Bald wird geimpft

Darf zwischen Geimpften und Ungeimpften differenziert werden?

Andrea Kießling & Dirk Müllmann

16.12.2020 doi: 10.17176/20201216-172939-0

Voraussichtlich am 21. Dezember 2020 wird die Europäische Arzneimittelbehörde über die Zulassung des Corona-Impfstoffs von Biontech und Pfizer entscheiden. Gerade baut Deutschland bundesweit Impfzentren auf, in denen noch dieses Jahr mit der Impfung begonnen werden soll. Bis die ganze Bevölkerung – beziehungsweise jede*r, die/der dies wünscht – geimpft ist, wird es vielleicht bis 2022 dauern. Im Laufe des nächsten Jahres wird sich die Frage stellen, wie wir mit der Tatsache umgehen werden, dass ein Teil der Bevölkerung bereits geimpft ist und ein Teil noch nicht. Inwiefern darf zwischen diesen beiden Gruppen differenziert werden?

Ziel der Impfung

Impfstoffe gehören zu den pharmazeutischen Interventionen der Pandemieprävention. Ihr Einsatz hat in der Regel zwei Ziele: die Geimpften zu schützen (individuelle Gesundheit) und eine Herdenimmunität innerhalb der Bevölkerung aufzubauen (öffentliche Gesundheit), durch die dann wiederum Personen, die nicht geimpft werden können, geschützt werden. Im Idealfall verhindern Impfstoffe die Übertragung des Erregers, so dass dessen Ausbreitung innerhalb der Bevölkerung gestoppt wird. Ob dies bei den entwickelten Impfstoffen gegen SARS-CoV-2 der Fall ist, steht noch nicht fest, wird aber für die folgenden Überlegungen unterstellt. Zu berücksichtigen ist dabei außerdem, dass die Corona-Impfstoffe nach jetzigem Stand nicht zu 100 Prozent wirksam sind. Liegt dieser Wert bei 95 Prozent, bleibt ein Restrisiko von 5 Prozent, dass eine geimpfte Person doch noch ansteckend ist.

Ungleichbehandlung durch Private

Damit es im Falle von SARS-CoV-2 zu einer Herdenimmunität kommt, müssten nach aktuellen Berechnungen 70 Prozent der Bevölkerung immun sein. Dieser Wert liegt deutlich über den 50 Prozent, die nach aktuellen Umfragen zu einer Impfung bereit sind. Wann wirklich Herdenimmunität erreicht sein wird, ist somit nicht absehbar. Schon jetzt kündigen einzelne Unternehmen – wie die Airline Qantas – an, in Zukunft nur noch Geimpfte in den Genuss ihrer Dienstleistungen kommen zu lassen. Betrachtet man allein den Grundsatz der Vertragsfreiheit, ist ein solches Vorgehen zulässig, schließlich kann man niemanden zwingen, mit bestimmten Personen Verträge abzuschließen. Allein bei Ungeimpften, die nicht geimpft werden können, weil ihr Immunsystem so geschwächt ist, dass es eine Impfung nicht verkraften würde, spricht viel dafür, dass das Antidiskriminierungsrecht eine Verweigerung des Zutritts wegen einer Benachteiligung aufgrund einer Behinderung verbietet. Zwar sieht § 20 I 2 Nr. 1 AGG eine Ausnahme vom Benachteiligungsverbot für Fälle vor, in denen die unterschiedliche Behandlung der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient. Da aber Ungeimpfte nicht in jedem Fall infiziert sind, sondern nur ein Risiko besteht (was wiederum sehr gering ist, wenn alle anderen Kund*innen geimpft sind), wäre diese Ausnahme unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten wohl nicht einschlägig.

Bei alldenjenigen, bei denen keine medizinische Kontraindikation gegen die Impfung besteht, die aber noch nicht geimpft sind oder sich nicht impfen lassen wollen, stellt sich die Frage, ob die Unternehmen ihre potentiellen Kund*innen überhaupt nach deren Impfstatus fragen dürften. Mit anderen Worten: Verhindert das Datenschutzrecht die Bevorzugung Geimpfter durch Unternehmen?

Eine Norm, die die Abfrage des Impfstatus ausdrücklich erlaubt, gibt es für den Fall solcher „Alltagsgeschäfte“ nicht. Einem solchen Vorgehen könnte deswegen die DSGVO entgegenstehen, denn der Impfstatus einer Person stellt ein personenbezogenes Datum nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO dar, das mit einer Abfrage verarbeitet wird. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Betroffenen lediglich nach ihrem Impfstatus gefragt werden oder ihn auch mittels Vorlage eines Impfpasses belegen müssen. Der Schutzbereich des Datenschutzrechts ist lediglich dort nicht eröffnet, wo der Wirt der Eckkneipe den Impfstatus einer Person ohne die Nutzung automatisierter Verfahren – etwa bei Stammgästen – erfahren und sich gemerkt hat.

Als Gesundheitsdatum unterfällt der Impfstatus außerdem den strengeren datenschutzrechtlichen Regeln, die für besondere Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 DSGVO gelten. Ebenso wie Art. 6 DSGVO für alle personenbezogenen Daten sieht die Norm für besondere Kategorien personenbezogener Daten eine Verarbeitung eines Datums nur unter gesetzlichem Erlaubnisvorbehalt vor. Wenn der Impfstatus einer Person daher erfasst werden soll, muss einer der in Art. 9 II DSGVO genannten Fälle vorliegen, von denen alle bis auf einen ersichtlich nicht einschlägig sind. Auch Art. 9 II lit. h) und i), die Fragen der Gesundheitsvorsorge und der öffentlichen Gesundheit betreffen, kommen nicht in Betracht, da sie das Vorhandensein einer nicht existierenden Rechtsgrundlage im Recht der Union oder eines Mitgliedstaates erfordern.

Unabhängig davon, ob die Erfassung des Impfstatus im Rahmen des Zugangs zu einer öffentlichen oder privaten Dienstleistung erfolgen soll, besteht gem. Art. 9 II lit. a) DSGVO lediglich die Möglichkeit einer Verarbeitung der Information auf der Grundlage einer Einwilligung des Betroffenen. Eine wirksame Einwilligung setzt schon laut Definition eine freiwillige Erteilung in informierter Weise für einen bestimmten Fall voraus (vgl. Art. 4 Nr. 11 DSGVO). Gerade die Freiwilligkeit der Einwilligung erscheint jedoch sehr fraglich, wenn ein Betroffener ohne Nennung seines Impfstatus eine Einrichtung oder Dienstleistung nicht nutzen kann und so vom sozialen Leben ausgeschlossen wird. Denn Freiwilligkeit meint nicht nur die Abwesenheit von Zwang in Form einer widerrechtlichen Drohung, es bedeutet vielmehr, dass dem Betroffenen eine echte Wahl in Bezug auf Adressat, Inhalt und Umfang seiner Einwilligung gegeben sein muss.

Die gesetzliche Konkretisierung dieses Freiwilligkeitsdilemmas findet sich in Art. 7 IV DSGVO, dem sogenannten Kopplungsverbot. Es nennt als Maßstab für die Bestimmung der Freiwilligkeit, ob die Erfüllung eines Vertrages von der Einwilligung zu einer Datenverarbeitung abhängt, die für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist. Es existiert dabei aber kein absolutes Kopplungsverbot, nachdem jede Verknüpfung datenschutzrechtlicher Einwilligung mit einer Vertragseingehung zur Unwirksamkeit der Einwilligung führte. Auch wenn das Gesetz deutlich macht, dass zusätzlich andere Faktoren bei der Bestimmung der Freiwilligkeit eine Rolle spielen können, verengt sich durch Art. 7 IV DSGVO die Bestimmung der Freiwilligkeit einer zu erteilenden Einwilligung im vorliegenden Kontext auf die Frage, ob die Kenntnis des Impfstatus für die Vertragserfüllung notwendig und die Erfassung daher tatsächlich erforderlich ist. Die Antwort hierauf lautet: es kommt auf den Einzelfall an. Angesichts der Vielfalt von Einrichtungen und Dienstleistungen, die eine Erfassung des Impfstatus als Zugangsvoraussetzung vorsehen könnten, verbietet sich eine pauschale Antwort. Erforderlich ist die Angabe immer dort, wo das Wissen unabdingbar ist, dass eine Verbreitung des Virus sicher ausgeschlossen werden kann, weil die Umstände des Vertrages eine Verbreitung trotz Schutzmaßnahmen besonders begünstigten, oder für das Unternehmen eine besondere Härte aus einer Virusverbreitung in seinem Einflussbereich oder aus den Schutzmaßnahmen hiergegen entstünde.

Recht eindeutig ist die Notwendigkeit der Erhebung z.B. im Fall von Beförderungsunternehmen wie Fluggesellschaften, sofern die gesetzliche Regelung im Zielland nur die Einreise geimpfter Personen erlaubt und das Unternehmen andernfalls gezwungen wäre, ungeimpfte Passagiere auf eigene Kosten zurück zu transportieren. Ein Argument für die Erforderlichkeit einer Erfassung kann aber auch in einer gesteigerten Ansteckungsgefahr bestehen, so z.B. weil Passagiere

während eines Fluges nah beieinander sitzen und eine höhere Aerosolkonzentration an Board auftreten kann.

Dies gilt auch für andere Einrichtungen und Dienstleistungen, die mit zwangsläufiger räumlicher Nähe umzugehen haben oder bei denen die Einhaltung oder Durchsetzung von Pandemiemaßnahmen sich schwierig gestalten, weil z.B. der Genuss von Alkohol dort üblich ist und sich zwangsläufig negativ auf die Regeltreue der Gäste auswirkt. Zu diesen Kategorien von Unternehmen gehören insbesondere Restaurants, Bars und Kneipen, aber auch Unterhaltungsbetriebe wie Kinos, Theater und Clubs oder Beförderungsunternehmen. Das Argument eines Unternehmens, aus Wirtschaftlichkeitserwägungen nur Geimpfte zulassen zu wollen, um auf weitere Sicherheitsmaßnahmen verzichten zu können, erscheint ebenfalls legitim. Denn Sicherheitsmaßnahmen, z.B. in Form von Desinfektionsmittelspendern, Plexiglasscheiben und unbesetzten Sitzplätzen zum Halten eines Sicherheitsabstandes, kosten Geld. Außerdem droht bei Infektionsausbrüchen in einem Unternehmen dessen Schließung. Zwar gilt im Zusammenhang mit dem datenschutzrechtlichen Kopplungsverbot grundsätzlich, dass sich die Erforderlichkeit einer Datenverarbeitung nicht daraus ergeben kann, dass sie für die erfolgreiche Durchführung des Geschäftsmodells notwendig ist; jedoch ist diese Aussage in einem Kontext zu sehen, in dem Daten von betroffenen Nutzern monetarisiert und dadurch deren Privatsphäre zum Gegenstand des Geschäftsmodells wird. Darin besteht ein wesentlicher Unterschied zur vorliegenden Situation. Hier soll nicht eine Information selbst zu Geld gemacht werden, sondern sie wird lediglich überobligatorisch als Zugangsvoraussetzung erhoben, um die Sicherheit der Kunden und des Betriebs sowie dessen reibungslosen Ablauf sicherzustellen. Das Datum ist also nicht der Gegenstand des Geschäfts.

Gegenbeispiele, in denen eine Erhebung ausgeschlossen sein dürfte, sind Unternehmungen, die ohne räumliche Nähe und somit ohne Ansteckungs- oder Schließungsrisiko auskommen. Dies sind virtuelle Dienstleistungen, aber auch Fensterverkäufe, z.B. bei Kiosken oder Drive-Ins. Komplizierter ist die Lage im Einzelhandel. Dort müsste im Einzelfall überprüft werden, ob Ungeimpfte das Unternehmen und sein Funktionieren gefährden, z.B. weil Anproben von Waren die Einhaltung von Sicherheitsmaßnahmen erschweren. Im Fall eines durchschnittlichen Lebensmittelgeschäfts ist nicht ersichtlich, weshalb es erforderlich sein sollte, nur Geimpften Zugang zu gewähren, wenn die Einhaltung der AHA-L-Regeln keine negativen Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb haben. Dies mag im Einzelfall aber anders zu beurteilen sein, wenn z.B. extra Sicherheitspersonal für die Durchsetzung einer Maskenpflicht oder von Einlassbeschränkungen engagiert werden muss.

Die Erhebung des Impfstatus ist in Abhängigkeit vom Einzelfall somit datenschutzrechtlich möglich. Es ist jedoch absehbar, dass sie mit bedeutenden Schwierigkeiten einhergehen wird. Die Frage wird außerdem kontrovers diskutiert werden, wenn Ungeimpften im Alltag teils erhebliche Erschwernisse drohen könnten. Diese Gründe sprechen dafür, dass eine einheitliche gesetzliche Regelung in Bezug auf die Erlaubnis der Erhebung des Status und deren Voraussetzungen im privaten Kontext geschaffen werden muss. Die Möglichkeit hierfür bildet die Öffnungsklausel in Art. 9 II lit. i) DSGVO, die Maßnahmen und Regelungen zum öffentlichen Gesundheitsschutz ermöglicht.

Ungleichbehandlung durch den Staat: Zugang zu öffentlichen Einrichtungen

Da die Verbraucher*innen auf andere Unternehmen ausweichen können (auch sie werden zu keinem Vertragsabschluss gezwungen), stellen Einschränkungen durch Private – anders als dies zu lesen war (etwa hier, hier, hier und hier) – keine „indirekte Impfpflicht“ dar. Anders sähe dies aus, wenn der Staat den Zugang zu öffentlichen Einrichtungen an die erfolgte Impfung knüpfte. Diesen Weg ist der Staat bei der Masernprävention in Gemeinschaftseinrichtungen gegangen: Die Inanspruchnahme eines Kita-Platzes ist seit 1.3.2020 an die Masernimpfung geknüpft; auch Schüler*innen müssen geimpft sein (bei Weigerung droht den Eltern allerdings nur ein Bußgeld) (vgl. § 20 VII ff. IfSG). Solche indirekten Impfpflichten durch Zugangsbeschränkungen sind für Corona bislang nicht geplant. Ob sie theoretisch zuläs-

sig wären, hing – abgesehen von der Wirksamkeit und Sicherheit des konkreten Impfstoffes – von vielen Faktoren ab: z.B. von der Anzahl der sich in der Einrichtung regelmäßig aufhaltenden Personen und der Grundrechtsrelevanz der Nutzung. Die Abholung des Personalausweises beim Bürgeramt oder die Anwesenheit im Gerichtssaal als Beteiligte wird man eher nicht von einer Impfung abhängig machen können. Hinzu kommt: Denkbar wären solche Einschränkungen aus Gleichbehandlungsgründen frühestens dann, wenn die gesamte Bevölkerung die Möglichkeit einer Impfung hatte. Und selbst wenn dann noch keine Herdenimmunität erreicht ist, wird das allgemeine Infektionsrisiko sehr viel niedriger sein als zum jetzigen Zeitpunkt, so dass sich die Frage der Einschränkung des Zugangs zu öffentlichen Einrichtungen wahrscheinlich nicht mehr stellen wird. Ausnahmen müssten jedenfalls auch hier für Personen vorgesehen werden, die nicht geimpft werden können (siehe bei der Masernimpfpflicht § 20 VIII 3 IfSG), und die Grundrechtsrelevanz spricht dafür, eine datenschutzrechtliche Ermächtigungsgrundlage für die Abfrage des Impfstatus zu schaffen.

Corona-Schutzmaßnahmen

Praktisch am bedeutsamsten wird der Immunstatus bei Maßnahmen werden, die unmittelbar der Epidemiebekämpfung dienen, also bei den Corona-Schutzmaßnahmen. Bei Maßnahmen, die auf konkret-individuelle Infektionsgefahren reagieren, ist die Rechtslage eindeutig: Wer den Erreger nicht weiterverbreiten kann, kann entweder schon auf Tatbestandsseite nicht unter die entsprechenden Normen (beispielsweise § 30 IfSG bei der Quarantäne) subsumiert werden, spätestens im Rahmen des Auswahlermessens jedenfalls müsste der Immunstatus berücksichtigt werden. Das gilt auch, wenn man das Restrisiko von 5 Prozent berücksichtigt: Denn ein so schwerwiegender Grundrechtseingriff kann nicht auf eine so geringe Übertragungswahrscheinlichkeit gestützt werden. Geimpfte, die Kontaktpersonen 1. Grad von Infizierten sind, müssten deswegen nicht in Quarantäne. Auch für Quarantänepflichten für Reiserückkehrer*innen aus Risikogebieten oder für Besuchsverbote für Besucher*innen von Pflegeheimen müsste man Ausnahmen vorsehen.

Schwieriger wird die Berücksichtigung des Immunstatus bei den flächendeckenden Regelungen, die die gesamte Bevölkerung adressieren: Was wird für Kontaktverbote und Maskenpflicht gelten? Diese Art von Maßnahmen kann nicht dem Gefahrenabwehrrecht im engeren Sinne zugeordnet werden, wo durch punktuelle Maßnahmen konkrete Gefahren abgewehrt werden. Sie gehören vielmehr zur Risikovorsorge, weil sie auf eine diffusere Gefährdungslage reagieren, die gerade nicht konkreten Personen zuzuordnenden ist. Diese beiden Ansätze können nur schwer in Einklang gebracht werden: Eine geimpfte Person, die den Erreger nicht weiterverbreiten kann, kann nichts zur Epidemiebekämpfung durch Social Distancing beitragen und hat deswegen einen Anspruch darauf, von solchen Maßnahmen verschont zu bleiben. Hierfür ist die Risikovorsorgeperspektive aber erst einmal blind, weil sie auf Adressatenseite nicht differenziert. Die Umsetzung in der Praxis wäre deswegen von vornherein schwierig und wenn sich plötzlich einige Personen nicht mehr an die Regeln halten, hätte dies wohl auf die Regelbefolgungsmoral der anderen einen negativen Effekt. Dies kann aber kein Grund sein, von vornherein auf Differenzierungen zu verzichten (generalpräventive Gründe für zulässig hält hingegen Klafki; vgl. auch Dt. Ethikrat, S. 22).

Wie kann nun eine Lösung aussehen? Werden bald auf der Straße Impfausweise kontrolliert? Bei Ausgangsbeschränkungen wird man eine erfolgte Impfung als „triftigen Grund“, das Haus zu verlassen, anerkennen müssen. Und bei den Kontaktverboten wird sich die Frage der Differenzierung in der Praxis vielleicht gar nicht stellen: Wenn die Risikogruppen geimpft sind und man im Sommer 2021 auf eine Durchimpfungsrate von ca. 60 Prozent hoffen kann, werden viele der Beschränkungen, an die wir uns dieses Jahr über gewöhnt haben, wohl nicht mehr gerechtfertigt sein. Denn je höher die Durchimpfungsrate ist, desto weniger kann sich SARS-CoV-2 verbreiten – auch schon vor Erreichen der Herdenimmunität. Es ist dann verfassungsrechtlich geboten, die allgemeinen Corona-Schutzmaßnahmen, die auch außerhalb

von Lockdowns gelten, zu lockern. Die Maskenpflicht im Supermarkt oder ÖPNV wiederum, die nur einen geringen Grundrechtseingriff darstellt, wird man mit dem bestehenden Restrisiko begründen und deswegen wohl erst einmal aufrechterhalten können.

Solidarität

Die Bevölkerung muss frühzeitig über die Impfungen und mögliche Nebenwirkungen selbst, aber auch über die Freiheiten, die wiedergewonnen werden können, informiert werden. Und letztlich wird gelten: So wie man an die Bevölkerung appellieren muss, solidarisch zu sein und sich impfen zu lassen, wird man an die Geimpften in der Übergangsphase appellieren müssen, sich solidarisch zu zeigen und ihre rechtlich möglichen Privilegien bei den Corona-Schutzmaßnahmen zurückhaltend zu nutzen. Beim Zugang zu privaten Dienstleistungen und Einrichtungen sollte der Gesetzgeber Klarheit schaffen, inwiefern der Impfstatus abgefragt werden darf.

AUTOR*INNEN

Andrea Kießling
Andrea Kießling ist Professorin für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Migrationsrecht an der Goethe-Universität Frankfurt.
Dirk Müllmann
Dirk Müllmann ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Informationsrecht, Umweltrecht und Verwaltungswissenschaften der Goethe-Universität Frankfurt/Main bei Prof. Spiecker gen. Döhmann.

EMPFOHLENE ZITATION

Kießling, Andrea; Müllmann, Dirk: Bald wird geimpft: Darf zwischen Geimpften und Ungeimpften differenziert werden?, Verfassungsblog, 16.12.2020, doi: 10.17176/20201216-172939-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20201216-172939-0.