

Stefan Schäferling / Lauren Tonti*

Corona-Impfstoff: Wunderwaffe oder neuer verfassungsrechtlicher Zankapfel?

Mit der Verabreichung der ersten Dosen des Impfstoffs gegen COVID-19 zeichnet sich eine Verschiebung der Debatte um Corona-Maßnahmen hin zu Fragen um Impfungen und eine mögliche „Privilegierung“ von Immunisierten ab. Der Beitrag beleuchtet aktuelle rechtliche Herausforderungen im Zusammenhang mit Corona-Impfstoffen und stellt den (verfassungs-)rechtlichen Rahmen dar, der bei deren Verteilung sowie denkbaren Maßnahmen zur Erhöhung der Impfquote auf dem Weg zur Herdenimmunität zu beachten ist.

I. Einleitung

Nach nun beinahe einem Jahr mit dem Coronavirus und zahlreichen Kontroversen um bisherige Corona-Maßnahmen, beginnt nun die Debatte zu inzwischen verfügbaren Impfstoffen, deren Verteilung und Beitrag zur Bewältigung der Pandemie.

Funktionierende Impfungen sind eine effektive Strategie zur Eliminierung von Krankheiten, da sie die Herdenimmunität erhöhen, das heißt den Effekt, dass eine ausreichende Menge der Bevölkerung immun gegen eine Krankheit ist, um deren Ausbreitung zu verhindern.¹ Die Berechnung des genauen Prozentsatzes einer Bevölkerung, die geimpft werden muss, um Herdenimmunität zu erreichen, folgt einer komplizierten Formel, die Faktoren einbezieht, die spezifisch für die Krankheit, die Wirksamkeit des Impfstoffs und die jeweilige Bevölkerung sind.² Obwohl insoweit noch keine Klarheit besteht, vermuten Experten, dass etwa 70 % der Bevölkerung immun sein müssten, ob aufgrund einer überstandenen Infektion oder aufgrund einer erfolgreichen Impfung, um Herdenimmunität zu erreichen.³ Auf dem Weg dorthin sind jedoch erhebliche praktische und rechtliche Herausforderungen zu bewältigen. Zurzeit stellen sich angesichts mangelnden Impfstoffs drängende Verteilungsfragen. Für die Zukunft ist zwar mit dem Vorhandensein ausreichenden Impfstoffs zu rechnen, ob hingegen genügend Menschen gewillt sein werden, sich impfen zu lassen, ist unklar. Zurzeit jedenfalls deuten Umfragen an, dass die freiwillige Impfbereitschaft der deutschen Bevölkerung unter der für Herdenimmunität erforderlichen Quote bleibt.⁴

Angesichts dieser Herausforderungen stellt der Beitrag den (verfassungs-)rechtlichen Rahmen dar, den es bei ihrer Bewältigung zu beachten gilt. Dabei geht er zunächst auf die Thematik der Impfstoffverteilung ein (II.). In einem weiteren Schritt beleuchtet er staatliche Maßnahmen zur Förderung einer hohen Impfquote in der Bevölkerung (III.). Schließlich thematisiert er die Frage, inwieweit es Privaten möglich ist, die Inanspruchnahme von Dienstleistungen von Immunitätsnachweisen (infolge Impfung oder überstandener Krankheit) abhängig zu machen (IV.) und bietet abschließend eine Zusammenfassung mit Ausblick (V.).

II. Verteilung des Impfstoffs

Schon mit Beginn der Entwicklung der Impfstoffe gegen das Coronavirus war absehbar, dass nach der Zulassung des Impfstoffs nicht sofort genug Impfstoff für alle Impfwilligen weltweit zur Verfügung stehen würde. Der sich daraus ergebenden Problematik der Verteilung des in Deutschland

vorhandenen Impfstoffs begegnete man mit der Bildung einer gemeinsamen Arbeitsgruppe der Ständigen Impfkommision, der Leopoldina und des Ethikrats zur Ausarbeitung einer Empfehlung für einen Verteilungsplan.⁵ Auf dieser Empfehlung basieren die Regelungen der Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (CoronaImpfV) vom 18.12.2020. Wie so viele Maßnahmen der Regierung in der Corona-Krise ist nun auch die CoronaImpfV in die Kritik geraten. Diese Kritik zielt jedoch nicht auf die inhaltlich vorgenommene Priorisierung bestimmter Personengruppen bei der Impfstoffvergabe, sondern auf die Tatsache, dass diese Entscheidung in Form einer Verordnung erging, ohne dass die wesentlichen zugrundeliegenden Fragen durch ein Parlamentsgesetz geklärt worden wären.⁶ Insoweit greift auch hier der Vorwurf der unzureichenden „Parlamentarisierung der Pandemiebekämpfung“. Hier geht es aber nicht nur um eine Erhöhung der demokratischen Legitimation der Maßnahmen im Allgemeinen. Die fehlende Beteiligung des Parlaments hat im konkreten Fall der CoronaImpfV mit Blick auf die Priorisierungsvorschriften deren Verfassungswidrigkeit und damit Nichtigkeit zur Folge. Aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG lässt sich ein Anspruch auf medizinische Grundversorgung ableiten, der im Rahmen des faktisch Möglichen auch einen Anspruch auf Impfung gegen eine potentiell tödliche Krankheit umfasst.⁸ Ist der Impfstoff knapp, so besteht zumindest ein Teilhaberecht am vorhandenen Impfstoff aus Art. 3 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG, der sachgerecht ausgestaltet werden muss.⁹ Diese sachgerechte Ausgestaltung hat eine erhebliche Grundrechtsrelevanz, da sie in Einzelfällen über Leben und Tod entscheiden kann. Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes ist der Gesetzgeber verpflichtet, wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen Normgebern oder der Exekutive zu überlassen.¹⁰ Für den

* Stefan Schäferling ist Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Völkerrecht und Öffentliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Lauren Tonti, J.D., M.P.H. (Harvard) ist Doktorandin am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München.

1 Aligbe in BeckOK InfSchR, 2. Ed. 1.12.2020, IfSG § 20 Rn. 4 ff.

2 Anderson et al. Lancet 2020, 1614.

3 RKI, Covid-19 und Impfen – Zugang und Verteilung, Stand 14.1.2021, <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html> (letzter Abruf: 15.1.2021).

4 COSMO COVID-19 Snapshot Monitoring, Stand 29.12.2020, <https://projekte.uni-erfurt.de/cosmo2020/web/topic/impfung/10-impfungen/#impfabsicht-impfpflicht> (letzter Abruf: 15.1.2021).

5 Positionspapier der Gemeinsamen Arbeitsgruppe aus Mitgliedern der Ständigen Impfkommision, des Deutschen Ethikrates und der Nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina, v. 9.11.2020, https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2020_Positionspapier_COVID-19-Impfstoff_final.pdf (letzter Abruf: 15.1.2021).

6 Kießling, Kingreen und Leisner-Egensperger, Stellungnahmen im Gesundheitsausschuss v. 13.1.2021, <https://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoeerungen?url=L2F1c3NjaHVlc3NIL2ExNC9hbmhVZXJ1bmdlbi84MTUx-MDgtODE1MTA4&mod=mod795762> (letzter Abruf: 15.1.2021).

7 Heinig/Möllers, FAZ v. 21.10.2020, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/die-parlamente-sollten-die-coronapolitik-bestimmen-17011324.html?premium> (letzter Abruf: 15.1.2021).

8 BVerwGE 9, 78 (80 f.); Kloepfer/Deye DVBl 2009, 1208 (1218 f.).

9 Wolff DVBl 2020, 1379 (1382).

10 BVerfGE 147, 253 (309 f.) = NJW 2018, 361 (364).

Fall der Impfstoffverteilung bedeutet das, dass zumindest der Rahmen, nach dem eine Priorisierung erfolgt, durch ein Gesetz festgelegt werden muss. § 20 i Abs. 3 S. 2 Nr. 1 lit. a) und Nr. 2, S. 3, 7 und 8 sowie 10 bis 11 SGB V und § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. c) und f) IfSG, welche als Grundlage für die CoronaImpfV herangezogen wurden, erfüllen dieses Erfordernis jedoch nicht.¹¹ Es bedarf daher umgehend einer gesetzgeberischen Korrektur, um die Impfstoffvergabe angesichts der Knappheit der Vakzine auf verfassungsrechtlich sichere Füße zu stellen.

III. Möglichkeiten staatlicher Maßnahmen zur Erreichung höherer Impfquoten

Wie soeben dargestellt, gibt es gegenwärtig drängende gesetzgeberische Baustellen. Dennoch wäre es angesichts der mäßigen Impfbereitschaft in der deutschen Bevölkerung fahrlässig, sich bereits abzeichnende zukünftige Probleme im Zusammenhang mit dem Erreichen der erforderlichen Impfquote in der Hoffnung zu verdrängen, die Impfbereitschaft der Bevölkerung werde ganz von alleine steigen. Die staatliche Einflussnahme auf die Impfentscheidung Einzelner ist ein gesellschaftlich hoch emotionales und kontroverses Thema. Die Bundesregierung legte sich in der Corona-Krise schon früh darauf fest, dass Impfungen nur auf freiwilliger Basis erfolgen sollen und wiederholte diese Position regelmäßig.¹² Angesichts des frühen Zeitpunkts und ihrer Unbedingtheit scheint diese Entscheidung weniger verfassungsrechtlich begründet als von politischen Erwägungen und der Sorge vor erstarkenden Protesten gegen Corona-Maßnahmen getragen zu sein. Um im Kampf gegen Infektionskrankheiten eine möglichst hohe Impfquote zu erreichen, steht Staaten grundsätzlich eine große Bandbreite an Mitteln zur Verfügung, welche von freiwilligen Maßnahmen bis hin zum Zwang reicht.¹³ Dazwischen liegen Aufklärungskampagnen oder Impfberatungen, finanzielle Anreize, das Erfordernis eines Impfnachweises etwa für die Einreise oder den Zugang zu bestimmten Einrichtungen oder (finanzielle) Sanktionen. Zahlreiche Maßnahmen auf diesem Spektrum sind mit Grundrechtseinschränkungen verbunden, die umso intensiver werden, je mehr die Maßnahmen mit Zwang einhergehen. Der freiheitlich demokratische Rechtsstaat muss bei der Auswahl der Mittel widerstreitende Interessen in Ausgleich bringen: Die Freiheit derjenigen, die sich nicht impfen lassen wollen, ebenso wie seine Schutzpflichten gerade gegenüber besonders vulnerablen Gruppen. Der Kontext der Pandemiebekämpfung stellt dabei besondere Herausforderungen, da die Impftematik ein Problem kollektiven Handelns darstellt.¹⁴ Im Folgenden soll auf einige denkbare Maßnahmen zur Behebung dieses Problems eingegangen werden. Besonders umstritten ist die Einführung einer echten Impfpflicht (1.). Neben einer solchen bestehen allerdings auch andere Möglichkeiten, durch rechtliche Mittel eine möglichst hohe Impfquote zu erreichen (2.).

1. Rechtlicher Rahmen einer echten Impfpflicht

Die staatliche Anordnung einer Impfpflicht für bestimmte Bevölkerungsteile oder gar die gesamte Bevölkerung mag aus epidemiologischer Sicht eine sehr effektive Methode der Pandemiebekämpfung sein, aus grundrechtlicher Perspektive bleibt sie hoch problematisch. So stellt eine echte Impfpflicht einen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit dar,¹⁵ und kann genauso weitere grundrechtliche Schutzposition berühren, etwa die Glaubens- und Gewissensfreiheit.¹⁶ Nichtsdestotrotz gibt es in der deutschen Geschichte Beispiele für eine solche staatlich angeordnete Impfpflicht. So schrieb beispielsweise das Reichsimpfgesetz von 1874 die

Impfung von Kindern gegen Pocken vor. Diese Impfpflicht galt über hundert Jahre fort bis 1983.¹⁷ 1959 entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass die Pockenimpfpflicht des Reichsimpfgesetzes zwar ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S.1 GG sei, dieser aber gerechtfertigt sei, da er gerade unter der Zielsetzung der Erhaltung der körperlichen Unversehrtheit erfolgte und verhältnismäßig sei.¹⁸ Ein neueres Beispiel zu Fragen einer Impfpflicht für bestimmte Bevölkerungsgruppen ist das Masernschutzgesetz,¹⁹ welches aktuell Gegenstand zweier Verfassungsbeschwerden ist.²⁰ Im Mai 2020 lehnte das BVerfG die Anträge der Beschwerdeführer/-innen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab. Dabei lehnte das BVerfG die Beschwerde gegen die Masernimpfpflicht zwar nicht als offensichtlich unbegründet ab, in der vorzunehmenden Folgenabwägung räumte es aber dem Interesse an der Abwehr infektionsbedingter Risiken für Leib und Leben einer Vielzahl von Personen den Vorrang gegenüber dem Interesse, Kinder ohne Masernschutzimpfung in einer Gemeinschaftseinrichtung betreuen zu lassen, ein.²¹

Diese Entscheidungen lassen sich jedoch nicht ohne Weiteres auf die Frage einer Impfpflicht gegen Corona übertragen. Bei dem Masernimpfstoff (und vielen anderen Impfstoffen) handelt es sich um ältere Impfstoffe, für welche umfassende Erfahrungswerte vorhanden sind. Trotz der nun erfolgten Zulassung verschiedener Impfstoffe gegen das Coronavirus lässt sich aus rechtlicher Sicht nicht einfach ausblenden, dass zurzeit noch vergleichbare Erfahrungswerte für diese neuen Impfstoffe fehlen. Dennoch würde mit einer Impfpflicht gegen das Corona-Virus mitnichten verfassungsrechtliches Neuland betreten, jedenfalls was die Anordnung einer Impfpflicht für Teile der Bevölkerung angeht. Das bedeutet nicht, dass die Anordnung einer Impfpflicht für die gesamte Bevölkerung kategorisch ausgeschlossen ist, ihr stehen jedoch besonders hohe rechtliche Hindernisse entgegen. Als Eingriff in die oben genannten grundrechtlichen Schutzpositionen bedürfte eine gesamtgesellschaftliche Impfpflicht gegen das Coronavirus – ebenso wie eine Pflicht nur für bestimmte Bevölkerungsteile – zunächst einer gesetzlichen Grundlage, für die es grundsätzlich zwei Wege gibt. Einerseits die Nutzung der Rechtsverordnungsermächtigung des § 20 Abs. 6 und 7 IfSG, andererseits die Verabschiedung eines speziellen Gesetzes, wie etwa auch im Falle des Masernschutzgesetzes.²²

Mit Blick auf eine Impfpflicht für die Gesamtbevölkerung bestehen vor allem hinsichtlich der ersten Option einige Bedenken. So spricht § 20 Abs. 6 IfSG nur von „bedrohten Teilen der Bevölkerung“, die zur Teilnahme an Schutzimpfungen verpflichtet werden können. Es ist umstritten, ob damit auch die gesamte Bevölkerung gemeint sein kann,

11 Leisner-Egensperger, Stellungnahme im Gesundheitsausschuss v. 13.1.2021, 4 ff., <https://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoeerungen?url=L2F1c3NjaHVlc3NlL2ExNC9hbmhvZXJ1bmdlb3R4MTUxMDgtODE1MTA4&mod=mod795762> (letzter Abruf: 15.1.2021).

12 Vgl. zuletzt die Äußerungen des Bundesgesundheitsministers v. 13.1.2021, https://www.deutschlandfunk.de/bundesgesundheitsminister-spahn-cdu-zur-impfdebatte-in-694.de.html?dram:article_id=490730 (letzter Abruf: 15.1.2021).

13 Vgl. Weithorn/Reiss, Human Vaccines & Immunotherapeutics 2018, 1610.

14 Gostin/Wiley, Public Health Law: Power, Duty, Restraint, 2. Aufl. 2008, 378.

15 Vgl. BVerwGE 9, 78 (79) = NJW 1959, 2325; Mers, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, 143 f.

16 Schaks/Krahmer MedR 2015, 860 (866).

17 Amhaouach/Kießling MedR 2019, 853 (857).

18 BVerwGE 9, 78 (79 f.) = NJW 1959, 2325 (2325 f.).

19 BGBl. 2020 I S. 148.

20 BVerfG NJW 2020, 1946.

21 BVerfG NJW 2020, 1946 (1947).

22 Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 84.

angesichts des Wortlauts bestehen aber erhebliche Zweifel.²³ Gerade auch vor dem Hintergrund der Debatte um stärkere Beteiligung der Parlamente bei Corona-Maßnahmen ist es schwer vorstellbar, dass eine so weitreichende Entscheidung auf eine derart unsichere Grundlage gestützt würde und eine Corona-Impfpflicht im Wege einer Verordnung angeordnet würde.

Auch bei der Verabschiedung eines neuen Gesetzes, das beispielsweise klar die gesamte Bevölkerung erfassen könnte, bestünden aber erhebliche Zweifel jedenfalls hinsichtlich der Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme. Ließe sich die Pandemie gleich effektiv durch Impfung lediglich bestimmter Gruppen bekämpfen, so wäre eine teilweise Impfpflicht ein milderer Mittel, welches daher vorzuziehen wäre. Angesichts der geäußerten Vermutungen, dass bereits bei einer Immunitätsquote von 70 % Herdenimmunität erreicht sein könnte, ließe sich nur schwer begründen, weshalb eine Impfung von 100 % der Bevölkerung nötig sei. Insoweit fehlt es zurzeit aber noch an einer wissenschaftlich gesicherten Tatsachengrundlage. Schließlich sprechen auch faktische und rechtspolitische Gründe gegen eine "echte" allgemeine Impfpflicht. In faktischer Hinsicht bestehen erhebliche Zweifel, ob in absehbarer Zeit überhaupt genügend Impfdosen vorhanden sein werden, um 80 Millionen Menschen in Deutschland (ggf. zweimal) zu impfen. Aus rechtspolitischer Perspektive gilt es zudem, potentielle kontraproduktive Effekte einer Impfpflicht zu berücksichtigen, etwa ein erhöhtes Misstrauen in der Bevölkerung gegen Impfungen, welches sich bei der Bekämpfung anderer Krankheiten negativ auswirken könnte.

Sinnvoller erscheint es daher, eine etwaige Impfpflicht nur auf bestimmte Bevölkerungsteile oder Berufsgruppen zu erstrecken, wie es zuletzt vereinzelt gefordert wurde.²⁴ Für bestimmte Berufsgruppen gibt es ohnehin bereits bestehende Impfpflichten, wie etwa für Soldaten gestützt auf § 17 a Abs. 2 SG. Die unterschiedliche Behandlung von Soldaten im Vergleich zu anderen Bürgern mit Blick auf eine verpflichtende Tetanusimpfung sah das BVerwG durch die gesetzliche Verpflichtung für Soldaten, ihre Gesundheit zu erhalten und die erhöhte Ansteckungsgefahr im Dienst gerechtfertigt.²⁵ Der zuständige Generalarzt der Truppen hat dem Verteidigungsministerium bereits empfohlen, die COVID-19-Impfung in das Grundimpfschema für Soldaten aufzunehmen.²⁶ Weitere Berufsgruppen, die nach dieser Logik einer Impfpflicht unterworfen werden könnten, sind aufgrund der beamtenrechtlichen Gesunderhaltungspflicht etwa bestimmte Beamte mit einem hohen Expositionsrisiko, wie etwa Beamte im Polizeidienst,²⁷ aber auch verbeamtete Lehrer, jedenfalls dann, wenn der Schulunterricht nicht nur online stattfindet.

Darüber hinaus könnte die nun – jedenfalls inhaltlich – vertretbar erfolgte Priorisierung bestimmter Gruppen bei der Impfstoffverteilung aufgrund ihres erhöhten Risikos oder auch ihrer essentiellen Bedeutung für das Gemeinwesen auch als Ansatzpunkt für eine partielle Impfpflicht dienen. Gerade gegenüber besonders gefährdeten Personen trifft den Staat schließlich auch eine grundrechtliche Schutzpflicht, welcher er durch Sicherstellung ausreichender Impfraten nachkommen könnte. Sollte sich die Bevölkerung nicht in ausreichender Zahl freiwillig impfen lassen, so läge in den Kriterien, die für die Priorisierung herangezogen wurden, sowohl ein legitimes Ziel für einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als auch ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung gegenüber der restlichen Bevölkerung hinsichtlich einer partiellen Impfpflicht.

Schließlich sollen noch Aspekte beleuchtet werden, die auch bei einer partiellen Impfpflicht unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten berücksichtigt werden sollten.

So sollte neben den üblichen Ausnahmen bei Kontraindikation etwa eine Ausnahme aus Glaubens- oder Gewissensgründen in eine etwaige Regelung eingefügt werden, um Art. 4 Abs. 1 GG gerecht zu werden. Da jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei regelmäßiger Berufung auf die Ausnahme die Impfpflicht insgesamt konterkariert wird, sollte die Ausnahme so ausgestaltet sein, dass sie ausgesetzt werden kann, wenn tatsächliche Entwicklungen zeigen, dass durch die Ausnahme der Erfolg der Impfpflicht nachhaltig gefährdet ist.²⁸

Der Staat sollte zudem im Rahmen einer potentiellen Impfpflicht der Autonomie des Individuums auf anderer Ebene Rechnung tragen, indem er den von der Impfpflicht Betroffenen – sofern faktisch möglich – zumindest die Entscheidung überlässt, mit welchem Impfstoff sie geimpft werden möchten.

2. Sonstige Maßnahmen zur Erhöhung der Impfbereitschaft

Als weniger drastisches Mittel bietet sich jenseits der Anordnungen einer echten Impfpflicht wiederum eine Vielzahl von Maßnahmen an, die Personen dazu animieren sollen, sich impfen zu lassen. Auch hier gibt es ein Spektrum, welches Maßnahmen umfasst, die sich auf eine Anreizfunktion beschränken und andere, die sich in ihrer Wirkung nur graduell von einer echten Impfpflicht unterscheiden und daher durchaus als "Impfpflicht light"²⁹ bezeichnet werden können.

Denkbar wäre es zum Beispiel die Impfbereitschaft durch finanzielle Anreize zu erhöhen.³⁰ Maßnahmen, die den Bezug staatlicher Leistungen von einer Impfung abhängig machen, wie es etwa in Australien mit Blick auf das Kindergeld praktiziert wird,³¹ wären hingegen deutlich problematischer. Angesichts des Zwecks derartiger Leistungen und vor dem Hintergrund des Sozialstaatsprinzips begegnet die sachfremde Verknüpfung von Sozialleistungen mit einem Impferfordernis jedenfalls Bedenken. Erfolgversprechender – aber ebenfalls bereits strittig – wäre es, Geimpfte von Beschränkungen geltender Corona-Maßnahmen auszunehmen. Auf faktischer Ebene setzt dies selbstverständlich voraus, dass die Impfung nicht nur die geimpfte Person schützt, sondern auch vor einer Weiterverbreitung des Virus, sowie eine ausreichende Verfügbarkeit des Impfstoffes. Setzt man das voraus, so wiederholt sich auf rechtlicher Ebene die Debatte, die bereits im Frühjahr 2020 zu "Immunitätspässen" geführt wurde.³² Die Regierungskoalition überprüft Medienberichten zufolge

23 Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 86; Höfling JZ 2019, 776 (777); aA Schaks in Kluckert, Das neue Infektionsschutzrecht, 332 (340).

24 FAZ, v. 12.1.2021, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/soeder-bringt-corona-impfpflicht-fuer-pflegekraefte-ins-gespraech-17141637.html> (letzter Abruf: 15.1.2021).

25 BVerwGE 33, 339 (343) = NJW 1970, 532 (534).

26 Spiegel Online v. 14.12.2020, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundeswehr-in-der-corona-krise-verteidigungsministerium-prueft-impfpflicht-fuer-soldaten-a-313b4fe0-b75e-4eb4-9dc9-d737eb832a20> (letzter Abruf: 15.1.2021).

27 Bretschneider/Peter NVwZ 2020, 1462 (1465 f.).

28 Mers, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, 153.

29 Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 84.

30 Kritisch dazu Wolff, FES-E-Paper, 2020, <http://library.fes.de/pdf-files/dialog/16339.pdf> (letzter Abruf: 15.1.2021).

31 Yang/Studdert JAMA 2017, 803.

32 Vgl. Boehme-Neßler NVwZ 2020, 1570.

bereits ein Verbot von „Privilegien“ für Geimpfte.³³ Dieser Vorstoß verwundert aus verfassungsrechtlicher Sicht.³⁴ Zunächst ist bereits die Rede von einer „Privilegierung“ irreführend. Sind Personen immun und übertragen die Krankheit auch nicht mehr weiter, fehlt es schlicht an einer Grundlage zur Fortführung ihrer Grundrechtseinschränkungen.³⁵ Wenn Immunitätspässe gar als Verstoß gegen Menschenwürde und Demokratieprinzip bezeichnet werden,³⁶ ist die Kritik jedenfalls in diesem Ausmaß überzogen. Dem Vorwurf der Stigmatisierung³⁷ kann entgegengehalten werden, dass es nicht um eine Beeinträchtigung der Rechte Nicht-Immunisierter geht, sondern um eine Beendigung der Beeinträchtigung der Rechte von Immunisierten, für die es aufgrund ihrer Immunität gerade keine Grundlage mehr gibt. Für die insoweit bestehende Ungleichbehandlung gibt es mit der Immunität und dem fehlenden Risiko einer Weiterübertragung des Virus einen sachlichen Grund. Das Argument, dieser beruhe auf Zufall und sei somit willkürlich,³⁸ ging schon fehl, als eine Immunität nur durch überstandene Infektion erlangt werden konnte. Schließlich ist es nicht der Staat, der durch Zufall Immunität gewährt oder vorenthält, er knüpft lediglich an die natürlich vorhandene oder fehlende Immunität an und folgt damit einem sachlichen Unterscheidungskriterium. Noch viel weniger greift der Vorwurf des Zufalls, wenn das Individuum die eigene Immunität selbst in der Hand hält, was jedenfalls dann der Fall wäre, wenn jeder die Möglichkeit zur Impfung hätte. Die Beschwörung notwendiger Solidarität in der Bevölkerung durch die Politik ist zwar nachvollziehbar, ein verfassungsrechtlich tragfähiges Argument zur Rechtfertigung einer Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem ist sie jedoch nicht. Man kann die Einführung von Immunitätspässen politisch mit guten Gründen in Frage stellen. Ein Verbotsgesetz sähe sich jedoch im Falle ausreichend verfügbaren, wirksamen Impfstoffs selbst erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.

Verfassungsrechtlich unproblematisch sind letztlich grundrechtlich neutrale Maßnahmen, wie etwa Werbekampagnen. Im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sind diese daher vorzuziehen und nur bei ihrem Scheitern die obigen Maßnahmen überhaupt in Betracht zu ziehen.

IV. Immunitätsnachweise bei privaten Akteuren

Jenseits des rein staatlichen Raums stellt sich die Frage, wie damit umgegangen werden sollte, wenn Private beginnen, für bestimmte Dienstleistungen Immunitätsnachweise zu fordern. Mit der australischen Fluglinie *Qantas* verkündete bereits ein erstes großes Unternehmen, auf internationalen Verbindungen nur Passagiere mit Impfnachweis an Bord zu nehmen.³⁹ Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass angesichts ganzer Wirtschaftszweige, die infolge der aktuellen Maßnahmen finanziell am Abgrund stehen, und der nun verfügbaren Impfstoffe der Ruf nach der Zulassung von Immunitätsnachweisen wieder laut wird, um etwa Konzerte zu ermöglichen oder Restaurants und Clubs wieder öffnen zu können. Auch insoweit gilt, dass es noch verlässlicher wissenschaftlicher Erkenntnisse hinsichtlich der Wirkungen der Impfungen bedarf, um die tatsächliche Umsetzbarkeit beurteilen zu können. Den Idealfall vorausgesetzt, gestaltet sich der rechtliche Rahmen jedoch wie folgt:

Grundsätzlich bestehen für Private deutlich größere rechtliche Spielräume als für den Staat. Sie sind nicht in gleicher Weise an Grundrechte gebunden wie dieser. Nach der Rechtsprechung des BVerfG gehört es zur Freiheit jeder Person, nach eigenen Präferenzen darüber zu bestimmen, mit wem sie unter welchen Bedingungen Verträge abschlie-

ßen will.⁴⁰ Jedoch können sich gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben. Das gilt etwa dann, wenn einzelne Personen mittels des privatrechtlichen Hausrechts von Veranstaltungen ausgeschlossen werden, die von Privaten aufgrund eigener Entscheidung einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und wenn der Ausschluss für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet. Private Veranstalter dürfen ihre Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von derartigen Ereignissen auszuschließen.⁴¹ Danach lässt sich allgemein kaum eine Aussage über die Rechtmäßigkeit des Einsatzes von Immunitätsnachweisen im privaten Bereich treffen. Mit der Immunität liegt aber grundsätzlich ein sachlicher Anknüpfungspunkt vor, sodass die Entscheidung des Ausschlusses Nichtimmunisierter jedenfalls nicht willkürlich ist. Es wird im Einzelfall abzuwägen sein, ob der Ausschluss von Nicht-Immunisierten von bestimmten Leistungen diese erheblich in der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben beeinträchtigt.

Auf einfachgesetzlicher Ebene setzt § 19 Abs. 1 AGG weitere Grenzen, an die sich Private halten müssen. Die Immunität gegen eine bestimmte Krankheit an sich fällt zwar nicht unter die verpönten Kriterien des AGG, in bestimmten Fällen könnte es dennoch zur Anwendung kommen, etwa sofern sich Menschen wegen einer Gegenindikation aufgrund einer Behinderung nicht impfen lassen können und somit von Dienstleistungen ausgeschlossen werden.⁴² Ob für derartige Fälle die Rechtfertigung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 AGG greift, ist ebenfalls eine komplizierte Abwägungsfrage.⁴³ Auch das Datenschutzrecht stellt für die Abfrage gesundheitlicher Daten einige Hürden auf, mögen diese wiederum auch nicht in jedem Fall unüberwindbar sein.⁴⁴ In rechtspolitischer Hinsicht sind zudem weitere gewichtige Argumente zu beachten. Eine weitgehende Privatisierung von Immunitätsnachweisen könnte zu einer problematischen Fragmentierung des Informationsmanagements und der Pandemiebekämpfung insgesamt führen. Der erhebliche soziale Sprengstoff, der in der faktischen Begründung einer Zwei-Klassen-Gesellschaft von solchen, die wieder Konzerte und andere Veranstaltungen besuchen dürfen und denjenigen, den diese Tätigkeiten weiter versagt bleiben, liegt, sollte auch nicht einfach dem Markt überlassen bleiben. Letztlich könnten Immunitätsnachweise, solange nicht genügend Impfstoff vorhanden ist, weiterhin Fehlanreize zur gezielten Infektion mit dem Virus

33 FAZ v. 29.12.2020, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/union-und-spd-pruefen-verbot-von-privilegien-fuer-corona-geimpfte-17122421.html> (letzter Abruf: 15.1.2021).

34 Kingreen, Stellungnahme im Gesundheitsausschuss v. 13.1.2021, 9 ff., <https://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoerungen?url=L2F1c3NjaHVlc3NlL2ExNC9hbmhvZXJ1bmdlbi84MTUxMDgtODE1MTA4&mod=mod795762> (letzter Abruf: 15.1.2021).

35 Kießling/Müllmann VerBloG v. 16.12.2020, <https://verfassungsblog.de/bald-wird-geimpft/> (letzter Abruf: 15.1.2021).

36 Boehme-Neßler NVwZ 2020, 1570 (1571 ff.).

37 Boehme-Neßler NVwZ 2020, 1570 (1571 ff.).

38 So Boehme-Neßler NVwZ 2020, 1570 (1573).

39 Spiegel Online v. 24.11.2020, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/corona-schutz-bei-airlines-qantas-will-die-impfpflicht-fuer-flugpassagiere-a-251975f4-0abe-4e8d-b5a5-cd6995d14957> (letzter Abruf: 15.1.2021).

40 BVerfGE 148, 267 (283) = NJW 2018, 1667 (1669).

41 BVerfGE 148, 267 (283 f.) = NJW 2018, 1667 (1669).

42 Kießling/Müllmann VerBloG v. 16.12.2020, <https://verfassungsblog.de/bald-wird-geimpft/> (letzter Abruf: 15.1.2021).

43 Kießling/Müllmann VerBloG v. 16.12.2020, <https://verfassungsblog.de/bald-wird-geimpft/> (letzter Abruf: 15.1.2021).

44 Kießling/Müllmann VerBloG v. 16.12.2020, <https://verfassungsblog.de/bald-wird-geimpft/> (letzter Abruf: 15.1.2021).

setzen.⁴⁵ Angesichts dieser Umstände und der oben genannten im Einzelfall schwierigen rechtlichen Abwägungsfragen sollte gegebenenfalls auch hier der Gesetzgeber aktiv werden. Das gilt umso mehr, als der Einsatz von Immunitätsnachweise im privaten Bereich Teil von Hygienekonzepten sein würde, die die Wiedereröffnung von Geschäften überhaupt ermöglichen und seitens der zuständigen staatlichen Stellen genehmigt werden müssten. Dieser Verantwortung sollte sich die Politik frühzeitig stellen, um gesellschaftlich akzeptierte und rechtlich tragfähige Lösungen zu entwickeln.

V. Zusammenfassung

Auch hinsichtlich der Verteilung des knappen Impfstoffs scheint sich die bereits in anderem Kontext beklagte „Entparlamentarisierung“ der Pandemiebekämpfung fortzusetzen. Eine gesetzgeberische Korrektur ist insoweit dringend notwendig. Mit Blick auf die Frage des Erreichens einer hinreichenden Impfquote fügt sich Deutschland nur zögerlich in die Reihe der Nationen ein, die bereit sind, das breite Spektrum an verfügbaren Maßnahmen zur Erhöhung der Impfraten in der Bevölkerung voll auszunutzen. Maßnahmen, die am „Zwangsende“ des Spektrums zu verorten sind, können als schwerwiegende Grundrechtseingriffe verfassungsrechtlich stets nur die *Ultima Ratio* sein. Einer echten Impfpflicht für die gesamte Bevölkerung stehen daher nur schwer

überwindbare verfassungsrechtliche Bedenken entgegen. Für eine Impfpflicht für bestimmte Bevölkerungsgruppen gibt es jedoch bereits historische Bezugsfälle. Angenommen die Impfungen schützen nicht nur die geimpfte Person selbst vor Erkrankung, sondern verhindern verlässlich auch eine Weiterverbreitung des Virus, erscheint zudem eine Aufrechterhaltung vieler Corona-Maßnahmen für Geimpfte problematisch. Privaten verbleibt schließlich ein ohnehin größerer Spielraum etwa zur Einführung von Immunitätsnachweisen. Aufgrund der Vielzahl an komplizierten Abwägungsfragen in diesem Zusammenhang sollte jedoch auch hier der Gesetzgeber einen Rahmen vorgeben. Anstatt Lösungsansätze mit teilweise rechtlich fragwürdiger Argumentation kategorisch auszuschließen, sollte die Politik angesichts der fortdauernden Pandemie und der offenbar zu niedrigen Impfbereitschaft in der deutschen Bevölkerung das gesamte Spektrum der die Impfquote potentiell erhöhenden Maßnahmen bereits jetzt in einem öffentlichen Diskurs auf ihre epidemiologische und verfassungsrechtliche Tauglichkeit überprüfen. Nur durch einen offenen Dialog können die neuen Impfstoffe zur gesellschaftlich akzeptierten Wunderwaffe werden, die dabei hilft, die Gesellschaft aus der Krise zurück zur Normalität zu führen. ■

45 Kofler/Baylis Nature 2020, 379 (381).