

handelt, sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit besonders hoch. Eine Wohnungsdurchsuchung dürfte daher lediglich in evidenten Fällen von nicht unerheblichen Verstößen gegen Kontaktbeschränkungen sein.

Insgesamt bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung mit Klagen gegen solche Wohnungsdurchsuchungen umgehen wird. Die Sache erleichtern würde unbestritten eine entsprechende Rechtsgrundlage im Infektionsschutzrecht.

## Der geimpfte Mensch: Vom homo vaccinandus zum homo vaccinatus

von Rechtsanwalt FAVerwR Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück\*

Die Corona-Pandemie hat das Leben vieler Menschen auf den Kopf gestellt und nicht selten Existenz- und Sinnkrisen ausgelöst. Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob für die zunächst etwas holprig angelaufene Impfaktion in Deutschland ein förmliches Parlamentsgesetz erforderlich ist und verneint dies. Der »geimpfte Mensch« (homo vaccinatus) darf nicht privilegiert werden. Sachgerechte und angesichts der gebannten Gefahr überzeugende Differenzierungen von Gesellschaft und Staat verstoßen nach Klärung noch offener Fragen zur Wirkung der Impfung nicht gegen das Diskriminierungsverbot.

»Menschen, die gegen Corona geimpft sind, sollen wieder ins Restaurant und Kino dürfen. Es geht nicht um Privilegierungen, sondern um die Ausübung von Grundrechten von Geimpften. Ein Geimpfter nimmt niemandem mehr ein Beatmungsgerät weg. Damit entfällt mindestens ein zentraler Grund für die Einschränkung der Grundrechte.« Diese kurz nach Beginn der größten Impfkampagne der Erde<sup>1</sup> aufgestellte Forderung von Außenminister Heiko Maas<sup>2</sup> wird seit einiger Zeit kontrovers diskutiert. Aber auch die zunächst etwas holprig angelaufene Impfaktion selbst, bei der ein politisch Verantwortlicher nach den Worten des NRW-Gesundheits- und Arbeitsministers Karl-Josef Laumann »schon etwas Manschetten haben kann«, wirft Fragen auf. Reicht eine Empfehlung der Ständigen Impfkommission (STIKO),<sup>3</sup> die diese gemeinsam mit der Nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina und des Deutschen Ethikrates entwickelt hat,<sup>4</sup> und eine darauf gegründete Verordnung des Bundesgesundheitsministeriums<sup>5</sup> oder bedarf es dazu eines förmlichen Parlamentsgesetzes, wie es in einem Antrag der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag<sup>6</sup> gefordert wird?

### 1. Die CoronaImpfV

Das Bundesministerium für Gesundheit hat unter dem 18.12.2020<sup>7</sup> eine Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-Cov-2 (Coronavirus-Impfverordnung, CoronaImpfV) erlassen. Diese tritt gem. § 14 der Verordnung mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Abs. 1 Satz 2 des IfSG außer Kraft, ansonsten mit Ablauf des 31.03.2021. Die CoronaImpfV unterscheidet zwischen Schutzimpfungen mit höchster Priorität (§ 2 CoronaImpfV), mit hoher Priorität (§ 3 CoronaImpfV) und Schutzimpfungen mit erhöhter Priorität (§ 4 CoronaImpfV). Unter die erste Gruppe fallen Personen, die das 80. Lebensjahr vollendet haben, Personen in Alten- und Pflegeheimen und dort Tätige, ambulante Pflegedienste, Personen mit einem sehr hohen Expositionsrisiko insbesondere auf Intensivstationen, Notauf-

nahmen, Rettungsdiensten und der Palliativversorgung sowie medizinische Einrichtungen mit einem vergleichbar hohen Risiko (§ 2 CoronaImpfV). Es folgen Personen, die das 70. Lebensjahr vollendet haben, vorgeschädigte Personen, Personen in medizinischen Einrichtungen, Polizei- und Ordnungskräfte, die bei Ausübung ihrer Tätigkeit einem hohen Infektionsrisiko ausgesetzt sind und Personen, die im öffentlichen Gesundheitsdienst oder zur Aufrechterhaltung der Krankenhausinfrastruktur tätig sind (§ 3 CoronaImpfV). Zur Gruppe der Schutzimpfungen mit erhöhter Priorität gehören Personen, die das 60. Lebensjahr vollendet haben, Personen, bei denen ein erhöhtes Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf nach einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht, Personen, die in besonders relevanten staatlichen Einrichtungen tätig sind und vergleichbare Personen etwa im Lebensmitteleinzelhandel, Erzieher oder Lehrer und Personen mit prekären Arbeits- und Lebensbedingungen (§ 4 CoronaImpfV).

Die FDP setzt sich dafür ein, die Verteilung des Impfstoffs gesetzlich zu regeln und dabei eine detaillierte Prioritätenliste aufzustellen.<sup>8</sup> Inzwischen sind auch Überlegungen bekannt geworden, eine Differenzierung von Geimpften und nicht Geimpften in Gesellschaft und Staat jedenfalls für eine Übergangszeit gesetzlich zu verbieten.<sup>9</sup>

\* Begleitartikel zur Sondertagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer »Staat und Gesellschaft in der Pandemie« in Wien am 09.04.2021.

1 Zur Abfolge des Impfeschehens CoronaImpfV BAnz AT 21.12.20; Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit mit Begründung v. 17.12.2010.

2 Bild am Sonntag v. 17.01.2021.

3 Robert-Koch-Institut, Empfehlungen der Ständigen Impfkommission.

4 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit mit Begründung v. 17.12.2010 (Fußn. 4).

5 Internetseite des Bundesgesundheitsministeriums.

6 BT-Drucks. 19/25260 v. 15.12.2010; vgl. auch DIE LINKE, für eine gute nationale und internationale Strategie bei Corona-Impfstoffe, BT-Drucks. 19/24362.

7 Coronavirus-Impfverordnung BAnz AT v. 21.12.20, novelliert durch die Coronavirus-Impfverordnung v. 08.02.2021 (BAnz v. 08.02.2021) in Kraft getreten am 09.02.2021. So sollen Menschen mit bestimmten schweren Krankheiten schneller geimpft werden können. In Einzelfällen kann auch von der Reihenfolge abgewichen werden, wenn dies »zur kurzfristigen Vermeidung des Verwurfs von Impfstoffen notwendig ist«. Die Änderungen hängen auch mit dem Astrazeneca-Impfstoff zusammen, mit dem vorerst nur Menschen unter 65 Jahren versorgt werden sollen.

8 FDP-Antrag (Fußn. 6).

9 So Kingreen, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Priorisierung bei der Schutzimpfung gegen das Corona-Virus SARS-Cov-2 BT Drs. 19/25260 v. 07.01.2021.

## 2. Ein förmliches Parlamentsgesetz ist zur Festlegung der Impf-Reihenfolge nicht erforderlich

Bei der öffentlichen Anhörung von Sachverständigen im Paul-Löbe-Haus am 13.01.2021<sup>10</sup> wurde von den Verfassungsrechtlern überwiegend die Auffassung vertreten, dass für die Festlegung der Priorität des Impfgeschehens eine förmliche gesetzliche Grundlage erforderlich sei und eine Rechtsverordnung in § 20i Abs. 3 SGB V und § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 IfSG nicht reiche. Die Festlegung der staatlichen Maßnahmen zur Impfpriorisierung sei in hohem Maße grundrechtsrelevant und könnte am Ende sogar über Leben und Tod entscheiden. Wenn es um wesentliche Entscheidungen zur Verteilung von Lebenschancen gehe, dann sei das vielleicht noch wichtiger als die Frage, ob eine Prüfung als bestanden gewertet werde oder wiederholt werden müsse. Zugleich wurden aber auch Bedenken gegen die im Vergleich zur CoronaImpfV sehr differenzierte Prioritätenregelung des FDP-Gesetzentwurfs ausgebracht. Den verfassungsrechtlichen Bedenken könne allerdings durch eine Ergänzung der gesetzlichen Regelungen in § 20i Abs. 3 SGB V und § 5 IfSG Rechnung getragen werden. Eine derart differenzierte Verteilungsregelung, wie sie im FDP-Gesetzentwurf vorgeschlagen werde, sei nicht geboten und auch nicht wünschenswert.

Alle staatliche Gewalt muss vom Volke ausgehen. Dieses muss durch demokratische Wahlen eine Legitimationskette begründen, die vom Wahlvolk zu den öffentliche Gewalt ausübenden Staatsorganen reicht. Das unmittelbar vom Volk gewählte Parlament vermittelt personelle, das Gesetz sachliche Legitimation. Aus diesem Grund muss der Gesetzgeber »in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlichen Regelungen zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen [...] selbst treffen.«<sup>11</sup> Dieser Parlamentsvorbehalt untersagt es dem Gesetzgeber, sich bei wesentlichen Entscheidungen, also insbesondere bei solchen mit Grundrechtsbezug, seiner Verantwortung durch Delegation zu entledigen. Das BVerfG 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.«<sup>12</sup> Das gilt insbesondere bei Verteilungsentscheidungen. Das BVerfG hat bereits im Jahre 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 verantwortet.«<sup>13</sup>

Die gesetzlichen Grundlagen enthalten allerdings keine ausdrückliche Ermächtigung des Bundesgesundheitsministers zu einer Priorisierung bei der Verteilung eines knappen Impfstoffes. § 20i Abs. 1 SGB V bezieht die Ermächtigung für den Erlass einer Rechtsverordnung ausdrücklich nur auf den Anspruch der Versicherten und anderer Personen auf bestimmte Schutzimpfungen. Auch sind Inhalt, Zweck und Ausmaß der

Priorisierung nicht ausdrücklich umschrieben. § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 IfSG enthält allerdings eine Ermächtigung für den Bundesgesundheitsminister, durch Rechtsverordnung Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln einschließlich Impfstoffen zu treffen. Auch Maßnahmen zum Bezug, zur Beschaffung, Bevorratung, Verteilung und Abgabe solcher Produkte durch den Bund sowie Regelungen zum Vertrieb, zur Abgabe, Preisbildung und -gestaltung, Erstattung sowie Vergütung gehören dazu.

Zugegeben: Man kann sich eine konkretere gesetzliche Ermächtigung vorstellen. In Verbindung mit § 20i Abs. 3 SGB V dürfte die Ermächtigung für ein durch Rechtsverordnung festgelegtes Priorisierungskonzept aber doch gerade noch reichen. Das gilt auch im Hinblick auf den Umstand, dass die rechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung zur Impfpriorisierung umso höher sind, je schwerwiegender die Eingriffe sind, die durch den Ordnungsgeber in grundrechtlich geschützte Positionen ermöglicht werden.<sup>14</sup> Dabei mag auch berücksichtigt werden, dass die Verteilungsprobleme wohl nur für einige Monate bestehen und vielleicht bereits Mitte des Jahres für alle impfwilligen Bürger ein Impfstoff zur Verfügung stehen wird. Eine gesetzliche Regelung hätte gemessen an der üblichen Dauer eines Gesetzgebungsverfahrens gewiss einen längeren Zeitraum in Anspruch genommen, sodass mit der Impfung auch erst entsprechend später hätte begonnen werden können. Hinzu kommt, dass die Schutzpflicht des Staates mit Wertungsspielräumen versehen ist und der Einzelne keinen unbegrenzten Anspruch auf Gewährung staatlicher Leistungen hat.

Vor diesem Hintergrund scheint der Handlungsbedarf des Gesetzgebers wohl nicht besonders dringlich und nimmt mit der Zeit immer größer werdender Impfkontingente eher ab. Angesichts eines erforderlichen Beurteilungsspielraums scheint auch eine zu stringente Festlegung der Impf-Priorisierung nicht geboten. Aus dieser Sicht sind auch von Sachverständigen in der Anhörung des Gesundheits-Ausschusses Bedenken gegen eine zu detaillierte gesetzliche Regelung ausgebracht worden, wie sie der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion wohl enthält. Er sollte daher etwa nach Einschätzung von Leisner-Egensperger<sup>15</sup> nicht zur Grundlage eines Gesetzgebungsverfahrens gemacht werden. Zudem bestehe die Gefahr, dass ein Gesetz eine Dauerhaftigkeit vorspiegele, die es angesichts des sich bereits jetzt abzeichnenden mehrfachen Anpassungsbedarfs in Wahrheit nicht gebe. Von einer »Mogelpackung« in Gesetzesform und verfassungsrechtlich

10 Öffentliche Anhörung »Impfstrategie« des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestages am 13.01.2021, als Kombination aus Präsenzsitzung und WebEx-Meeting, Wortprotokoll der 124. Sitzung, Protokoll-Nr. 19/124 v. 16.12.2021.

11 BVerfGE 61, 260; BVerfGE 95, 267.

12 So Kingreen (Fußn. 9), mit Hinweis auf BVerfGE 95, 267.

13 BVerfGE 33, 303, auf die auch Kingreen verweist; vgl. auch BVerfGE 43, 291; BVerfGE 147, 253.

14 So Leisner-Egensperger, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages v. 06.01.2021, S. 6 mit Hinweis auf BVerfGE 41, 251; BVerfGE 58, 257; BVerfGE 62, 203; BVerfGE 75, 329; BVerfGE 83, 130; BVerfGE 86, 288; BVerfGE 93, 213; BVerfGE 109, 133; BVerfGE 128, 282; BVerfGE 134, 33; BVerfGE 149, 293.

15 Leisner-Egensperger (Fußn. 14).

fragwürdigen Regelungsansätzen<sup>16</sup> war bereits in den zur Anhörung eingereichten schriftlichen Unterlagen die Rede.

### 3. Keine Privilegien für Geimpfte – sachgerechte Differenzierung erlaubt

Viele, die derweil mit den Kids gelernt und nur die Hälfte des Pensums geschafft oder wie der Bundespräsident ihren Keller entrümpelt und mit ihrem von Spinnweben befreiten Fahrrad die Landschaft der Unteren Havel vom brandenburgischen Saaringen aus erkundet haben<sup>17</sup> sehnen sich inzwischen nach dem Ende des Schreckens. Auch wenn sie nicht schon bald eine Insolvenz anmelden oder den unausweichlichen Weg von der Kurzarbeit in die endgültige Arbeitslosigkeit antreten müssen. »Könn' n wir bitte, bitte vorspul' n und so tun, als wär alles wieder gut? Ich will Nähe und Spaß und mit dir trinken aus demselben Glas. Und stell' dir vor, du hast 'n Wunsch frei – Ja, dann feiern wir 'ne fette Party, laden alle unsere Freunde ein, steh' n extra ganz dicht beieinander und stoßen an auf's Zusammensein. Alt und jung und groß und klein – keiner mehr zuhause allein. Weißt du, wovon ich grad am liebsten träum'? Dass du mich weckst und sagst: es ist vorbei«, heißt es bei der Pop- und Soul-Ikone Sarah Connor in ihrem Corona-Song »Bye-bye – es ist vorbei«.

Ob allerdings im Hinblick auf die schnelle Beendigung der Krise eine allgemeine Impfpflicht angeordnet werden kann, wie es Anfang des Jahres gelegentlich vor allem vom Bayerischen Ministerpräsidenten zur Prüfung empfohlen wurde, mag hier dahinstehen. Eine solche Anordnung empfiehlt sich wohl auch deshalb nicht, weil dadurch die Impfbereitschaft der Bevölkerung in der Tendenz eher sinken würde.<sup>18</sup> Überzeugung durch Sachargumente ist vielmehr auch weiterhin das Gebot der Stunde.

Sind Menschen gegen Corona geimpft, kann sich allerdings die Frage stellen, ob es Privatpersonen verboten ist, beim Abschluss von privatrechtlichen Verträgen zwischen Geimpften und nicht Geimpften Personen zu unterscheiden. Das könnte schon deshalb problematisch sein, weil noch nicht klar ist, ob und in welchem Umfang von ihnen weiterhin Gefahren ausgehen. Die bereits zu Beginn dieses Jahres aufbrandende Debatte war daher wohl etwas verfrüht. Immerhin dürften Geimpfte jedenfalls in aller Regel vor einem schweren Verlauf der Krankheit geschützt sein, sodass auch in aller Regel nicht die Gefahr besteht, dass sie gegenüber schwer Erkrankten Intensivbetten blockieren. In welchem Umfang die Impfung allerdings auf das Infektionsgeschehen Auswirkungen hat, ist bisher noch nicht abschließend erforscht und durch Erfahrungen belegt. Damit ist auch noch nicht abschließend geklärt, in welchem Umfang sich die erfolgte Impfung als Differenzierungskriterium eignet. Das müsste wohl zunächst aufgearbeitet werden. Für eine abschließende Beurteilung dieser Fragen ist es daher wohl auch jetzt noch etwas früh.<sup>19</sup>

Sollte sich allerdings verlässlich herausstellen, dass von Geimpften ganz oder zumindest über längere Zeit keine aktuelle Gefahr der Neuansteckung ausgeht und ein schwerer oder sogar tödlicher Verlauf der Krankheit bei Geimpften nicht zu besorgen ist, dann könnten die Fragen wie folgt beantwortet werden:<sup>20</sup>

Es stellt keine Diskriminierung dar, wenn an wirtschaftlichen Prozessen Beteiligte aufgrund sachgerechter Kriterien

zwischen Geimpften und Nichtgeimpften unterscheiden. Denn ein Eingriff in die Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG bzw. bei berufsbezogenen Verträgen Art. 12 Abs. 1 GG) ist nur unter erhöhten verfassungsrechtlichen Anforderungen zulässig. Wenn von den Geimpften keine oder nur noch geringe Gefahren eines Ansteckungsrisikos ausgehen, dann müssen personenbezogene Beschränkungen wie Kontaktverbote aufgehoben werden. Nach der Folgeimpfung gäbe es dann keinen rechtfertigenden Grund mehr, nachgeholt Weihnachtsfeiern in Pflegeheimen zu verbieten, wenn an den Begegnungen nur geimpfte Personen teilnehmen.<sup>21</sup> Die Differenzierung darf allerdings nicht diskriminierend sein. So verbietet das auf unionsrechtlichen Grundlagen und Art. 3 Abs. 3 GG<sup>22</sup> beruhende Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Benachteiligungen im Arbeitsverhältnis und bei der Begründung, Durchführung und Beendigung bestimmter sonstiger 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). Es handelt sich dabei zumeist um Kriterien, die von dem Einzelnen nicht oder nur mittelbar beeinflusst werden können. Kriterien außerhalb dieses Bereichs sind demgegenüber grundsätzlich für eine Differenzierung geeignet. Das gilt für die Geimpften jedenfalls dann, wenn für die Bevölkerung genügend Impfstoff zur Verfügung steht und der Einzelne selbst entscheiden kann, ob er sich einen entsprechenden Schutz durch die beiden zeitlich gestaffelten Impfungen verschafft.

Auch der Staat verstößt nicht gegen das Willkürverbot, wenn er nach Klärung der vorstehend dargelegten Fragen aufgrund sachgerechter und überzeugender Kriterien die Beschränkungen des öffentlichen und gesellschaftlichen Lebens gegenüber den Geimpften lockert.<sup>23</sup> Der »geimpfte Mensch« könnte sogar einen verfassungsrechtlich gesicherten Anspruch darauf

16 Andrea Kießling, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages v. 07.01.2021, S. 2.

17 Lothar Lenz, ARD-Hauptstadtstudio, 05.01.2021.

18 Anders stellt sich die Rechtslage bei Soldaten dar, für die eine Impfpflicht angeordnet werden kann, so BVerwG, Beschl. v. 22.12.2020 – 2 WNB 8.20.

19 So sieht es auch der Deutsche Ethikrat in seiner Ad-hoc-Empfehlung vom 04.02.2021 »Besondere Empfehlungen für Geimpfte?«, der eine Rücknahme von staatlichen Freiheitsbeschränkungen für möglich hält, wenn das Infektionsrisiko für Geimpfte im Vergleich zu Nichtgeimpften nachweislich zurückgeht. Auch private Anbieter könnten dann bei einer hinreichenden Sicherheit entsprechende Zugangsbeschränkungen aufstellen. Ähnlich Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste. WD 3 – 3000 – 011/21 vom 25.01.2021.

20 Zum Folgenden eingehend Kingreen (Fußn. 9). Auch Hans-Jürgen Papier (München) und Rupert Scholz (Berlin) warnen nach Aussage der Bild-Zeitung vor Einschränkungen: »In Wahrheit geht es nicht um Sonderrechte, sondern um die Frage, ob Bürger, die nachweislich nicht mehr ansteckend sind, weiter bevormundet werden sollen.« Allerdings ist die Lage gegenwärtig noch zu unübersichtlich, dämpft Ulrich Battis (Berlin) noch etwas die Erwartungen.

21 So Kingreen (Fußn. 9).

22 Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

23 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste (Fußn. 20); BVerfGE 100, 138; DVBl 2001, 902 = BVerfGE 103, 242; Dreier in Dreier (Hrsg.) GG-Kommentar 2013, Art. 1 Abs. 3 Rdn. 38; Heun in Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, 2013, Art. 3 Rdn. 47; Jarass/Pieroth, GG, 2020, Art. 3 Rdn. 3; BVerfGE 128, 266; Kischel, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK, 42. Edition, Art. 3 Rdn. 15; Wollenschläger in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rdn. 53.

haben, dass solches geschieht und er wieder mehr oder weniger »normal leben« kann.

Früher wurde jemand, der aufgrund von bescheinigter Unzurechnungsfähigkeit einen (imaginären) Freibrief besitzt, als eine Person bezeichnet, die einen »Jagdschein« hat. Die Redewendung rührt daher, dass der Inhaber eines Jagdscheins in seinem Revier Jagd auf Wild machen darf, während dies anderen bei Strafe verboten ist. Ein wegen Unzurechnungsfähigkeit Entmündigter hatte daher analog dazu einen (imaginären) Freibrief, der es ihm erlaubte, straflos für andere verbotene Dinge zu tun. Rechtsgeschäfte waren in der Regel unwirksam (§ 102 Abs. 2 BGB) und mussten dann rückabgewickelt werden.<sup>24</sup>

Daran hat das inzwischen eingeführte Betreuungsrecht im Kern nichts geändert. In Deutschland existiert mit §§ 20 und 21 StGB bis heute eine gesetzliche Regelung, die eine Schuldfähigkeit ausschließt bzw. mindert, wenn der Täter aufgrund einer krankhaften psychischen Störung nicht oder nur eingeschränkt in der Lage ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

Von den in § 6 BGB a.F. aufgezählten früheren Entmündigungsgründen (Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht und Rauschgiftsucht) war die Trunksucht jedenfalls auf den ersten Blick wohl die erstrebenswerteste, weil die entmündigte Person auch in den »lucida intervalla« die größten Unsinnigkeiten anstellen konnte, ohne dafür verantwortlich zu sein. Aber auch die Entmündigung wegen Verschwendungssucht war nicht von schlechten Eltern. So könnte sich heute am Ende der Impfpass<sup>25</sup> einer doppelten Corona-Impfung zu einem modernen »Jagdschein« entwickeln, dem Staat und Gesellschaft in Zukunft mit großem Respekt begegnen. Selbst Kreuzfahrten der Senioren oder eine Reise mit Flugzeug oder Bahn in ferne Länder über Kontinente hinweg aber auch ein Restaurant- oder Hotelbesuch oder der Gang zum Friseur vor allem für gefeierte, gelegentlich dem mundanen Denken verhaftete Fußballspieler und vielleicht wohl auch nicht nur für die (mondäne) Frau von Welt wären dann für diejenigen, die einen gültigen Impfpass als modernen »Jagdschein« aus der Tasche ziehen könnten, (problemlos) wieder möglich.

#### 4. Durch zwei kleine Nadelstiche: Rückkehr zur »alten« Normalität?

Zusammenfassend ergibt sich: Der Grundsatz des Parlamentsvorbehalts, wonach alle wesentlichen Entscheidungen vom Parlament getroffen werden müssen, lässt es zu, dass die Reihenfolge der Impfungen durch Rechtsverordnung des Bundesgesundheitsministers festgelegt wird. Sind Menschen gegen Corona geimpft, stellt es keine Diskriminierung dar, wenn an wirtschaftlichen Prozessen Beteiligte aufgrund sachgerechter Kriterien zwischen Geimpften und Nichtgeimpften unterscheiden.

Auch der Staat verstößt nicht gegen das Willkürverbot, wenn er aufgrund sachgerechter und überzeugender Kriterien die Beschränkungen des öffentlichen und gesellschaftlichen Lebens gegenüber den Geimpften lockert. Der »geimpfte Mensch« könnte sogar einen verfassungsrechtlich gesicherten Anspruch darauf haben,<sup>26</sup> dass solches geschieht und er wie-

der »normal leben« kann – ähnlich wie die »verkaufte Braut« in der dreiaktigen Oper des vor allem aus seinem Werk »Die Moldau« bekannten tschechischen Komponisten Bedřich Smetana. Die aus ihrer Sicht zunächst dem »falschen Mann« Versprochene konnte am Ende übergücklich mit ihrem Ausgewählten in einem neuen Leben ihre Zukunft gestalten. Vielleicht kann gelegentlich auch ein Tausch der Geschlechterrollen erfolgen, wie ihn die argentinisch-deutsche Ärztin und Schriftstellerin Esther Vilar vor 50 Jahren in ihrem Buch »der dressierte Mann« beschrieben hat. Ob die vom »homo vaccinandus« zum »homo vaccinatus« mutierte Persönlichkeit dann wirklich zu ihrem früheren Leben zurückkehren kann – und das auch wirklich will oder der Gesellschaft doch ein Teil der »neuen Normalität« verbleibt, wird sich später erweisen. Denn gerade die Corona-Pandemie hat gezeigt, dass der vorausschauende Blick in die Glaskugel nicht ganz so einfach ist wie der in den Rückspiegel. Die Gesellschaft sollte sich nicht mit einer Zuschauerrolle begnügen, sondern selbst die Bühne betreten und das Heft des Handelns im Interesse der Gemeinschaft in die eigene Hand nehmen.<sup>27</sup> Denn nur durch gemeinsame Verantwortung wird die Aufführung des wirkkräftigen Stücks gelingen. Es hängt daher von uns allen ab, wann die Pandemie überwunden ist.

Allerdings verfügt nicht jeder über eine so verlässliche Einschätzung der Zukunft, wie sie dem Sargtischler Kaspar Hülsenbeck aus Schwelm nachgesagt wurde. Der Spökenkicker mit dem teilweise durchaus leicht getrübbten Blick in die Glaskugel – der Pythia mit ihrem Orakel von Delphi gleich – verfügte immer über einen passenden Sarg, »als wäre er vorbestellt« – in einem Gewerbe, bei dem sich die Kunden dem Vernehmen nach – selbst wenn sie verbrannt werden – ohnehin noch niemals beschwert haben.<sup>28</sup> In Corona-Zeiten haben sich nicht nur in Bergamo und New York zahllose »Schneewittchensärge« in das Gedächtnis einer ganzen Generation eingepägt.

Aber auch nach dem Ende der Krise, wenn wirklich alles vorbei ist, bleibt die Frage, wie die Menschen künftig leben wollen, wie mit den knappen Ressourcen umgegangen wird – wie Umwelt und Klima gerettet werden können. Vielleicht kann ja auch ein Teil der neuen Erfahrungen in die Zukunft gerettet

24 Besser stellte sich die Rechtslage allerdings für die Klägerin im Urteil BVerwGE 111, 162 = DVBl 2000, 1853 m. Anm. Stüer/König, ZfBR 2000, 528 dar, die sich erfolgreich auf die Nichtigkeit eines städtebaulichen Vertrages berief. Sie konnte das ihr nach dem Vertrag gewährte Baurecht durch Bebauungsplan behalten und konnte die von ihr vertraglich zugesicherte nicht synallagmatische (Gegen-)Leistung eines sprichwörtlichen Zuschusses zur »Amtskette des Bürgermeisters« statt der ersparten Erschließungskosten zurückverlangen, selbst wenn dies zumindest auf den ersten Blick gegen Treu und Glauben verstieß und sich in Wahrheit eine durchaus vorzeigbare Gerechtigkeitslücke aufat.

25 »Gelbes Impfbuch« der Weltgesundheitsorganisation (WHO), Internationale Bescheinigungen über Impfungen und Impfbuch. Es könnte sich im Interesse einer Maschinenlesbarkeit empfehlen, das Impfbuch digital zu führen.

26 In China wird das offenbar anders gesehen und eine »Null-COVID-Strategie« verfolgt, so Philipp Renninger, Ex oriente lux, ex occidente lex, DVBl 2021, 361 (in diesem Heft).

27 Das Bild stammt von Magdalena Pöschl (Wien), die es auf der Düsseldorfer Staatsrechtslehrrtagung 2014 im Zusammenhang mit der »Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure« geprägt hat, Stüer, DVBl 2014, 1473.

28 Stüer, DVBl 2020, 855.

werden, sodass vieles so bleibt wie es früher einmal war. Der US-amerikanische Megastar Lady Gaga hat diese Tradition in der Nachfolge der glamourösen Hollywoodlegende Marilyn Monroe im Madison Square Garden 1962 («Happy Birthday Mr. President») bei ihrem bisher größten Auftritt zur Vereidigung des amerikanischen Präsidenten Joe Biden im Januar 2021 vor dem Kapitol stimmungsgewaltig und beeindruckend mit der Nationalhymne »The Star-Spangled Banner« in Szene gesetzt und beschworen. Amerika ist eben gerade nach der Wahlpleite von Donald Trump (wohl wieder) ein großes Land. Zugleich könnte aber doch eine ganze Menge neu geformt werden und in einem anderen Licht erscheinen. Denn es gilt auch die Erfahrung der Kriegsgenerationen: »Blühendes Leben entsteht aus den Ruinen« und wie wir von unserem Dich-

terfürsten Johann Wolfgang von Goethe (Frankfurt/Weimar) nicht nur aus Abituraufsätzen wissen: »Zu neuen Ufern lockt ein neuer Tag« oder um es mit dem zur Einheit aufrufenden Programm von Amanda Gorman bei der Amtseinführung des US-Präsidenten auf dem Kapitol auszudrücken: »The Hill we Climb«. Vielleicht ist es auch am Ende der Pandemie so wie bei Grimms Märchen: »Und wenn sie nicht gestorben sind, dann leben sie noch heute«. Denn der »homo sapiens« steht dabei – wenn er es richtig angeht – an entscheidenden Stellen auf der Bühne mitten im Leben.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> So Udo Jürgens bei seinem Züricher Abschiedskonzert am 07.12.2014.

## Buchbesprechungen

**Vincent Klausmann, Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus.** Das antinationalsozialistische Grundprinzip des Grundgesetzes. 2019. 292 S. br. Euro 74,00. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden. ISBN 978-3-8487-5284-3.

Die Marburger Doktorarbeit greift mit ihrem plakativen Titel ein für den grundrechtsgeprägten Verfassungsstaat des GG nachgerade schon existentielles Problem auf. Das deutsche Thema »Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus« ist auch juristisch von zeitloser Bedeutung. Seine aktuelle Relevanz ist unleugbar. Die Argumentationslinie wird im Untertitel präzisiert. »Das antinationalsozialistische Grundprinzip des Grundgesetzes« bezieht sich auf eine Formulierung des Bundesverfassungsgerichts im Wunsiedel-Beschluss des Ersten Senats vom 04.11.2009 (BVerfGE 124, 300 [327 f.]), die das Gericht noch einmal im Urteil zum Parteienverbotsverfahren (NPD) vom 17.01.2017 zur Sprache bringt (BVerfGE 144, 20 [229 Rdnr. 596]). Das Bundesverfassungsgericht verneint in beiden Judikaten ausdrücklich die Existenz eines allgemeinen antinationalsozialistischen Grundprinzips des Grundgesetzes. Isoliert würde ein solcher Befund auf Erstaunen stoßen. Die Formulierung darf aber nicht aus dem Kontext gelöst werden, in dem sie fällt. Dass dem Bundesverfassungsgericht damit keinesfalls an irgendeiner Relativierung des verbrecherischen Zivilisationsbruchs des nationalsozialistischen Unrechtregimes gelegen ist, ließ sich schon den sorgfältig abgefassten Leitsätzen des Wunsiedel-Beschlusses entnehmen, die eine Detaillektüre angeraten erscheinen lassen. Das Gericht bejaht dort dezidiert die gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung des Nationalsozialismus für das Grundgesetz. Danach sei davon auszugehen, dass die menschenverachtende Gewalt und Willkürherrschaft des Nationalsozialismus für die Ausgestaltung der Verfassungsordnung von wesentlicher Bedeutung war, so dass das Grundgesetz geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes angesehen werden kann. Allerdings – so das Gericht – resultiert aus diesem Umstand noch kein allgemeines

antinationalsozialistisches Grundprinzip des GG. Folglich – so die conclusio – reicht die Identifikation mit oder die Nähe zum Nationalsozialismus nicht, um ungeachtet des Wortlauts der einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes Grundrechte oder sonstige verfassungsrechtliche Gewährleistungen einzuschränken. Die komplexe, in Teilen missverständliche Argumentation des Bundesverfassungsgerichts ist nicht ohne Kritik geblieben. Man kann also wie der Verfasser der Doktorarbeit sehr wohl die Plausibilität der rigiden Entgegensetzung des Bundesverfassungsgerichts – auf der einen Seite die Qualifizierung des GG als entschiedenes Gegenbild zum NS-Regime, auf der anderen Seite die angeblich formale Absage des GG an die Existenz eines antinationalsozialistischen Grundprinzips – anzweifeln. Dem Autor ist dabei keinesfalls an einer Diskreditierung des Gerichts gelegen. Er anerkennt unmissverständlich die untadelige Rolle des Bundesverfassungsgerichts als des Hüters der Verfassung bei der entschiedenen Ablehnung des Nationalsozialismus. Er sieht aber im Wunsiedel-Beschluss einen Widerspruch zwischen den abstrakten Prämissen des Gerichts und dessen ganz konkreten Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des streitbefangenen § 130 Abs. 4 StGB, der die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft unter Strafe stellt. Der Widerspruch besteht in der Tat. Wenn diese Strafnorm in Fällen der Gutheißung der Untaten der NS-Diktatur einen Eingriff in das Grundrecht der Meinungsfreiheit zulässt, obwohl es sich nach dem Bundesverfassungsgericht bei § 130 Abs. 4 StGB nicht um ein allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG, sondern um exzeptionelles Sonderrecht handelt, dann läuft das doch exakt auf die Anerkennung eines verfassungsimmanenten antinationalsozialistischen Grundprinzips hinaus, dem das Gericht zuvor noch die Gefolgschaft verweigert. Diese Konsequenz drängt sich methodisch und auch inhaltlich mit Teilen des Schrifttums auf. Die Frage nach der Existenz eines solchen Ausspruchs stellt sich umso mehr, als auch die Realisierung eines antinationalsozialistischen Grundprinzips für