

Sachverständige Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich des Endes der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BT-Drs. 20/15

A. Übersicht und Gesamtergebnis

Der November 2021 fordert erneut höchste Anspannung und wirksame Entscheidungen in der Corona-Pandemie. Die Belastung des Gesundheitssystems ist nach Auskunft der epidemiologischen Fachwissenschaft in erster Linie Folge einer nicht hinreichenden Impfquote. Die verfassungsrechtlich maßgebliche Frage ist, wer die Lasten dieser Situation in welcher Weise tragen muss.

Im Gesamtergebnis sprechen überwiegende Gründe dafür

1. die epidemische Notlage von nationaler Tragweite derzeit nicht erneut zu verlängern; hierfür sind verfassungsrechtlich das Mäßigungsgebot gegenüber der geimpften Bevölkerungsmehrheit wie auch die signifikante regionale Verschiedenheit der Lage maßgeblich (B.);
2. angemessene Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie nach der Grundlinie des Entwurfs BT-Drs. 20/15 Art. 1 Nr. 3 gesetzlich zu ermöglichen und um die Möglichkeit begrenzter landesspezifischer Ergänzung zu erweitern (C.);
3. jedenfalls vor allgemeinen Lockdown-Maßnahmen den Einsatz von Impfpflichten einschließlich einer allgemeinen Impfpflicht zu prüfen; sie lässt sich wegen der fehlenden Eignung milderer Mittel zur Erreichung eines hinreichenden Gesundheitsschutzes rechtfertigen (D.).

Eine solche Gesamtstrategie ist für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlüssig. Insbesondere ist sie grundrechtsdogmatisch angemessen, weil sie die Bürgerinnen und Bürger in ihrem unterschiedlichen Verhalten ernstnimmt und nicht nach bloßer Praktikabilität undifferenzierter staatlicher Steuerung unterwirft.

B. Auslaufen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite

1. Derzeitige epidemiologische Vorgaben für die rechtliche Bewertung

Das Verfassungsrecht kann die tatsächliche Situation der derzeitigen Pandemie nicht eigenständig beurteilen. Für die Frage, in welchem Umfang eine Impfung vor Infektionen und Erkrankung schützt, welche sonstigen Schutzmaßnahmen welche Wirkung erzielen, welche Bevölkerungsgruppen aufgrund welcher Faktoren welches Risiko einer ernsthaften Erkrankung und damit der Belastung des Gesundheitssystems tragen, und wie es schließlich um die Auslastung und Flexibilität des Gesundheitssystems bestellt ist: Zu all diesen Aspekten ist das Verfassungsrecht auf die Auskunft anderer Disziplinen angewiesen, muss sie dann aber gleichwohl selbständig verarbeiten und mit anderen Faktoren zusammenführen.

- Die entsprechenden, insoweit weitestgehend unstreitigen Informationen lauten in knappster Zusammenfassung: Es ist epidemiologisch von einem signifikanten Unterschied zwischen vollständig Geimpften und Ungeimpften auszugehen. Dabei geht es nicht um den Ausschluss von Infektionen, sondern um eine graduelle Veränderung, genauer um eine dreifache Senkung von Risiken: Es sinkt die Wahrscheinlichkeit einer Infektion, weiter dann im Fall einer Infektion das Risiko einer eigenen Erkrankung sowie drittens das Risiko einer Weitergabe des Virus an Dritte. Eine erhebliche Wirkung haben neben bzw. ergänzend zur Impfung bereits einfache Hygienemaßnahmen wie insbesondere das Tragen von Masken, die freilich nur in den Situationen wirken, in denen sie auch angewandt werden. Maßnahmen wie Kontaktbeschränkungen und Lockdown-Vorgaben erzielen weitergehende Effekte, sind aber als „Null-Covid“-Strategie höchstens im Modell zu simulieren. Und wie jeder biologische Vorgang trägt eine Impfung auch das Risiko von Nebenwirkungen in sich, im extrem seltenen Einzelfall bis hin zu einem tödlichen Verlauf.

- Die Verarbeitung dieser Grundinformationen durch den Gesetzgeber muss aus verfassungsrechtlicher Perspektive folgendes beachten: Unzulässig ist eine Pfadabhängigkeit, die von den fachwissenschaftlichen Beobachtungen auf einen Vorrang der fachgebundenen Handlungsempfehlungen schließt. Diese lassen – notwendigerweise – eine Vielzahl anderer Implikationen außer acht und streben nach einer maximalen Umsetzung ihrer Schlussfolgerungen. Aufgabe des Verfassungsrechts ist es, die Berücksichtigung von weiteren Faktoren als Rechtsgebot (und nicht als Frage bloßer politischer Generosität) einzufordern: Dies sind hier etwa sämtliche Freiheitsrechte und insbesondere die Lebenssituation derjenigen, die durch staatliche Verbotsmaßnahmen existentiell getroffen werden, mit oftmals nicht zu heilenden, lebensbedrohlichen und lebensverkürzenden Folgen, etwa bei Schülerinnen und Schülern. Auch hierzu gab und gibt es Auskünfte „der Wissenschaft“ von der Sozialmedizin über Psychologie bis zur Ökonomie. Das Verfassungsrecht unterstützt die Aufgabe des Gesetzgebers, diese Perspektiven in einen schonenden Ausgleich zu setzen und streitet gegen die Überhöhung einer einzelnen Perspektive.

2. Maßgebliche Aspekte: Mäßigungsgebot als Konsequenz des Impfstatus, föderale Unterscheidungen

Die Voraussetzungen für eine erneute Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite sind vor dem skizzierten Hintergrund derzeit aus allgemeinen wie aus konkret tatbestandlichen Gründen nicht gegeben. Denn die überwiegende Impfung der Bevölkerung führt ihr gegenüber zu einem verfassungsrechtlichen Mäßigungsgebot, die das rechtsstaatliche Verteilungsschema wieder in Kraft setzt. Hinzu kommt – als Folge der unterschiedlichen Impfquote in den Bundesländern –, dass der gesetzliche Tatbestand einer „ernsthafte(n) Gefahr für die öffentliche Gesundheit *in der gesamten Bundesrepublik Deutschland*“ derzeit nicht vorliegt.

- Begründungspflichtig ist nicht die Beendigung des Rechtszustands einer epidemischen Lage nationaler Tragweite, sondern deren nochmalige Verlängerung. Das gilt aus guten Gründen schon rechtstechnisch: Nur durch einen aktiven Beschluss des Bundestags bestehen die entsprechenden Sonderrechte weiter fort. Falsch ist also der gelegentlich erweckte Eindruck, der Bundestag stünde vor der Frage einer „Aufhebung“ der epidemischen Lage von nationaler Tragweite. Die bisherige Regelung des Infektionsschutzgesetzes enthält durch den jetzt wieder auflaufenden Beschlussvorbehalt eine ernstzunehmende Warnfunktion, die auf die fundamentale Reichweite der Sonderrechte in der epidemischen Lage hinweist.

Für eine flächendeckende und allgemeine Fortschreibung dieser Sonderrechte gegenüber der Gesamtbevölkerung ist derzeit die Rechtfertigung entfallen. Grundlage dafür ist (erstens) die Leistung der forschenden Wissenschaft, die in unvergleichlich kurzer Zeit durch den Impfstoff ein Instrument zur Verfügung gestellt hat, mit dem die pandemische Situation wirksam bekämpft werden kann. Eine verfassungsrechtlich veränderte Situation ergibt sich daraus (zweitens) durch das disziplinierte und solidarische Verhalten weiter Teile der Bevölkerung, die sich – bei durchaus sehr unterschiedlichen Eigenrisiken und Auffassungen zur Lage – hat impfen lassen und so wirksam zu Eigen- und Fremdschutz beigetragen hat.

- Durch diese gemeinsame Anstrengung von Wissenschaft und Gesellschaft verändert sich das Verhältnis zwischen staatlichen Maßnahmemöglichkeiten und den durch sie beschränkten Bürgerrechten: Die epidemische Lage von nationaler Tragweite steht für ein Konzept, in dem die unterschiedslose Behandlung der Bevölkerung rechtlich jedenfalls möglich ist und bisher typischerweise bei weitergehenden Maßnahmen wie etwa (Teil-) Lockdowns oder gar Ausgangssperren auch gewählt worden ist. Solche Maßnahmen wurden gerade an die Gesamtbevölkerung gerichtet, auf Landesebene wie bei der „Bundesnotbremse“ deutschlandweit. Dies ist aus dem Aspekt der Vollzugseffizienz nachvollziehbar (Sender-Perspektive): Nur die unterschiedslose Verhängung entsprechender Maßnahmen lässt sich einigermaßen kontrollieren; insbesondere wird insoweit das ordnungsrechtliche Erfahrungswissen genutzt, dass die Mehrzahl der Bürger im rechtsstaatlichen Normalfall im Regelfall von sich aus relativ regeltreu ist oder sich zumindest an geltenden Rechtsregeln orientiert (Es entsteht damit allerdings auch regelmäßig ein überschießender Scheineffekt von Wirksamkeit, weil Maßnahmen insbesondere bei dem Teil der Bevölkerung befolgt werden, die aus anderen Gründen in vielen Fällen ohnehin ein geringes Risiko tragen; so dürften die spätabendlichen Ausgangssperren der „Bundesnotbremse“ rein symbolisches Handeln gewesen sein).

Nun ist es dem grundrechtsgebundenen Staat aber gerade nicht freigestellt, in beliebiger Weise allein nach der Effizienz seiner Maßnahmen zu fragen. Vielmehr ist aus der Adressaten-Perspektive der Bürgerinnen und Bürger staatliches Handeln nur dann legitim, wenn es (nur) Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt. Dabei kann zwar in Grenzen verallgemeinernd vorgegangen werden

(Situation der Unsicherheit und Unübersichtlichkeit, Maßnahmen von geringer Eingriffstiefe). Eine Fortschreibung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite zielt jedoch auf das Grundverhältnis von Staat und Bürgern. Mit der entsprechenden Feststellung und den in der Folge geschaffenen Instrumenten insbesondere des § 28a Abs. 1 IfSG wird in der Staatspraxis das rechtsstaatliche Verteilungsschema aufgehoben, wonach den Staat – in jedem Einzelfall und gegenüber jedem Adressaten seiner Maßnahmen – die Pflicht trifft, sein Handeln formell und materiell zu rechtfertigen. Es wird in ganz globaler Betrachtung schon die (mögliche) Geeignetheit von Maßnahmen als ausreichende Rechtfertigung angesehen; der Einsatz der bereitgestellten Instrumente wird als politische Gestaltungsentscheidung begriffen, wobei vor allem darauf abgestellt wird, welche Strategie als vermittelbar gilt. Der Rechtsschutz gegen entsprechende Verordnungen ist fast flächendeckend auf Eilrechtsschutz mit beschränkten Kontrolltiefen zurückgenommen. Insbesondere bei der Verlängerung der epidemischen Lage für jeweils drei Monate im Juni und August 2021 wurde kaum noch ernsthaft bestritten, dass es sich um eine Vorbehaltsstrategie handelt, die für den „Fall der Fälle“ praktische Rechte bereithielte. Die dabei eingetretenen Gewöhnungseffekte, die man nur als rechtsstaatliche Verfallserscheinungen bezeichnen kann, werden zumindest eingedämmt, wenn die Mehrheit des Bundestages einer solchen Logik entgegentritt und den regulativen Ausnahmezustand nicht weiter verlängert. Der Bundestag schuldet den Bürgerinnen und Bürgern die Anerkennung ihrer oftmals leidvollen Mitwirkung in der Pandemiebekämpfung, indem er zum rechtsstaatlichen Verteilungsschema zurückkehrt und den generellen und allgemeinen Verbotsvorbehalt beendet, der mit der Feststellung der pandemischen Lage von nationaler Tragweite verbunden ist.

- Neben dieser grundsätzlichen Überlegung spricht im Moment auch ein föderales Element gegen die Fortschreibung der Feststellung der pandemischen Lage. Tatbestandliche Voraussetzung ist gemäß § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG u. a., dass eine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht“. Angesichts der signifikanten regionalen Unterschiede in der Inzidenz wie in der Belastung des Gesundheitssystems ist eine entsprechende Gefährdungslage für die gesamte Bundesrepublik glücklicherweise derzeit nicht festzustellen. Auch insoweit verarbeitet das Konzept der national einheitlichen Lage noch nicht das Instrument des Impfschutzes, der aufgrund unterschiedlicher Impfquoten in den Bundesländern zu massiv unterschiedlichen Gesamtlagen führt. Die derzeit medial wieder üblich werdende vereinfachte Darstellung einer bundeseinheitlichen Inzidenz, die nicht die Quote an geimpften Infizierten (mit geringerer Krankheitslast) sowie die Relation von Impfung und krankenhauspflchtiger Erkrankung ausweist, verdeckt diese Unterschiede in unzulässiger Weise, löst sie aber für die rechtliche Betrachtung nicht auf.

- Von dieser Frage zu trennen ist die Einsetzung bzw. Fortschreibung eines wirksamen Infektionsbekämpfungsinstrumentariums. Es ist jedenfalls sachwidrig, den Rechtsbegriff der epidemischen Lage von nationaler Tragweite als Voraussetzung zielgenauer Maßnahmen der Infektionsbekämpfung zu bezeichnen. Gefordert und möglich ist, zunächst den Gesundheitsbehörden der Länder die Ermächtigung zu Maßnahmen zu verschaffen, die in Ergänzung zum effektivsten Instrument, dem Impfschutz, treten und dessen Wirkung verstärken. Weitergehende Maßnahmen, die gegenüber Geimpften eingesetzt werden und tief in deren Grundrechte und selbstbestimmte Lebensführung eingreifen, um die Nicht-Impfung Dritter auszugleichen, stehen nicht mehr auf dem Boden der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Staat-Bürger-Beziehung, solange es andere Instrumente gibt. Als milderer Mittel ist dabei auch die regionale Differenzierung besonders zu beachten.

C. Derzeit gebotene Maßnahmen im Einzelnen

1. Regelungsumfang – Erhaltung weitergehender Optionen, Gesetzgebungsverfahren

Der vorliegende Gesetzentwurf verbindet die – nach hiesiger Auffassung angezeigte – Rückkehr zum verfassungsrechtlichen Normalzustand mit der Regelung einschlägiger, erprobter Maßnahmen. Der Gesetzentwurf strukturiert staatliche Eingriffe in Grundrechte nicht „top down“ von einem Maximum an Maßnahmen her, sondern „bottom up“ von der jeweiligen konkreten Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahmen. Weitergehende Handlungsoptionen einschließlich der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite bleiben erhalten. Das Verfahren der Gesetzgebung verbessert materiell die grundrechtliche Situation und kann daher trotz seiner Mängel vergleichsweise günstig beurteilt werden.

- Das Gesetz schafft das Instrumentarium des § 28a Abs. 1 nicht ab; ein Rückgriff auf die Eingriffsmaßnahmen des § 28a Abs. 1 bei erneuter Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite bleibt möglich, wenn der Bundestag eine entsprechende Feststellung bei veränderter Lage trifft – wenn zum Beispiel eine tatsächlich deutschlandweite Überlastung des Gesundheitssystem droht oder auch bei einer vollständigen Impfung der Gesamtbevölkerung keine Verbesserung der Lage eintritt. Hierfür ist dann auch kein eigenes Gesetzgebungsverfahren notwendig, sondern lediglich ein entsprechender Beschluss. Der Gesetzentwurf führt vielmehr zusätzliche Instrumente ein, die für die derzeitige Situation deutschlandweit adäquat sind.

- Das Gesetzgebungsverfahren ist auch im vorliegenden Fall mit dem eigentlich üblichen Standard ordnungsgemäßer Gesetzgebung nicht zu vergleichen. In Sachen Corona hatte sich eingebürgert, besonders weitgehende Grundrechtsbeschränkungen wie etwa auch staatliche Verschuldungsentscheidungen besonders eilig vorzubereiten und durchzusetzen. Sowohl der Zeitablauf wie auch die Beteiligung von Sachverstand sind auch jetzt wiederum gehetzt und an der unteren Grenze der Seriosität. Freilich ist dem Gesetzgeber zugutezuhalten, dass in diesem Fall trotz der zusätzlichen Eingriffsbefugnisse materiell eine Erleichterung für die Bürgerinnen und Bürger eintritt, wenn der realistische Vergleich zur Fortschreibung der epidemischen Lage gezogen wird. Auch ist anzuerkennen, dass die Antragsteller in einer Situation handeln, in der sie die Verantwortung des Parlaments weitgehend ohne die üblichen Mechanismen der Regierungsunterstützung realisieren müssen.

Das Gesetz nimmt insoweit verfahrensmäßig weiteren Kredit auf. Wichtig ist insoweit die zeitliche Befristung der Maßnahmen auf den 19.3.2022. Auch die Evaluation des IfSG nach § 5 Abs. 9 IfSG ist insoweit kein bloßes Entgegenkommen, sondern prozedurale Notwendigkeit, um die Legitimität des derzeitigen Rechts als Zwischenzustand zu rechtfertigen. Der Bundestag sollte in Aussicht nehmen, diese Evaluation durch die Sachverständigen erst zum 30.6.2022 oder zum 30.9.2022 abschließen zu lassen, damit mit einer hinreichenden Distanz zu den Krisenerfahrungen gearbeitet werden kann. Insoweit wäre eine gesetzliche Änderung angezeigt.

2. Vorgesehene Maßnahmen – Nachbesserungsoptionen

Der Gesetzentwurf sieht in Art. 1 Nr. 3 vor allem eine Änderung des § 28a Abs. 7 vor. Gegenüber der jetzigen Rechtslage soll der bisherige Regelungsgegenstand („Länderoption“) ersetzt werden durch einen – zunächst abschließend konzeptionierten – Maßnahmenkatalog. Die entsprechenden Maßnahmen sind überwiegend als tatbestandlich gebundene Mittel geringer Eingriffstiefe auch für die Allgemeinheit vertretbar. Eine Ergänzung um einen parlamentarisch gesicherten Ländervorbehalt für bestimmte weitere Maßnahmen ist sinnvoll.

- Die vorgesehenen Maßnahmen in § 28a Abs. 7 n. F. (Abstandsgebot, Maskenpflicht, 3-G-Pflichten, Hygienekonzepte, Auflagenvorbehalt für die Fortführung von Bildungseinrichtungen, Kontaktdatenerhebung und -verarbeitung) sind bereits bekannt. Für sie gilt (bis auf Nr. 5), dass sie sich als Maßnahmen geringer Eingriffstiefe darstellen, die auch für die Gesamtbevölkerung trotz Impfschutz zumutbar sind, weil sie jedenfalls einen zusätzlichen Eigen- und Fremdschutz verschaffen, solange das gesetzlich vorgesehene Erforderlichkeitskriterium zur Bekämpfung der Coronavirus-Krankheit-2019 als rechtlich bindend aufgefasst wird und einer ständigen Überprüfung unterliegt. Insbesondere spricht die zeitliche Bindung bis zum 19. März 2022 für die Zulässigkeit dieser Maßnahmen, um Kombinationseffekte von COVID-19 mit allgemeinen jahreszeitlichen Effekten beherrschen zu können.

Einer einschränkenden Auslegung bedarf Nr. 5: Denn der Vorbehalt von Auflagen für die Fortführung des Betriebes von Bildungseinrichtungen darf nicht zu einer Schlechterstellung von Kindertagesstätten, Schulen und Hochschulen gegenüber anderen Lebensbereichen führen. Solange keine Vorbehalte für die Durchführung von Messen, Konferenzen, Weihnachtsmärkten etc. gemacht werden, wären schärfere Vorgaben für den Bildungsbereich gleichheitswidrig. Insbesondere wäre es unzulässig, als Auflage im Sinn der Nr. 5 auch die Entscheidung für einen vollständig digitalen Betrieb von Unterricht und Lehre zu verstehen, weil es sich insoweit um nichts anderes als einen Lockdown handelte. Die Lebenslüge von der Gleichwertigkeit eines solchen Angebots, die zeitweise vertreten wurde, ist 2020/2021 angesichts der gravierenden Auswirkungen auf Schüler und Studierende widerlegt worden. Es handelt sich bei Bildungseinrichtungen auch nicht um staatliche Eigenbetriebe, wo in einer Art Hausrecht Regeln beliebiger Art verfügt werden könnte – hier sind tatsächlich Grundfragen des freiheitlichen, intergenerationell verpflichteten Verfassungsstaats berührt. Daher sind die Auflagen nach Nr. 5 vor allem in Form der Vorgaben nach Nr. 1-4 zulässig. Man könnte es auch schlichter sagen: Eine Gesellschaft, die sich in Restaurants trifft, hat nicht das Recht, Kinder vor Tablets zu verbannen – weder moralisch noch von Verfassungswegen.

- Um zu einem geschlossenen Schutzkonzept zu kommen, ist die Regelung weiterer Maßnahmen in Erwägung zu ziehen. Insbesondere kann in der Konsequenz der föderal unterschiedlichen Lage eine Länderkompetenz erwogen werden, eine epidemische Lage im jeweiligen Bundesland durch Parlamentsbeschluss für die Dauer von bis zu drei Monaten festzustellen, gekoppelt mit der Möglichkeit, weitere Maßnahmen aus dem Katalog des jetzigen § 28a Abs. 1 zu ergreifen. Voraussetzung hierfür müsste eine fundierte Prognose der möglichen Überlastung des jeweiligen Gesundheitssystems (statt bloßer Gesamtinzidenzen) sein. Auch wäre auf eine konzeptionelle Geschlossenheit mit den bundesrechtlichen Vorgaben zu achten. Damit würde Parlament und Regierung der Bundesländer die vorrangige Verantwortung zugewiesen, insbesondere bei unterdurchschnittlichen Zuständen in ihrem Bereich für einen Gleichklang aus Infrastruktur, Anforderungen an die Bevölkerung und staatlicher Lenkung zu sorgen.

D. Reserve: Impfpflicht oder allgemeiner Lockdown?

Angesichts der dynamischen Lage kann nicht ausgeschlossen werden, dass der in Aussicht genommene Maßnahmenkatalog nicht ausreicht, um eine Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden.

Die Handlungsmöglichkeiten des Staates sind politisch vor allem durch eine Festlegung begrenzt: Eine Impfpflicht ist insbesondere von der bisherigen Bundesregierung von Anfang an geradezu absolut ausgeschlossen worden. In der Konsequenz bedeutet das (und hat es ja im Frühjahr 2021 auch schon bedeutet): Jede Form von Freiheitsbeschränkung wird für möglich gehalten und auch eingesetzt, nur die pflichtige Mitwirkung an der Bekämpfung durch Impfung nicht. In der Konsequenz heißt das: Eher (wieder) Lockdown für alle, also auch für Geimpfte, statt Impfpflichten, sei es für spezifische Berufsgruppen, sei es für die Gesamtbevölkerung.

Diese Haltung kann aus Gründen des Verfassungsrechts nicht überzeugen.

- Zwar ist aus einer liberal-freiheitsschonenden Perspektive der Ausschluss von Impfpflichten wünschens- und verteidigungswert. Er kann sich aber unter den Bedingungen des realen sozialen Verfassungsstaats nicht als absoluter Wert setzen lassen – und wenn, dann nur um den Preis totalitärer Freiheitsbeschränkungen an anderer Stelle. Eine Impfpflicht könnte zwar vermieden werden, wenn sie wirksam mit einem Modell der Eigenverantwortung verbunden wird: Nach Information und Abwägung entscheidet sich der Bürger, ob er sich impfen lässt, und trägt die entsprechenden Konsequenzen. Diese quasivertragliche Bindung an den eigenen Entschluss erträgt das soziale Staatswesen aber mit guten Gründen nicht: Auch der Ungeimpfte hat Anspruch auf medizinische Behandlung und Pflege im Rahmen der gegebenen endlichen Kapazitäten, nicht einmal ein Eingeständnis seines Irrtums wird ihm abgefordert. Das Grundmodell des Sozialstaats ist in dieser Hinsicht nicht auf Autonomie, sondern auf Mitwirkungspflichten gegründet. Daher führt eine liberale Verteidigung der Impffreiheit zu einer asymmetrischen Belastung gerade derjenigen, die sich ihrer Verantwortung zur Mitwirkung stellen, weil sie trotz übernommener Sonderlasten keinen Vorrang bei der Verteilung existentieller Güter genießen können.

- Vollkommen abwegig und unnötig war der Ausschluss der Impfpflicht von vornherein im Rahmen der Strategie der bisherigen Bundesregierung. Praktisch alles für möglich zu halten, außer der Impfpflicht, und dies auch so zu kommunizieren, war ein schwerer Fehler. Es gab nicht einen einzigen Grund, sich bei Einführung der Impfmöglichkeiten zu Beginn des Jahres 2021 apodiktisch darauf festzulegen, eine Impfpflicht sei ausgeschlossen – für lange Monate war doch die Knappheit des Impfstoffs das vorherrschende Thema. Was wollte man mit dem ausdrücklichen Ausschluss der Impfpflicht zu diesem Zeitpunkt erreichen? Der Ausschluss der Pflichtimpfung war ein Desaster der politischen Krisenkommunikation. Schweigen hätte schon genügt. Der neuen Mehrheit des Parlaments wurde damit eine schwere Hypothek auferlegt, zielgenaue Maßnahmen zu ergreifen.

- Der Ausschluss der Impfpflicht stand und steht auch im Widerspruch zu den üblichen Abwägungen in diesem Feld. Es ist allgemein bekannt, dass das Infektionsschutzgesetz selber seit jeher von der Möglichkeit allgemeiner Impfpflichten ausgeht. Inbesondere enthält das Infektionsschutzgesetz u. a. für schulpflichtige Kinder ebenso wie für Beschäftigte in Kindertagesstätten und Schulen bereits eine echte Impfpflicht in Bezug auf Masern, § 28 Abs. 8 f. IfSG in Verbindung mit § 33 IfSG. Das Impfschutzgesetz hat auch zuvor allgemeine Impfpflichten enthalten und sieht in § 60 Abs. 1 Nr. 3 eine Entschädigung bei Impfschäden infolge vorgeschriebener Impfungen vor. Auch die europäischen Partner sehen in unterschiedlichem Maße Impfpflichten vor. Es wiederholt sich der Eindruck, dass in Deutschland Eingriffe in Kinderrechte bzw. ihren Lebensbereich leichter fallen – denn Kinder treffen natürlich Entscheidungen über ihre Impfungen nicht selbst.

- Im Übrigen ist es ein (allerdings verbreiteter) naturalistischer Fehlschluss, die Impfpflicht per se als einen besonders schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte anzusehen. Hier zeigt sich eine Fehldeutung der Leiblichkeit, der mit der Kultur des Verfassungsstaats nicht harmonisiert ist: Die Überschreitung der Hautbarriere fügt dem Menschen eben nicht prinzipiell größeren Schaden zu als seine Bedrängung durch Unterdrückung, Dummheit oder Armut. Die totalitär nutzbare Phrase „Erst Leben und Gesundheit, dann Freiheit“ findet hier ihren merkwürdigen Wiedergänger und Kompagnon: Statt impfen lieber verbieten. Die stolze Tradition der Bürgerrechte ist aber auf ihre gemeinsame, umfassende Ermöglichung gerichtet, dem muss sich das einzelne Grundrecht einordnen. Wenn eine einzelne Gewährleistung – und sei es die körperliche Unversehrtheit – zur Sperre der anderen Grundrechte wird, muss sie eingeschränkt werden können. Wie oben unter B. dargelegt, ist das damit verbundene Risiko eines der allgemeinen Lebensführung, dem man sich nicht unter Verweis auf absolute Risikovermeidung entziehen kann (gleiches gilt auch für die Möglichkeit von Infektionen trotz Impfung und Hygienemaßnahmen).

Daher sollte in einem wohlverstandenen Sinn die Impfpflicht als Mittel der praktischen Konkordanz der Grundrechtsverwirklichung in Betracht gezogen werden, bevor etwa allgemeine Lockdowns für Schulen oder Hochschulen in Betracht kommen. Dabei geht es naheliegenderweise nicht um eine Durchsetzung dieser Pflicht im Wege des unmittelbaren Zwangs. Eine Rechtspflicht würde allerdings bei den erstaunlich vielen Unentschlossenen als Teil ihrer staatsbürgerlichen Pflichten begriffen werden können, und bei Gegnern die Möglichkeit zu finanziellen Sanktionen eröffnen, die ja neben positive Anreize gestellt werden können. Es mag sein, dass ein solcher Strategiewechsel für bestimmte unmittelbar anstehende Krisensituationen zu spät kommt. Insoweit ist ergänzend zu beachten, dass auch die Sicherstellung planbarer Operationen wegen möglicher Intensivpflichtigkeit nicht ohne weiteres grenzenlos bejaht werden kann: Schulschließungen, um Hüft- und Knieoperationen durchführen zu können? Hier sind in der Tat zeitlich bedingte Solidaritätspflichten auch zugunsten der jungen Generation denkbar. Eventuell notwendige Lockdown-Maßnahmen lassen sich jedenfalls kaum noch als Alternative zu einer Impfpflicht denken, sondern setzen diese als milderes Mittel mindestens parallel voraus.

Der Wert einer entsprechenden Richtungsentscheidung für eine allgemeine Bürgerpflicht zur Bekämpfung der Corona-Pandemie sollte nicht unterschätzt werden. Denn damit würde die faktische und mentale Spaltung der Bevölkerung in ein „die“ und „wir“, in dem die Ungeimpften wie die Geimpften zunehmend unter sich bleiben, bekämpft und durch eine normative Gemeinsamkeit der Bevölkerung ersetzt, die sich dem Corona-Virus entgegenstellt und dem Leben in Freiheit zuwendet.

Münster, den 14.11.2021

gez. Prof. Dr. Hinnerk Wißmann