



Universität Regensburg

Universität Regensburg · D-93040 Regensburg

An den  
Deutschen Bundestag  
- Ausschuss für Gesundheit -  
Platz der Republik 1  
  
11011 Berlin

Deutscher Bundestag  
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache  
**19(14)263(2)**  
gel. VB zur öffent. Anh. am  
13.01.2021 - Impfstrategie  
7.1.2021

FAKULTÄT FÜR  
RECHTSWISSENSCHAFT

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Sozialrecht und Gesundheitsrecht

Prof. Dr. Thorsten Kingreen

Telefon +49 941 943-2607

Telefax +49 941 943-3634

E-Mail: [thorsten.kingreen@jura.uni-regensburg.de](mailto:thorsten.kingreen@jura.uni-regensburg.de)

Universitätsstraße 31

D-93053 Regensburg

Regensburg, 07.01.2021

Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum  
**Entwurf eines Gesetzes zur Priorisierung bei der Schutzimpfung  
gegen das Corona-Virus SARS-CoV-2  
(Corona-Impfgesetz – CoronaimpfG) – BT-Drucks. 19/25260**

Der Gesetzentwurf BT-Drucks. 19/25260 enthält in seinem § 3 Verteilungskriterien für den Zugang zu Schutzimpfungen gegen das Coronavirus. Diese Bestimmung ist Gegenstand des ersten Teils der nachfolgenden Stellungnahme (I.). Es folgen Anmerkungen zur notwendigen Normierung von Diskriminierungsverboten zu Lasten von impfwilligen Personen, die noch nicht geimpft werden können (II.). Die Stellungnahme endet mit den abschließenden Empfehlungen (III.):

## **I. Zugang zu Schutzimpfungen**

Derzeit regelt § 1 der auf § 20i Abs. 3 S. 2 SGB V beruhenden Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Impfverordnung – CoronaimpfV) den Anspruch zu Schutzimpfungen gegen das Coronavirus. Dieser Anspruch besteht aber nur „im Rahmen der Verfügbarkeit der vorhandenen Impfstoffe“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 CoronaimpfV), weshalb in den Folgevorschriften priorisiert wird. Unterschieden wird zwischen Schutzimpfungen mit höchster Priorität (§ 2), hoher Priorität (§ 3) und erhöhter Priorität (§ 4). Für alle weiteren Anspruchsberechtigten i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 2 CoronaimpfV gibt es keine Priorisierungsregeln.

Der Gesetzentwurf unterscheidet sich in zwei wesentlichen Punkten von diesen Bestimmungen. Er betont erstens die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer parlamentsgesetzlichen Normierung der Priorisierung (dazu 1.) und enthält zweitens ein voll durchnormiertes Priorisierungsprogramm, das in insgesamt sechs Gruppen mit abnehmender Priorität den Zugang der gesamten Bevölkerung zur Schutzimpfung normiert (zu diesem Vollmodell 2.):

### **1. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer parlamentsgesetzlichen Regelung**

#### **a) Der Parlamentsvorbehalt**

Der Anspruch auf Zugang zu Schutzimpfungen muss reguliert werden, weil der Impfstoff knapp ist und voraussichtlich noch für mehrere Monate knapp bleiben wird. Es ist daher unerlässlich, Prioritäten festzulegen wie dies in der CoronaimpfV geschehen ist, und es ist erwartbar, dass es zu einzelnen Priorisierungen unterschiedliche Ansichten gibt. Man kann es bei Knappheitsentscheidungen nicht jedem recht machen, und es ist auch davor zu warnen, aus verfassungsrechtlichen Bestimmungen Wahrheitsansprüche über eine vermeintlich allein verfassungsgemäße Reihung abzuleiten. Aus materiell-verfassungsrechtlicher Sicht ist daher weder gegen die Priorisierungen in der CoronaimpfV noch im Gesetzentwurf der Fraktion der FDP Grundsätzliches einzuwenden.

Das Grundgesetz enthält aber mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) fundamentale Vorgaben für die Gestaltung und den Ablauf politischer Entscheidungsprozesse. Die Durchführung einer bestimmten Prozedur nach bestimmten Diskursregeln (Klarheit, Informiertheit, Verallgemeinerbarkeit, Vorurteilsfreiheit) ist danach der wesentliche Garant für Transparenz und Berücksichtigung aller be-

troffenen Interessen und damit auch für gesellschaftliche Akzeptanz. Eine solche Verfahrensgerechtigkeit ist besonders wichtig, wenn in tatsächlicher Hinsicht Unsicherheit über das zukünftige Geschehen besteht und/oder wenn grundrechtlich relevante Verteilungsentscheidungen gefällt werden müssen, für die es keine allgemein anerkannten Kriterien gibt. Beides ist bei den Impfungen der Fall: Es ist erstens in den Details nach wie vor ungewiss, wann alle Impfwilligen Zugang zur Schutzimpfung bekommen und welche Schutzwirkungen diese im Einzelnen haben wird, und es ist zweitens umstritten, nach welchen Maßstäben über die Verteilung des Impfstoffs und damit auch über Leben und Tod entschieden wird.

Für das grundgesetzliche Modell der demokratischen Legitimation spielen das Parlament und das Gesetz die zentralen Rollen: Das unmittelbar vom Volk gewählte Parlament vermittelt personelle, das Gesetz sachliche Legitimation. Aus diesem Grunde muss der Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen [...] selbst treffen“ (BVerfGE 61, 260/275; 95, 267/307). Dieser sog. Parlamentsvorbehalt untersagt es dem Gesetzgeber, sich bei wesentlichen Entscheidungen, also insbesondere bei solchen mit Grundrechtsbezug, seiner Verantwortung durch Delegation zu entledigen. Das Bundesverfassungsgericht verknüpft den Parlamentsvorbehalt auch explizit mit dem Teilhabegedanken: Er soll ein Verfahren gewährleisten, „das sich durch Transparenz auszeichnet, die Beteiligung der politischen Opposition gewährleistet und [...] den Betroffenen [...] Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten“ (BVerfGE 95, 267/307f.).

Die verfassungsrechtliche Vorgabe, dass grundrechtswesentliche Entscheidungen durch das Parlament getroffen werden müssen, gilt insbesondere für Verteilungsentscheidungen. Das Bundesverfassungsgericht hat das bereits 1972 für die Verteilung von knappen Studienplätzen klargestellt:

„Wenn [...] die Regelung in den Grundrechtsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eingreift und sich hier als **Zuteilung von Lebenschancen** auswirken kann, dann kann in einer rechtsstaatlich-parlamentarischen Demokratie der Vorbehalt, dass in den Grundrechtsbereich lediglich durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden darf, nur den Sinn haben, dass der Gesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen selbst verantworten soll“ (BVerfGE 33, 303/346; *Hervorhebung nur hier*).

Die Verteilung von knappen Studienplätzen sei daher

„wegen der einschneidenden Bedeutung der Auswahlregelung Sache des verantwortlichen Gesetzgebers“ (BVerfGE 33, 303/345).

Dieser müsse

„auch im Falle einer Delegation seiner Regelungsbefugnis zumindest die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander“ (BVerfGE 33, 303/345f.)

selbst festlegen.

Auch in seiner zweiten Numerus-Clausus-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Verteilung von Studienplätzen als „**Zuteilung von Lebenschancen**“ (BVerfGE 43, 291/ 314, 364; *Hervorhebung nur hier*) bezeichnet und in seiner dritten Entscheidung zu diesem Thema auch den Zusammenhang zwischen Verfahrens- und Ergebnisgerechtigkeit profiliert:

„Im Bereich grundrechtlicher Teilhabeansprüche – gerade in Konkurrenzsituationen – erfordert die Verwirklichung des materiellen Grundrechtsgehalts eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung, denn sie kann Einfluss auf das Ergebnis der Auswahlentscheidung haben“ (BVerfGE 147, 253 Rn. 114).

Es hat zudem nochmals deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber „die für die Vergabe von Studienplätzen in zulassungsbeschränkten Studiengängen wesentlichen Fragen selbst regeln“ (BVerfGE 147, 253 Rn. 117) muss:

„In Anbetracht der vorentscheidenden Bedeutung der Auswahlgrundlagen für die Verwirklichung der Studienwahlentscheidung und deren Auswirkungen auf die Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit der Studienplatzbewerber müssen die Auswahlkriterien ihrer Art nach durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber selbst bestimmt werden“ (BVerfGE 147, 253 Rn. 118).

#### **b) „Zuteilung von Lebenschancen“**

Dass die Verteilung von Studienplätzen eine „Zuteilung von Lebenschancen“ ist, könnte man noch als zu hoch gegriffen ansehen. Dass aber die Priorisierung bei Schutzimpfungen eine „Zuteilung von Lebenschancen“ bedeuten kann, ist nicht zu bezweifeln. In den nächsten Monaten werden Menschen am Virus sterben, weil für sie nicht rechtzeitig Impfstoff zur Verfügung stand. Was also verfassungsrechtlich für die Verteilung von Studienplätzen gilt, muss erst recht für die Priorisierung bei den Schutzimpfungen gelten: Der parlamentarische Gesetzgeber muss die wesentlichen Entscheidungen darüber, wer mit welcher Priorität Anspruch auf die Schutzimpfungen hat, selbst treffen.

Das ist allerdings bislang nicht geschehen. Gemäß § 20i Abs. 3 S. 2 Nr. 1 a) SGB V kann das BMG durch Rechtsverordnung bestimmen, dass Versicherte Anspruch auf „bestimmte Schutzimpfungen oder auf bestimmte andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe haben, im Fall einer Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 insbesondere dann, wenn sie aufgrund ihres Alters oder Gesundheitszustandes ein signifikant erhöhtes Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf haben, wenn sie solche Personen behandeln, betreuen oder pflegen oder wenn sie in zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge und für die Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen eine Schlüsselstellung besitzen.“

§ 20i SGB V begründet krankenversicherungsrechtliche Ansprüche, und sein zitierter Abs. 3 S. 2 Nr. 1 a) SGB V ermächtigt das BMG, diese Ansprüche auch auf Schutzimpfungen gegen das Coronavirus auszudehnen, und zwar insbesondere im Hinblick auf Personen, die eines der dort genannten Merkmale aufweisen. Der Bestimmung ist aber nicht entnehen, dass mit der Benennung einzelner Anspruchsberechtigter zugleich die Verteilung von knappen Impfdosen und eine Präferenzentscheidung zu Lasten der dort nicht genannten Personengruppen getroffen werden soll. Schon der sozialversicherungsrechtliche Regelungsstandort und -kontext belegt, dass es sich um eine Bestimmung handelt, die sozialversicherungsrechtliche Anspruchserweiterungen ermöglichen soll, aber keine Verteilung von knappen Gesundheitsgütern normiert. Legt man die Maßstäbe der ersten Numerus-Clausus-Entscheidung an, müssten „zumindest die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander selbst festzulegen“ (BVerfGE 33, 303/345f.) geregelt werden. Es wird aber noch nicht einmal deutlich, dass es sich bei den genannten Tatbestandsmerkmalen (Alter, Gesundheit etc.) um Auswahlkriterien handeln soll. Und selbst wenn man sie so interpretieren würde, müsste nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ihr Rangverhältnis untereinander normiert werden.

Das Rangverhältnis wurde also nicht parlamentsgesetzlich geregelt, sondern in einem eini-germaßen merkwürdigen Verfahren weitgehend politikfern festgelegt. Nach § 20i Abs. 3 S. 8 SGB V muss die Ständige Impfkommission (STIKO) beim Robert Koch-Institut angehört werden, wenn in der Rechtsverordnung ein Anspruch auf Schutzimpfungen oder andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe festgelegt wird. Die überwiegend aus Medizinern bestehende STIKO ist aber nicht nur einfach angehört worden, sondern ihr wurde, ohne dass das um Gesetz angelegt wäre, auch die Zuständigkeit übertragen, einen Kriterienkatalog für

die Priorisierungen zu erarbeiten. Die STIKO-Empfehlungen (zu finden unter <https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/ImpfungenAZ/COVID-19/Impfempfehlung-Zusfassung.html>) sind dann mit nur wenigen Änderungen in die ministerielle Rechtsverordnung übernommen worden.

Aus der Forschung über Kosten-Nutzen-Bewertungen im Gesundheitswesen und die Verteilung von Organen im Transplantationsrecht lässt sich als einigermaßen konsolidierte Erkenntnis festhalten, dass Allokationsentscheidungen nicht nur aus deskriptiven medizinischen oder ökonomischen Elementen bestehen, sondern stets auch normativer Natur sind (vgl. nur *Wolfgang Kersting*, Gerechtigkeitsethische Überlegungen zur Gesundheitsversorgung, in: Oliver Schöffski/Johann-Matthias Graf von der Schulenburg, Gesundheitsökonomische Evaluationen, 3. Aufl. 2008, S. 23/42ff.; *Thorsten Kingreen*, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 [2011], S. 152/ 173, 175ff.; *Oliver Schöffski/Wolfgang Greiner*, ebenda, S. 95/118ff.). Das spricht natürlich nicht dagegen, auch für die Vorbereitung von Auswahlentscheidungen maßgeblich medizinischen Sachverstand heranzuziehen, ja es wäre unverantwortlich, dies nicht zu tun. Die Medizin kann allerdings kraft ihrer Fachkompetenz nur beurteilen, ob eine ärztliche Behandlung dringlich ist und deren Erfolgsaussichten abschätzen. Es gibt aber keinen medizinischen Grund, eine Heilung oder Impfung, die medizinisch möglich ist, nicht zu versuchen. Auswahlentscheidungen sprengen das medizinische Paradigma, weil sie nicht allein auf der Grundlage von Erkenntnissen und Methoden der medizinischen Wissenschaft getroffen werden können (*Thomas Gutmann/Bijan Fateh-Moghdaham*, Rechtsfragen der Organverteilung, NJW 2002, 3365/3366f. und *Urban Wiesing*, Werden Spenderorgane nach medizinischen oder ethischen Kriterien verteilt?, in: Johann Ach/Michael Quante [Hrsg.], Hirntod und Organverpflanzung, 1997, S. 227/241ff.).

*Thomas Gutmann* (Für ein neues Transplantationsgesetz, 2006, S. 115) hat den Diskussionsstand im Kontext der Organverteilung wie folgt treffend auf den Punkt gebracht:

„In der internationalen ethischen und rechtlichen Diskussion besteht Konsens darüber, dass es keinen Katalog gleichsam neutraler, rein ‚medizinischer‘ Auswahlkriterien geben kann, mit deren Hilfe man es vermeiden könnte, bei der Festlegung von Regeln zur Auswahl von Patienten und zur Allokation von Organen ethische und rechtliche Urteile treffen zu müssen.“

Vor diesem Hintergrund leidet das Verfahren der Priorisierung bei den Corona-Schutzimpfungen unter einem kategorialen Konstruktionsfehler. Es wird nämlich kontrafaktisch und unausgesprochen unterstellt, dass die Priorisierung bei den Schutzimpfungen allein aufgrund medizinischer Kriterien erfolgen könne. Es wird auf medizinische Scheinrationalitäten gesetzt und damit auch die Entparlamentarisierung legitimiert. Dabei ist es keineswegs nur eine fachmedizinische Entscheidung, dass im ministeriellen Prioritätenkatalog die 19-jährige Mitarbeiterin in der Verwaltung eines Impfzentrums höchste Priorität genießt (§ 2 Nr. 4 CoronaimpfV), ihre 79-jährige Großmutter aber nur hohe Priorität (§ 3 Nr. 1 CoronaimpfV). Wenn man mit Impfungen möglichst zügig die Überforderung des Gesundheitssystems beenden möchte, müsste man umgekehrt entscheiden, denn die 19-jährige Mitarbeiterin in der Verwaltung eines Impfzentrums hat ein vergleichsweise geringes Expositionsrisiko und wird mit einer hohen Wahrscheinlichkeit im Falle der Ansteckung keine intensivmedizinische Behandlung benötigen. Man kann die Entscheidung aber selbstverständlich auch mit dem wichtigen Anliegen rechtfertigen, Vertrauen in die Sicherheit in den Impfzentren zu gewährleisten. Beides ist rechtlich gleichermaßen vertretbar – es handelt sich nur eben nicht um eine fachmedizinische, sondern um eine normative und damit eminent politische Entscheidung.

Man muss daher festhalten, dass die zu treffenden Entscheidungen und die entscheidenden Akteure nicht zusammenpassen können. Der Umstand, dass Allokationsentscheidungen im Gesundheitswesen nicht allein fachmedizinischer Natur sind, hat unmittelbare Rückwirkungen auf die organisatorische und personelle Struktur der Entscheidungsträger und auf die Verfahren, mittels derer sie entscheiden. Ihre Zusammensetzung und ihre Prozedur müssen sich als sachgerechte Abbildung der zu treffenden Entscheidungen darstellen. Das bedeutet konkret, dass über die Priorisierung bei Corona-Schutzimpfungen nicht allein aufgrund medizinischer Expertise und nicht allein in einem Ministerium entschieden werden kann, sondern nur in Institutionen mit breiterer personeller Legitimation, also im Bundestag. Hier müssen insbesondere die für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) fundamentalen Verteilungsentscheidungen getroffen werden.

Es ist zwar verschiedentlich, auch vom Bundesminister der Gesundheit selbst, darauf hingewiesen worden, dass der Bundestag diese Frage doch diskutiert habe. Aber das missversteht den verfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt: Er ist kein Diskussionsvorbehalt („schön,

dass wir darüber gesprochen haben“), sondern ein Vorbehalt für die parlamentarische Gesetzgebung, die den Regeln der Art. 76-82 GG folgt.

Aus diesen Gründen ist es in der bisherigen rechtswissenschaftlichen Diskussion Gemeingut, dass die Priorisierung bestimmter Bevölkerungsgruppen beim Zugang zu Impfstoffen durch Parlamentsgesetz geregelt werden muss (vgl. stellvertretend und m. w. N. *Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste*, Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung für die Priorisierung bestimmter Bevölkerungsgruppen bei der Verteilung eines Impfstoffs gegen COVID-19, WD 3-3000-271/20 v. 04.12.2020).

Der derzeitige Rechtszustand ist damit verfassungswidrig und dementsprechend auch gerichtlich angreifbar.

## **2. Teilmodell oder Vollmodell?**

Es ist daher zu begrüßen, dass die FDP-Fraktion einen Gesetzentwurf vorgelegt hat, der das Rangverhältnis der Kriterien für den Zugang zur Corona-Schutzimpfung regelt.

Man kann allenfalls fragen, ob es zum jetzigen Zeitpunkt sinnvoll ist, die Prioritäten in so vielen Stufen durchzunormieren. Dem Parlamentsvorbehalt wäre einstweilen auch durch ein Teilmodell Genüge getan, also dadurch, dass zunächst drei Gruppen höchster, hoher und erhöhter Priorität festgelegt werden. Möglicherweise hat sich, wenn nach Durchimpfung dieser Gruppen genügend Impfstoff zur Verfügung stehen sollte, die Notwendigkeit von weiteren Allokationsentscheidungen dann ohnehin erledigt. Der Katalog müsste also nur im Bedarfsfall in einigen Monaten zu einem Vollmodell fortgeschrieben werden.

Regelungsbedürftig ist aber schon jetzt die Frage, ob die notwendige zweite Impfung Priorität vor der Impfung weiterer, noch gar nicht geimpfter Personen hat, wie das bislang noch in § 5 CoronaImpfV vorgesehen ist. Auch das ist zwar eine zuvörderst ein medizinisches Thema, das aber durch die normativ aufgeladene Entscheidung überlagert wird, ob man zunächst eine möglich hohe Sicherheit für wenige oder eine geringere Sicherheit für möglichst viele erreichen möchte.

## II. Ungleichbehandlung von impfwilligen ungeimpften Personen

Man kann abschließend noch fragen, ob es nicht auch einen über den Gesetzentwurf BT-Drucks. 19/25260 hinausgehenden Regelungsbedarf gibt, um die nachteiligen Folgen für diejenigen abzufedern, die trotz Impfwilligkeit noch nicht geimpft werden können. Konkret geht es um den Vorschlag, ob und inwieweit Privatpersonen verboten werden soll, beim Abschluss von privatrechtlichen Verträgen zwischen geimpften und ungeimpften Personen zu differenzieren. Dazu ist zunächst zu sagen, dass nach wie vor unsicher ist, ob Geimpfte gar nicht mehr infektiös sind; es gibt aber offenbar gute Gründe anzunehmen, dass von ihnen deutlich geringere Gefahren ausgehen als von nicht Geimpften. Daher ist es zumindest nicht ausgeschlossen, dass Private ein Interesse daran haben, beim Abschluss von Verträgen nach dem Impfstatus von Vertragspartnern zu differenzieren. Das zu verbieten bedeutete einen erheblichen Eingriff in die Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 bzw. bei berufsbezogenen Verträgen Art. 12 Abs. 1 GG, s. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II; 36. Aufl. 2020, Rn. 438, 964), den man nur rechtfertigen kann, wenn man sachlich und zeitlich differenziert:

### 1. Sachliche Differenzierung

In den dazu bislang vorliegenden rechtswissenschaftlichen Äußerungen wird an derartigen Eingriffen zum Teil sehr deutliche Kritik geübt: Man könne Beschränkungen, die mit der Ansteckungsgefahr begründet wurden, gegenüber Geimpften nicht nur deshalb aufrecht erhalten, weil noch nicht geimpften Personen diese Freiheiten noch nicht zurückgegeben werden können: „Solange nicht alle wieder ins Theater, Schwimmbad und Restaurant dürfen, soll es niemand dürfen“ (*Josef Franz Lindner*: „Privilegien“ für einige oder Lockdown für alle?: Coronaimpfung – offene Verfassungsrechtsfragen, *VerfBlog*, 2020/12/29; ebenso: *Lamia Amhaouach/Stefan Huster*, *Stefan*: Gleiche Unfreiheit?, *VerfBlog*, 2020/12/31).

Das ist zutreffend und wird auch überzeugend in den Kontext der Kritik an flächendeckenden undifferenzierten Lockdowns gestellt. Es ist in der Tat ebenso fragwürdig, flächendeckend Freiheiten zu beschränken statt spezifisch besonders schutzbedürftige Personengruppen zu schützen wie es nicht zu rechtfertigen wäre, den Einzelhandel und die Kultureinrichtungen nur deshalb geschlossen zu halten, weil sie noch nicht wieder von allen gleichberechtigt genutzt werden können. Maßstab für die zu ergreifenden Schutzmaßnahmen sind nämlich nach § 28a Abs. 3 S. 4 IfSG insbesondere die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus

SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohnern innerhalb von sieben Tagen und nicht die Anzahl der bereits Geimpften. Zwar werden die Neuinfektionen (auch) mit der steigenden Zahl von Geimpften zurückgehen. Aber die Aufhebung der Beschränkungen darf nicht deshalb unterbleiben, weil es noch impfwillige Personen gibt, die noch nicht geimpft sind.

Es kann daher in der Debatte nicht um die Beschränkung der Freiheit der Geimpften gehen. Wenn von ihnen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit keine oder nur noch eine geringe Gefahr ausgeht, müssen personenbezogene Beschränkungen wie Kontaktverbote aufgehoben werden. Nach der Folgeimpfung gibt es daher keinen rechtfertigenden Grund mehr, nachgeholtete Weihnachtsfeiern in Pflegeheimen zu verbieten, wenn an ihnen lediglich geimpfte Personen teilnehmen.

Es geht also in der Debatte nicht um einen in der Tat fragwürdigen Egalitarismus, sondern vielmehr um die Freiheit der nicht Geimpften und ihren Schutz vor Ungleichbehandlungen durch Private, die keinen Beschränkungen mehr unterliegen, also den wieder eröffneten Einzelhandels- oder Gaststättenbetrieb. Schon das geltende Recht akzeptiert Eingriffe in die Privatautonomie, wenn und soweit sie dem Schutz vor bestimmten Diskriminierungen dienen. So verbietet das auf unionsrechtlichen Grundlagen beruhende Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Benachteiligungen im Arbeitsverhältnis und bei der Begründung, Durchführung und Beendigung bestimmter sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (§§ 1, 7, 19 AGG).

Hinter diesen Bestimmungen steht, ebenso wie bei Art. 3 Abs. 3 GG, der verallgemeinerbare Gedanke, dass der Einzelne auf diese Kriterien keinen oder praktisch keinen Einfluss hat. Niemand sucht sich sein Geschlecht, sein Alter, seine sexuelle Identität oder eine Behinderung aus. Daher ist es ausnahmsweise verfassungsrechtlich gerechtfertigt, selbst Privatpersonen zu verbieten, den Abschluss oder die Ausgestaltung von bestimmten privatrechtlichen Verträgen von diesen Kriterien abhängig zu machen. Auch über den eigenen Impfstatus kann jedenfalls in den kommenden drei Monaten nicht jeder verfügen. Insoweit ist also der Impfstatus mit den unverfügbaren Kriterien des einfach- und verfassungsrechtlichen Antidiskriminierungsrechts wertungsmäßig vergleichbar.

Es ist daher verfassungsrechtlich zulässig, für einen eng begrenzten Übergangszeitraum ein Diskriminierungsverbot zu normieren, das alle unter die §§ 7 und 19 AGG fallenden zivilrechtlichen Verträge erfasst. Das sind neben Arbeitsverträgen vor allem die sog. Massengeschäfte, die ohne Ansehen der Person abgeschlossen werden (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG). Hier geht es neben den Bargeschäften des täglichen Lebens und Verträgen, für die ein Kontrahierungszwang gilt (etwa im Bereich der Personenbeförderung) um alle Einrichtungen, die für den allgemeinen Publikumsverkehr geöffnet sind bzw. bei denen der Person des einzelnen Besuchers oder Kunden regelmäßig nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt wie bei Apotheken, Supermärkten, Freizeiteinrichtungen, Fitnessstudios, der Gastronomie und den Hotels (vgl. *Oliver Mörsdorf*, in: Dirk Looschelders [Hrsg.], Beck Online-Großkommentar AGG, § 19 Rn. 31).

Es ist zwar unsicher, ob es insoweit überhaupt zu Problemen kommen wird. Aber für die Stärkung der Akzeptanz und des Vertrauens in die mit der Priorisierung notwendigerweise einhergehenden Härten kann ein Diskriminierungsverbot legitim sein. Es sollte freilich, weil es sich anders als bei den personalen Kriterien i.S.v. Art. 3 Abs. 3 GG/§ 1 AGG nur um ein Übergangsproblem handelt, weder im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz noch im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt werden, und schon gar nicht, was auch vorgeschlagen wurde, im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, weil damit Individualvereinbarungen etwa im Arbeitsrecht nicht erfasst werden würden. Sinnvoll und ausreichend wäre eine knappe, etwa bis zum 30.04.2021 befristete Bestimmung im Infektionsschutzgesetz. Passender Regelungsstandort wäre § 20, der in sachlicher Hinsicht auf die §§ 7 und 19 AGG verweisen könnte.

## **2. Zeitliche Differenzierung**

Der zweite Kritikpunkt an einem Diskriminierungsverbot lautet: „Niemand ist für die Folgen seines Handelns verantwortlich – vor allem dann nicht, wenn diese nachteilig für ihn sind“ (*Lamia Amhaouach/Stefan Huster, Stefan: Gleiche Unfreiheit?, VerfBlog, 2020/12/31; ebenso: Josef Franz Lindner: „Privilegien“ für einige oder Lockdown für alle?: Coronaimpfung – offene Verfassungsrechtsfragen, VerfBlog, 2020/12/29; ebenso:*).

Es wäre in der Tat ein ganz und gar merkwürdiges Verständnis von Solidarität, wenn man es Privaten verbieten würde, Impfunwillige ungleich zu behandeln. Wenn es keine Impfwilligen

mehr gibt, für die kein Impfstoff zur Verfügung steht, besteht nach der Logik des zuvor Gesagten keine Notwendigkeit und auch keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung mehr, Ungleichbehandlungen zwischen geimpften und nicht geimpften Personen zu untersagen. Denn über seinen Impfstatus kann nun jedermann verfügen. Der Impfstatus ist dann also wertungsmäßig nicht mehr mit den Kriterien des Art. 3 Abs. 3 GG/§ 1 AGG vergleichbar, sondern entspricht den allgemeinen gesundheitlichen Anforderungen, die zulässigerweise an den Abschluss von privatrechtlichen Verträgen gestellt werden. Es geht dann um nichts anderes als die übliche Verpflichtung, in seinem Alltagsverhalten auf andere Rücksicht zu nehmen. Daher ist auch die Behauptung, damit werde ein mittelbarer Impfwang etabliert, fernliegend.

### **III. Empfehlungen**

1. Der parlamentarische Gesetzgeber muss die anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander für den Zugang zu Schutzimpfungen gegen das Coronavirus selbst regeln. Das derzeit verfolgte Regelungskonzept einer durch die STIKO vorbereiteten Rechtsverordnung unterstellt unzutreffend, dass eine Priorisierung allein auf medizinischen und nicht auch auf normativen Kriterien beruht. Es ist verfassungswidrig und daher gerichtlich angreifbar.

Aus diesem Grunde sollte der Gesetzentwurf BT-Drucks. 19/25260 weiterverfolgt werden.

2. Eine parlamentsgesetzliche Festlegung der Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander ist in zeitlicher Hinsicht nur erforderlich, bis genügend Impfstoff für alle Impfwilligen zur Verfügung steht. Deshalb wäre es verfassungsrechtlich zulässig, zunächst nur die notwendigen Priorisierungen bei besonders schutzbedürftigen Personen zu regeln.

Eine detaillierte Auflistung wie im Gesetzentwurf BT-Drucks. 19/25260 vorgeschlagen ist daher derzeit nicht erforderlich, kann sich aber im weiteren Verlauf als notwendig erweisen, wenn der Impfstoff noch länger knapp sein sollte.

3. Es ist zu empfehlen, dem Gesetzentwurf durch ein bis zum 30.04.2021 befristetes Verbot der Ungleichbehandlungen wegen des Impfstatus zu ergänzen, das alle privatrechtlichen Verträge i.S.d. §§ 7 und 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG erfasst. Ein zeitlich darüber hinausgehendes

Diskriminierungsverbot wäre allerdings verfassungswidrig, wenn für alle Impfwilligen Impfstoff zur Verfügung gestellt werden kann.

Prof. Dr. Thorsten Kingreen