 31, 35 f.

38 Gallwas AIFO 1986, 31, 36; Rübsaamen AIFO 1987, 207, 209.

39 AIFO 1986, 31, 36; dazu kritisch Lippstreu AIFO 1987, 469, 471 und Rübsaamen AIFO 1987, 207, 211 f.; diese stellen allerdings auf die Angehörigkeit zur entsprechenden Szene ab, wie dies auch der bayer. Maßnahmenkatalog vorsieht, vgl. oben Anm. 22.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

das sehr spezifische Übertragungsverhalten, nicht auf jeden x-beliebigen Kontakt ankommt und daß insbesondere Schutzverhalten Gefahren ausschließt.

Die homo- und teilweise auch bisexuellen Männer haben ihr Sexualverhalten drastisch verändert. Dieser Personenkreis gilt durchschnittlich als derjenige, der zur freiwilligen Verhaltensänderung – und zwar auch unabhängig davon, ob ein Test überhaupt durchgeführt wurde, ob er positiv oder negativ ausfiel – in der Lage und bereit ist.[40] Für diese Einschätzung spricht u. a. der sinkende Anteil der erkrankten Homosexuellen an der Gesamtheit der Aids-Fälle: Er hat sich von 79,6% im Oktober 1985 beständig auf 73,2% im September 1987 reduziert.[41] Ein generalisierbarer Verdacht, daß Personen dieser Gruppe regelmäßig übertragungsgeeignete Kontakte herstellen, ist deshalb nicht gerechtfertigt. Dieser kann sich nur aus ganz konkreten einzelfall- oder personenbezogenen Verdachtsmomenten ergeben oder aber daraus, daß einzelne konkrete Etablissements (Saunen etc.) als Orte bekannt sind (durch Tatsachen gestützt), an denen ungeschützter Übertragungskontakt gepflegt wird, etwa Teile der sog. Stricherszene.[42]

Für den Bereich der promisk lebenden Personen, zu denen auch die Prostituierten zu rechnen sind, ist eine generalisierende Erfahrung nicht zu ermitteln. Dies hängt u. a. damit zusammen, daß diese Gruppe teilweise schwer erfaßbar ist, teilweise sehr unterschiedliche Verhaltensweisen entwickelt hat. Dies betrifft in erster Linie die registrierten Prostituierten. Läßt sich für die BRD feststellen, daß es ohnehin weniger die registrierten Prostituierten sind, die die Weiterverbreitung von Aids verstärken[43], so ist ein auch im eigenen beruflichen Interesse liegendes verantwortliches Schutzverhalten zu beobachten.[44] Sehr viel skeptischer ist die Situation derzeit bei den sog. Fixern und damit auch bei den der Beschaffungsprostitution nachgehenden Drogenabhängigen einzuschätzen. Der Anteil der Fixer an der Gesamtheit ist hierfür ein Indiz: Er nahm mit 3,3% im Oktober 1985 auf 7,9% im September 1987 stetig zu.[45] In der Forschung wird angenommen, daß dem Kreis der Drogenabhängigen eine bedeutende Rolle bei der Übertragung von HI-Viren auf die heterosexuelle Bevölkerung zukommt.[46] Dies hat verschiedene Gründe. Bei Drogenabhängigen ist »kaum Einsicht in Verhaltensänderungen« festzustellen; dies ist wohl darauf zurückzuführen, daß insgesamt die Verantwortungsfähigkeit mehr oder weniger stark eingeschränkt sein dürfte.[47] Dieser Aspekt hat Folgen primär bei der Auswahl der Mittel (vgl. unten IV.).

Die Gruppe der nichtregistrierten Prostituierten wie der sonstigen promisk lebenden Personen gilt gleichfalls hinsichtlich des Schutzverhaltens und der Verbreitungswege für Aids als besonderes Problem. Es gibt Anhaltspunkte, daß generell Frauen gegenüber Verhaltensänderungen aufgeschlossener als Männer sind. Bei promisken Männern erscheint die Bereitschaft, ein Kondom zu gebrauchen, eher gering.[48] Görgens et al. resümieren ihre Erfahrungen so: »Das Angebot einer anonymen und absolut vertraulichen Beratung hat sich nach unserer Meinung

40 Vgl. nur Görgens/Kathke/Krahnke AIFO 1987, 171, 172.
41 Vgl. J. L'age-Stehr Dt. ÄrzteBl 1987, S. C-1875 ff.
42 Vgl. nur Velimirovic AIFO 1986, 253 ff.
43 Velimirovic AIFO 1986, 253 ff.
44 Vgl. die Nürnberger Studie in AIFO 1987, 193; ferner Görgens/Kathke/Krahnke AIFO 1987, 171, 173. – Dies gilt auch für die sog. Zuhälterszene, dort haben Bemühungen eingesetzt, einen verbindlichen Selbstschutz-Maßnahmekatalog zu erarbeiten; vgl. den Bericht eines Betroffenen: H. Maiworm, AIDS-Prävention bei weiblichen Prostituierten, Ms. 1987, S. 8 ff.
45 Vgl. L'age-Stehr Dt. ÄrzteBl. 1987, S. C-1875 f.
46 Vgl. Velimirovic AIFO 1987, 323 ff.
47 Görgens et al. AIFO 1987, 171, 172 f.; Ramloch-Sohl/Wiederkehr AIFO 1986, 328 ff.
48 Görgens et al. AIFO 1987, 171, 173; »Am ehesten – wenn auch nicht durchgängig – noch bei Sexualkontakt mit Prostituierten.«

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

bewährt. Gerade im Hinblick auf die männliche Risikogruppe (gemeint sind die homo- und bisexuellen Männer; d. Verf.) erscheint uns dieses Angebot unverzichtbar. Motivation und Zusammenarbeit sind hier gut und effizient, Verhaltensänderungen sind hier nachweisbar. Gleiches gilt für ehemals Drogenabhängige. Im Gegensatz hierzu ist die Erfahrung mit den akut Drogensüchtigen und vielen heterosexuellen Männern ernüchternd.«[49] Als Ergebnis von Erfahrungen aus der Beratungspraxis läßt sich bisher erheben, daß für die epidemische Ausbreitung von Aids eher solche Personen, die nicht zu den sog. Hauptrisikogruppen rechnen, in Betracht zu ziehen sind, weil diese risikoreiche Kontakte oder aber Praktiken aus der Erinnerung verdrängen und/oder die Anwendung von Kondomen strikt ablehnen.[50]

Aus diesem Befund ergibt sich nun für die Gefahrenprognose, daß jedenfalls den Risikogruppen, bei denen durchschnittlich eine auf Schutz gerichtete Verhaltensänderung wahrscheinlich ist, von Rechts wegen kein generalisierter Verdacht entgegengebracht werden darf. Mit Ausnahme der Fixer sind die promisk lebenden Personen (abgesehen von den zum Schutz bereiten registrierten Prostituierten) als Gruppe mangels signifikanter sozialer Merkmale für eine Gefahrenprognose zu diffus und deshalb rechtlich nicht faßbar. Angesichts dieser Lage kann ein Gefahrenurteil regelmäßig nur auf einzelfall- und personenbezogene Anhaltspunkte aufgrund konkreten Übertragungsverhaltens gestützt werden.

3. Der Gefahrenverdacht nach § 31

§ 31 ermächtigt das Gesundheitsamt, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen, wenn sich ergibt oder anzunehmen ist, daß jemand krank, krankheitsverdächtig, ansteckungsverdächtig, Ausscheider oder ausscheidungsverdächtig ist. Bei diesem Tatbestand handelt es sich um einen Fall des sogenannten Gefahrenverdachts.[51] Dieser bezieht sich zunächst nur auf die Tatsache einer Infektion etc. In diesem Sinne heißt es in der Gesetzesbegründung: »Der Zweck der §§ 31 ff. wird aber nur erreicht, wenn das Gesundheitsamt berechtigt ist, bereits bei der begründeten Annahme, daß ein Krankheitsverdacht vorliegen kann, tätig zu werden. Das Gesundheitsamt muß ermitteln können, auch wenn die objektiven Merkmale des Krankheitsverdachtes noch nicht festgestellt sind, nach den Umständen aber vorliegen können.«[52] Die Forderung nach dem Vorliegen konkreter Umstände für die Annahme einer Infektion schließt zunächst einmal in der Öffentlichkeit diskutierte Möglichkeiten von Fahndungskonzepten bis hin zur Durchtestung der Bevölkerung auf der Basis des BSeuchG aus.

Zweck der Ermächtigung der §§ 31 ff. ist es ferner, die im Einzelfall erforderlichen Instrumentarien zur Aufklärung und Ermittlung beim Auftreten übertragbarer Krankheiten bereitzustellen, bevor die zur Bekämpfung notwendigen Maßnahmen ergriffen werden. Ermittlung und Bekämpfung stehen mithin in einem systematischen Zusammenhang: »Die §§ 31 ff. müssen daher nach Inhalt und Zweck auf die

49 AIFO 1987, 171, 175.

50 Vgl. C. Krasser et al. Bundesgesundheitsblatt 29, Nr. 11, 1986, S. 342 f.; Süßmuth, Aids – Wege aus der Angst, 1987, S. 77; ferner Seidl/Goebel AIFO 1987, 186.

51 Zum Begriff Götz, Anm. 9, Rz 128 m.w.N.; ferner Seewald NJW 1987, 2265, 2267; Hansen-Dix, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, 1982, S. 58 ff.; Kikkartz, Ermittlungsmaßnahmen zur Gefahrenerforschung und einstweilige polizeiliche Anordnung – Das Vorfeld der Polizeigefahr, 1984; Götz Rz 128 f. referiert eine Reihe von Beispielen, bei denen aus der Verwendung des Begriffes »annehmen« der Schluß auf den Tatbestand eines bloßen Gefahrenverdachtes gezogen wird. BVerwGE 39, 190 ff. hat ausdrücklich auch § 10 Abs. 1 als einen Fall von Gefahrenverdacht qualifiziert.

52 Vgl. die Begründung zum 4. ÄnderungsG, zit. bei Schumacher/Meyn, Anm. 7, S. 82.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

§§ 34 ff. abgestellt sein. Zweck der Ermittlungen ist, festzustellen, ob und gegebenenfalls welche Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten nach §§ 34 ff. getroffen werden müssen. Ermittlungen müssen demnach in allen Fällen möglich sein, in denen Schutzmaßnahmen ... in Betracht kommen.«[53] Ermittlungen sind also kein Selbstzweck zur Gewinnung von Daten; im Zeitpunkt ihrer Erhebung muß es zumindest möglich sein, daß bei Bestätigung des Verdachtes eine Schutzmaßnahme getroffen werden könnte.[54] Steht dagegen fest, daß selbst bei Bestätigung des Verdachtes keine Schutzmaßnahme erforderlich sein wird, so ist eine Ermittlungsmaßnahme unzulässig, da sie im Hinblick auf den gesetzlichen Zweck nicht notwendig ist.

Für die Aids-Bekämpfung ist dieser systematische Zusammenhang der §§ 31 ff. und 34 ff. von besonderer Bedeutung. So greifen Angehörige von Risikogruppen unabhängig davon zu Schutzmaßnahmen, ob sie selbst Virusträger sind. Solche Personen bedürfen objektiv keiner seuchenrechtlichen Schutzmaßnahme – und zwar unabhängig davon, ob sich bei ihnen der Virusverdacht bestätigte. Die Entscheidung, sich in jedem Falle selbst wie andere vor möglichen Übertragungsrisiken zu schützen, macht staatliche Ermittlungen überflüssig. Zugleich erhalten sie einem potentiellen Virusträger das Recht, selbständig darüber zu entscheiden, ob er sich gegebenenfalls mit der Tatsache einer Infektion bewußt auseinandersetzen will oder aus Sorge um schwere psychische Folgen bis hin zur Suizidgefahr über seinen aktuellen Gesundheitszustand insofern nichts wissen will.[55]

Nur dann also, wenn Schutzmaßnahmen überhaupt in Betracht kommen, dürfen Ermittlungen gem. §§ 31 ff. durchgeführt werden. Das setzt voraus, daß von dem Betreffenden künftig ein Übertragungsverhalten zu erwarten sein wird, das – bei Unterstellung einer Infektion – Maßnahmen erforderlich machen würde. Praktisch richtet sich der Gefahrenverdacht damit gegen alle Angehörigen der Risikogruppen und deren Kontaktpersonen, soweit es zu Übertragungskontakten gekommen sein kann. Aktuell besteht ein Gefahrenverdacht aber nur dann, wenn auch von einem *künftigen* Risikoverhalten ausgegangen werden kann.[56]

III. Seuchenrechtliche Verantwortlichkeit bei Aids

1. Der Störerbegriff im BSeuchG

Seuchenrechtliche Maßnahmen dürfen wie jede polizeiliche Maßnahme grundsätzlich nur gegen denjenigen ergehen, der hierfür rechtlich Verantwortung trägt. Nach dem bayerischen Maßnahmenkatalog werden seuchenrechtlich auch nichtinfizierte Prostituierte verantwortlich gemacht. Ihnen soll generell ein Kondomgebot auferlegt werden.[57] Nun ist ein Schutzverhalten wie der Gebrauch von Kondomen im Bereich der Prostitution gewiß sinnvoll. Eine ganz andere Frage ist, wer hierfür rechtliche Verantwortung bis hin zu den Sanktionsrisiken des BSeuchG nach § 69 Abs. 1 Nr. 4 zu tragen hat. Im folgenden soll nun die These begründet werden, daß

53 Vgl. Anm. 52.

54 Vgl. auch Seewald NJW 1987, 2265, 2271; das verdrängt Rübsaamen AIFO 1987, 207, 215.

55 Zu den unerwünschten und dysfunktionalen Folgen von Zwangstesten vgl. nur Bruns MDR 1987, 353, 354 m.w.N.; Seidl/Goebel AIFO 1987, 181 ff.; Becker/Clement Dt. ÄrzteBl. 1987, S. C-1225. – Auch zur Früherkennung sind sie nicht legitimierbar, denn das BSeuchG dient nicht dem Ziel, eine Heilbehandlung durchzuführen, vgl. § 34 Abs. 1 S. 3.

56 Das übersehen Gallwas AIFO 1986, 31, 36 und Rübsaamen AIFO 1987, 207, 210 f.

57 AIFO 1987, 346, 347 unter 4.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die Zurechnung von Verantwortlichkeit bei Aids entscheidend davon abhängt, wer sozial die Übertragungsrisiken beherrscht.

Der Gesetzgeber hat hinsichtlich der Verantwortlichkeit im BSeuchG eine Reihe von speziellen Tatbeständen geregelt[58], für die Generalklauseln der § 10 Abs. 1 und § 34 aber keine besondere Regelung getroffen. Soweit ersichtlich, läßt sich aus diesen Regelungen auch keine Systematisierung spezifisch seuchenrechtlicher Verantwortlichkeit ableiten, die zu anderen Ergebnissen führte als der Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze der Polizeipflichtigkeit.[59] Die Diskussion um die verschiedenen Verursachungstheorien[60] hat eine weitgehende Gefolgschaft für die Theorie der unmittelbaren Verursachung ergeben. Danach gilt im Hinblick darauf, daß Gefahrenabwehr auf Erfolgsgewährleistung abzielt, nur dasjenige Verhalten als polizeirechtlich erhebliche Ursache, das selbst unmittelbar die konkrete Gefahr oder Störung setzt und damit die Gefahrengrenze überschreitet.[61] Dieser Theorie wird bescheinigt, »jedenfalls in der Regel eine sachgerechte Erfolgszurechnung« abzugeben.[62] Damit soll ausgeschlossen werden, daß im Sinne der conditio sine qua non-Formel jede Ursache zur Polizeipflicht führt.[63] Erforderlich ist damit eine »wertende Betrachtungsweise«, die von »konsensfähigen Zurechnungsgesichtspunkten« getragen werden soll, um »aus der Fülle der notwendigen Erfolgsbedingungen diejenigen auszuwählen, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, eine Person für eine Störung oder Gefahr verantwortlich zu machen. Insoweit müssen einerseits das öffentliche Interesse an einer schnellen und wirksamen Gefahrenabwehr und andererseits das individuelle Freiheitsinteresse der Rechtsgenossen, in deren Rechtskreis eingegriffen wird, angemessen berücksichtigt werden.«[64] Die herrschende Lehre hält, wie Pietzcker zu Recht formulierte, an der »richtig verstandenen« Unmittelbarkeit nur deshalb fest, weil sie durch wertende Elemente angereichert wird.[65] Ohne auf die umfangreiche Theoriedebatte zum polizeilichen Störerbegriff hier eingehen zu können, läßt sich sagen, daß der Streit im Kern darum geht, von einer pauschalen und generalisierenden Kriterienbildung Abschied zu nehmen zugunsten einer Öffnung zu bereichsspezifischen Verantwortlichkeitskriterien. Damit sollen neue gesellschaftliche Problemlagen, wie sie sich z. B. bei der Bewältigung von sogenannten Altlasten im Umweltrecht ergeben, bei der Bestimmung des Störers verarbeitet werden können, um den »gesteigerten Anforderungen an die *Legitimierung* von Lastenverteilungen« gerecht zu werden.[66] Es geht also nach den neueren Tendenzen in der Polizeirechtstheorie darum, die jeweiligen Sach- und Wertungsprobleme für die Zuweisung von polizeilicher Verantwortung offen zu legen und plausibel zu machen.

58 Seewald NJW 1987, 2265, 2273 zählt auf: §§ 10 Abs. 3 und 5, Abs. 2 S. 2, 10a S. 3, 17 Abs. 2 und 3, 19 Abs. 1, 20, 31, 32 Abs. 2, 36 Abs. 1, 37 Abs. 1, 38, 45 Abs. 1, 2 und 3, 47.

59 Vgl. BVerwGE 39, 190, 193; ferner die seuchenrechtl. Lit., Seewald NJW 1987, 2265, 2273 m. Hinw. auf die amtl. Begründung in FN 119; ferner Gallwas AIFO 1986, 31 f.

60 Vgl. dazu Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 311 ff.; Götz, Anm. 9, Rz 191 ff.; Pietzcker DVBl 1984, 457.

61 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Anm. 60, S. 313; Götz, Anm. 9, Rz 192 f.; Wagner, Anm. 35, S. 71.

62 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Anm. 60, S. 313.

63 Vgl. Anm. 60.

64 So Drews/Wacke/Vogel/Martens, Anm. 60, S. 311.

65 So Pietzcker DVBl 1984, 457, 458 m.w.N. in Fn. 6; seine Kritik an der h. L. besteht in der Substanz wohl nur darin zu fordern, die entsprechenden Wertungen anhand von »Rechtswidrigkeits- und Risikoüberlegungen bei der Störerbestimmung offenzulegen.«

66 Pietzcker DVBl 1984, 457, 458. – Es ist allerdings nicht zu übersehen, daß dies für die Verursachung von Umweltlasten als Ausstieg aus der Verantwortung der Produzenten zulasten der Allgemeinheit genutzt werden soll, vgl. nur Papier, Altlasten und polizeirechtliche Störerhaftung, 1985, S. 13 ff., 38 ff. Wenn von der Unmittelbarkeit als dem relevanten Kriterium abgegangen werden soll, dann ist gerade im Sinne polizeilicher Effektivität darauf abzustellen, wer soziale Situationen beherrscht; vgl. dazu im Text.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Wegen der Möglichkeiten des Selbstschutzes vor einer HIV-Infektion sieht Seewald, der sich bislang als einziger ausführlich zur Frage der Verantwortlichkeit geäußert hat, den nicht zum Selbstschutz Bereiten als verantwortlich an: »Bei keinem der bekannten Übertragungswege ist der bisher Gesunde, der Ansteckungsgefährdete in einer Lage, in der er nicht selbst verantwortlich eine Ursache – und zwar die im Zeitablauf möglicherweise letzte Ursache – für eine Infizierung setzt«; das gelte für Sexualkontakte, den Gebrauch von Spritzen wie bei operativen Eingriffen an Aids-Infizierten.[67] Seewalds Bemühungen zielen primär darauf ab, den Nachweis für die zeitlich letzte Ursache zulasten des »Gesunden« zu führen. Dies erscheint aus zwei Gründen nicht überzeugend: In zeitlicher Hinsicht beruht das Übertragungsverhalten auf einem gemeinsamen Kontakt; die Zuweisung von Verantwortlichkeit hängt, wie oben gezeigt, nicht ausschließlich vom Zeitkriterium ab.

Die Pflichtenlage und Risikosphären sollen demgegenüber »nach speziellen Verhaltens- oder Bewertungsnormen und nach der allgemeinen Nichtstörerpflicht der Generalklausel ... als Reservoir ungeschriebener Verhaltensregelungen und Risikorechnungen« bestimmt werden.[68] Da für Aids keine besonderen rechtlichen Pflichten normiert sind[69], ferner keine besonderen bereichsspezifischen Bestimmungen für die Zuweisung von Gesundheitsrisiken existieren, bleibt das Problem, die Generalklausel des BSeuchG als Verweis auf »ungeschriebene Verhaltensregelungen und Risikozurechnungen« zu begreifen. Die Schwierigkeit besteht nun darin, daß es ganz offenbar keine solchen »ungeschriebenen« Regeln gibt, sie werden derzeit gerade erst diskutiert, sind ferner politisch umkämpft.[70] Im folgenden geht es nun darum, anhand von Fallgruppen die Wertungen für die Zuweisung von Verantwortlichkeit unter dem Aspekt, wie faktisch die Beherrschungsrisiken verteilt sind, offen zu legen. Dieses Kriterium erweist sich als sachgerecht, weil Gefahrenabwehr auf Erfolgsgewährleistung gerichtet ist.

(1) Die im bayerischen Maßnahmenkatalog enthaltene Anweisung an die Behörden, Prostituierten, deren Aids-Testergebnisse negativ ausgefallen sind, ein Kondombenutzungsgebot aufzuerlegen[71], ist rechtlich unzulässig. Wer nicht infiziert ist, kommt für eine Übertragungsgefahr grundsätzlich nicht in Betracht. Gefahren können in diesem Falle ausschließlich von einem Freier herrühren; Maßnahmen müßten sich also gegen übertragungsgeeignete Freier richten.

(2) Nun werden die praktischen Probleme nicht so klar liegen, wie dies hier unter Rückgriff auf den Maßnahmenkatalog unterstellt wurde, um die prinzipiellen Verantwortlichkeitsstrukturen aufzudecken. Vielmehr wird wegen der Trägheitsmomente von Testergebnissen, der Wertlosigkeit von Tests, wenn danach ungeschützter Geschlechtsverkehr stattgefunden hat[72], sowie des Nichtwissens über mögliche Infektionen bei Personen, die einen Test aus welchen Gründen auch immer nicht vorgenommen haben, unklar sein, wer in einer konkreten Situation in der Lage ist, Erreger zu übertragen. Beide Seiten sollten unter diesen Umständen

67 So Seewald NJW 1987, 2265, 2274, nur für eine Vergewaltigung könne etwas anderes gelten.

68 Formulierung von Pietzcker DVBl 1984, 457, 464.

69 Vgl. hierzu nur einerseits AG München NJW 1987, 2314, andererseits LG München NJW 1987, 1495; zur Kontroverse in der Lit. s. Bruns und Herzberg, Anm. 1.

70 Diese dogmatische Struktur macht das Theoriedefizit gut deutlich, weil der Störerbegriff letztlich für neue faktische Entwicklungen offengehalten werden soll und damit, methodisch betrachtet, stets die Gefahr entsteht, zirkelschlüssig zu verfahren.

71 AIFO 1987, 346, 347 unter 4.

72 Vgl. auch Bruns NJW 1987, 693 f. zur Problematik eines derartigen Gesundheitszeugnisses.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ungeschützten Verkehr vermeiden, um Gefahren auszuschließen. Die Schutzmaßnahme liegt hierbei in tatsächlicher Hinsicht zunächst einmal buchstäblich in der Hand des Mannes. Im Hinblick auf die Abgrenzung der seuchenrechtlichen Verantwortung ist viel näherliegend, den Freier heranzuziehen als die Prostituierte. Den Freier trifft nämlich eine nur von ihm erfüllbare Handlungspflicht, der Prostituierten kommt dagegen nur eine reaktive Rolle zu, sich gegebenenfalls zu verweigern. Hinzu tritt, daß im Verhältnis Freier-Prostituierte es der Freier ist, der regelmäßig Wünsche äußert und so Form und Art der Kontakte bestimmt. Dieser Umstand untermauert die Wertung, daß im Hinblick auf die Ermittlung der die Polizeipflicht konstituierenden »Unmittelbarkeit im Sinne eines engen Wirkungs- und Verantwortungszusammenhangs zwischen Verhalten... und Gefahr« (Götz) dem Freier die seuchenrechtliche Verantwortlichkeit für die Gefahrenabwehr obliegt. Die Inanspruchnahme der Prostituierten ist auch nicht als verantwortlicher Nichtstörer[73] zu rechtfertigen. Denn die Verpflichtung der Freier ist in tatsächlicher Hinsicht nicht ausgeschlossen; diese könnten ohne weiteres per Allgemeinverfügung zum Gebrauch eines Kondoms verpflichtet werden. Auch unter Effektivitätsgesichtspunkten wäre die Heranziehung der Prostituierten nicht begründbar. Denn die Kontrolle der Einhaltung entweder der Allgemeinverfügung oder einer Einzelverfügung an eine Prostituierte wäre jeweils gleichgelagert: Sie beruht letztlich ausschließlich auf der freiwilligen Unterwerfung unter das Schutzgebot.

Diese Wertung erscheint schließlich auch im Hinblick auf die Sanktionsrisiken für den Fall einer Verletzung einer auferlegten Kondompflicht interessengerecht. Die Nichtbeachtung einer entsprechenden Pflicht nach § 34 führt zu einer Ordnungswidrigkeit gem. § 69 Abs. 1 Nr. 4. Wird die geforderte Schutzmaßnahme verweigert, so trägt der Freier dafür die Verantwortung: Die soziale Machtverteilung bringt es mit sich, daß die Durchbrechung von Schutzverhalten meist auf die Wünsche der Freier, nicht etwa auf das Drängen der Prostituierten zurückzuführen ist. Dann muß derjenige aber auch das Sanktionsrisiko tragen, der über bessere Kontrollmöglichkeiten gegenüber der Gefahrenlage verfügt.

(3) An dieser Bewertung ändert sich auch nichts für den sehr viel kritischeren Fall, daß drogenabhängige Prostituierte sich zu ungeschützten Sexualkontakten anbieten. Dies beruht auf einer vergleichbaren tatsächlichen Interessens- und Verhaltensstruktur, wie sie für die erfahrungsgemäß zu Schutzverhalten bereiten Kreise nichtdrogenabhängiger Prostituierten skizziert wurde. Die Prostitution Drogenabhängiger beruht meist auf dem Zwang, sich auf diese Weise die Mittel zur Beschaffung der Drogen zu erwerben. Im Bereich der Prostitution gilt wegen der Interessen der Freier der ungeschützte Geschlechtsverkehr als »wertvoller«; er wird deshalb auch höher bezahlt.[74] Die von den Freiern erhobenen Forderungen sind es, die einen Markt für teureren ungeschützten Sexualkontakt schaffen. Dieser Nachfrage ist also das erhöhte Risiko zu danken, an das sich das besondere Erwerbsinteresse drogenabhängiger Prostituierter erst »anhängen« kann. Nur wegen des erzielbaren Preises bestehen drogenabhängige Prostituierte nicht auf Schutz.

(4) Nach dem bayerischen Maßnahmenkatalog werden die Behörden angewiesen, allen infizierten männlichen und weiblichen Prostituierten die Ausübung der Prostitution zu verbieten.[75] Anders als dies nach dem Geschlechtskrankheitengesetz für die dort aufgezählten Krankheiten möglich ist, wird nicht jeder Geschlechtsverkehr

73 Vgl. zu den Voraussetzungen Drews/Wacke/Vogel/Martens, Anm. 60, S. 333 f.

74 Vgl. dazu Malworm, Anm. 44, S. 3 ff.; auf diesen Sachverhalt zielt offenbar auch der bayer. Maßnahmenkatalog, wenn er verbietet, mit negativen Testergebnissen zu werben, AIFO 1987, 346, 348 unter 4; vgl. ferner Bruns NJW 1987, 693 f.

75 AIFO 1987, 346, 348 unter 5.2.1.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

untersagt. Diese Maßnahme erscheint nach zwei Seiten hin plausibel: Wegen der bisher bestehenden Unheilbarkeit ist ein lebenslängliches Verbot, Geschlechtsverkehr auszuüben, kaum zumutbar; andererseits legt der Aspekt der Gewerbsmäßigkeit von Prostitution, also häufigen Sexualkontakten, die von einem Band persönlichen Vertrauens abstrahieren, aus *epidemiologischen* Gründen eine Restriktion nahe. Unter dem Aspekt *seuchenrechtlicher* Verantwortlichkeit erscheint dies nicht ohne weiteres begründet. Denn seuchenrechtlich bleibt bei Aids grundsätzlich verantwortlich, wer eigenen Schutz unterläßt, weil er es ist, der einen engen Wirkungs- und Verantwortungszusammenhang zwischen Verhalten und Gefahr schafft.[76] Das erklärt wohl auch, warum nicht jeder Geschlechtsverkehr untersagt wird, also auf eine soziale Beherrschung der Gefahr vertraut wird.

(5) Ähnliches gilt für die Fixer. Dort setzt im Sinne der Theorie der unmittelbaren Verursachung derjenige die die Gefahrengrenze überschreitende Ursache, der eine bereits benutzte Injektionsspritze verwendet, ohne diese zuvor sterilisiert zu haben. Allerdings kommt gem. § 10a auch der Eigentümer der benutzten Spritze als Zustandsstörer einer gefährlichen Sache für seuchenrechtliche Maßnahmen in Betracht. Daß diesbezügliche Maßnahmen, die grundsätzlich zulässig sind, kaum als problemadäquat zu begreifen sind, soll noch unten im Rahmen des Auswahlermessens erörtert werden.

Als *Resümee* läßt sich festhalten: Für die Verantwortlichkeit im Sinne des BSeuchG ist bei Aids ausschlaggebend, ob derjenige, der in Situationen gerät, in denen ein übertragungsgeeigneter Kontakt möglich ist, zu eigener Vorsorge in der Lage ist. Im Unterschied zu den bisherigen übertragbaren Krankheiten ist bei Aids relevant, daß nur sehr wenige Übertragungsformen bekannt sind und diese Übertragungsweisen regelmäßig auf intimen Kontakten beruhen. Die Übertragungssituationen sind also prinzipiell durch die beteiligten Personen gut kontrollierbar. Sie können durch ihr Verhalten die Übertragungsrisiken regelmäßig ausschließen. Dies setzt allerdings voraus, daß die Beteiligten wissen, welche Situationen Übertragungsrisiken bergen. Genau auf diesen Punkt müssen sich die Aufklärungsstrategien der Gesundheitspolitiker konzentrieren. Polizeilich präventive Strategien müssen sich demgegenüber auf ihre kontraproduktiven Folgen hin befragen lassen.[77] Aufklärungsstrategien produzieren so einen seuchenrechtlich relevanten Effekt: Mit der öffentlichen Aufklärung wird ein Lernprozeß installiert, der zur Verlagerung der seuchenrechtlichen Verantwortlichkeit, die bislang ihres bzw. seines Zustands wegen auf der Infektionsquelle bzw. dem Infektionsverdächtigen ruhte, auf denjenigen führt, der für das Risikoverhalten Verantwortung trägt.[78] Unter diesen Umständen verschiebt sich das seuchenrechtliche Risiko bzw. die Verantwortung auf denjenigen, der erreichbaren und zumutbaren Selbstschutz verweigert. Die Lernunwilligkeit oder Nachlässigkeit kann seuchenrechtlich nicht kurzerhand auf die Risikogruppen abgewälzt werden. In der öffentlichen Debatte wird der hier ausgebreitete Zusammenhang auch durchaus gesehen. Denn es sind gerade die Fälle, in denen die soziale Lage durch eine Arglosigkeit der Beteiligten oder wenigstens eines Beteiligten gekennzeichnet ist, wie z. B. langjährige monogame Sexualbeziehungen oder Mutter-Kind-Infektionen oder der inzwischen wohl überwundene Fall infizierter Blut-

76 So ausdrücklich auch Seewald NJW 1987, 2265, 2274.

77 Vgl. Bruns MDR 1987, 353; ders., NJW 1987, 693; ferner Rosenbrock Blätter f. dt. u. int. Pol. H 9/1987, 1183, 1190f.

78 Seewald NJW 1987, 2265, 2270ff. hat dies insbes. für die Frage der Verhältnismäßigkeit der Mittel gefordert.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

und Plasmakonserven[79], die die Anwendung des BSeuchG in seiner klassischen Prägung und Weite, ja eine Ausdehnung des Instrumentariums auf Meldepflicht und Reihenuntersuchungen plausibel machen sollen. Diese Fälle bestätigen indes den hier ausgebreiteten Befund, daß die intellektuelle und soziale Verantwortungsfähigkeit potentiell Gefährdeter den Ausgangspunkt für das Urteil über die seuchenrechtliche Verantwortlichkeit bildet.

IV. Grundsätze bei der Auswahl von Bekämpfungsmaßnahmen

Liegen die Voraussetzungen einer *Gefahr* im Sinne des BSeuchG vor, so liegt es im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde, ob und gegebenenfalls welche Maßnahme unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit der Mittel sie einsetzt. Inwieweit dieses Ermessen rechtlich strukturiert ist, soll hier anhand der Analyse des Entscheidungsprozesses im Anschluß an Seewald[80] skizziert und erläutert werden. Bei der Frage, ob die Behörde im Falle einer Seuchengefahr handeln muß, gilt das Legalitätsprinzip; für ein Entschließungsermessen ist hier kein Raum. Auch die Frage, welche Maßnahme notwendig ist, eröffnet der Behörde weder ein Ermessen noch einen Beurteilungsspielraum; es handelt sich um keine unvertretbare Entscheidung, sie ist auch nicht aus tatsächlichen Gründen an einer Überprüfung gehindert, da die Möglichkeit für Gutachten besteht. Erst wenn gleichwertige Handlungsalternativen existieren, ergibt sich ein Auswahlermessen. Damit kommt es auf die medizinisch-epidemiologische Bewertung des tatsächlichen Handlungsspielraumes an. Diese dogmatische Strukturierung des § 34 Abs. 1 S. 1 erscheint trotz der eine weitergehende Ermessensfreiheit nahelegenden Formulierung im Gesetz problemangemessen. Denn beim Auftreten von übertragbaren Krankheiten wird das Problem nie darin liegen, ob die Behörden die Umstände wahrnehmen wollen. Bei Vorhandensein einer konkreten Gefahr, die auch individuell zu verantworten ist, wird die Frage stets sein, was man vernünftigerweise tun kann. Erst und nur im Hinblick auf dieses *Auswahlermessen* wird der gesundheitspolitische Streit auch seuchenrechtlich relevant. *Dieser* Streit läßt sich nur begrenzt verrechtlichen: Sieht man von äußersten Grenzen evidenter Unsinnigkeit einmal ab, kann die Auswahl eines bestimmten Bekämpfungsmittels neben der gesetzlich geforderten, *situativ* zu begründenden »Notwendigkeit« und »Erforderlichkeit« nach § 34 Abs. 1 S. 1 nur noch im Hinblick auf die *generelle* verfassungsrechtliche Legalität hin überprüft werden.[81]

79 Auf dem Mannheimer Symposium ist dies im Hinblick auf den HI-Virus durch den Vertreter der Bayer AG, Dr. M. Strucksberg, bestätigt worden, allerdings mit dem Vorbehalt versehen, daß unbekannte Virus-Typen, die sich als Abweichungen der bisher bekannten HI-Viren entwickelt haben können, durchaus als entsprechend neue »Belastungen« in den Blut- und Plasmakonserven enthalten sein können.

80 NJW 1987, 2265, 2268 f.

81 So sind z. B. *Offenbarungspflichten* gegenüber Dritten, wie sie der bayerische Maßnahmenkatalog vorsieht, AIFO 1987, 346, 348 unter 5.2.1, nicht auf die Generalklausel des § 34 zu stützen; sie bedürften dazu, wie in § 6 Abs. 2 S. 3 GeschlkrG auch geschehen, einer speziellen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage; vgl. auch Frankenberg, Anm. 2. Die in der Öffentlichkeit diskutierte körperliche Kennzeichnung HIV-Infizierter wäre gleich dem Zwang, einen Judenstern tragen zu müssen, ein Verstoß gegen die Menschenwürde nach Art. 1 GG; so auch Schenke auf dem Mannheimer Symposium, vgl. Anm. 5. – Die von präventiven Maßnahmen erzeugten Breitenwirkungen in Richtung auf ein staatliches Betreuungs- und Überwachungsverhältnis werden von den Grundrechten indes nicht adäquat erfaßt, sie setzen Maßstäbe im Hinblick darauf, was *dem Einzelnen* bei Eingriffen zugemutet werden darf. Denn, so D. Grimm in seinen »Verfassungsrechtlichen Anmerkungen zum Thema Prävention«, KritV 1986, 38 ff., »jede einzelne Vorkehrung kann ... für sich genommen als verhältnismäßig geringfügige Belastung zur Sicherung eines hochwertigen Rechtsgutes, gleich der Leibesvisitation auf Flughäfen, erforderlich und angemessen erscheinen und in der Summe doch die Freiheit unter der Sicherheit verkümmern lassen. Die Grenzlinie ist schwer zu erkennen« (52).

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Werden alternative Handlungsmöglichkeiten im Rahmen des Auswahlermessens diesen Anforderungen gerecht, können sie rechtlich nebeneinander Bestand haben.[82]

So ist des öfteren darauf hingewiesen worden, daß bei der Ermittlung alternativer Handlungsmöglichkeiten bei Aids neben den traditionellen obrigkeitlichen Eingriffsmaßnahmen auch nicht-hoheitliche Bekämpfungsmaßnahmen zu berücksichtigen sind. Wie die Erfahrungen mit dem Geschlechtskrankheitengesetz belegen, erweisen sich die klassischen Bekämpfungsmaßnahmen keineswegs als sichere Strategien.[83] Andererseits sind Erfolge von nicht-hoheitlichen Bekämpfungsmaßnahmen, insbesondere von Aufklärungskampagnen und von Angeboten anonymer Beratungen nachweisbar.[84] Für die Bewertung alternativer Handlungsmöglichkeiten im Rahmen des Auswahlermessens sind sie deshalb ohne weiteres rechtlich erheblich.[85]

Die Frage der alternativen Handlungsmöglichkeiten wirft allerdings, wie gerade die Aids-Problematik zeigt, Schwierigkeiten insofern auf, als bei der Feststellung der Gleichwertigkeit alternativer Handlungsmöglichkeiten verschiedene Handlungsstrategien gegenübergestellt werden: Rosenbrock hat dies einmal als die klassische Seuchenstrategie bezeichnet, die »aus einem Gesundheitsproblem ein Polizeiproblem macht..., die Selbstverantwortung und die Selbststeuerungsfähigkeit von Individuen und Gruppen relativ gering (gewichtet) ... und dazu tendiert, unerwünschte Wirkungen in anderen Bereichen eher niedrig einzustufen«. Eine andere Strategie ziele demgegenüber darauf, wie »möglichst schnell, möglichst flächendekkend und möglichst zeitstabil der gesellschaftliche Lernprozeß« organisiert werden könne, »mit dem sich die Individuen und die Gesellschaft auf das Leben mit dem Virus einstellen und ein Maximum an präventivem Verhalten entwickeln können«. Diese Strategie sei in ihren Methoden weicher, verzichte »auf Gesten des starken Staates, orientiert eher auf Entwicklung von Selbststeuerungsfähigkeit und hält auch gesundheitliche Selbstverantwortung für eine entwickelbare Größe«.[86] Im Hinblick auf die Erfolgsträchtigkeit der gesundheitspolitisch konkurrierenden Konzepte hat nun das BVerfG in seinem Aids-Beschluß zunächst einmal die gesundheitspolitische Gestaltungsfreiheit des *Gesetzgebers* betont und den Versuch zurückgewiesen, diesen zum Erlaß bestimmter Bekämpfungsmittel zu zwingen; gefordert war insbesondere die Aufnahme von Aids in das Geschlechtskrankheitengesetz, aber auch die Einführung von Meldepflicht und Reihenuntersuchungen.[87] Angesichts der Komplexität der Bekämpfungsstrategien gibt es, so das BVerfG, keine verfassungsrechtlichen Vorgaben für die beste und zweckmäßigste Strategie; nach dem gegenwärtigen Stand der Diskussion gibt es auch keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber und die Bundesregierung ihre Schutzpflichten dadurch verletzen, daß sie Ansteckungen vorrangig durch Aufklärung der Bevölkerung verhindern wollen.[88]

In dieser Feststellung ist die Annahme enthalten, daß letztlich jede Strategie ihre Opfer haben kann und vermutlich unvermeidlich haben wird. Dies ist wichtig

82 Die Einführung einer Meldepflicht für Aids gem. § 7 Abs. 3 durch ein Bundesland, wie sie von Bayern erwogen wird, vgl. die Mitteilung der bayer. Staatskanzlei in AIFO 3/1987, 3. Umschlagseite, ist dagegen unzulässig. Denn der Ermächtigung zugunsten eines Landes »liegt die Erwägung zugrunde, daß sich im Einzelfall das *Bedürfnis* für eine entsprechende Verordnung *auf das Gebiet eines Landes beschränken* kann«, so die Gesetzesbegründung, zit. nach Schumacher/Meyn, Anm. 7, S. 21. Ein Bundesland darf mithin bei einer bundesweit auftretenden Seuche nicht tätig werden.

83 Vgl. Rosenbrock, Anm. 77, S. 1189; Seewald NJW 1987, 2265, 2272.

84 Vgl. oben bei II. 2. c.; ferner Anm. 83.

85 Seewald NJW 1987, 2265, 2272.

86 Rosenbrock, Anm. 77, S. 1189.

87 BVerfG AIFO 1987, 521 ff.

88 BVerfG AIFO 1987, 521, 523.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

festzuhalten, um einer gerade bei Juristen beliebten Blickverengung zu widerstehen, die Erfolge im Einzelfall zu unterstellen geneigt ist, weil dort Kontrolle relativ gesichert zu sein scheint.[89] Dieser Sichtweise wird sodann auch noch unter Anrufung der Schutzpflichtfunktion der Grundrechte Verfassungsrang zugemessen.[90] Demgegenüber sind die von Zwangsstrategien befürchteten und nach Erlaß des bayerischen Maßnahmenkatalogs auch feststellbaren dysfunktionalen Folgen des Abschottens und Abtauchens von Problemgruppen gerade auch *auf der Ebene von Einzelfallentscheidungen durch die Verwaltung* rechtlich zu würdigen. Denn, so heißt es in dem für diesen Zusammenhang einschlägigen Schleyer-Beschluß des BVerfG – der indes von den Schutzpflicht-Enthusiasten in ihrem Drang, der Mobilisierung von Staatsgewalt ein grundrechtsgestütztes Freiheitspathos zu verleihen, verdrängt wird –, das Grundgesetz begründet »eine Schutzpflicht nicht nur gegenüber dem Einzelnen, sondern auch gegenüber der Gesamtheit.«[91] Damit wird eine verengte Problemanalyse, die nur die Auswirkungen auf den von einer Maßnahme Betroffenen in den Blick nimmt, verworfen. In die Folgenbewertung sind deshalb die Breitenwirkungen von bestimmten Mitteln und Strategien einzubeziehen; freilich sind diese Entscheidungen im Rahmen des Auswahlermessens, wie auch vom BVerfG betont wird, rechtlich nur begrenzt kontrollierbar.

So geben z. B. die Erfahrungen mit der Drogenszene Anlaß, anstatt auf seuchenrechtlich präventive Mittel primär auf suchtpolitische Strategien zu setzen, etwa neben der klassischen Politik, den Zulauf zur Drogenszene zu unterbrechen, sowie den ihrerseits wiederum heftig umstrittenen Konzepten, bestehende Abhängigkeiten sozialverträglich umzubauen, auf Minimierungsstrategien gerade im Hinblick auf Aids-Prävention zu bauen, nämlich die kostenfreie Abgabe von Einwegspritzen, um den Anreiz für die Benutzung gebrauchter Spritzen und Bestecke faktisch zu beseitigen. Aus den teilweise »ernüchternden« Erfahrungen der Beratungspraxis[92] können differenzierte Strategien der Vertrauensbildung bei besonderen Ziel- und Problemgruppen für die Aids-Prävention gewonnen werden, statt voreilig auf Zwangskonzepte zurückzugreifen, die den Zugang zu diesen Problemgruppen tendenziell verbauen.[93]

V. Schluß

Dem Einsatz des Zwangsinstrumentariums der BSeuchG im Rahmen der Aids-Bekämpfung sind wegen des Erfordernisses einer konkreten, individualisierten Ansteckungsgefahr sowie der Notwendigkeit, Maßnahmen nur gegenüber dem seuchenrechtlich Verantwortlichen zu ergreifen, sehr viel engere Grenzen gezogen, als in der Öffentlichkeit oft angenommen wird. Auch dort, wo eine individuell zu

89 Darin lag eine Haupttendenz der an dem Mannheimer Symposium teilnehmenden Juristen, sieht man vom Beitrag Schenkes einmal ab; treffend erscheint deshalb die Charakterisierung dieser Tagung durch die Badischen Neuesten Nachrichten v. 24. 11. 1987 S. 3: »Nur die Juristen sind bei Aids nicht völlig hilflos.«

90 Vgl. nur Gallwas AIFO 1986, 31, 32 f.; Rübsaamen AIFO 1987, 165, 168 ff.

91 BVerfGE 46, 160, 165. – In der Retrospektive erweist sich die Entscheidung des BVerfG zu § 218 StGB überhaupt als eine Ausnahme in der Rechtsprechungslinie: In keiner späteren Entscheidung hat es je eine bestimmte Schutzmaßnahme als verfassungsrechtlich gefordert angesehen, sondern immer den politischen Gestaltungsspielraum von Gesetzgeber und Bundesregierung betont; als Grenze wurde nurmehr die evidente Untätigkeit beschworen.

92 Vgl. oben bei Anm. 49.

93 Vgl. etwa die Kontroverse um die durch die Stadt Frankfurt/M. erwogene Kasernierung HIV-infizierter, drogenabhängiger Prostituierter, s. Berichte in der FR v. 23. und 24. 11. 1987.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

verantwortende Gefahr im Sinne des BSeuchG vorliegt, können die Gesundheitsbehörden im Rahmen des Auswahlermessens auf den Einsatz von Zwangsmaßnahmen im Einzelfall verzichten, um etwaige kontraproduktive Breitenwirkungen bei der Aids-Bekämpfung zu vermeiden.

Hubert Rottleuthner
Wer war Dietrich Güstrow?

Dietrich Güstrow ist bekannt geworden vor allem mit seinem Buch »Tödlicher Alltag. Strafverteidiger im Dritten Reich«, das 1981 in Berlin bei Severin und Siedler erschien.[1] Der damalige Justizminister Vogel hielt eine Rede bei der vom Verlag organisierten Vorstellung des Buches. Rezensionen finden sich in überregionalen Tageszeitungen, in der »Zeit« und auch in juristischen Fachzeitschriften (NJW, DRiZ). »Der Spiegel« nahm die Veröffentlichung zum Anlaß für einen größeren Artikel über Strafjustiz im Dritten Reich.[2] In der Kritischen Justiz besprach Richard Schmid das Buch.[3] Mehrere Rundfunkanstalten sendeten Interviews mit D. Güstrow[4]; Lea Rosh, wer sonst, befragte ihn in der Talk-Show »Drei nach Neun«. Bundespräsident Carstens empfing ihn im März 1982 zu einem Gespräch. Die Arbeitsgemeinschaft der Verleger, Buchhändler und Bibliothekare in der Friedrich-Ebert-Stiftung verlieh Dietrich Güstrow am 10. 5. 1983 den Preis »Das politische Buch des Jahres 1983 zu dem Sachthema ›Alltag im Nationalsozialismus‹«. In der Begründung heißt es:

»Die Alltagswirklichkeit im Dritten Reich spiegelt sich in 13 Beispielen aus der Gerichtspraxis unter den verschärften Bedingungen des Krieges. In allen diesen Fällen wirkte der Verfasser als Verteidiger und versuchte, die Angeklagten aus der in der Regel tödlichen Gefahr des Urteils zu retten; denn Richter sprachen damals zwar ›Recht nach den Buchstaben des Gesetzes‹, aber sie übten nur selten Gerechtigkeit. So blieb sein Bemühen auch oft in jenen Fällen erfolglos, in denen der Straftatbestand in seiner Geringfügigkeit in keinem Verhältnis zum zuerkannten Strafmaß mehr stand. Gerade in dieser Diskrepanz offenbart sich die menschenverachtende Praxis in exemplarischer Weise. Gleichzeitig macht das Buch sichtbar, wie sehr latente Angst den Alltag beherrschte und die Beziehungen zwischen den Menschen vergiftete. Andererseits macht der Autor ebenso deutlich, daß es durchaus möglich war, Menschlichkeit walten zu lassen.
Der besondere Wert des Buches liegt darin, daß hier mit der Authentizität des engagiert handelnden Juristen der Schleier des Schweigens zerrissen wurde, den die meisten seiner Standesgenossen über die Rechtspraxis im Dritten Reich gebreitet haben. Nicht zuletzt besticht das Buch durch seine sprachliche Gestaltung, die einen leichten Zugang ermöglicht und in der zugleich die Betroffenheit des rückblickenden Augenzeugen anklingt.«

Diese Würdigung gibt recht gut den Tenor der meisten Besprechungen des Buches wieder. Das humanitäre Engagement des Rechtsanwalts Güstrow wird hervorgehoben (»unermüdlich bis zur Erschöpfung und Gefährdung seiner eigenen Sicherheit«[5]), daneben aber auch die Tatsache, daß anscheinend erstmals ein Anwalt über

1 Eine Taschenbuchausgabe bei dtv folgte 1984. Nach ihr ist im folgenden zitiert. – Ein zweites Buch erschien 1983: »In jenen Jahren. Aufzeichnungen eines ›befreiten‹ Deutschen« (Berlin: Severin und Siedler). In diesem Buch, das nicht die überwältigende Aufnahme fand wie das erste, schildert Güstrow seine Erlebnisse in der SBZ in den Jahren nach 1945 als Bürgermeister und Richter bis zu seiner Flucht in den Westen im Februar 1948.
2 Der Spiegel Nr. 15/1981, v. 6. 4. 1981, S. 51–64.
3 KJ 1982, S. 103–106.
4 Z. B. SFB I am 22. 10. 1981.
5 D. v. Westernhagen, Mut zur Menschlichkeit, Rez. von »Tödlicher Alltag«, Die Zeit vom 10. 4. 1981.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1988-1-62
Generiert durch IP '3.145.130.31', am 23.04.2024, 15:24:12.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.