

DEMOKRATIE IM AUSNAHMEZUSTAND

Bedarf es für die Festlegung der Impfreiheitenfolge einer gesetzlichen Grundlage?

Stefan Huster

Dass wesentliche – und das heißt insbesondere: für die Verwirklichung der Grundrechte wichtige – Aspekte des Zusammenlebens im Grundsatz einer Regelung im Parlamentsgesetz bedürfen, gehört seit vielen Jahren zu den Kernelementen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Rechtsstaats- und zum Demokratieprinzip. Vor diesem Hintergrund besteht eigentlich kein Zweifel, dass die Reihenfolge, in der in der Pandemie geimpft werden soll, einer Festlegung in einem förmlichen Gesetz bedarf: Immerhin geht es um die Teilhabe an einem Gut, das für den Gesundheitsschutz in einer Pandemie von zentraler Bedeutung ist und dessen Verteilung die öffentliche Gewalt übernommen hat.

„Wesentliche Aspekte des Zusammenlebens bedürfen einer Regelung im Parlamentsgesetz.“

Dass die Wesentlichkeitstheorie deshalb greift, war und ist auch fast einhellige Meinung in der Verfassungsrechtswissenschaft. Hier und da erheben sich zwar warnende Stimmen, dass die Impfpriorisierung angesichts sich schnell verändernder Umstände – Lieferschwierigkeiten, Zulassung neuer Impfstoffe usw. – ein recht volatiles Geschäft sei. Aber diesem Einwand könnte man sicherlich begegnen, indem man im Gesetz nur die Grundsätze der Verteilung regelt und die situationsbezogene Konkretisierung dieser Grundsätze einer Rechtsverordnung des Gesundheitsministers überlässt. Auch stellt sich mit Bezug auf die Impfreiheitenfolge nicht das dramatische Triage-Dilemma, das für die überlastete intensivmedizinische Versorgung

befürchtet wurde: Wer nicht sofort geimpft wird, muss deshalb nicht sterben; er hat viele Möglichkeiten, sich selbst sehr sorgfältig vor einer Ansteckung zu schützen. Die Festlegung einer Impfreiheitenfolge muss daher auch nicht basale rechtsstaatliche Regeln verletzen, wie der Deutsche Ethikrat dies für ein von ihm deshalb abgelehntes Triage-Gesetz befürchtet hat.

„Alles spricht für ein Gesetz – aber es kam nie dazu.“

Alles spricht also für ein Gesetz – aber es kam nie dazu. Stattdessen hat das Dritte Bevölkerungsschutzgesetz vom November 2020 die Festlegung der Impfreiheitenfolge ganz und gar in die Hände des Bundesgesundheitsministers gelegt. Die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen ließen nicht einmal klar erkennen, dass er in seiner Impfverordnung priorisieren soll und muss – geschweige denn, dass sie ihm für die Impfreiheitenfolge Vorgaben machen. Dass diese Rechtslage, die verfassungsrechtlichen Ansprüchen nicht genügt, bisher nicht vor dem Bundesverfassungsgericht gelandet ist, erklärt sich aus der typischen prozessualen Konstellation: Wer meint, er sei bei der Priorisierung durch oder aufgrund der Impfverordnung zu schlecht weggekommen, und daher eine frühere Impfung vor den Verwaltungsgerichten einklagen will, dem wäre nicht geholfen, wenn die Verwaltungsgerichte die Impfverordnung wegschießen oder die defizitären gesetzlichen Grundlagen dem Verfassungsgericht vorlegen. Denn auf welcher Grundlage sollen Betroffene dann ihren Anspruch auf eine frühere Impfung begründen?

Jetzt können sie immerhin behaupten, sie seien – z.B. aufgrund einer Vorerkrankung – genauso impfbedürftig wie die in der Verordnung priorisierten Gruppen (z.B. die über 80 oder 70jährigen). Bricht die Verordnung weg, fehlt ihnen ein sachhaltiger argumentativer Ansatzpunkt, um ihre Priorität zu begründen – es sei denn, man wollte eine punktgenaue Reihenfolge direkt aus den Grundrechten ableiten, aber das wäre sicherlich vermessen.

Das Gesetz zur Fortgeltung der epidemischen Lage soll nun den Ansatz einer Priorisierungsregelung im Gesetz ergänzen. Im Kabinettsentwurf heißt es:

„Sofern in der Rechtsverordnung nach Satz 2 Nummer 1 Buchstabe a und Nummer 2 ein Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 festgelegt wird, kann zugleich im Fall beschränkter Verfügbarkeit von Impfstoffen eine Priorisierung der Anspruchsberechtigten nach Personengruppen festgelegt werden; die in § 20 Absatz 2a Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes genannten Impfziele sind dabei zu berücksichtigen. Als Priorisierungskriterien kommen insbesondere das Alter der Anspruchsberechtigten, ihr Gesundheitszustand, ihr tätigkeitsbedingtes SARS-CoV-2-Expositionsrisiko sowie ihre Systemrelevanz in zentralen staatlichen Funktionen, Kritischen Infrastrukturen oder zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge in Betracht.“

Sehr hilfreich ist das aber auch nicht, weil die diskutablen Priorisierungskriterien nur aufgezählt werden, aber nicht vorgegeben wird, welche Kriterien denn nun handlungsleitend sein sollen. Damit können die verfassungsrechtlichen Zweifel nicht ausgeräumt werden.

Wie konnte es passieren, dass der Gesetzgeber sich seiner Regelungsverantwortung so hartnäckig entzieht und die politische Öffentlichkeit das weithin klaglos akzeptiert? Die Ursache dafür dürfte in einem – z. B. aus dem Transplantationswesen bekannten - Missverständnis liegen, was den Charakter der hier zu treffenden Entscheidung angeht. Der Politik ist es recht erfolgreich gelungen, die Einschätzung zu etablieren, es gehe bei der Festlegung der Impfreiheitenfolge nicht eigentlich um eine politische, sondern um eine medizinisch-wissenschaftliche Frage. Deshalb konnte man die Entscheidung an die Ständige Impfkommission beim Robert Koch-Institut (STIKO) delegieren, deren sachverständige Empfehlung dann vom Gesundheitsminister nur noch in die Impfverordnung überführt werden musste. Politisch zu diskutieren gab es dann nichts mehr: Die Expert_innen beim RKI hatten ja „evidenzbasiert“ schon alles geklärt. Viele Politiker_innen

werden das durchschaut, aber hingenommen haben, weil es ihnen die garstige Priorisierungsdiskussion erspart. Andere glauben das wohl wirklich. Dazu dürfte beigetragen haben, dass die STIKO-Expert_innen – wie bei Mediziner_innen nicht anders zu erwarten – die Priorisierung an sehr medizinischen Kriterien ausgerichtet haben. Vorrangig soll berücksichtigt werden, wer ein hohes Risiko für einen schweren Verlauf oder ein hohes Ansteckungsrisiko hat. Und tatsächlich ist der berühmte wissenschaftliche Sachverstand nun unbedingt erforderlich, wenn man klären will, auf welche Personen das zutrifft.

„Wir haben uns die Chance genommen zu diskutieren, ob nicht eine andere Impfpriorisierung zur Pandemiebekämpfung sinnvoll gewesen wäre.“

Mit medizinischer Wissenschaft wenig zu tun hat aber die Frage, ob und warum denn nun nach Dringlichkeit und nicht nach anderen Kriterien priorisiert werden soll. Dass es einer politischen Debatte bedurft hätte, wurde dann im Februar 2021 offensichtlich: Natürlich nicht aus medizinischen, sondern aus bildungspolitischen Gründen – die Schulen und Kitas sollten endlich wieder öffnen - wurden nun plötzlich die Lehrer_innen und Erzieher_innen auf der Priorisierungsleiter nach oben geschubst. Der Chef der Ständigen Impfkommission merkte sofort, dass sein Priorisierungsschema damit in Unordnung gebracht wird, und bemängelte, jetzt komme es zur Verteilung des Impfstoffs „nach Gutsherrenart“. So denken viele Mediziner_innen und Virolog_innen: Was sich nicht evidenzbasiert über die ihnen einleuchten Kriterien begründen lässt, kann nur reine Willkür sein. Und so haben wir uns insgesamt die Chance genommen, zu diskutieren, ob nicht eine ganz andere Priorisierung zur Bekämpfung der Pandemie sinnvoller gewesen wäre. Einige Ökonom_innen haben da sehr interessante Vorschläge gemacht und die „Schönwetter-Priorisierung“ der STIKO bespöttelt. Aber zu einer Diskussion kam es gar nicht, weil wir den medizinischen Tunnelblick auf das Problem institutionalisiert hatten. Der Fall zeigt, dass Entscheidungen der falschen Organe nicht nur Legitimationsprobleme aufwerfen, sondern auch ein hohes Risiko generieren, dass sie in der Sache nicht überzeugend sind.

März 2021

Prof. Dr. Stefan Huster ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum.

DEMOKRATIE IM AUSNAHMEZUSTAND. WIE VERÄNDERT DIE CORONAKRISE RECHT, POLITIK UND GESELLSCHAFT?

Die Corona-Pandemie markiert die entscheidendste Krise der demokratischen Staaten und Gesellschaften seit dem Zweiten Weltkrieg. Von erheblichen Grundrechtseingriffen über die strapazierte Funktionsfähigkeit der politischen Institutionen bis hin zu immensen wirtschaftlichen und sozialen Folgeschäden stellt sie unser Gemeinwesen auf eine vorher nicht gekannte Probe. Gleichzeitig macht die Krise bestehende, längerfristige Herausforderungen des demokratischen Systems mit besonderer Deutlichkeit sichtbar. Daraus ergeben sich vielfältige demokratierelevante Fragen an die Wissenschaft, die wir in der neuen E-Papierreihe diskutieren wollen.

Alle bisher erschienen Beiträge sind [hier](#) abrufbar.

Kontakt: Alina Fuchs, Friedrich-Ebert-Stiftung, alina.fuchs@fes.de

Die in dieser Publikation zum Ausdruck gebrachten Ansichten sind nicht notwendigerweise die der Friedrich-Ebert-Stiftung.