



Joana Kimmich

**Die Corona-Pandemie
als Stunde der Exekutive –
Verfassungsrechtliche
Überprüfung der
Impfpriorisierung**

Rechtswissenschaftliche
Beiträge der
Hamburger Sozialökonomie

Heft 48

Joana Kimmich

Die Corona-Pandemie als Stunde der Exekutive – Verfassungsrechtliche Überprüfung der Impfpriorisierung

Rechtswissenschaftliche
Beiträge der
Hamburger Sozialökonomie

Heft 48

Joana Kimmich ist Absolventin des Bachelorstudienganges Sozialökonomie an der Universität Hamburg. Beruflich war sie in den vergangenen Jahren in den Bereichen Unternehmenskommunikation und Journalismus tätig. Ab März 2022 absolviert sie das Masterstudium Digitale Kommunikation M.A. an der Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hamburg.

Impressum

Kai-Oliver Knops, Marita Körner, Karsten Nowrot (Hrsg.)
Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie

Joana Kimmich
Die Corona-Pandemie als Stunde der Exekutive –
Verfassungsrechtliche Überprüfung der Impfpriorisierung
Heft 48, Februar 2022

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikations in der
Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter
<http://dnb.dnb.de> abrufbar.
ISSN 2366-0260 (print)
ISSN 2365-4112 (online)

Reihengestaltung: Ina Kwon
Produktion: UHH Druckerei, Hamburg
Schutzgebühr: Euro 5,-

Die Hefte der Schriftenreihe „Rechtswissenschaftliche Beiträge der
Hamburger Sozialökonomie“ finden sich zum Download auf der
Website des Fachgebiets Rechtswissenschaft am Fachbereich
Sozialökonomie unter der Adresse:

[https://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sozoek/professuren/
koerner/fiwa/publikationsreihe.html](https://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sozoek/professuren/koerner/fiwa/publikationsreihe.html)

Fachgebiet Rechtswissenschaft
Fachbereich Sozialökonomie
Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
Universität Hamburg
Von-Melle-Park 9
20146 Hamburg

Tel.: 040 / 42838 - 3521
E-Mail: Beate.Hartmann@uni-hamburg.de

Inhalt

A.	Einleitung	5
B.	Einordnung und Hintergründe	6
	I. Das GG als Rahmen staatlichen Handelns in der Pandemie	6
	1. Art. 2 II S. 1 GG: Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit	7
	2. Art. 3 I GG: Der allgemeine Gleichheitssatz	10
	3. Art. 80 I GG	13
	4. Rechtsinstitute	17
	II. Das IfSG und die Pandemie-Gesetzgebung als Grundlage der Impfpriorisierung	20
	1. Grundlagen des Infektionsschutzrechts	20
	2. Das Infektionsschutzrecht in der Corona-Pandemie	24
	3. § 5 IfSG und § 20 IfSG in der Einzelbetrachtung	28
C.	Die Impfpriorisierung der CoronaimpfV in der verfassungsrechtlichen Überprüfung	34
	I. Die Ermächtigungsgrundlagen und die Anforderungen des Art. 80 I GG	34
	1. Die Verfassungswidrigkeit der Vorgängerregelungen	35
	2. Ermächtigungsadressaten	36
	3. § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V	36
	4. § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG	41
	5. Zwischenfazit	44
	II. Die Impfpriorisierung der CoronaImpfV und die Vereinbarkeit mit den Grundrechten und Rechtsinstituten	45
	1. Entstehung und Inhalt der Impfpriorisierung	45
	2. Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit	49
	3. Allgemeiner Gleichheitssatz	53
	4. Wesentlichkeitstheorie und Grundrechtsrelevanz	58
	5. Parlamentsvorbehalt und Vorbehalt des Gesetzes	59
	6. Exekutivnormsetzung und Grundrechtsdienlichkeit	61
D.	Fazit und Ausblick	63
	Literaturverzeichnis	65

A. Einleitung

Es ist etwas länger als ein Jahr her, dass die erste Coronavirus-Impfverordnung¹(CoronaImpfV) am 15.12.2020 in Kraft getreten ist und die ersten Impfdosen mit Spannung zum bundesweiten Impfstart am 27.12.2020² erwartet wurden. Die damalige Impfpriorisierung ist in der Zwischenzeit in weite Ferne gerückt. Die Debatte hat sich gedreht, der Impfstoff ist nicht mehr knapp, sondern zu wenige Menschen machen von ihrem Anspruch auf Schutzimpfung Gebrauch. Mittlerweile sind laut den Zahlen des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) 73,8 Prozent³ der Bevölkerung vollständig geimpft. Während Druckmittel gegenüber Ungeimpften und Anreize für eine Impfung viel diskutiert und umgesetzt wurden⁴, so wird derzeit im Bundestag eine allgemeine Impfpflicht debattiert⁵, um die Impfquote nachhaltig zu erhöhen. Eine Impfpriorisierung gibt es seit dem 07.06.2021 nicht mehr, diese wurde durch die CoronaImpfV vom 01.06.2021⁶ aufgehoben. Seitdem gab es vielfältige Möglichkeiten für impfwillige Personen, einen Impftermin zu erhalten.

Die Impfpriorisierung war ursprünglich notwendig, da zunächst nur knappe Impfkapazitäten vorhanden waren. Es fehlte an Impfstoff. Vulnerable Gruppen, die im Falle einer Erkrankung durch das Coronavirus⁷ ein besonders hohes Risiko tragen, schwere oder tödliche Krankheitsverläufe zu haben, sollten deshalb zuerst geimpft werden. Getragen wurde diese Entscheidung von einem großen gesellschaftlichen Konsens⁸. Auch wenn die Impfpriorisierung aufgehoben wurde und gesellschaftlich große Akzeptanz erfuhr, so blieben doch verfassungsrechtliche Fragen offen. Denn Wesentliches wurde durch die Exekutive, genauer das BMG, festgelegt. Die weitreichenden Exekutivbefugnisse des BMG, der Bundesregierung insgesamt, wie auch der Länderregierungen in der Corona-Pandemie waren schon Teil zahlreicher rechtlicher und politischer Diskussionen. Bei der Impfpriorisierung der CoronaImpfV stellt sich auch retrospektiv im Besonderen die Frage nach der Betroffenheit von Grundrechten und damit, ob der Gesetzgeber wesentliche Entscheidungen an die Exekutive delegiert hat, die er selbst hätte treffen müssen.

In diesem Beitrag mit dem Titel „Die Corona-Pandemie als Stunde der Exekutive – Verfassungsrechtliche Überprüfung der Impfpriorisierung“ soll zunächst eine Einordnung der von der Priorisierung und Rechtsetzung der CoronaImpfV tangierten verfassungsrechtlichen Grundlagen vorgenommen werden.

Anschließend wird das Infektionsschutzgesetz (IfSG) und die Pandemie-Gesetzgebung als Grundlage der Priorisierung beleuchtet, um darzustellen, wie die Ermächtigungsgrundlagen der CoronaImpfV zustande kamen und um einen Überblick über die Bedeutung des Infektionsschutzrechts im Allgemeinen und in der Corona-Pandemie in Deutschland im Besonderen

1 CoronaImpfV vom 18.12.2020, BAnz AT 21.12.2020 V3.

2 BMG, COVID-19 Impfdashboard, Stand: 28.01.2022, <https://impfdashboard.de>, zul. aufgerufen am: 28.01.2022.

3 Ebda.

4 Tagesschau, Debatte über Impfkampagne, Von Gutscheinen und Nachteilen für Ungeimpfte, Stand: 06.08.2021, <https://www.tagesschau.de/inland/rechte-geimpfte-103.html>, zul. aufgerufen am: 12.08.2021.

5 Deutscher Bundestag, Kontroverse Impfpflicht-Debatte mit ersten Vorschlägen, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw04-de-impfpflicht-877070>, zul. aufgerufen am: 28.01.2022.

6 CoronaImpfV vom 01.06.2021, BAnz AT 02.06.2021 V2.

7 Im Beitrag wird die Bezeichnung *Coronavirus* synonym für das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 (severe acute respiratory syndrome coronavirus type 2) verwendet. Weitere Informationen unter: RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, 1. Erreger, Stand: 26.11.2021, <https://t1p.de/Epidemiologischer-Steckbrief-RKI-Erreger>, zul. aufgerufen am 02.02.2021.

8 Infratest dimap, ARD-DeutschlandTREND, Juni 2021, <https://t1p.de/infratest-dimap-ard-deutschlandtrend>, zul. aufgerufen am: 12.08.2021, S. 7.

zu geben. Im zweiten Teil des Beitrags folgt die verfassungsrechtliche Überprüfung der CoronaImpfV. Überprüft werden soll die materielle Verfassungsmäßigkeit der Impfpriorisierung.

Der Schwerpunkt liegt dabei auf den Maßgaben des Art. 80 I GG sowie der Vereinbarkeit mit den Grundrechten aus Art. 2 II S. 1 GG wie auch Art. 3 I GG, da besonders an diesen Stellen verfassungsrechtliche Zweifel bestehen. Abschließend soll ein Fazit gezogen und ein Ausblick gegeben werden, wobei die Erkenntnisse der Publikation zusammengeführt und die Bedeutung für etwaige zukünftige Regelungen dargestellt werden sollen.

B. Einordnung und Hintergründe

Der erste Teil dieses Beitrags soll der Einordnung dienen und Hintergründe der Impfpriorisierung der CoronaImpfV beleuchten. Dazu sollen zunächst die für die verfassungsrechtliche Überprüfung relevanten Grundrechte und Maßgaben des GG erläutert werden. Danach folgt die Darstellung der Grundlagen des Infektionsschutzrechts, sowie der einschlägigen gesetzlichen Novellen in der Corona-Pandemie und die Herausstellung wichtiger Einzelnormen des IfSG.

Im nachfolgenden Abschnitt liegt der Fokus auf dem GG und verfassungsrechtlichen Maßstäben.

I. Das GG als Rahmen staatlichen Handelns in der Pandemie

Die Verfassung gibt Maßstäbe und Grenzen staatlichen Handelns vor. In der Pandemie sticht das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II S. 1 GG als Prämisse staatlichen Handelns heraus, da der Schutz der vom Coronavirus besonders gefährdeten Gruppen und die Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems lange oberstes Ziel vieler Bekämpfungs- und Eindämmungsmaßnahmen durch Bund und Länder war. Gleichsam ist Art. 2 II S. 1 GG Maßstab der CoronaImpfV, die nach gesundheitlichem Risiko von Gruppen unterscheidet. In diesem Kontext ist der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG bedeutsam. Er gibt vor, wesentlich Ungleiches nicht gleich und wesentlich Gleiches nicht ungleich zu behandeln, was bei der CoronaImpfV ebenfalls berücksichtigt werden muss. Als Verordnung unterliegt die CoronaImpfV außerdem Art. 80 GG, der in Art. 80 I GG Anforderungen an den Gesetzgeber für die Delegation der Normsetzung an die Exekutive normiert, denen Ermächtigungsgrundlagen entsprechen müssen. Darüber hinaus richtet sich die Verfassungsmäßigkeit der Priorisierung nach ihrer Wesentlichkeit und dem Vorbehalt des Gesetzes respektive Parlamentsvorbehalt.

Darum soll im folgenden Abschnitt eine Einordnung von Art. 2 II S. 1 GG, Art. 3 I GG und Art. 80 I GG sowie dem Vorbehalt des Gesetzes, Parlamentsvorbehalt und der Wesentlichkeitstheorie vorgenommen werden.

1. Art. 2 II S. 1 GG: Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit

Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hat hohen Verfassungsrang. Vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie kommt diesem Recht noch einmal eine besondere Bedeutung zu. Aus Art. 2 II S. 1 GG ergibt sich sowohl eine abwehrrechtliche Dimension gegen staatliche Eingriffe als auch eine Schutzpflicht des Staates, worauf sich auch die Priorisierung der CoronaImpfV richtet. Im Mai 2021, kurz vor Aufhebung der Priorisierung, war bemerkbar, dass vermehrt Menschen auf Intensivstationen behandelt wurden, die mutmaßlich durch die Priorisierung noch nicht oder nicht vollständig geimpft waren. Zu der Zeit waren knapp über 60 Prozent der COVID-19-Patienten auf den Intensivstationen zwischen 40 und 69 Jahre alt.⁹ Dies zeigt, dass eine Priorisierung auch zulasten der Gruppen gehen kann, die von der Priorisierung ausgeschlossen oder durch diese nachrangig impfberechtigt sind. Daher hat eine solche Priorisierung ein schweres Gewicht. Risiken der Erkrankungsschwere und Bedrohung des Lebens verschiedener Bevölkerungsgruppen müssen abgewogen werden, solange Impfstoff eine knappe Ressource ist.

Darum soll es in diesem Abschnitt um eine Einordnung des Art. 2 II S. 1 GG gehen, der als Maßstab zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit in der Pandemiebekämpfung gilt und als Prämisse der staatlichen Pandemiebekämpfungsmaßnahmen gewertet werden kann.

a) *Bedeutung der Norm*

Art. 2 II S. 1 GG ist ein Voraussetzungsgrundrecht und hat deshalb innerhalb der Grundrechtsdogmatik eine Sonderstellung¹⁰. Das menschliche Leben ist nach Rechtsprechung (Rspr.) des BVerfG die „vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte“¹¹. Die Achtung des Lebens ist die Voraussetzung der menschlichen Existenz und somit konstituierend für die Achtung der Menschenwürde.¹² Der Gesetzesvorbehalt in Art. 2 II S. 3 GG zeigt jedoch, dass staatliche Eingriffe, wenn auch nur unter strikten Voraussetzungen, möglich sind.¹³ Der einfache Gesetzesvorbehalt in Art. 2 II S. 3 GG gibt vor, dass in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nur „auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden“ darf. Dieser Vorbehalt dient als Maßstab zur Beurteilung, ob Eingriffe in das Grundrecht gerechtfertigt oder ungerechtfertigt sind und hinreichend konkrete, bestimmte Regelungen für Eingriffe benannt werden, um damit Willkür unterbinden zu können.¹⁴ Es bedarf eines förmlichen Gesetzes als Eingriffsgrundlage, Verwaltungsakte wie Verordnungen reichen nicht aus.¹⁵ Die Bedeutung und der Rang des Art. 2 II S. 1 GG zeigt sich in der Bewältigung der Corona-Pandemie deutlich.

Grundrechte wie die Freizügigkeit und Freiheit der Person (Art. 11 I GG, Art. 2 II S. 2 GG) wurden durch Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen, wie auch das Recht am eingerichteten

9 RKI, DIVI-Register, Altersstruktur von COVID-19-Patienten auf Intensivstation, Stand: 13.05.2021, [https:// t1p.de/rki-divi-register](https://t1p.de/rki-divi-register), zul. aufgerufen am: 17.05.2021.

10 BeckOK GG/Lang, Art. 2 GG, Rn. 56.

11 BVerfG, Urt. vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 – NJW 1975, 573 (575).

12 Müller-Terpitz in Isensee/Kirchhof HbdStR, VII, § 147, Rn. 5; Di Fabio in Maunz/Dürig, Art. 2 II Nr. 1 GG, Rn. 9.

13 BeckOK GG/Lang, Art. 2 GG, Rn. 57.

14 BVerfG, Beschl. vom 20. Februar 2013 – 2 BvR 228/12 – NJW 2013, 2337, Rn. 53f.

15 Münch/Kunig/Kunig/Kämmerer, I, Art. 2 GG, Rn. 146.

und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 I GG) durch Betriebsschließungen oder -beschränkungen zugunsten des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit eingeschränkt.¹⁶ Im April 2020 entschied das BVerfG zu Beginn der Pandemie über Ausgangsbeschränkungen, dass diese zumutbar seien, um die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 GG durch Infektionsschutz realisieren und in umfassendem Maße gewährleisten zu können.¹⁷ Damit zeigt sich auch in der Rspr. des BVerfG das Spannungsfeld des Art. 2 II S. 1 GG: Des Einen größtmöglicher Schutz des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit in der Corona-Pandemie bedeutet die Einschränkung des Rechts eines Andern, sei es die Religionsfreiheit oder die persönliche Handlungsfreiheit. Darum bedarf es einem ständigen Abwägen des Infektionsschutzes und Einschränkungen anderer Grundrechte durch Gerichtsbarkeit und rechtsetzende Organe.

b) Historie und Systematik

Art. 2 II S. 1 GG ist wie viele Grundrechte der Verfassung eine Antwort auf Gräueltaten und Diktatur während der Zeit des Nationalsozialismus. Der Umgang mit Kranken, Gebrechlichen oder Menschen mit Behinderung während der Zeit des Nationalsozialismus gab Anlass der Lehre von „lebensunwertem Leben“ ein Recht auf Leben entgegenzusetzen. Es gab kein Gesetz einer Vorgängerverfassung, das Art. 2 II S. 1 GG in seiner Form ähnlich gewesen wäre. Der Nationalsozialismus, mit seinen „Verbrechen, [...] Infragestellung der Existenzberechtigung ganzer Völker und Bevölkerungsteile und perfiden Diskriminierung sog. lebensunwerten Lebens hat [...] bei der Fassung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 gleichsam als negatives Fixierbild Pate gestanden. Dieser Hintergrund und diese Zielrichtung beeinflussen auch noch die heutige Auslegung der Vorschrift.“¹⁸ Art. 2 II S. 1 GG räumt dem Leben als Antwort auf die massenhafte Vernichtung des Lebens im Nationalsozialismus einen Höchstwert ein und soll ebenso Mahnung sein für alle anderen menschenverachtenden Ideologien, die die Menschenwürde und das menschliche Leben zukünftig noch bedrohen könnten.¹⁹

Systematisch hat Art. 2 II S. 1 GG, wie bereits erwähnt, eine Sonderstellung innerhalb des grundrechtlichen Gefüges inne. Während die körperliche Unversehrtheit sich einer Abwägung nicht entzieht, ist das Recht auf Leben einer Abwägung – von mehr oder weniger Leben – durch seine Absolutheit, fast gänzlich entzogen. Die Verfassungssystematik sieht dennoch keinen absoluten Lebensschutz vor, auch wenn Eingriffe in Art. 2 II S. 1 GG strengeren Rechtfertigungsmaßstäben aufgrund des Absolutheitscharakters (nicht leben bedeutet den Tod) standhalten muss.²⁰ Der Staat kann eingreifen, wenn es sich um Ausnahmefälle wie polizeiliche Rettungsschüsse zum Schutze Dritter handelt.²¹

In der Corona-Pandemie wurde die Schwere des Rechts auf Leben vor allem im Frühjahr 2020 sehr deutlich, als Tests noch rar waren und Gesundheitsrisiken nur teilweise ersichtlich waren. Rückblickend war die Lage zu Beginn der Pandemie weitaus weniger gefährlich als die sogenannte zweite und dritte Welle. Entscheidend für die juristische Bewertung – und damit auch für eine Abwägung von Gesundheits- und Lebensschutz der Gerichte gegenüber anderen Grundrechten – ist die Zunahme des Wissens über das Virus und die Erkrankung Corona Virus

16 Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, 666, (666f.).

17 BVerfG, Beschl. vom 7. April 2020 – 1 BvR 755/20 – NJW 2020, 1429, Rn. 11.

18 BeckOK GG/Lang, Art. 2 GG, Rn. 55.

19 *Di Fabio* in Maunz/Dürig, Art. 2 II Nr. 1 GG, Rn. 9.

20 BeckOK GG/Lang, Art. 2 GG, Rn. 56f.

21 Goldhammer/Neuhöfer, JuS 2021, 212 (213).

Disease 2019 (COVID-19), sowie die Verfügbarkeit von Kontroll- und Eindämmungsinstrumentarien. Mit jedem Wissensgewinn über die pandemische Lage und das Virus einerseits und der Zunahme von Instrumentarien zur Kontrolle und Eindämmung des Infektionsgeschehens andererseits durch Tests, einem größeren Ausmaß an Schutzkleidung und schließlich Präventionsmaßnahmen wie Impfstoffen, stieg der Druck, differenziertere Maßnahmen für das Pandemiegeschehen zu finden. Auch Gerichte legten sodann andere Maßstäbe an Grundrechtseinschränkungen an. Das sogenannte Beherbergungsverbot, welches eine Ungleichbehandlung von touristischen und nicht-touristischen getesteten Reisenden vorsah, wurde in diesen dynamischen Grundrechtsabwägungen in Schleswig-Holstein Ende des Jahres 2020 für rechtswidrig erklärt.²²

Hierbei zeigt sich, dass das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in der Systematik des Grundgesetzes hohen Rang und sogar einen Höchstwert innehat, die Absolutheit des Lebens jedoch nicht immer zur Absolutheit des Lebensschutzes führt. Die gerichtliche Bewertung dessen steht in einem dynamischen Zusammenhang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen und der jeweils aktuellen Lage.²³ Die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit von Pandemiebekämpfungs- und Eindämmungsmaßnahmen durch Gerichte hat durch das Hineinreichen dieser Maßnahmen in die Lebensrealität gleich vieler, unbestimmter Personen noch an Bedeutung gewonnen. Diese Abwägung von Grundrechten in der Pandemie vor dem Hintergrund sich ständig verändernder Umweltbedingungen und Fakten stellt eine neue Qualität von Anforderungen an die Gerichte dar. Den Gerichten kommt dabei eine entscheidende Rolle bei der Bewertung von Untermaß und Übermaß von Pandemiemaßnahmen zu.

c) *Art. 2 II S. 1 GG als Schutzpflicht und Abwehrrecht*

Art. 2 II S. 1 GG verpflichtet den Staat in doppelter Weise, denn er enthält sowohl eine abwehrrechtliche Dimension als auch eine Schutzpflichtdimension.²⁴ Nach Rspr. des BVerfG sind alle staatlichen Organe verpflichtet, sich schützend und fördernd vor das menschliche Leben zu stellen, sich nach dem Schutz des Lebens als Höchstwert auszurichten²⁵ und rechtswidrige Eingriffe abzuwehren²⁶.

Diese Schutzpflicht ergibt sich aus Art. 2 II S. 1 GG i.V.m. Art. 1 I S. 2 GG. Gleichzeitig wirkt Art. 2 II S. 1 GG als subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, dies zeigt sich durch den status negativus. Primär richtet sich das Abwehrrecht gegen unverhältnismäßige Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die physische Integrität oder Eingriffe, die das Leben der Grundrechtsberechtigten gefährden.²⁷ Die Abwehrrechtsdimension des Art. 2 II S. 1 GG bei gleichzeitiger Schutzpflicht des Staates zu achten, macht eine genaue Einzelfallabwägung notwendig, um festzustellen, ob eine staatliche Schutzpflicht vorliegt.

Denn auch für die Schutzpflicht gilt ein Übermaß- und Untermaßverbot. Während ein staatliches Mindestmaß an Schutz geboten ist, darf nicht übermäßig in andere Grundrechte eingegriffen werden.²⁸ Die Schutzpflicht gilt als verletzt, wenn gegen das Untermaßverbot

22 OVG Schwesig, Beschl. vom 23. Oktober 2020 – 3 MR 47/20 – GewA 2020, 451, Ls. 1-3.

23 Goldhammer/Neuhöfer, JuS 2021, 212 (213).

24 *Isensee* in *Isensee/Kirchhof HbdStR*, IX, § 191, Rn. 1.

25 BVerfG, Urt. vom 16. Oktober 1977 – 1 BvQ 5/77 – NJW 1977, 2255 (2255).

26 BVerfG, Beschl. vom 14. Januar 1981 – 1 BvR 612/72 – NJW 1981, 1655 (1656).

27 *Müller-Terpitz* in *Isensee/Kirchhof HbdStR*, VII, § 147, Rn. 45.

28 *Di Fabio* in *Maunz/Dürig*, Art. 2 II Nr. 1 GG, Rn. 8.

verstoßen wird. Das ist der Fall, wenn „die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben.“²⁹ Der Gesetzgeber hat eine Einschätzungsprärogative, welche Maßnahmen er trifft und wie diese in Einklang mit anderen kollidierenden Rechtsgütern zu bringen sind.³⁰ Diesen Gestaltungsspielraum bekräftigt auch die Rspr. des BVerfG. Bei der Aufhebung von Beschränkungen durch Corona-Maßnahmen sprach es dem Gesetzgeber einen ausdrücklich „weite[n] Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“³¹ zu, ohne die Schutzpflicht des Staates in der Corona-Pandemie außer Acht zu lassen.

Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit stellt allerdings kein Recht durch den Staat auf Gesundheit dar.³² Darum orientiert sich die Schutzpflichtverletzung mit dem Untermaß am Mindestmaß an Schutz, welchen der Staat gegenüber der Bevölkerung gewährleisten muss. Die Gesundheit bleibt zuvorderst in der Handlungssphäre des Individuums. Der Staat ist für Rahmenbedingungen zuständig, die das Leben schützen und fördern müssen. Diese Schutzpflicht zeigte sich im Nichtraucherschutz, bei dem zum Schutze des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit ein Rauchverbot in Gaststätten für zulässig erklärt wurde, weil es sich dabei um Gemeinwohlbelange³³ und damit eine kollektive Dimension des Gesundheitsschutzes handelt, welche über die Gesundheitsautonomie des Individuums hinausgeht.

In der Corona-Pandemie ist eine Schutzpflicht des Staates deutlich zu bejahen.³⁴ Damit ergibt sich eine Pflicht, Maßnahmen zum Schutz der Bevölkerung aufgrund der nationalen (respektive internationalen) Tragweite der Ausbreitung des Coronavirus und einer damit verbundenen kollektiven wie auch individuellen Gefahr für Gesundheit und Leben der Bevölkerung zu treffen. Im Genaueren soll es um diese Schutzpflicht in Abschnitt C II gehen.

2. Art. 3 I GG: Der allgemeine Gleichheitssatz

Das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz geht bereits auf Bürgerrechte der französischen Verfassung des 18. Jahrhunderts zurück, auch in der Weimarer Reichsverfassung (WRV) war die Rechtsanwendungsgleichheit enthalten.³⁵ Heute ist der allgemeine Gleichheitssatz Art. 3 I GG entscheidender Maßstab bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung von Ungleichbehandlungen. Die CoronaImpfV gewährt durch die Priorisierung verschiedenen Gruppen einen vorrangigen Anspruch auf Schutzimpfungen gegen das Coronavirus. Deshalb ist auch hier Art. 3 I GG Maßstab zur Bewertung und soll im Folgenden eingeordnet werden.

29 BVerfG, Urt. vom 10. Januar 1995 – 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90 – NJW 1995, 2339 (2341).

30 *Di Fabio* in Maunz/Dürig, Art. 2 II Nr. 1 GG, Rn. 49f.

31 BVerfG, Beschl. vom 12. Mai 2020 – 1 BvR 1027/20 – NVwZ 2020, 1823, Rn. 6.

32 BeckOK GG/Lang, Art. 2 GG, Rn. 62.

33 BVerfG, Urt. vom 30. Juli 2009 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08 – NJW 2008, 2409 (2413f.).

34 Münch/Kunig/Kunig/Kämmerer, I, Art. 2 GG, Rn. 103f.

35 *Krieger* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 3 GG, Rn. 1.

a) *Bedeutung der Norm und Systematik*

Der allgemeine Gleichheitssatz hat eine Gleichbehandlungsfunktion, die zuvorderst zu einer relativen Pflicht oder auch einem status relativus führt, da der Vergleich zu anderen Rechtssubjekten bei der Gleichbehandlung im Vordergrund steht.³⁶ Art. 3 I GG ist wie Art. 2 II S. 1 GG ein Jedermann-Grundrecht und als Menschenrecht zu verstehen.³⁷ Der allgemeine Gleichheitssatz macht Menschen vor dem Gesetz nicht gleich. Im Gegenteil trägt Art. 3 I GG der Tatsache Rechnung, dass Menschen unterschiedlich sind und diese Unterschiedlichkeit in Recht(-sprechung) und Gesetz gewürdigt werden muss, sodass tatsächlich Rechtsgleichheit hergestellt werden kann. Diesem Gedanken folgt auch die Rspr. des BVerfG, wonach wesentlich Gleiches nicht ungleich und wesentlich Ungleiches nicht gleich zu behandeln ist.³⁸ Der Wortlaut des Art. 3 I GG gibt die Gleichheit vor dem Gesetz für jeden Menschen vor. Er bindet alle öffentliche Gewalt nach Art. 1 III GG, damit müssen sich alle staatlichen Organe an dem Grundsatz orientieren.³⁹

Geleitet wird der allgemeine Gleichheitssatz vom Gerechtigkeitsgedanken, mit dem auch das Verbot willkürlicher Ungleichbehandlung einhergeht. In der Anwendung tritt der allgemeine Gleichheitssatz hinter den speziellen Gleichheitsgeboten in Art. 3 II, III GG zurück.⁴⁰ Er erfasst keine konkreten Tatbestände und wird erst durch den Kontext mit Leben gefüllt. Daraus ergibt sich eine Entwicklungsoffenheit⁴¹, die die Möglichkeit bietet, das Grundrecht vor dem Hintergrund der sich entwickelnden rechtlichen Herausforderungen auszulegen.

Als Gleichheitsrecht unterscheidet sich Art. 3 I GG von anderen Grundrechtsformen, wie Freiheits-, Abwehr- oder Leistungsrechten. Der allgemeine Gleichheitssatz kann jedoch als subjektives Abwehrrecht gegen ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen wirken, subjektiv-rechtliche derivative Leistungs- und Teilhaberechte auslösen und ist gleichzeitig objektiv-rechtlicher Verfassungsgrundsatz.⁴²

b) *Art. 3 I GG als Abwehrrecht*

Auch wenn sich Gleichheitsrechte der Dogmatik der Freiheitsrechte auf den ersten Blick entziehen, so ist Art. 3 I GG dennoch subjektiv-öffentliches Abwehrrecht gegen ungerechtfertigte Gleich- und Ungleichbehandlungen.⁴³ Strukturell unterscheidet sich der allgemeine Gleichheitssatz von Freiheits- und Leistungsrechten dahingehend, dass er keinen absoluten, sondern relationalen Gehalt hat. Der Staat wird verpflichtet, Regelungen, die wesentlich gleiche oder wesentlich ungleiche Gruppen betreffen, relational gleich zu treffen und damit den Gleichheitssatz zu wahren.⁴⁴ Substanziellere Ausprägungen des Abwehrrechts aus Art. 3 I GG ergeben sich im Zusammenhang mit anderen Grundrechten, die einen engeren und je nach Norm

36 *Jarass* in *Jarass/Pieroth GG*, Vorb. v. Art. 1 GG, Rn. 5.

37 *Münch/Kunig/Boysen*, I, Art. 3 GG, Rn. 29f.

38 BVerfG, Urt. vom 23. Oktober 1951 – 2 BvG 1/51 – BeckRS 1951, 10284, Rn. 86.

39 *Münch/Kunig/Boysen*, I, Art. 3 GG, Rn. 34ff.

40 *Sodan* in *Sodan, GG*, Art. 3 GG, Rn. 2.

41 *Sachs GG/Nußberger*, Art. 3 GG, Rn. 7f.

42 *Sodan* in *Sodan, GG*, Art. 3 GG, Rn. 4f.

43 *Pietzker* in *Merten/Papier HGR*, V, § 125, Rn. 30; *P.Kirchhof* in *Maunz/Dürig*, Art. 3 I GG, Rn. 292.

44 *Pietzker* in *Merten/Papier HGR*, V, § 125, Rn. 10.

unterschiedlichen, konkreten Schutzgegenstand vorgeben.⁴⁵

Das BVerfG hat verschiedene Ansätze zur Prüfung von Ungleichbehandlungen entwickelt. Ursprünglich prüfte das BVerfG Ungleichbehandlungen anhand der Willkürformel, wonach der Gleichheitssatz verletzt ist, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt“⁴⁶. Durch Rechtsfortbildung entwickelte diese sich weiter zur Neuen Formel, welche wiederum von der Stufenlos-Formel abgelöst wurde, womit sich die Prüfung von Ungleichbehandlungen immer mehr einer Verhältnismäßigkeitsprüfung annäherte.⁴⁷ Die Stufenlos-Formel wertet die Grenzen des Gesetzgebers nach dem Gewicht der Ungleichbehandlung „stufenlos von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen“⁴⁸. Wenn eine Ungleichbehandlung, ungleiche Begünstigung oder Belastung vorliegt, ist zu prüfen, welche Differenzierungskriterien vorliegen und ob diese durch Sachgründe gerechtfertigt sind.⁴⁹ Dabei ist das Ausmaß der Ungleichbehandlung zu beachten, sowie die Angemessenheit in Bezug auf das Differenzierungsziel.⁵⁰

Ein Katastrophenfall, wie die epidemische Lage nationaler Tragweite eingestuft werden kann, kann jedoch ein Momentum darstellen, in dem Gleichbehandlungen (von wesentlich Ungleichem) respektive Ungleichbehandlungen (von wesentlich Gleichem) zulässig sind, weil „gewichtige öffentliche Interessen hinter ihnen stehen“⁵¹.

c) *Art. 3 I GG als Leistungs- und Teilhaberecht*

Originäre Teilhabe- und Leistungsansprüche aus Art. 3 I GG werden regelmäßig verneint.⁵² Aus Art. 3 I GG abgeleitete, sogenannte derivative Teilhabe- und Leistungsansprüche sind jedoch möglich. „Wenn der Staat bestimmte Leistungen zur Verfügung stellt, so verpflichten die derivativen Teilhabe- oder Leistungsrechte des Einzelnen die staatlichen Gewalten zu einer Gleichbehandlung beim Zugang zu oder der sonstigen Gewährung von Leistungen.“⁵³ So kann ein Gleichheitsverstoß eine Ungleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs zu einer staatlichen Leistung betreffen. Der Gleichheitssatz wirkt als Abwehrrecht und entwickelt als solches mithin eine daraus abgeleitete Teilhaberechts- und Leistungsrechtsdimension, die ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen oder Gleichbehandlungen bei staatlichen Leistungen berührt.⁵⁴ Ein soziales Teilhaberecht kann sich aus Art. 3 I GG i.V.m. dem Sozialstaatsgebot und damit ein „Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe an staatlichen Einrichtungen oder Leistungen ergeben“⁵⁵ Durch die abgeleiteten Teilhabeansprüche aus Art. 3 I GG zeigt sich die vollumfängliche rechtliche Wirkung und Schlagkraft. Im Zusammenwirken der Grundrechte ergeben sich verschiedenste Dimensionen des Gleichheits- und Gerechtigkeitsgedankens des

45 Sachs GG/*Nußberger*, Art. 3 GG, Rn. 42.

46 BVerfG, Urt. vom 23. Oktober 1951 – 2 BvG 1/51 – BeckRS 1951, 102843, Rn. 86.

47 BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 GG, Rn. 28.

48 BVerfG, Beschl. vom 21. Juni 2011 – 1 BvR 2035/07 – NVwZ 2011, 1316, Ls. 1.

49 Ebda., Rn. 77.

50 Ebda., Rn. 77.

51 *Pietzker* in Merten/Papier HGR, V, § 125, Rn. 33.

52 BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 GG, Rn. 88.

53 Taupitz, MedR 2020, 440 (443f.).

54 *Pietzker* in Merten/Papier HGR, V, § 125, Rn. 30ff.

55 Voßkuhle/Wischmeyer, JuS 2015, 693 (694); *so auch* Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, 04.12.2020, WD 3 - 3000 - 271/20, S. 9.

allgemeinen Gleichheitssatzes, angewandt auf die verschiedenen von den Grundrechten erfassten Lebensbereiche.

Relevant vor dem Hintergrund der CoronaImpfV ist der Zugang zum Impfstoff als staatliche Leistung, deren Verteilungsmaßstäbe in der Impfpriorisierung festgelegt sind. Der aus Art. 3 I GG abgeleitete Teilhabeanspruch i.V.m. Art. 2 II S. 1 GG kann einen Anspruch auf eine „gleichheitsgerechte Teilhabe beim Zugang zu staatlichen Leistungen“⁵⁶ ergeben, der die Gesundheitsversorgung betrifft. Von Bedeutung ist in diesem Kontext auch, dass teilhaberechtliche Ansprüche unter einem „Vorbehalt des Möglichen“⁵⁷ stehen, und zwar in dem Rahmen, „was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann“⁵⁸, sodass bei Teilhaberechten eine Grenze des vom Gesetzgeber Machbaren eingezogen wird.

3. Art. 80 I GG

Die hohe praktische Relevanz von Verordnungen⁵⁹ zeigt sich in der Corona-Pandemie, wobei dynamische Rechtsetzung hinsichtlich sich schnell verändernder Gegebenheiten und Erkenntnisstände vonnöten war und ist. Viele Corona-Maßnahmen wurden über Exekutivrechtsetzung der Bundesländer umgesetzt.

Auch die CoronaImpfV ist Ausfluss der Ordnungsgebung in der von Exekutivhandeln geprägten Corona-Pandemie. Darum ist Art. 80 I GG elementarer Maßstab zur Bewertung der CoronaImpfV vor verfassungsrechtlichem Hintergrund und soll an dieser Stelle eingeordnet werden.

a) *Historie, Bedeutung der Norm, Sinn und Zweck*

Art. 80 GG ist eine Reaktion auf die WRV, die „in bedenklicher Weise zu einer Vermischung von Gesetzgebungs- und Ordnungsrecht geführt hatte“⁶⁰. Die Norm gilt als Konkretisierung der Gewaltenteilung, des Rechtsstaatsprinzips⁶¹ und des Demokratieprinzips⁶².

Art. 80 GG erlaubt ausdrücklich die Rechtsetzung durch Exekutivorgane, gibt dieser aber klare Grenzen vor und legt Maßstäbe fest, in welcher Form Rechtsetzung vom Gesetzgeber an die Exekutive delegiert werden darf. In engem Zusammenhang steht die Norm deshalb mit dem Vorbehalt des Gesetzes und Parlamentsvorbehalt, der i.e.S. als Delegationsverbot verstanden werden kann, sowie der Wesentlichkeitstheorie⁶³. Diese Rechtsinstitute zeigen die Grenzen der Exekutivrechtsetzung auf, sodass sich der Gesetzgeber nicht der Verantwortung bei der Regelung wesentlicher Entscheidungen durch Delegation an die Exekutive entzieht.⁶⁴

56 Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (629).

57 BVerfG, Urt. vom 18. Juli 1972 – 1 BvL 25/71 – BeckRS 1972, 104424, Rn. 56.

58 Ebda.

59 Remmert in Maunz/Dürig, Art. 80 GG, Rn. 1.

60 Sannwald in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 80 GG, Rn. 1.

61 BVerfG, Beschl. vom 2. Juni 1964 – 2 BvL 23/62 – BeckRS 1964, 30421875.

62 BVerfG, Beschl. vom 1. April 2014 – 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12 – NVwZ 2014, 1219, Rn. 45.

63 Siehe 4. Rechtsinstitute.

64 BVerfG, Beschl. vom 8. Juni 1988 – 2 BvL 9/85 – NJW 1988, 2529 (2531).

Das Parlament muss „Herr der Gesetzgebung bleiben“⁶⁵ und darf sich nicht „durch eine Blankoermächtigung an die Exekutive“⁶⁶ entmachten. Andererseits kann Exekutivnormsetzung den Gesetzgeber beim heute hohen Normierungsbedarf entlasten⁶⁷, vor allem bei detaillierter Ausgestaltung gesetzlicher Regelungen⁶⁸.

Art. 80 GG gilt nur für Rechtsverordnungen. Diese sind verbindliche untergesetzliche Rechtssätze der Exekutive und werden aufgrund formellgesetzlicher Verordnungsermächtigungen erlassen.⁶⁹ Dabei regelt Art. 80 GG nur den Erlass von Rechtsverordnungen durch bundesgesetzliche Ermächtigungen.⁷⁰ Dennoch können Landesregierungen gem. Art. 80 I, IV GG bundesgesetzlich ermächtigt werden, landesgesetzliche Rechtsverordnungen oder eigene gesetzliche Regelungen zu erlassen⁷¹, wie im Falle der Ermächtigungsgrundlagen des IfSG, unter anderem §§ 28, 28a, 32 IfSG. In der Normenhierarchie stehen Bundesrechtsverordnungen unter den formellen Gesetzen des Bundes, gehen jedoch jeglichem Landesrecht vor.⁷² Über die Rechtswidrigkeit von Verordnungen entscheiden auch bei Bundesrechtsverordnungen die zuständigen Fachgerichte, nicht das BVerfG.⁷³

Bei der Delegation von Rechtsetzung über Art. 80 I GG handelt es sich um abgeleitetes Ordnungsrecht, denn die originäre Rechtsetzungsbefugnis verbleibt beim Gesetzgeber.⁷⁴ Nur auf Basis formellgesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen des Gesetzgebers kann eine Delegation stattfinden. Der Bundesgesetzgeber verleiht den ermächtigten Organen lediglich eine Ordnungsgebungskompetenz, die er auch wieder zurücknehmen oder überarbeiten kann.⁷⁵ Art. 80 I GG stellt konkrete Anforderungen an die Norm, die den Ordnungsgeber ermächtigt⁷⁶, um die es in Abschnitt c) gehen soll.

b) Ermächtigungsadressaten

Ermächtigungsadressaten können nach Art. 80 I S. 1 GG die „Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen“ sein. Die Aufzählung ist abschließend und erschöpfend.⁷⁷ Der Bundesgesetzgeber darf innerhalb des Adressatenkreises des Art. 80 I S. 1 GG frei einen Ordnungsgeber auswählen.⁷⁸ Ist eine Ermächtigung an die Bundesregierung gerichtet, muss gem. Art. 62 GG das Kollegialorgan aus Bundeskanzler und Bundesministern im Zusammenschluss tätig werden, entweder im Umlaufverfahren oder Kabinett.⁷⁹ Das BVerfG gibt vor, dass ein Beschluss von Rechtsverordnungen nur dann der Bundesregierung zuzurechnen ist, wenn eine Mehrheit am Beschluss mitgewirkt und dem zugestimmt hat.⁸⁰ Das bedeutet,

65 BVerfG, Urt. vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 – NVwZ 2018, 1703, Rn. 199.

66 Ebda.

67 *Kment* in Jarass/Pieroth GG, Art. 80 GG, Rn. 1.

68 *Schnapauß* in Hömig/Wolff, Art. 80 GG, Rn. 1.

69 Ebda.

70 *Kment* in Jarass/Pieroth GG, Art. 80 GG, Rn. 4.

71 *Remmert* in Maunz/Dürig, Art. 80 GG, Rn. 196.

72 *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 80 GG, Rn. 37ff.

73 Ebda., Rn. 38.

74 *M. Brenner* in v. Mangoldt/Klein/Starck GG, Art. 80 GG, Rn. 11.

75 *Sachs GG/Mann*, Art. 80 GG, Rn. 5ff.

76 BVerfG, Beschl. vom 1. April 2014 – 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12 – NVwZ 2014, 1219, Rn. 45.

77 *M. Brenner* in v. Mangoldt/Klein/Starck GG, Art. 80 GG, Rn. 53.

78 BVerfG, Beschl. vom 7. Oktober 1980 – 2 BvR 584, 598, 599, 604/76 – NJW 1981, 1659 (1660).

79 *Remmert* in Maunz/Dürig, Art. 80 GG, Rn. 76.

80 BVerfG, Beschl. vom 11. Oktober 1994 – BvR 337/92 – BeckRS 9998, 166593, Ls. 1 und 2.

möglichst alle Mitglieder oder zumindest eine „hinreichende Zahl von ihnen“⁸¹ müssen am Beschlussverfahren teilnehmen. Ist ein Bundesminister ermächtigt, Rechtsverordnungen zu erlassen hat dieser grundsätzlich einen Ermessens- und Gestaltungsspielraum, ob und wie er tätig wird.⁸² Möglich ist auch die Verordnungsgebung durch mehrere Minister, soweit sich dies aus der Ermächtigung ergibt, die sogenannte gemeinsame Rechtsverordnungen erlassen.⁸³ Landesregierungen sind nach dem Wortlaut explizit gemeint, wenn eine Ermächtigung der Landesregierungen vorliegt. Nur als Kollegialorgan sind sie dann ermächtigt, Rechtsverordnungen zu erlassen, einzelne Landesminister dagegen nicht, es sei denn, eine Landesverfassung versteht unter Landesregierung auch einzelne Minister.⁸⁴

c) Anforderungen an Verordnungsermächtigungen

Die Anforderungen an Verordnungsermächtigungen sind eng verflochten mit dem Parlamentsvorbehalt und der Wesentlichkeitstheorie, die im nachfolgenden Abschnitt 4 noch näher beleuchtet werden.

Die Delegation der Normsetzung an die Exekutive muss stets flankiert sein von Grenzen, die die Legislative selbst festlegt. Deshalb sehen Art. 80 I S. 1 und S. 2 GG eine Verordnungsermächtigung durch Gesetz, sowie Maßstäbe für die Bestimmtheit einer Ermächtigung vor. Diese sollen im Folgenden erläutert werden.

aa) Rechtsgrundlage

Eine Ermächtigung des Ordnungsgebers kann nur durch Gesetz erfolgen, so gibt es der Wortlaut des Art. 80 I S. 1 GG vor. Vorgabe ist ein formelles Parlamentsgesetz, welches die Ermächtigungsgrundlage darstellt.⁸⁵ Wie andere einfachgesetzliche Bundesnormen muss sie den Anforderungen der Verfassung standhalten.⁸⁶ Die ermächtigende Norm darf auch nicht zu einer Delegation einer nach der Wesentlichkeitslehre wesentlichen Entscheidung (siehe 4. Rechtsinstitute) führen, diese muss der Gesetzgeber in einem formellen Gesetz selbst treffen, auch wenn weitere Konkretisierungen in einer Rechtsverordnung erlaubt sind.⁸⁷ Art. 80 I GG ist als gesetzlicher Totalvorbehalt zu verstehen, wonach die Exekutive für jeglichen Erlass von Rechtsverordnungen eine gesetzliche Grundlage benötigt.⁸⁸ Der Gesetzgeber kann es sich vorbehalten, die in der Rechtsverordnung geregelten Sachverhalte an sich zu ziehen und diese durch ein Gesetz selbst regeln, da die „Ermächtigung zuschiebend, aber nicht abschiebend wirkt“⁸⁹. Soll eine Rechtsverordnung erlassen werden, so ist es Voraussetzung, dass die dazugehörige Ermächtigungsgrundlage in Kraft getreten ist.⁹⁰ Die nachträgliche Änderung der Ermächtigungsgrundlage hat keinen Einfluss auf die auf ihrer Basis erlassene Rechtsverordnung,

81 BVerfG, Beschl. vom 11. Oktober 1994 – BvR 337/92 – BeckRS 9998, 166593, Ls. 2.

82 BeckOK GG/Uhle, Art. 80 GG, Rn. 12.

83 Ebda., Rn. 13.

84 M. Brenner in v. Mangoldt/Klein/Starck GG, Art. 80 GG, Rn. 60.

85 Sachs GG/Mann, Art. 80 GG, Rn. 6.

86 BeckOK GG/Uhle, Art. 80 GG, Rn. 7.

87 BVerfG, Urt. vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 – NVwZ 2018, 1703, Rn. 195.

88 Sachs GG/Mann, Art. 80 GG, Rn. 6f.

89 BeckOK GG/Uhle, Art. 80 GG, Rn. 7.

90 Ebda., Rn. 8.

jedoch führt die Nichtigkeit der Ermächtigungsnorm auch zur Nichtigkeit der Verordnung.⁹¹

bb) Bestimmtheitsgebot

Das einschlägige Bestimmtheitsgebot in Art. 80 I S. 2 GG gibt den „beschränkten vom Gesetzgeber vorgezeichneten Rahmen“⁹² vor. Es hat zum Ziel, die Exekutive in ihrer Rechtsetzung zu steuern, zu begrenzen und die Ermächtigungsnormen durch Gerichte kontrollieren zu können.⁹³

Da der Bundesgesetzgeber Rechtsetzungskompetenzen an die Exekutive delegiert und der Umfang dieser Übertragung singulär und begrenzt sein soll, sind die Anforderungen des Art. 80 I S. 2 GG scharf. So muss die Ermächtigungsnorm hinsichtlich „Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt“⁹⁴ sein. Gem. Art. 80 I S. 2 GG ist den Anforderungen an Ermächtigungsgrundlagen nicht genüge getan, wenn nur Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung genannt sind, diese müssen auch klar abgrenzbar sein, da ein Parlamentsgesetz dem Vorbehalt des Gesetzes und Parlamentsvorbehalt zuwiderlaufen würde, wenn der Gesetzgeber eine unzureichend ausformulierte Ermächtigung beschließt.⁹⁵ So bestimmt das BVerfG, dass die Bestimmtheit einer Ermächtigungsnorm nicht ausreichend ist, wenn nicht mehr abzusehen ist, in welchen Fällen und welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden kann und welchen Inhalt die durch sie erlassenen Rechtsverordnungen haben können.⁹⁶ Bei einer nicht ausreichend bestimmten Norm könnte nicht sichergestellt werden, in welchen Bereichen und in welchem Umfang der Verordnungsgeber tätig werden darf und so einer ausufernden Exekutivrechtsetzung bahnbrechen. Das Bestimmtheitsgebot zwingt den Gesetzgeber, die Grenzen der Ermächtigung selbst zu bestimmen und festzulegen, welchem Ziel sie dienen soll.⁹⁷ Art. 80 I S. 2 GG kann nach Rspr. des BVerfG selbst als normatives Bestimmtheitsgebot aufgefasst werden.⁹⁸ Die Anforderungen an die Bestimmtheit steigen an, wenn ein grundrechtlich geschützter Bereich tangiert ist, und richten sich dann nach der Intensität des Eingriffes.⁹⁹ Das Bestimmtheitsgebot erfordert es, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß kumulativ vorliegen¹⁰⁰, hinsichtlich ihrer Bestimmtheit sind die Maßstäbe jedoch nicht isoliert zu betrachten, sondern im Gesamtzusammenhang¹⁰¹.

Das BVerfG hat in seiner Rspr. drei Formeln entwickelt, anhand derer sie die Bestimmtheit von Ermächtigungsgrundlagen überprüft: Die Vorhersehbarkeitsformel, die Selbstentscheidungsformel und die Programmformel. Die Formeln wirken als „Delegationsfilter“¹⁰². Die Vorhersehbarkeitsformel gibt vor, dass die „Ermächtigung an den Verordnungsgeber so bestimmt sein muß, daß schon aus ihr und nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung erkennbar und vorhersehbar sein muß, was von dem Bürger gefordert werden kann“¹⁰³. So genügt es nicht, wenn die aufgrund der Ermächtigungsgrundlage erlassene Rechtsverordnung

91 *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 80 GG, Rn. 52f.

92 BVerfG, Beschl. vom 10. Oktober 1972 – 2 BvL 51/69 – NJW 1973, 451 (451).

93 BVerfG, Urt. vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/1 – NVwZ 2018, 1703, Rn. 196.

94 BVerfG, Beschl. vom 12. November 1958 – 2 BvL 1/57 – BeckRS 1958, 236, Ls. 7.

95 BeckOK GG/*Huster/Rux*, Art. 20 GG, Rn. 179.

96 BVerfG, Urt. vom 23. Oktober 1951 – 2 BvG 1/51 – BeckRS 1951, 102843, Ls. 19.

97 *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 80 GG, Rn. 59.

98 *Remmert* in Maunz/Dürig, Art. 80 GG, Rn. 64f.

99 *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 80 GG, Rn. 73f.

100 Ebda., Rn. 63.

101 BVerfG, Urt. vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 – NVwZ 2018, 1703, Rn. 201.

102 Sachs GG/*Mann*, Art. 80 GG, Rn. 24.

103 BVerfG, Urt. vom 5. März 1958 – 2 BvL 18/56 – NJW 1958, 540 (540).

Konkretisierungen enthält. Die für die „Ordnung eines Lebensbereichs entscheidenden Vorschriften“¹⁰⁴ muss der Gesetzgeber selbst treffen und kann dabei die detaillierte Ausgestaltung dem Verordnungsgeber überlassen. Der Selbstentscheidungsvorbehalt oder auch die Selbstentscheidungformel nimmt den Gesetzgeber in die Pflicht, selbst zu entscheiden „welche Fragen durch Rechtsverordnung geregelt werden können oder sollen“¹⁰⁵. Dazu gehört auch die Entscheidungshoheit darüber, wo die Grenzen der Ermächtigung liegen und welchem Ziel sie dienen soll.¹⁰⁶ Die Programmformel fließt in die beiden anderen Formeln hinein. Der Gesetzgeber muss demnach Tendenz und Programm einer Rechtsverordnung so vorgeben, dass ihr Zweck und ihr möglicher Inhalt feststehen.¹⁰⁷

Bestimmtheit i.S.d. Art. 80 I S. 2 GG meint nicht die vollumfängliche Bestimmtheit und Klarheit des Wortlauts, es genügt, wenn sie sich aus dem Kontext erschließen lässt.¹⁰⁸ Damit lässt das BVerfG dem Bundesgesetzgeber einen Spielraum, in dem er Ermächtigungsgrundlagen schaffen kann. Er kann auch von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen Gebrauch machen, soweit und solange sie den oben genannten Maßstäben genügen.¹⁰⁹

4. Rechtsinstitute

Die folgenden Rechtsinstitute, der Vorbehalt des Gesetzes und Parlamentsvorbehalt und die Wesentlichkeitstheorie sind eng miteinander verbunden und gehen ineinander über. Sie sind keine starren Rechtsgrundsätze, sondern haben sich unter Rechtsfortbildung des BVerfG weiterentwickelt.¹¹⁰ Diese Rechtsinstitute bilden einen Rahmen für Gesetzgeber und Exekutive, wie Recht gesetzt werden und an welchen Maßstäben es sich messen lassen muss. Ob die Exekutive mit der CoronaImpfV und den dazu gehörigen Ermächtigungsgrundlagen diesen Maßstäben gerecht wird, soll abschließend in Abschnitt C analysiert werden. Dazu dient die folgende Einordnung der Rechtsinstitute.

a) *Vorbehalt des Gesetzes und Parlamentsvorbehalt*

Der Vorbehalt des Gesetzes kann als Ausfluss des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips verstanden werden, der die Exekutive in ihrer Regelungsmacht begrenzen soll, indem ihr Handeln an eine gesetzliche Grundlage gebunden werden muss.¹¹¹ Das Vorbehaltprinzip stammt noch aus der Zeit der Monarchie im 19. Jahrhundert, in der Eingriffe in Freiheit und Eigentum unter den Vorbehalt des Gesetzes gestellt wurden, um zu verhindern, dass die monarchische

104 *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 80 GG, Rn. 64.

105 BVerfG, Urt. vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 – NVwZ 2018, 1703, Rn. 202.

106 Ebda.

107 BVerfG, Beschl. vom 7. November 1991 – 2 BvL 1/57 – NJW 1992, 550 (550).

108 BVerfG, Urt. vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 – NVwZ 2018, 1703, Rn. 203.

109 Ebda.

110 BVerfG, Beschl. vom 28. Oktober 1975 – 2 BvR 883/73, 379/74, 497/74, 526/74 – NJW 1976, 34 (35); BVerfG, Urt. vom 14. Juli 1998 – 21 BvR 1640/97 – BeckRS 1998, 21931, Rn. 135; BVerfG, Beschl. vom 27. Juni 2002 – 2 BvF 4/98 – BeckRS 2002, 24733, Rn. 89ff.

111 BeckOK GG/*Huster/Rux*, Art. 20 GG, Rn. 172f.

Exekutivmacht gänzlich am Parlament vorbeiherrschte.¹¹²

Die Grenze zwischen dem Vorbehalt des Gesetzes und dem Parlamentsvorbehalt ist fließend. Auch die Trennung zwischen Gesetzesvorbehalten und dem Vorbehalt des Gesetzes ist nicht eindeutig. Gesetzesvorbehalte, wie unter anderem in Art. 2 II S. 3 GG zu finden, werden als Eingriffserlaubnis der Exekutive betrachtet, der Vorbehalt des Gesetzes im Gegensatz dazu als Verbot eines Eingriffs ohne dazu berechtigendes Gesetz.¹¹³ Plausibel erscheint es, den Vorbehalt des Gesetzes als *Maxime* zu verstehen, die sich in speziellen Gesetzesvorbehalten konkretisiert.¹¹⁴ Ein allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes kann aus einem Beschluss des BVerfG von 1975 abgeleitet werden, wonach alle „grundsätzlichen Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen, durch Gesetz erfolgen muß, und zwar losgelöst von dem in der Praxis fließenden Abgrenzungsmerkmal des ‚Eingriffs‘“¹¹⁵. Diese Entscheidung zeigt wiederum, dass der Vorbehalt des Gesetzes eng mit der vom BVerfG entwickelten Wesentlichkeitstheorie verbunden ist.

Der Parlamentsvorbehalt, wenn er auch nicht trennscharf vom Vorbehalt des Gesetzes abzugrenzen ist, kann als Weiterentwicklung oder gar Verschärfung dessen verstanden werden. Der Parlamentsvorbehalt erfordert es, dass der Gesetzgeber alle für die Verwirklichung von Grundrechten wesentlichen Entscheidungen selbst trifft, darum sind die Anforderungen an den Gesetzgeber mit der Grundrechtsrelevanz verbunden.¹¹⁶ Während dem Vorbehalt des Gesetzes mit einer formellgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage genüge getan ist, kann der Parlamentsvorbehalt als Delegationsverbot verstanden werden, der keine Abgabe der Verantwortung an den Verordnungsgeber toleriert.¹¹⁷ Denn ein Parlamentsgesetz hat eine „unmittelbarere demokratische Legitimation“¹¹⁸ und ein „höheres Maß an Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche“¹¹⁹ als Verwaltungsakte. Lerche hingegen hält den Parlamentsvorbehalt für ungenau. Er lasse außer Acht, dass auch der Bundesrat an der Gesetzgebung beteiligt sei sowie, dass nicht jeder Parlamentsakt ein Gesetzesakt sein müsse und es sei unklar, ob der Parlamentsvorbehalt sich ausschließlich bei Eingriffen „durch Gesetz“ als Delegationsverbot verstehe.¹²⁰ Das BVerfG stellt sich deutlich gegen ein sehr weites Verständnis vom Parlamentsvorbehalt als „Totalvorbehalt“¹²¹. Es schließt ebenfalls ein „Entscheidungsmonopol des Parlaments“¹²² oder einen „allumfassenden Vorrang bei grundlegenden Entscheidungen“¹²³ aus. Der Parlamentsvorbehalt dient nicht dazu, dem Parlament ein Monopol bei wichtigen Entscheidungen zu- oder der Exekutive die Legitimation abzuspochen, sondern vielmehr Exekutivbefugnisse zu begrenzen.¹²⁴

Die Grundrechtsrelevanz einer Regelung oder Maßnahme, das Vorliegen eines Parlamentsvorbehalts und einer wesentlichen Entscheidung im Sinne des Grundgesetzes sind am Einzelfall auszulegen und zu überprüfen, daher lassen sich die Grundsätze des BVerfG nicht pauschal anwenden.

112 Kalscheuer/Jacobsen, DÖV 2018, 523 (524).

113 *Leisner* in Sodan, GG, Art. 20 GG, Rn. 48; *Remmert* in Maunz/Dürig, Art. 80 GG, Rn. 58.

114 *Lerche* in Merten/Papier HGR, III, § 62, Rn. 10.

115 BVerfG, Beschl. vom 28. Oktober 1975 – 2 BvR 883/73, 379/74, 497/74, 526/74 – NJW 1976, 34 (35).

116 BVerfG, Urt. vom 14. Juli 1998 – 21 BvR 1640/97 – BeckRS 1998, 21931, Rn. 135.

117 BVerfG, Beschl. vom 27. Juni 2002 – 2 BvF 4/98 – BeckRS 2002, 24733, Rn. 89ff.

118 BVerfG, Beschl. vom 28. Oktober 1975 – 2 BvR 883/73, 379/74, 497/74, 526/74 – NJW 1976, 34 (35).

119 Ebda.

120 *Lerche* in Merten/Papier HGR, III, § 62, Rn. 9.

121 BVerfG, Urt. vom 18. Dezember 1984 – 2 BvE 13/83 – NJW 1985, 603 (610).

122 BVerfG, Beschl. vom 8. August 1978 – 2 BvL 8/77 – VerwRspr 1979, 391 (393).

123 Ebda.

124 Ebda.

b) *Wesentlichkeitstheorie*

Die Rechtsgrundsätze des Vorbehalts des Gesetzes und des Parlamentsvorbehalts lassen sich nicht isoliert von der Wesentlichkeitstheorie oder auch Wesentlichkeitslehre des BVerfG betrachten. Sie sind als Kanon zu sehen, der im Zusammenspiel einen Rahmen für gesetzgeberisches und exekutives Handeln vorgibt.

Die Wesentlichkeitstheorie kann als Erweiterung des Vorbehalts des Gesetzes verstanden werden.¹²⁵ Wann von Wesentlichkeit zu sprechen ist, bemisst das BVerfG nach der „Intensität, mit der die Grundrechte des Regelungsadressaten durch die jeweilige Maßnahme betroffen sind“¹²⁶, woraus sich ein Erfordernis einer Regelung durch das Parlament ergibt. So können die Intensität der Maßnahme für betroffene Grundrechte und die damit verbundene Grundrechtsrelevanz, sowie „der Umfang des Adressatenkreises, die Langzeitwirkung einer Regelung, gravierende finanzielle Auswirkungen, erhebliche Auswirkungen auf das Staatsgefüge, Konkretisierung offenen Verfassungsrechts, die Auswirkungen auf das Gemeinwesen sowie die Unmittelbarkeit und Finalität einer gesetzlichen Regelung“¹²⁷ als Kriterien für die Wesentlichkeit betrachtet werden. Die Wesentlichkeit bestimmt nicht nur ob, sondern auch in welcher Regelungsdichte der Gesetzgeber Entscheidungen zu treffen hat.¹²⁸ Die Wesentlichkeit ergibt sich aus „dem Ausmaß oder der Schwere der Betroffenheit aufseiten des Einzelnen oder der Allgemeinheit“¹²⁹, mit denen die Anforderungen an die Bestimmtheit des Gesetzes steigen.

Die Wesentlichkeitstheorie ist eher eine Gleitformel als starrer Rechtsgrundsatz.¹³⁰ Angewandt wird sie „losgelöst vom Merkmal des ‚Eingriffs‘“, nämlich in allen „grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung“¹³¹. Nach Rspr. des BVerfG wurde die Anwendung ausgeweitet auf sich aus den Grundrechten ergebende Teilhaberechte und Schutzpflichten.¹³² Bei wesentlichen Teilhaberechten ist entscheidend, ob die Teilhabe auf eine Leistung für Betroffene zur Verwirklichung ihrer Grundrechte derart bedeutsam ist, dass die Prüfung der Gewährung der Leistung ähnlich eines Freiheitseingriffs zu beurteilen ist.¹³³ Das BVerfG entschied in seinem Numerus-clausus-Urteil von 1972, dass dort, wo die „Beteiligung an staatlichen Leistungen zugleich notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten ist“¹³⁴, Teilhaberechte wesentlich i.S.d. Wesentlichkeitstheorie sein können und damit die Anforderungen an Regelungen zur Gewährleistung von Leistungen durch Bestimmtheitsgebot und Parlamentsvorbehalt ansteigen.

125 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, 23.02.2015, WD 3 - 3000 - 043/15, S. 5.

126 BVerfG, Urt. vom 14. Juli 1998 – 21 BvR 1640/97 – BeckRS 1998, 21931, Rn. 137.

127 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, 23.02.2015, WD 3 - 3000 - 043/15, S. 8.

128 *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art. 20 GG, Rn. 106.

129 Kalscheuer/Jacobsen, DÖV 2018, 523 (524f.).

130 Ebda (525).

131 BVerfG, Beschl. vom 8. August 1978 – 2 BvL 8/77 – VerwRspr 1979, 391 (394).

132 *Lerche* in Merten/Papier HGR, III, § 62, Rn. 55.

133 *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art. 20 GG, Rn. 117.

134 BVerfG, Urt. vom 18. Juli 1972 – 1 BvL 25/71 – BeckRS 1972, 104424, Rn. 53.

II. Das IfSG und die Pandemie-Gesetzgebung als Grundlage der Impfpriorisierung

Eine Pandemie wie die Corona-Pandemie kannte Nachkriegsdeutschland bislang nicht. Deshalb überrascht es nicht, dass das IfSG immer wieder überarbeitet werden muss. Das Gesetz bildet die Grundlage für eine Vielzahl an Verordnungen des Bundes und der Länder und damit die Grundlage für beinahe alle Maßnahmen zur Pandemieeindämmung und -bekämpfung, wofür das IfSG ursprünglich nicht ausgelegt war. Die Corona-Pandemie und andauernde Grundrechtseinschränkungen machen es daher immer wieder notwendig, das IfSG im Pandemieverlauf zu aktualisieren und anzupassen.

Um anschließend die Impfpriorisierung bewerten zu können, soll hier eine Einordnung des Infektionsschutzrechts allgemein, der Pandemiegesetzgebung durch die Gesetze zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage nationaler Tragweite (BevSchGe) und das Gesetz zur Fortgeltung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (EpiLage-FortgeltungsG) und relevanten Einzelnormen im Speziellen vorgenommen werden.

1. Grundlagen des Infektionsschutzrechts

Infektionsschutzrecht ist nicht erst seit dem Ausbruch der Corona-Pandemie von Bedeutung. Der Ursprung des IfSG geht auf das Reichsseuchengesetz von 1900 zurück.¹³⁵ Seuchen wie die Pocken konnten durch den Durchbruch bei Schutzimpfungen im 18. Jahrhundert¹³⁶ zurückgedrängt werden.

Im kommenden Abschnitt soll sowohl die Historie als auch die zukünftige Bedeutung des Infektionsschutzrechts beleuchtet werden. Anschließend werden konkrete, das IfSG betreffende Bestimmungen, sowie der Zweck des IfSG ausgeführt und die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen des Infektionsschutzrechts dargestellt.

a) *Historie und Bedeutung des Infektionsschutzrechts*

Die Pest, die Pocken, die Spanische Grippe und viele weitere Infektionskrankheiten schrieben, nicht zuletzt durch ihre verheerenden gesellschaftlichen Auswirkungen, Geschichte.¹³⁷ Das Wissen zu Infektionskrankheiten war lange Zeit begrenzt, was einen Mangel an Präventions- und Behandlungsmöglichkeiten verursachte.¹³⁸ Ein Triumph zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten gelang mit dem Durchbruch der Pockenimpfung Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland.¹³⁹ Die Zunahme des Wissens sorgte für eine Institutionalisierung von Gesundheits- und Infektionsschutz. Möglichkeiten zur Prävention und Bekämpfung von Krankheiten

135 Kingreen in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB, Kap. 1, Rn. 14.

136 Mers, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, Kap. 3, S. 22.

137 Kingreen in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB, Kap. 1, Rn. 6.

138 Ebda., Rn. 2.

139 Mers, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, Kap. 3, S. 22.

entstanden durch Erfolge bei der Forschung von Wissenschaftlern wie Robert Koch.¹⁴⁰ Das erste einheitliche deutsche Gesetz zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten und Prävention war das Reichsseuchengesetz von 1900¹⁴¹, welches bis 1961 fort galt und schließlich vom Bundesseuchengesetz (BSeuchG) abgelöst wurde¹⁴². Durch die Überarbeitung und Anpassung des BSeuchG an europäische Vorgaben entstand das am 01.01.2001 in Kraft getretene IfSG.¹⁴³

Die Historie zeigt, dass das Auftreten von Pandemien und die begleitende Forschung zu einem Fortschritt und einer Anpassungsnotwendigkeit des Infektionsschutzrechts geführt haben. Deutlich wird dabei auch, dass diese Anpassungsnotwendigkeit und die Bedeutung eines pandemiefesten Infektionsschutzrechts mutmaßlich auch zukünftig nicht obsolet werden wird.

Die Ausbreitung von Infektionskrankheiten ist geprägt durch Kontakte und Mobilität. Die Cholera verbreitete sich über Handelsrouten und die Spanische Grippe durch den ersten Weltkrieg.¹⁴⁴ Die Geschwindigkeit der Ausbreitung ist in einer heute globalisierten und vernetzten Welt rasant. Durch interkontinentale Flüge und Kontakte brauchte es nach heutigem Stand nur wenige Tage, bis sich das Coronavirus in nahezu alle Länder der Erde verbreitete.¹⁴⁵ Sollte die Corona-Pandemie enden, so ist dennoch damit zu rechnen, dass Pandemien dieses Ausmaßes erneut auftreten können. Infektionskrankheiten wie das Coronavirus sind unter anderem auf ökologische Ursachen und das Zusammenleben mit anderen Lebewesen zurückzuführen.¹⁴⁶ Das Ebolavirus konnte mutmaßlich auf das Vordringen des Menschen in geschlossene Lebensräume von Wildtieren zurückgeführt werden.¹⁴⁷ Durch Abholzung und Verstädterung, die zur Versiegelung führt, werden Tiere in ihrem Habitus begrenzt, so stoßen sie vermehrt auf Menschen und diese auf die mit den Tieren verbundenen Erreger.¹⁴⁸ Die durch den Kontakt von Menschen und Tieren auftretenden Infektionskrankheiten werden Zoonosen genannt.¹⁴⁹ Es gibt keinen monokausalen Zusammenhang von Zoonosen und Tierhaltungsbedingungen. Intensivierte Landwirtschaft kann allerdings ein begünstigender Baustein im Zusammenspiel mit sich verändernden Klimabedingungen, Lebendmärkten und dem Rückgang von Lebensräumen von Wildtieren sein, der ein pandemisches Gefährdungspotential darstellt, wenn Menschen, Nutz- und Wildtiere näher zusammenkommen.¹⁵⁰

Infektionsschutzrecht ist darum nicht nur für die Corona-Pandemie bedeutend. Es bedarf eines IfSG, welches handfeste Grundlagen für zukünftige Pandemiefälle enthält.

b) Zweck und Bestimmungen des IfSG

Der Zweck des IfSG gem. § 1 I IfSG ist es, Gesundheit und Leben individuell und kollektiv vor Infektionen und übertragbaren Krankheiten zu schützen.¹⁵¹ Dabei sind nach § 1 I IfSG die

140 Mers, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, Kap. 3, S. 22.

141 *Kingreen* in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB, Kap. 1, Rn. 14.

142 Das Bundesarchiv, „Ansteckende Krankheit! Zutritt verboten!“ Infektionsvorsorge und -bekämpfung im Deutschen Reich und seinen Kolonien 1871-1933, <https://t1p.de/Bundesarchiv-ansteckende-krankheiten>, zul. aufgerufen am: 14.06.2021.

143 BeckOK InfSchR/*Eckart*, § 1 IfSG, Rn. 1.

144 *Kingreen* in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB, Kap. 1, Rn. 6.

145 Ebda., Rn. 4.

146 Ebda., Rn. 5.

147 Ebda., Rn. 5.

148 Ebda., Rn. 5.

149 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, 21.07.2020, WD 5 - 3000 - 070/20, S. 4.

150 Ebda., S. 7f.

151 Gerhardt IfSG, § 1 IfSG, Rn. 2.

Vorbeugung übertragbarer Krankheiten, die Früherkennung und die Verhinderung der Weiterverbreitung entscheidend.

Die notwendige Kooperation zwischen Behörden, Ärzten und der Wissenschaft, um die Ziele des Infektionsschutzes zu realisieren, wird in § 1 II IfSG betont. Diese Kooperation prägt im Wesentlichen die Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie. § 2 IfSG enthält Legaldefinitionen, unter anderem für Schutzimpfungen (Nr. 9), Infektionen (Nr. 2), übertragbare (Nr. 3) und bedrohliche übertragbare Krankheiten (Nr. 3a). Die Differenzierung zwischen Infektion und übertragbarer Krankheit ist deshalb nötig, da nicht jede Infektion zur Krankheit führt. Infizierte können Krankheitserreger dennoch weiterverbreiten und die Verhinderung der Weiterverbreitung stellt ein vorrangiges Ziel dar.¹⁵² Die Definition der übertragbaren Krankheit nach § 2 Nr. 3 IfSG konkretisiert, dass es sich bei übertragbaren Krankheiten i.S.d. IfSG nur um Krankheitsübertragungen auf den Menschen handelt.

§ 2 Nr. 3a IfSG wurde erst 2017 eingefügt¹⁵³ mit dem Ziel, eine „qualifizierte Gefahrensituation“¹⁵⁴ von einfachen übertragbaren Krankheiten zu unterscheiden, was mitunter dem Meldewesen dient.¹⁵⁵ Der Tatbestand der „klinisch schweren Verlaufsformen“ in § 2 Nr. 3a IfSG ist rechtlich unbestimmt und muss nach medizinischen Erkenntnissen ermittelt werden.¹⁵⁶ Der Tatbestand der Ausbreitungsweise in § 2 Nr. 3a IfSG „bezieht sich auf Infektiosität und Kontagiosität eines Krankheitserregers; je höher sie jeweils sind, desto schneller breitet sich die Krankheit innerhalb der Bevölkerung aus“¹⁵⁷. Die schwerwiegende Gefahr einer bedrohlichen Krankheit nach § 2 Nr. 3a IfSG kann nur bejaht werden, wenn beide Tatbestände kumulativ gegeben sind.¹⁵⁸

Nach § 3 S. 1 IfSG ist die Aufklärung und Bereitstellung von Informationen zur Vorbeugung übertragbarer Krankheiten eine staatliche Aufgabe. Diese Norm ist zunächst an die Landesbehörden gerichtet, Aufklärung zur Prävention betreiben als Behörden des Bundes jedoch auch das Robert Koch-Institut (RKI) und die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA).¹⁵⁹

c) Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen

Das IfSG geht auf die konkurrierende Gesetzgebung aus Art. 74 I Nr. 19 GG zurück. Die Länder haben eine Gesetzgebungskompetenz für das Infektionsschutzrecht, soweit der Bundesgesetzgeber davon nicht Gebrauch gemacht hat. Das IfSG entfaltet somit teilweise eine Sperrwirkung, wo Regelungsinhalte abschließend normiert sind¹⁶⁰, da der Bundesgesetzgeber ein vorrangiges Zugriffsrecht auf die Materie des Infektionsschutzes hat¹⁶¹. Liegt eine Gesetzgebungskompetenz nach Art. 72, 74 GG vor, so verlangt das GG ein Gesetzgebungsverfahren durch den Bundesgesetzgeber. Von dieser Kompetenz haben Bundestag und Bundesrat durch das IfSG in Novellierungsstufen (näher dazu in 2) Gebrauch gemacht.

152 BeckOK InfSchR/*Gabriel*, § 2 IfSG, Rn. 9.

153 Ebd., Rn. 19.

154 Kießling IfSG/*Kießling*, § 2 IfSG, Rn. 11.

155 BeckOK InfSchR/*Gabriel*, § 2 IfSG, Rn. 19.

156 Kießling IfSG/*Kießling*, § 2 IfSG, Rn. 12.

157 Ebd., Rn. 13.

158 Ebd., Rn. 13.

159 Gerhardt IfSG, § 3 IfSG, Rn. 4.

160 BeckOK InfSchR/*Eckart*, § 1 IfSG, Rn. 2.

161 *Kingreen* in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB, Kap. 1, Rn. 50.

Das IfSG ist durch die Corona-Pandemie stark verändert worden, da es sich seit dem Inkrafttreten des Ersten BevSchG¹⁶² am 28.03.2020 um spezifisches Notstandsrecht handelt, bei dem die Exekutive im Krisenzustand sowohl normsetzend als auch normanwendend agiert.¹⁶³ Aufgrund der Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen soll an dieser Stelle schon einmal der Pandemiegesetzgebung vorgegriffen werden.

Kritisiert werden die teilweise sehr weitreichenden Ermächtigungsgrundlagen des IfSG, die unter anderem die Bundesregierung in § 28b VI IfSG, die Bundesländer in § 32 IfSG und auch das BMG in § 5 II S. 1 IfSG ermächtigen, Anordnungen oder Rechtsverordnungen zu erlassen. Gesetzesverändernde oder -ergänzende Rechtsverordnungen sind nicht per se problematisch, da der Exekutive in der Regel bei Verordnungen dieser Art nur sehr enge Gestaltungsspielräume für Detailfragen eingeräumt werden. Bei den Ermächtigungen nach § 5 II IfSG handelt es sich jedoch um umfassende Befugnisse, die sich im Rahmen gesetzesvertretender Verordnungen bewegen.¹⁶⁴ Dies ist nach der Normenhierarchie nicht zulässig, da „ausdrücklich zugelassen wird, dass die Rechtsverordnung gesetzliche Tatbestände anders regelt, als das jeweils betroffene Gesetz dies zuvor vorgesehen hat“¹⁶⁵.

Das IfSG wird als Bundesgesetz von den Ländern grundsätzlich als eigene Angelegenheit gem. Art. 83 GG ausgeführt. Der Vollzug durch die Länder ist in § 54 S. 1 IfSG normiert. Hinsichtlich der Verwaltungskompetenz besteht auch bei § 5 II IfSG Kritik, da dem BMG Anordnungsbefugnisse zuteilwerden, obwohl grundsätzlich keine Bundesverwaltungskompetenzen nach dem GG vorgesehen sind.¹⁶⁶

Die Implementierung der Norm des § 5 IfSG als zentrale Norm des IfSG in der Corona-Pandemie und die Verschiebung von Kompetenzen durch Änderung des IfSG beruhen auf der Annahme, dass die alleinige Ausführung der Länder in der Pandemie nicht ausreicht, um einem länderübergreifenden Ausbruchsgeschehen gerecht zu werden.¹⁶⁷ Darauf basieren auch die in § 5 II IfSG enthaltenen Anordnungs- und Verordnungsermächtigungen für das BMG.¹⁶⁸ Verfassungsrechtlich problematisch ist dies, da es sich beispielsweise bei § 5 II S. 1 Nr. 5 und 6 IfSG um „direkte Verwaltungskompetenzen, insbesondere der Erlass von Verwaltungsakten oder Allgemeinverfügungen“¹⁶⁹ handelt, das GG sieht „die Wahrnehmung von Verwaltungskompetenzen durch eine Bundesbehörde“¹⁷⁰ jedoch nicht vor.

Um die Gesetzgebung der Corona-Pandemie soll es im Folgenden noch detaillierter gehen.

162 BGBl. I 587.

163 *Rixen* in Kluckert Neues InfektionsschutzR 1. Aufl., § 4, Rn. 3.

164 Dreier DÖV 2021, 229 (235f.).

165 Ebda. (236).

166 Ebda. (238).

167 BT-Drs. 19/18111, S. 1.

168 BeckOK InfSchR/*Dingemann/Gausig*, § 5 IfSG, Rn. 1.

169 Dreier DÖV 2021, 229 (238f.).

170 Ebda.

2. Das Infektionsschutzrecht in der Corona-Pandemie

Das IfSG ist durch die Pandemie stetig angewachsen. Bevor die Corona-Pandemie eine Novellierung notwendig machte, war ein abstrakt gehaltenes IfSG unproblematisch und sogar sinnvoll. Eine weit gefasste gesetzliche Grundlage war notwendig, um flexibel auf Infektionskrankheiten jedweder Art adäquat reagieren zu können. Mit der Überarbeitung des IfSG im März 2020 schaffte der Bundestag durch das Erste BevSchG mit § 5 IfSG erstmals eine „Grundnorm für die Feststellung eines Gesundheitsnotstands in der Bundesrepublik“¹⁷¹, was historischen Charakter haben dürfte.

In diesem Abschnitt soll ein Überblick über die verschiedenen das Infektionsschutzrecht betreffenden Gesetze aus den Jahren 2020 und 2021 gegeben werden, um das Zustandekommen der Ermächtigungsgrundlagen der CoronaImpfV aufzuzeigen und exekutives wie legislatives Handeln in dieser Zeit zu kontextualisieren. Damit in Verbindung steht die Leitfrage dieser Publikation, ob die Coronavirus-Pandemie die Stunde der Exekutive ist und in diesem Zusammenhang, ob die Exekutive im Rahmen der für sie vorgesehenen Befugnisse gehandelt oder in der Pandemiebekämpfung überschritten hat. Eingrenzend sollen hier das Erste, Zweite und Dritte BevSchG, sowie das EpiLage-FortgeltungsG behandelt werden, da diese die Ermächtigungsgrundlagen der Impfpriorisierung der CoronaImpfV¹⁷² vom 31.03.2021, die im zweiten Teil der Publikation überprüft werden soll, maßgeblich geprägt haben. Die Gesetzesnovellen enthielten nicht nur Änderungen des IfSG, sondern auch Änderungen anderer Gesetze wie des SGB V. Diese sollen jedoch im Wesentlichen nicht Teil der Betrachtung sein. Punktuell wird dennoch das SGB V herangezogen, soweit es für die dort normierte Ermächtigungsgrundlage der Impfpriorisierung relevant ist. Der Schwerpunkt dieses Abschnitts liegt jedoch auf den das IfSG betreffenden Änderungen.

a) Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (Erstes BevSchG)

Die erste, das IfSG und weitere Gesetze verändernde Pandemie-Gesetzgebung entstand durch das Erste BevSchG¹⁷³ vom 27.03.2020. Die Einführung eines Gesundheitsnotstands durch § 5 I S. 1 IfSG war eine der bedeutendsten Änderungen durch das Erste BevSchG¹⁷⁴, welche mit weitreichenden Exekutivbefugnissen verknüpft ist. Ein Novum stellte damit verbunden die erstmalige Feststellung einer epidemischen Lage nationaler Tragweite nach § 5 I S. 1 IfSG durch den Bundestag am 25.03.2020 dar.¹⁷⁵

Wie bereits erläutert, liegt die Vollzugskompetenz für das IfSG bei den Ländern. Vom 28.03.2020 bis 18.11.2020 waren in § 5 II Nr. 1 bis 3 IfSG Befugnisse für das BMG enthalten, die es ermöglichten, weitgehende Regelungen per Anordnung im Bereich des Reiseverkehrs (§ 5 II S. 1 Nr. 2 IfSG), der Einreise von Personen (§ 5 II S. 1 Nr. 1 IfSG) und vom IfSG abweichende Regelungen durch Rechtsverordnungen zu erlassen (§ 5 II S. 1 Nr. 3 IfSG).¹⁷⁶ Be-

171 Sangs, NVwZ 2020, 1780 (1780)

172 CoronaImpfV vom 31.03.2021, BAnz AT 01.04.2021 V1.

173 BGBl. I 587.

174 Detaillierter in Abschnitt 3. a).

175 Plenarprotokoll 19/154 vom 25.03.2020, S.19169 C.

176 Diese Anordnungs- und Verordnungsermächtigungen wurden mit dem Dritten BevSchG

rücksichtigt werden muss bei aller Kritik, dass das Erste BevSchG beschlossen wurde, als der Erkenntnisstand über das Coronavirus weitaus weniger ausdifferenziert war. Schutzimpfungen standen ebenso wenig zur Verfügung wie ein ausreichendes Maß an Schutzkleidung wie Masken, Kittel und Desinfektionsmittel für Personal in Krankenhaus- und -pflege¹⁷⁷.

Darüber hinaus waren Testkapazitäten sehr begrenzt, im März 2020 standen in Deutschland lediglich die aufwendigen PCR-Tests zur Verfügung.¹⁷⁸ Das Erste BevSchG kann daher tatsächlich als Gesundheitsnotstandsgesetz betrachtet werden, in dessen Zentrum die Befugnisse des Bundes zur „Anordnung und Durchsetzung gesundheitspolitischer Maßnahmen“¹⁷⁹ verstanden werden. Diesen Kernpunkt des Gesetzes sah bereits der Gesetzesentwurf vor, wo es heißt, dass die Bundesregierung, um der drohenden Gefahr für die bundesweite öffentliche Gesundheit entgegenzutreten „in die Lage versetzt [wird], schnell mit schützenden Maßnahmen einzugreifen“¹⁸⁰.

Die Verordnungsgebung des BMG nach § 5 II IfSG erfordert keine Zustimmung des Bundesrates. Damit wurden die Befugnisse des BMG im Gesundheitsnotstand wenig flankiert von Grenzen durch eine parlamentarische Kontrolle oder erneuten Legitimation durch eine Zustimmung des Bundesrates oder Bundestages. Der Bundesrat hat allerdings dem Ersten BevSchG¹⁸¹ und damit dem Ausschluss seiner Zustimmung bei Rechtsverordnungen des BMG aus § 5 II IfSG zugestimmt.¹⁸² Es bedarf dann nach Rspr. des BVerfG keiner Zustimmung zu Rechtsverordnungen mehr¹⁸³, da § 80 II GG die Zustimmung nur „vorbehaltlich anderweitiger bundesgesetzlicher Regelung“ vorsieht und das IfSG eine solche bundesgesetzliche Regelung darstellt.

Die Dringlichkeit der Pandemie-Gesetzgebung wird deutlich daran, dass das Erste BevSchG an nur einem Tag durch die erste, zweite und dritte Lesung ging und schließlich verabschiedet wurde, was nicht der Norm entspricht.¹⁸⁴

b) Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (Zweites BevSchG)

Das Zweite BevSchG¹⁸⁵ vom 19.05.2020 diente vor allem der Weiterentwicklung und Präzisierung der durch das Erste BevSchG beschlossenen Regelungen.¹⁸⁶

So wurde unter anderem eine dauerhafte gesetzliche Meldepflicht für COVID-19 und SARS-CoV-2 eingeführt¹⁸⁷ und in § 6 I S. 1 Nr. 1 lit. t IfSG normiert¹⁸⁸. Ebenfalls sollten

vom 18.11.2020 (BGBl. I 2397) aufgehoben.

177 Biermann/Jacobs/Polke-Majewski, Warten auf die Masken, ZEIT ONLINE, <https://t1p.de/warten-auf-die-Masken-ZeitOnline>, zul. aufgerufen am: 28.06.2021.

178 Simmank/Schumann/Wittmann, So testet Deutschland, ZEIT ONLINE, <https://t1p.de/zeitonline-so-testet-deutschland>, zul. aufgerufen am: 28.06.2021.

179 Meßling, NZS 2020, 321 (321).

180 BT-Drs. 19/18111, S. 1.

181 BR-Drs. 151/20, 27.03.20.

182 Auch die weiteren BevSchGe und somit auch die Ermächtigungsgrundlagen der Impfpriorisierung sind mit Zustimmung des Bundesrates ergangen (s. BR-Drs. 246/20, 15.05.20; BR-Drs. 700/20, 18.11.20; BR-Drs. 197/21, 26.03.21).

183 BVerfG, Beschl. vom 24. Februar 1970 – 2 BvL 12/69 – BeckRS 1970, 104599, Ls. 1.

184 Meßling, NZS 2020, 321 (323).

185 BGBl. I 1018.

186 BT-Drs. 19/18967, S. 1.

187 Ebda.

188 BGBl. I 1018.

Testungen zum Nachweis von COVID-19 und SARS-CoV-2 ausgeweitet und erleichtert werden. Durch die Neuregelung in § 20i III S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB V sollte die Kostenübernahme von Coronavirus Tests „symptomunabhängig Bestandteil des Leistungskatalogs“¹⁸⁹ der gesetzlichen Krankenkassen und das BMG durch § 20i III S. 2 SGB V ermächtigt werden zum Erlass „einer Rechtsverordnung, die Personenkreis, Art und Umfang der Testungen beschreibt“¹⁹⁰.

Der Vollzug des Gesetzes durch die Länder gem. § 54 IfSG wurde durch § 54a und § 54b IfSG ergänzt, welche Ausnahmen von der Verwaltungskompetenz der Länder für die Bundeswehr und das Eisenbahnbundesamt vorsehen.¹⁹¹

c) Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (Drittes BevSchG)

Mit dem Dritten BevSchG¹⁹² vom 18.11.2020 wurde ebenfalls das Fortbestehen der epidemischen Lage nationaler Tragweite¹⁹³ festgestellt.

Im Vordergrund der Gesetzesnovelle stand die Generalklausel des § 28 I S. 1 IfSG. Die Schutzmaßnahmen der Länder basierten im Wesentlichen auf §§ 28ff. IfSG und der Ermächtigungsgrundlage in § 32 IfSG.¹⁹⁴ Die Generalklausel in § 28 I S. 1 IfSG ermöglichte es, flexibel auf dynamische Infektionsgeschehen und -ereignisse und somit auch auf sich verändernde Erkenntnisse und Sachstände effizient reagieren zu können. Zugleich waren die Maßnahmen aus § 32 i.V.m. § 28 I S. 1 und 2 IfSG allerdings mit intensiven Grundrechtseingriffen verbunden, dazu gehörten Betriebsschließungen, Versammlungsbeschränkungen, Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen.¹⁹⁵ So urteilte der VGH München, dass sich mit der Dauer und Intensität der Maßnahmen durch die Exekutive die Anforderungen aus Art. 80 I S. 1 und 2 GG verschärften.¹⁹⁶ Das Dritte BevSchG sollte dem Parlamentsvorbehalt gerecht werden und der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen im Hinblick auf die Abwägung zwischen Maßnahmen zum Infektionsschutz und grundrechtlichen Schutzgütern zurück an sich ziehen.¹⁹⁷

Der neu geschaffene § 28a IfSG wurde, im Gegensatz zur Generalklausel in § 28 I S. 1 IfSG, unter den Vorbehalt der epidemischen Lage nationaler Tragweite gem. § 28a I IfSG gestellt und bezieht sich konkret auf Schutzmaßnahmen „zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“, womit eine weitere Grenze eingezogen wurde. Ein Katalog von Schutzmaßnahmen wurde ebenfalls eingefügt, sowie eine Begründungs- und Befristungspflicht für Landesregierungen, wenn Rechtsverordnungen nach § 32 i.V.m. §§ 28 I, 28a I IfSG erlassen werden.

Eine weitere Neuerung war die Novellierung des § 20i III SGB V. Dort wurde die bereits enthaltene Ermächtigungsgrundlage für das BMG spezifiziert, die seither auch zur Regelung eines konkreten Anspruchs von Versicherten auf Schutzimpfungen gegen das Coronavirus aus § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a SGB V ermächtigt, „insbesondere“, wenn Kriterien wie Alter, Vorerkrankungen vorliegen, ein hohes Expositionsrisiko gegeben ist oder Versicherte in einem

189 BT-Drs. 19/18967, S. 42.

190 Ebda.

191 BGBl. I 1018, S. 1023.

192 BGBl. I 2397.

193 Plenarprotokoll 19/191 vom 18.11.2020, S.24109 C.

194 Greve, NVwZ 2020, 1786 (1786).

195 Ebda. (1787).

196 VGH München, Beschl. vom 29. Oktober 2020 – 20 NE 20.2360 – BeckRS 2020, 28521, Ls.

197 BT-Drs. 19/23944, S. 2.

systemrelevanten Bereich tätig sind. Eine ausdrückliche Priorisierungsbefugnis enthielt die Ermächtigungsgrundlage dagegen nicht. In § 20i III S. 2 Nr. 2 SGB V wurde normiert, dass auch nicht gesetzlich Versicherte mit gesetzlich Versicherten in Bezug auf die Leistungen aus § 20i III S. 2 Nr. 1 SGB V gleichgestellt werden.

Eine weitere Anpassung durch das Dritte BevSchG wurde mit der bis dahin fehlenden Normierung einer Definition einer epidemischen Lage nationaler Tragweite in § 5 I IfSG vorgenommen. Diese wurde im damaligen § 5 I S. 4 IfSG eingefügt (heute in S. 6). Die Befugnisse für das BMG in § 5 II Nr. 1-3 IfSG wurden aufgehoben.

d) Gesetz zur Fortgeltung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (EpiLage- FortgeltungsG)

Das EpiLage-FortgeltungsG¹⁹⁸ vom 29.03.2021 wurde notwendig, da wesentliche Pandemie-Regelungen mit der epidemischen Lage nationaler Tragweite verknüpft und zum 31.03.2021 befristet waren durch § 5 IV IfSG und die Verordnungen aus § 20i III S. 2 SGB V durch § 20i III S. 13 SGB V. Damit wären unter anderem Verordnungen wie die CoronaImpfV mit dem Ablauf des 31.03.2021¹⁹⁹ automatisch aufgehoben worden. Darum wurde die Befristung abgeschafft und die entsprechenden Normierungen dazu angepasst.

Die pandemierechtlichen Verordnungsermächtigungen und Verordnungen knüpfen seitdem nur noch an die Feststellung einer epidemischen Lage nationaler Tragweite an.²⁰⁰ Für diese wurde ein neuer Aufhebungsmechanismus in § 5 I S. 3 und 4 IfSG etabliert²⁰¹, sodass die Feststellung durch den Bundestag endet, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten erneuert oder verlängert wird²⁰².

Durch das EpiLage-FortgeltungsG wurden darüber hinaus erstmals konkrete Impfziele für Schutzimpfungen gegen das Coronavirus in § 20 IIa IfSG normiert.²⁰³ Nach diesen müssen sich gem. § 20 IIa IfSG die Empfehlungen der Ständigen Impfkommision (STIKO) (S. 1) und die Priorisierung der CoronaImpfV (S. 2) ausrichten.²⁰⁴

§ 20i III S. 1 Nr. 1 lit. a SGB V enthielt bereits seit dem Dritten BevSchG die Verordnungsermächtigung für das BMG, eine Rechtsverordnung zur Regelung des Anspruchs von Versicherten auf eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus zu erlassen (*siehe 2. c*). Mit dem EpiLage-FortgeltungsG wurde diese Verordnungsermächtigung durch die Einfügung des S. 4 und S. 5 ergänzt in § 20i III SGB V. Mit § 20i III S. 4 SGB V wurde erstmals eine ausdrückliche Priorisierungsbefugnis für das BMG normiert. Durch § 20i III S. 5 SGB V wurden weitere Priorisierungskriterien wie „das Alter der Anspruchsberechtigten, ihr Gesundheitszustand, ihr behinderungs-, tätigkeits- oder aufenthaltsbedingtes SARS-CoV-2-Expositionsrisiko sowie ihre Systemrelevanz in zentralen staatlichen Funktionen, Kritischen Infrastrukturen oder zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge“ aufgenommen. Der Katalog ist jedoch nicht abschließend. Sogleich wurde die ausdrückliche Priorisierungsbefugnis in die Ermächtigungsgrundlage des § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG aufgenommen. Diese gilt allgemein für die beschränkte Verfügbarkeit

198 BGBl. I 370.

199 BT-Drs.19/26545, S. 1.

200 Ebda., S. 2.

201 Näher s. Abschnitt 3. a) cc).

202 BT-Drs.19/26545, S. 2.

203 BGBl. I 370, S. 372.

204 Näher dazu s. 3. b) dd).

von Arzneimitteln, einschließlich Impfstoffen und ermächtigt das BMG, Regelungen zur Priorisierung zu Gunsten bestimmter Personengruppen zu erlassen.

Kritisch anzumerken ist, dass die Konkretisierungen hinsichtlich der Priorisierung erst mit dem EpiLage-FortgeltungsG und damit fast vier Monate nach Inkrafttreten der ersten CoronaImpfV am 15.12.2020²⁰⁵ vorgenommen wurde. Auch wenn die nachträgliche Ergänzung zu einer verfassungsrechtlich stärkeren Flankierung der Ermächtigungsgrundlagen führte, blieben diese dennoch weiter auf das SGB V sowie das IfSG verteilt, die Impfziele wiederum an anderer Stelle im IfSG normiert.²⁰⁶

Angestoßen wurde auch eine externe wissenschaftliche Evaluation, die in § 5 IX IfSG normiert wurde. Diese soll durch die Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina (Leopoldina) vorgenommen werden²⁰⁷, nach § 5 IX S. 1 IfSG die Auswirkungen der Regelungen in §§ 5, 5a, 28 bis 32, 36 und 56 IfSG untersuchen und die Reformbedürftigkeit dieser Regelungen evaluieren. Aus den Erkenntnissen der wissenschaftlichen Analyse und Auswertung sollen „Schlüsse für notwendige Anpassungen des Infektionsschutzrechts und für das Vorgehen bei etwaigen künftigen Pandemielagen gezogen werden können“²⁰⁸.

3. § 5 IfSG und § 20 IfSG in der Einzelbetrachtung

§ 5 IfSG und § 20 IfSG sollen an dieser Stelle noch einmal näher beleuchtet werden, da sie für die CoronaImpfV eine besondere Bedeutung haben. Die Feststellung der epidemischen Lage nach § 5 I S. 1 IfSG stellt eine Bedingung für die Ermächtigung des BMG zum Erlass der CoronaImpfV dar. § 20 IfSG normiert seit dem EpiLage-FortgeltungsG Impfziele für die Priorisierung. Außerdem sind dort die Aufgaben der STIKO normiert, die bei der Entstehung und Überarbeitung der Priorisierung ein entscheidender Akteur war.

Darum sollen die beiden Normen im Folgenden erläutert werden.

a) § 5 IfSG: Die epidemische Lage nationaler Tragweite

Zur zentralen Norm entwickelte sich § 5 IfSG in der Corona-Pandemie durch das Erste BevSchG vom 27.03.2020²⁰⁹, mit dem auch die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag in § 5 I S. 1 IfSG normiert wurde. Eine große Zahl an Exekutivbefugnissen knüpfen an diese Feststellung an. Darunter fallen auch die Ermächtigungsgrundlagen der Impfpriorisierung.²¹⁰

Darum soll die Norm im Folgenden eingehender eingeordnet werden.

205 CoronaImpfV vom 18.12.2020, BAnz AT 21.12.2020 V3.

206 Vertiefend in C. I.

207 BT-Drs.19/26545, S. 2.

208 Ebda., S. 18.

209 BGBl. I 587.

210 Zur Ermächtigungsgrundlage in § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG unter C. I. 4.

aa) Entstehung des § 5 IfSG als zentrale Norm in der Pandemie

Ursprünglich normierte § 5 IfSG aF (gültig bis zum 28.03.2020) lediglich die Koordinierung von Bund und Ländern im Falle „epidemisch bedeutsame[r] Fälle[]“ und sah die Erstellung eines Epidemieplans durch die Bundesregierung über eine Verwaltungsvorschrift vor. Erst mit dem Ersten BevSchG vom 27.03.2020²¹¹ und der damit verbundenen Normierung der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite in § 5 I S. 1 IfSG wurde § 5 IfSG zur bedeutenden Norm der Pandemierechtsetzung.

Vorgesehen war in der Formulierungshilfe zum Gesetzesentwurf noch die Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite durch die Bundesregierung.²¹² Dies wäre allerdings einer Selbstermächtigung gleichgekommen, da sich die Ermächtigungen der Bundesregierung respektive des BMG (unter anderem in § 5 II IfSG) selbst bedingen und einer Legitimationsgrundlage entbehren würden. Im beschlossenen Gesetz war diese Formulierung nicht mehr enthalten und eine Legitimation durch den Bundestag geschaffen.

Auch die Voraussetzungen der epidemischen Lage, die in der Formulierungshilfe noch enthalten waren²¹³, wurden gestrichen und erst wieder mit dem Dritten BevSchG²¹⁴ eingefügt. Die Fassung des § 5 IfSG, die vom 28.03.2020 bis 18.11.2020 galt, enthielt lediglich den Passus in § 5 I S. 1 und 2 IfSG: „Der Deutsche Bundestag stellt eine epidemische Lage von nationaler Tragweite fest. Der Deutsche Bundestag hebt die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen für ihre Feststellung nicht mehr vorliegen.“ Es fehlte an einer Definition der epidemischen Lage nationaler Tragweite.

bb) Die Voraussetzungen der epidemischen Lage nationaler Tragweite

Materiell wurden die Voraussetzungen der epidemischen Lage nationaler Tragweite mit dem Dritten BevSchG geschaffen, welches am 19.11.2020 in Kraft trat und den Passus durch § 5 I S. 6 Nr. 1 und Nr. 2 IfSG²¹⁵ ergänzte.²¹⁶ Die Voraussetzungen für eine Feststellung einer epidemischen Lage nationaler Tragweite liegen danach vor, „wenn eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht“, da entweder durch die Weltgesundheitsorganisation (WHO) eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen wurde und eine „Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland“ droht nach § 5 I S. 6 Nr. 1 IfSG oder weil nach § 5 I S. 6 Nr. 2 IfSG eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in Deutschland droht oder stattfindet. Nach § 5 I S. 5 IfSG²¹⁷ sind die Feststellung und Aufhebung im Bundesgesetzblatt zu verkünden.

Nach § 5 I S. 7 IfSG²¹⁸ ist an die Feststellung nach § 5 I S. 1 IfSG eine Unterrichtungspflicht der Bundesregierung gegenüber dem Bundestag über die „Entwicklung der epidemischen Lage“ geknüpft. Diese ist ebenfalls erst seit dem Dritten BevSchG im IfSG enthalten.

211 BGBl. I 587.

212 Formulierungshilfe Erstes BevSchG, BMG, <https://t1p.de/Formulierungshilfe-ErstesBevSchG>, zul. aufgerufen am: 27.07.2021, S. 6.

213 Ebda., S. 6f.

214 BGBl. I 2397.

215 Vom 19.11.2020-30.03.2021 waren die Voraussetzungen der epidemischen Lage nationaler Tragweite noch in § 5 I S. 4 Nr. 1 und Nr. 2 IfSG normiert, seit dem EpiLage-FortgeltungsG vom 29.03.2021 in § 5 I S. 6 Nr. 1 und Nr. 2 IfSG.

216 BeckOK InfSchR/Dingemann/Gausig, § 5 IfSG, Rn. 3.

217 Vom 19.11.2020-30.03.2021 in § 5 I S. 3 IfSG.

218 Vom 19.11.2020-30.03.2021 in § 5 I S. 5 IfSG.

§ 5 I S. 1 IfSG wurde oft ergänzt oder modifiziert. Während nach dem Ersten und Zweiten BevSchG noch die Formulierung galt²¹⁹, dass der Bundestag die epidemische Lage nationaler Tragweite feststellt, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, so enthält die heutige Fassung²²⁰ die Formulierung, dass der Bundestag eine epidemische Lage feststellen kann.

Diesen Ermessensspielraum kann man kritisch sehen, da mit der Normierung der Voraussetzungen klare Vorgaben geschaffen werden sollten, woraus sich eine epidemische Lage nationaler Tragweite ergibt und die Aufhebung der Feststellung nach § 5 I S. 2 IfSG unmittelbar mit den Voraussetzungen verbunden ist.²²¹ Besteht nun ein Ermessen des Bundestages, so kann man dies als Verwässerung der Definition nach § 5 I S. 6 IfSG verstehen.

cc) Neuer Aufhebungsmechanismus in § 5 I S. 3 und 4 IfSG

Eine weitere Ergänzung in § 5 I IfSG wurde durch das EpiLage-FortgeltungsG²²² vom 29.03.2021 in § 5 I S. 3 und 4 IfSG vorgenommen. Die Befristung der epidemischen Lage nationaler Tragweite und die damit in Verbindung stehenden Regelungen zum 31.03.2021 wurden aufgehoben. Pandemierelevante Verordnungen und Ermächtigungen sind seither direkt an die Feststellung einer epidemischen Lage nationaler Tragweite gebunden und nicht mehr unabhängig davon befristet²²³.

Mangels Befristung wurde ein Automatismus geschaffen, sodass die Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite aufgehoben wird, wenn der Bundestag nicht binnen einer Frist von drei Monaten nach Feststellung diese erneuert (§ 5 I S. 3 IfSG) oder das Fortbestehen feststellt (§ 5 I S. 4 IfSG). Diese „Überprüfungspflicht mit Aufhebungsfiktion“²²⁴ trägt Sorge dafür, dass es eine stetige Rückversicherung zwischen Exekutive und Legislative gibt, ob die epidemische Lage und der Gesundheitsnotstand und auch die damit verbundenen Regelungen, Gesetze und Ermächtigungen fortbestehen sollen.

Die Entfristung durch das EpiLage-FortgeltungsG wird problematisch gesehen. Denn die Rechtsfolge der Entfristung ist, dass die aus den Ermächtigungsgrundlagen, wie aus § 5 II IfSG, erlassenen Rechtsverordnungen fortgelten, obwohl teilweise eine Überführung der Verordnungen in ein Parlamentsgesetz vonnöten wäre.²²⁵

Die ursprünglich vorgesehene Befristung der mit der epidemischen Lage nationaler Tragweite einhergehenden Ermächtigungen, Gesetzesänderungen, daraus resultierenden Verordnungen und Anordnungen zum 31.03.2021 hätte andererseits zur Folge gehabt, dass grundlegende Regelungen des Pandemierechts aufgehoben worden wären, wie unter anderem die CoronaImpfV. Um dies zu verhindern und auch „zugleich für künftige pandemische Lagen die geschaffenen rechtlichen Grundlagen zu erhalten“²²⁶ wurde die Befristung aufgehoben, womit § 5 IfSG und die daraus resultierenden Regelungen weiter in Kraft bleiben können.

Die Formulierung im Kabinettsentwurf „zugleich für künftige pandemische Lagen“ kann als Vorzeichen dafür verstanden werden, dass das Pandemierecht auch nach Ende der Corona-Pandemie nicht weitgehend verschwinden, sondern erhalten bleiben soll. Es wird jedoch mit

219 Vom 28.03.2020-18.11.2020.

220 Seit dem Dritten BevSchG, in Kraft getreten am 19.11.2020.

221 Sangs, NVwZ 2020, 1780 (1781).

222 BGBl. I 370.

223 BT-Drs.19/26545, S. 13.

224 Hollo, Anna-Lena, Corona-Recht wird Dauerrecht: . . . und das Recht-Stricken mit heißer Nadel geht weiter, VerfBlog, 29.03.2021, <https://verfassungsblog.de/corona-dauerrecht/>, zul. aufgerufen am: 22.06.2021.

225 Ebda.; so auch Kingreen, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(3), S. 5.

226 BT-Drs.19/26545, S. 13.

dem Bundesgesetzgeber zu verhandeln sein, welche der im Rahmen der Pandemie geschaffenen Normen des IfSG fortgelten sollen und welche Tatbestände möglicherweise formell gesetzlicher Regelungen für die Zukunft bedürfen. Diese Frage tangiert im Besonderen die CoronaImpfV, die im Laufe dieses Beitrags noch evaluiert werden soll.

b) § 20 IfSG: Schutzimpfungen

§ 20 IfSG fokussiert Schutzimpfungen und Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe. Der folgende Abschnitt soll sich allerdings auf Schutzimpfungen begrenzen. In § 20 IfSG sind allgemeine und spezielle Vorgaben zu Zielen und Akteuren im Kontext der Schutzimpfungen normiert. Zu allgemeinen Vorgaben gehören die Aufgaben der STIKO, die in § 20 II IfSG gesetzlich definiert sind. Seit dem EpiLage-FortgeltungsG sind auch spezielle Impfziele in § 20 IIa IfSG für Schutzimpfungen gegen das Coronavirus enthalten.

aa) Bedeutung von Schutzimpfungen

Schutzimpfungen sind in § 2 Nr. 9 IfSG legal definiert als „Gabe eines Impfstoffes mit dem Ziel, vor einer übertragbaren Krankheit zu schützen“. Sie sind eine Verhütungsmaßnahme, deshalb haben Schutzimpfungen große Bedeutung beim Zurückdrängen von Infektionskrankheiten. Früher tödlich oder schwer verlaufenden Krankheiten konnte durch Schutzimpfungen Einhalt geboten werden.²²⁷

Schutzimpfungen beruhen, mit Ausnahme von Impfpflichten wie der Masernimpfpflicht aus § 20 VIII IfSG, auf der Freiwilligkeit der zu impfenden Person²²⁸ und ihrer Einwilligung²²⁹ zur Impfung. Auch bei der aktuellen Debatte um die allgemeine Corona-Impfpflicht steht im Vordergrund, dass sich grundrechtlich betrachtet bei Schutzimpfungen eine Spannung zwischen der staatlichen Schutzpflicht vor Infektionskrankheiten aus Art. 2 II S. 1 GG²³⁰, dem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Individuums aus Art. 2 II S. 1 GG und gleichzeitigem Schutz Dritter vor Ansteckung durch eine Schutzimpfung ergibt²³¹. Aus Schutzimpfungen ergibt sich jedoch auch ein dreidimensionaler Nutzen. Geimpfte selbst können vor schwer verlaufenden Erkrankungen geschützt und die Ausbreitung von Infektionskrankheiten kann bei einem ausreichenden Kollektivschutz, der Herdenimmunität, verhindert werden, gleichzeitig gelten Impfungen als kosteneffektivste Präventionsmaßnahme.²³²

Gerade in der Corona-Pandemie wird dieser mehrdimensionale Nutzen von Schutzimpfungen besonders deutlich. Die Qualifikation der globalen Ausbreitung des Coronavirus als Pandemie spricht dafür, dass nur Schutzimpfungen langfristig eine Weiterverbreitung verhindern können. Globale Vernetzung bringt Wiedereinträge und die Entwicklung neuer Mutationen mit sich, wie wir es bei der Delta-Variante und nun auch bei der Omikron-Variante beobachten konnten. Dr. Hans Henri P. Kluge, WHO-Regionaldirektor für Europa betonte 2021 im Zuge der Ausbreitung der Delta-Variante des Coronavirus die Wichtigkeit der Schutzimpfungen, um

227 Gerhardt IfSG, § 20 IfSG, Rn. 1.

228 BeckOK InfSchR/*Aligbe*, § 20 IfSG, Rn. 1.

229 Kießling IfSG/*Gebhard*, § 20 IfSG, Rn. 1.

230 *Schaks* in Kluckert Neues InfektionsschutzR 1. Aufl., § 14, Rn. 4.

231 Kießling IfSG/*Gebhard*, § 20 IfSG, Rn. 1.

232 BT-Drs. 16/3100, S. 100.

den global immer wieder neu auftretenden Virusvarianten Einhalt gebieten zu können und die Ausbreitung zu verhindern.²³³

Die Dimension des Individualschutzes spielt auch bei der Impfpriorisierung eine übergeordnete Rolle. Ansteckungen mit dem Coronavirus verlaufen bei Menschen höheren Alters oder Menschen mit Vorerkrankungen häufiger schwer und tödlich als bei Menschen, die keine Prädispositionen dieser Art mitbringen.²³⁴ Für den Individualschutz haben deshalb sogenannte vulnerable Gruppen aufgrund der erhöhten Dringlichkeit und der Knappheit des Impfstoffs eine priorisierte Impfung erhalten.²³⁵

bb) STIKO

§ 20 II IfSG normiert die Vorgaben zur STIKO. Die STIKO ist ein Sachverständigengremium, das dem RKI untersteht.²³⁶ Sie setzt sich nach § 20 II S. 4 IfSG aus Mitgliedern zusammen, die vom BMG und den obersten Landesgesundheitsbehörden berufen werden. Die STIKO hat gem. § 20 II S. 3 IfSG zur Aufgabe, gesundheitliche Risiken und Nutzen von Schutzimpfungen abzuwägen und daraus Empfehlungen abzuleiten und abzugeben. Die Empfehlungen sind rechtlich nicht bindend, sondern eher als Leitlinien zu verstehen, an denen sich impfende Ärzte und die Bevölkerung orientieren können.²³⁷ Dennoch bleiben sie nicht folgenlos.

Gem. § 20 III IfSG sollen sich die oberen Landesgesundheitsbehörden nach den Empfehlungen der STIKO richten. Nach § 20i I S. 3 SGB V muss sich auch der Gemeinsame Bundesausschuss bei der Erarbeitung zu Schutzimpfungsrichtlinien für die Leistungen der Krankenkassen an den Empfehlungen der STIKO orientieren. Abweichungen sind möglich, müssen jedoch begründet sein.²³⁸ Außerdem erkennt der BGH die Empfehlungen als „medizinische[n] Standard“²³⁹ an. Impfeempfehlungen der STIKO sind damit auch arzt haftungsrechtlich relevant, da sich Ärzte gem. § 630a II BGB an die „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ halten müssen.²⁴⁰ Für Impfschäden können Ärzte dann haftbar gemacht werden, wenn sie von Impfeempfehlungen abweichen.²⁴¹ Die STIKO-Empfehlungen haben damit trotz fehlender Rechtsverbindlichkeit vielfältige Auswirkungen.

Darüber hinaus hängt auch die Akzeptanz von Impfstoffen und das Vertrauen der Bevölkerung von den Empfehlungen der STIKO ab, wie man beim Impfstoff von AstraZeneca beobachten konnte. Nachdem der Impfstoff von AstraZeneca von der STIKO zunächst nur für Menschen unter 65 Jahren empfohlen wurde²⁴², änderte diese im April 2021 die Empfehlung aufgrund des Auftretens seltener Hirnvenenthrombosen nach der Impfstoffgabe bei jungen Menschen und empfahl diesen nur noch für über 60-Jährige.²⁴³ Die COVIMO-Studie des RKI

233 WHO Europa, Erklärung – COVID-19: Es steht immer noch viel auf dem Spiel, 01.07.2021, <https://t1p.de/euro-who-statement>, zul. aufgerufen am: 21.07.2021.

234 RKI, Risikobewertung zu COVID-19, Krankheitsschwere, Stand: 16.07.2021, <https://t1p.de/RKI/NeuartigesCoronavirus-Risikobewertung>, zul. aufgerufen am 21.07.2021.

235 Taupitz, MedR 2020, 440 (444).

236 Kießling IfSG/*Gebhard*, § 20 IfSG, Rn. 6f.

237 RKI, Rechtliche Grundlagen, Stand: 13.03.2017, <https://t1p.de/rki-stiko-rechtliche-grundlagen>, zul. aufgerufen am: 23.06.2021.

238 BeckOK SozR/*Geene/Heberlein*, § 20i SGB V, Rn. 6.

239 BGH, Beschl. vom 3. Mai 2017 – XII ZB 157/16 – NJW 2017, 2826 (2827).

240 *Schaks* in Kluckert Neues InfektionsschutzR 1. Aufl., § 14, Rn. 13.

241 Ebda.

242 Ärzteblatt, Astrazeneca-Impfstoff in Deutschland nur für Menschen unter 65 Jahren, 28.01.2021, <https://t1p.de/aerzteblatt-astrazeneca>, zul. aufgerufen am: 24.06.2021.

243 RKI, Beschluss der STIKO zur 4. Aktualisierung der COVID-19-Impfeempfehlung (01.04.2021), <https://t1p.de/rki-stiko-vierte-empfehlung>, zul. aufgerufen am: 24.06.2021.

mit Befragungszeitraum vom 18.03.2021-10.04.2021 zeigte, dass die Impfbereitschaft beim Impfstoff von AstraZeneca deutlich geringer ausfiel als bei mRNA-Impfstoffen.²⁴⁴ Vorbehalte bei der Bevölkerung führten auch zum Ausfall von Impfterminen.²⁴⁵ Die STIKO hat, so wie es sich wiederholt bei der Impfempfehlung für Jugendliche zeigte²⁴⁶, großen Einfluss auf die Impfkampagne und das Vertrauen der Bevölkerung in Impfstoffe.

cc) Impfziele bei Schutzimpfungen gegen das Coronavirus

§ 20 IIa IfSG wurde mit dem EpiLage-FortgeltungsG vom 29.03.2021 eingefügt und legt Impfziele für Schutzimpfungen gegen das Coronavirus in Nr. 1 bis Nr. 5 fest. Diese Ziele gelten sowohl für Empfehlungen der STIKO (S. 1), als auch für die Priorisierung der CoronaImpfV (S. 2). Das Ziel des Gesetzgebers war es durch § 20 IIa IfSG einen „Rahmen für Priorisierungsentscheidungen“²⁴⁷ vorzugeben.

§ 20 IIa IfSG gibt individual- und kollektivbezogene Impfziele vor. Kollektivbezogene Impfziele sind die Reduktion schwerer oder tödlicher Krankheitsverläufe (Nr. 1), die Verhinderung der Weiterverbreitung des Coronavirus (Nr. 2) und die „Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen, von Kritischen Infrastrukturen, von zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge und des öffentlichen Lebens“ (Nr. 5). Individualbezogene Impfziele sind nach Nr. 3 und Nr. 4 der Schutz der Personen, die ein hohes Risiko für einen schweren oder tödlichen Verlauf der Krankheit haben oder tätigkeitsbedingt besonders exponiert sind. Den Impfzielen liegt laut Gesetzesentwurf „eine sorgfältige Abwägung der betroffenen Individualrechtsgüter, sowie der Belange des Schutzes der öffentlichen Gesundheit und des Allgemeinwohls zugrunde“²⁴⁸. Dies zeigt, dass die Verteilungsziele der Priorisierung, vor dem Hintergrund der Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 GG i.V.m. Art. 1 I S. 2 GG, sowohl den Schutz von Individuen als auch Gemeinwohlbelange im Blick haben. Ob die Verteilungsziele und -kriterien dem gerecht werden, soll im nachfolgenden Abschnitt eingehend erörtert werden.

244 RKI, COVIMO-Studie - 3. Report, <https://t1p.de/rki-covimo-studie>, Stand: 28.04.2021, zul. aufgerufen am 16.08.2021, S. 2.

245 Tagesschau, Jolmes, Abgesagte Impftermine, AstraZeneca - der ungeliebte Impfstoff?, Stand: 30.04.2021, <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr/impfzentren-umfrage-101.html>, zul. aufgerufen am: 16.08.2021.

246 Tagesschau, Corona-Pandemie STIKO empfiehlt Impfung für alle ab 12, Stand: 16.08.2021, <https://www.tagesschau.de/inland/stiko-impfempfehlung-105.html>, zul. aufgerufen am: 16.08.2021.

247 BT-Drs.19/26545, S. 2.

248 Ebda., S. 18.

C. Die Impfpriorisierung der CoronaImpfV in der verfassungsrechtlichen Überprüfung

Die erste CoronaImpfV²⁴⁹, die die Impfpriorisierung für den Impfstoff gegen das Coronavirus enthielt, stammt vom 18.12.2020 und trat rückwirkend zum 15.12.2020 in Kraft. Der Zweck der Priorisierung war es, bei begrenzter Verfügbarkeit von Impfstoff gegen das Coronavirus, Gruppen zu definieren, die einen vorrangigen Anspruch auf eine Schutzimpfung haben. Nach Zulassung des ersten Impfstoffs von BioNTech/Pfizer in der EU am 21.12.2020²⁵⁰ und dem anschließenden Impfstart in Deutschland am 27.12.2020²⁵¹ stand zunächst nur dieser eine Impfstoff in begrenzter Menge zur Verfügung. Doch auch zum Zeitpunkt der Aufhebung der Impfpriorisierung am 07.06.2021 waren die Kapazitäten bei mittlerweile vier zugelassenen Impfstoffen von BioNTech/Pfizer, AstraZeneca, Johnson & Johnson und Moderna, nicht in dem Ausmaß vorhanden, dass jeder Impfwillige auch einen sofortigen Termin bekommen konnte.²⁵²

Im Folgenden soll überprüft werden, ob die Impfpriorisierung der CoronaImpfV verfassungsgemäß war. Eingrenzend soll hier die CoronaImpfV überprüft werden, die bis zur Aufhebung der Priorisierung am 07.06.2021 galt²⁵³, sowie die dazugehörigen Ermächtigungsgrundlagen in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5, 9, 10 und 12 bis 14 SGB V und § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG (gültig ab 31.03.2021 - 31.05.2021). Die Impfverordnungen der Länder sollen nicht Teil der Betrachtung sein. Die Verfassungsmäßigkeit soll begrenzt auf die materiellen verfassungsrechtlichen Vorgaben überprüft werden. Der Schwerpunkt liegt auf den Maßgaben des Art. 80 I GG durch das Bestimmtheitsgebot sowie die Vereinbarkeit mit den Grundrechten aus Art. 2 II S. 1 GG und Art. 3 I GG und Rechtsinstituten, da diese im Fokus verfassungsrechtlicher Bedenken stehen.

I. Die Ermächtigungsgrundlagen und die Anforderungen des Art. 80 I GG

Im kommenden Abschnitt sollen die Ermächtigungsgrundlagen im Hinblick auf die Anforderungen aus Art. 80 I GG überprüft werden. Die Rechtsgrundlagen mit den wesentlichen Bestimmungen der Impfpriorisierung der CoronaImpfV²⁵⁴ sind in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a, Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V und § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG normiert. Deshalb sollen diese im Vordergrund stehen. Sie galten vom 31.03.2021 bis 31.05.2021. Durch die vielfältigen Überarbeitungen und Nachbesserungen der gesetzlichen Grundlagen im SGB V und dem IfSG durch die BevSchGe und das EpiLage-FortgeltungsG ergab sich ein komplexes Gefüge bei den Ermächtigungsgrundlagen.

Der Fokus der Betrachtung liegt auf der Vereinbarkeit der Ermächtigungsgrundlagen mit den materiell-rechtlichen Vorgaben des Art. 80 I GG. Dabei soll überprüft werden, ob die

249 CoronaImpfV vom 18.12.2020, BAnz AT 21.12.2020 V3.

250 Paul-Ehrlich-Institut, Europäische Kommission erteilt Zulassung des COVID-19-Impfstoffs von BioNTech/Pfizer für die Europäische Union, <https://t1p.de/PEI-EU-Zulassung-Impfstoff>, zul. aufgerufen am: 05.07.2021.

251 Leisner-Egensperger, NJW 2021, 202 (202).

252 BMG, Impfpriorisierung, Aufhebung der Impfpriorisierung, <https://www.zusammengegencorona.de/impfen/basiswissen-zum-impfen/aufhebung-der-impfpriorisierung/>, zul. aufgerufen am: 19.07.2021.

253 CoronaImpfV vom 31.03.2021, BAnz AT 01.04.2021 V1.

254 Ebda.

Ermächtigungsgrundlagen ausreichende Rechtsgrundlagen i.S.d. Art. 80 I S. 1 GG sind und ob sie durch den Gesetzgeber gem. Art. 80 I S. 2 GG nach „Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt“²⁵⁵ wurden.

1. Die Verfassungswidrigkeit der Vorgängerregelungen

Zunächst soll kurz auf die Vorgängerregelungen der Ermächtigungsgrundlagen in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2 S. 3, 7 und 8 sowie 10, 11 SGB V aF und § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. c und f IfSG aF²⁵⁶ eingegangen werden. Insgesamt stützten sich drei CoronaImpfV²⁵⁷, auf diese Ermächtigungsgrundlagen.

In beiden Ermächtigungsgrundlagen waren keine Anhaltspunkte gegeben, die das BMG zur Vornahme einer Priorisierung ausdrücklich ermächtigt hätten oder es sich aus der Auslegung der Ermächtigungsgrundlagen ergeben hätte.²⁵⁸ Darüber hinaus fehlte es an Priorisierungskriterien. Die groben Kriterien, die mit dem Dritten BevSchG²⁵⁹ bereits in § 20i III S. 2 Nr. 1 a IfSG eingefügt wurden²⁶⁰, waren nicht ausreichend.

Denn der Gesetzgeber ist bei Delegation an den Ordnungsgeber verpflichtet, Auswahlkriterien, die über die „Verteilung von Lebenschancen“²⁶¹ entscheiden können, selbst festzulegen.²⁶² Diese Ermächtigungsgrundlagen der CoronaImpfV in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 3, 7 und 8 sowie 10, 11 SGB V aF und § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. c und f IfSG aF²⁶³ genügten der Wesentlichkeitslehre, dem Parlamentsvorbehalt und wegen des Mangels an Bestimmtheit i.S.d. Art. 80 I S. 2 GG den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht. Dem Gesetzgeber wurde die beanstandete Verfassungswidrigkeit der Regelungen auch zugetragen.²⁶⁴

Der Kritik kam der Gesetzgeber schließlich mit dem EpiLage-FortgeltungsG nach, konkretisierte die Kriterien und schaffte eine ausdrückliche Priorisierungsbefugnis für das BMG. Die Frage stellt sich nun, ob die Ermächtigungsgrundlagen durch die Nachbesserungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

255 BVerfG, Beschl. vom 12. November 1958 – 2 BvL 1/57 – BeckRS 1958, 236, Ls. 7.

256 Beide gültig vom 19.11.2020 bis 30.03.2021.

257 CoronaImpfV vom 18.12.2020, BAnz AT 21.12.2020 V3, CoronaImpfV vom 08.02.2021, BAnz AT 08.02.2021 V1, CoronaImpfV vom 10.03.2021, BAnz AT 11.03.2021 V1.

258 Leisner-Egensperger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)263(1), S. 4-7.

259 BGBl. I 2397.

260 Siehe Abschnitt B. II. 2. c).

261 BVerfG, Urt. vom 18. Juli 1972 – 1 BvL 25/71 – BeckRS 1972, 104424, Rn. 61.

262 Ebda., Ls. 4; Kingreen/Kießling/Leisner-Egensperger, Keine Priorität für die Rechtswissenschaft, VerfBlog, 02.02.2021, <https://verfassungsblog.de/keine-prioritaet-fur-die-rechtswissenschaft/>, zul. aufgerufen am: 22.07.2021.

263 Beide gültig vom 19.11.2020-30.03.2021.

264 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, 04.12.2020, WD 3 - 3000 - 271/20, S. 3-6; Kingreen verweist auf mehrmaliges Drängen der rechtswissenschaftlichen Sachverständigen im Gesundheitsausschuss auf eine Anpassung der Rechtsgrundlagen für die CoronaImpfV s. Kingreen, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(3), S. 6f.; bereits im November forderte Klafki im Rahmen einer Stellungnahme zum Dritten BevSchG eine ausreichend konkrete Grundlage für eine Impfstoffverteilung s. Klafki, BT-Ausschussdrucksache 19(14)246(9), S. 9f.

2. Ermächtigungsadressaten

Der Adressat der Ermächtigungsgrundlagen in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V und § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG²⁶⁵ für die Impfpriorisierung ist das BMG. Gem. Art. 80 I S. 1 GG können auch Bundesminister zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt werden, soweit der Bundesgesetzgeber das BMG aus dem Adressatenkreis des Art. 80 I S. 1 GG als Verordnungsgeber auswählt²⁶⁶. Weil das BMG ermächtigt ist und nicht die Bundesregierung, ist auch keine Entscheidung als Kollegialorgan gem. Art. 62 GG vonnöten. Dem BMG steht ein Ermessens- und Gestaltungsspielraum zu, ob und wie es tätig wird. Dieser wird begrenzt durch den Rahmen, den der Gesetzgeber gem. Art. 80 I S. 2 GG vorgeben muss.

Die Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 80 I S. 2 GG sollen nachfolgend beleuchtet werden.

3. § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V

§ 20i I S. 1 SGB V regelt den Anspruch auf Schutzimpfungen Krankenversicherter und konkretisiert den allgemeinen Anspruch nach § 23 I Nr. 3 SGB V auf Leistungen zur Krankheitsverhütung.²⁶⁷ Dort befindet sich auch eine der Ermächtigungsgrundlagen der Impfpriorisierung in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V. Unter den Maßgaben des Art. 80 I S. 2 GG sollen im Folgenden der Regelungsstandort, die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage, sowie die Priorisierungsbefugnis, Priorisierungskriterien und deren Rangverhältnis beleuchtet werden. Abschließend wird das Verhältnis zu den Impfzielen und der STIKO nach § 20 IIa IfSG erörtert.

a) *Der Regelungsstandort*

Der Regelungsstandort der Ermächtigungsgrundlage in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V wirft Fragen bezüglich der Systematik und des Normzwecks auf.

Die CoronaImpfV wird durch staatliche Behörden ausgeführt, die die Verteilung des Impfstoffes administrieren.²⁶⁸ Der Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus richtet sich ebenfalls gegen den Staat, unter anderem gegen die Länder.²⁶⁹ Gem. § 1 II S. 1 CoronaImpfV sind Bund und Länder verpflichtet, sich an die Impfreiheitsfolge bei der Verteilung des Impfstoffes zu halten. Die Leistungserbringer in § 6 I CoronaImpfV werden durch Bund und Länder beauftragt.

Folglich handelt es sich beim Anspruch aus § 1 I CoronaImpfV weniger um einen krankenversicherungsrechtlichen Anspruch, der die Frage der Finanzierung einer Gesundheitsleistung regelt. Es handelt sich primär um einen Teilhabeanspruch auf eine staatliche Leistung, der

265 Gültig ab 31.03.2021 - 31.05.2021.

266 BVerfG, Beschl. vom 7. Oktober 1980 – 2 BvR 584, 598, 599, 604/76 – NJW 1981, 1659 (1660).

267 Krauskopf/Luik, § 20i SGB V, Rn. 2.

268 Kingreen, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(3), S. 9.

269 LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. vom 2. Februar 2021 – L 5 SV 1/21 B ER – BeckRS 2021, 888, Rn. 13.

gegenüber der Verwaltung im Rahmen der verfügbaren Kapazitäten, unter dem Vorbehalt der Möglichen, geltend gemacht werden kann.²⁷⁰

Der sozialversicherungsrechtliche Regelungsstandort im SGB V wirft deshalb Fragen auf. Denn es handelt sich bei § 20i SGB V um Ansprüche von gesetzlich Versicherten auf Kostenübernahme von Schutzimpfungen gegen ihre Krankenkasse. Damit handelt es sich um eine Kostenregelung, die Nichtversicherte und privat Versicherte eigentlich nicht erfasst.²⁷¹

Es stehen jedoch Allokationsentscheidungen knapper Gesundheitsgüter im Vordergrund der Impfpriorisierung.²⁷² Das Sozialversicherungsrecht kennt die Rationierung und Priorisierung von Gesundheitsgütern allerdings nicht.²⁷³ Es ist daher fraglich, ob der Regelungsstandort nicht zu einer Verklärung des Zwecks der Ermächtigungsgrundlage führt.

Wenn der Normzweck sich darauf richtet Unsicherheiten über die Kostenübernahme der Schutzimpfung auszuräumen²⁷⁴, so ist dies schwer mit der Priorisierung in Einklang zu bringen.

Der Gesetzgeber ist nach der Selbstentscheidungformel des BVerfG verpflichtet, selbst zu entscheiden „welche Fragen durch Rechtsverordnung geregelt werden können oder sollen“²⁷⁵. In der CoronaImpfV wird in §§ 9ff. auch die Kostentragung geregelt. Dennoch ist es problematisch, die Ermächtigung zur Priorisierungs- und Kostenregelung in der Ermächtigungsgrundlage zu verquicken. Denn der Zweck der Ermächtigung wird so nicht deutlich.

Es stellt sich deshalb die Frage, warum keine Integration in das IfSG gewählt wurde, die den infektionsschutzrechtlichen Fokus des Zwecks von der Kostentragung klar getrennt hätte.²⁷⁶

Ob der Kritik zum Regelungsstandort²⁷⁷, hätte eine umfassende Neuregelung der Ermächtigungsgrundlagen möglicherweise zu mehr Rechtsunsicherheit geführt vor dem Hintergrund der bald schon auslaufenden Impfpriorisierung. So können die inhaltlichen Nachbesserungen nach dem EpiLage-FortgeltungsG in § 20i SGB V als Übergangsrecht verstanden werden, das weniger Rechtsunsicherheit schafft und sachgerecht sein kann, solange es nur für begrenzte Zeit gilt.²⁷⁸

Dennoch ist der Normzweck aus dem Regelungsstandort schwer zu erschließen.

b) Grenzen der Ermächtigung und Anhörungspflichten

Art. 80 I S. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber das Ausmaß der Ermächtigungsgrundlage zu bestimmen. Dies entspricht auch der Selbstentscheidungsformel des BVerfG, nach der die Grenzen der Ermächtigung durch den Gesetzgeber festzulegen sind.²⁷⁹

Nach § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2 SGB V wird das BMG ermächtigt, eine Verordnung

270 VG Aachen, Beschl. vom 12. Mai 2021 – 7 L 303 – BeckRS 2021, 11522, Rn. 20.

271 Kießling, BT-Ausschussdrucksache 19(14)263(5), S. 6.

272 Kingreen, BT-Ausschussdrucksache 19(14)263(2), S. 5.

273 Kingreen, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(3), S. 8f.

274 Leisner-Egensperger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)263(1), S. 5; Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, 04.12.2020, WD 3 - 3000 - 271/20, S. 4.

275 BVerfG, Urt. vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 – NVwZ 2018, 1703, Rn. 202.

276 Ein Vorschlag eines § 20a IfSG zur Priorisierung bei beschränkter Verfügbarkeit von Impfstoffen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 s. Kingreen, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(3), S. 10.

277 Kingreen/Kießling/Leisner-Egensperger, Keine Priorität für die Rechtswissenschaft, VerfBlog, 02.02.2021, <https://verfassungsblog.de/keine-prioritaet-fuer-die-rechtswissenschaft/>, zul. aufgerufen am: 22.07.2021.

278 Leisner-Egensperger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(9), S. 27f.

279 BVerfG, Urt. vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 – NVwZ 2018, 1703, Rn. 202.

zur Regelung des Schutzimpfungsanspruchs gegen das Coronavirus und gem. § 20i III S. 4 SGB V eine damit verbundene Impfpriorisierung zu erlassen. Dies gilt gem. § 20i III S. 2 SGB V vorbehaltlich der Feststellung einer epidemischen Lage nationaler Tragweite durch den Bundestag nach § 5 I S. 1 IfSG, wodurch die Ermächtigung begrenzt wird. Es bedarf jedoch keiner Zustimmung des Bundesrates.²⁸⁰

Eine zeitliche Befristung der CoronaImpfV besteht ebenfalls gem. § 20i III S. 15 SGB V²⁸¹ durch die Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite durch den Bundestag. Folglich führte eine Aufhebung nach § 5 I S. 2 IfSG zur Aufhebung der Rechtsverordnung. Damit besteht eine weitere Rückanbindung an das Parlament, die die Ermächtigung einhegt.

Nach § 20i III S. 9, S. 10 und S. 12 SGB V (mit Geltung bis zum 31.05.2021) ist das BMG ebenso verpflichtet, vor Erlass der Rechtsverordnung den Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Kassenärztliche Bundesvereinigung, die STIKO und den Verband der Privaten Krankenversicherung anzuhören. Dies grenzt den Spielraum des BMG beim Verordnungserlass zwar nicht ein, jedoch haben Experten die Möglichkeit, Probleme aufzuzeigen, die das BMG berücksichtigen kann.

Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass die Ermächtigungsgrundlagen und die Notwendigkeit einer Priorisierung durch die Steigerung der Impfstoffverfügbarkeit extern zeitlich begrenzt ist. Dies kann die Anforderungen an die Bestimmtheit reduzieren.²⁸² Eine weitere Grenze besteht durch den Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage, der sich direkt auf das Coronavirus in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a, S. 4 und S. 5 SGB V bezieht. Damit ließe sich die Ermächtigung auch nicht auf die Bekämpfung anderer Infektionskrankheiten, damit in Verbindung stehenden Schutzimpfungsansprüchen und einer Impfpriorisierung ausdehnen. Man kann so abschließend eine ausreichend begrenzte Ermächtigung i.S.d. Art. 80 I S. 2 GG in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V feststellen.

c) Priorisierungsbefugnis, Kriterienkatalog und Rangverhältnis

Priorisierungskriterien, ihr Rangverhältnis und eine ausdrückliche Priorisierungsbefugnis spielen bei der Bewertung der Bestimmtheit eine übergeordnete Rolle. Einerseits sind ihre Auswirkungen entscheidend, andererseits müssen Inhalt und Zweck der Verordnungsermächtigung durch den Gesetzgeber bestimmt werden.

Es wurde bereits festgestellt, dass der Zweck der Ermächtigung durch den Regelungsstandort nicht deutlich wird. Darum ist zu prüfen, ob sich der Normzweck und -inhalt durch andere Bestimmungen konkretisieren lässt.

Mit dem EpiLage-FortgeltungsG²⁸³ wurde erstmals eine ausdrückliche Priorisierungsbefugnis für das BMG geschaffen in § 20i III S. 4 SGB V. Diese ermächtigt das BMG „im Fall beschränkter Verfügbarkeit von Impfstoffen eine Priorisierung der Anspruchsberechtigten nach Personengruppen“ festzulegen.

Mit dem EpiLage-FortgeltungsG wurde ebenfalls eine Erweiterung der Priorisierungskriterien in § 20i III S. 5 SGB V vorgenommen. Sie sehen „insbesondere das Alter der Anspruchsberechtigten, ihr Gesundheitszustand, ihr behinderungs-, tätigkeits- oder aufenthaltsbedingtes

280 Zur Beteiligung des Bundesrates s. auch *B. II. 2. a)*.

281 Mit Geltung bis zum 31.05.2021.

282 Wollenschläger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(18), S. 27.

283 BGBl. I 370.

SARS-CoV-2-Expositionsrisiko sowie ihre Systemrelevanz in zentralen staatlichen Funktionen, Kritischen Infrastrukturen oder zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge“ als Kriterien für die Priorisierung vor, wobei diese sich inhaltlich wesentlich mit den bereits bestehenden Kriterien in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a SGB V überschneiden.

Die Formulierung „insbesondere“ zeigt, dass die Aufzählung der Priorisierungskriterien nicht abschließend ist. Dies führt dazu, dass das BMG auf Basis des § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a, S. 4 und S. 5 SGB V nach wie vor selbst Kriterien abändern oder hinzufügen kann. Das schwächt die Rechtsgrundlage hinsichtlich ihrer inhaltlichen Bestimmtheit wiederum ab, da die Regelungsdichte durch die Novellierung nicht wesentlich erhöht worden ist. Ein abschließender formellgesetzlicher Kriterienkatalog, der die Berechtigten der CoronaImpfV vorzeichnet, hätte die Rechtsgrundlage stärken und dennoch Spielräume der Verordnungsgebung zur Auskonkretisierung offenlassen können. Jedoch wäre die Flexibilität in der Handhabung eingeschränkt. Die Sachverständige Leisner-Ebensperger hält die Offenheit der Kriterien für verfassungsrechtlich zulässig, um dynamischen Anpassungserfordernissen wie der Verfügbarkeit von Impfstoffen unterschiedlicher Qualität und Quantität Sorge zu tragen.²⁸⁴ Dass das Programm der Ermächtigung trotz der Öffnung der Priorisierungskriterien abgesehen werden kann und die Ermächtigungsgrundlage den Vorgaben des Art. 80 I S. 2 GG entspricht, meint auch der Sachverständige Brenner.²⁸⁵

Die Rspr. des BVerfG gibt darüber hinaus vor, dass der Gesetzgeber i.S.d. Parlamentsvorbehalts bei „der einschneidenden Bedeutung der Auswahlregelung“²⁸⁶, die durch die Priorisierung zweifelsfrei vorliegt, nicht nur die Auswahlkriterien selbst sondern auch „deren Rangverhältnis untereinander“²⁸⁷ selbst festzulegen hat. Dem ist der Gesetzgeber nicht nachgekommen. Das Rangverhältnis der Auswahlkriterien wird erst durch §§ 2-4 CoronaImpfV deutlich. Die Reihenfolge der Impfpriorisierung gesetzlich offen zu lassen kann allerdings im Sinne eines dynamischen Grundrechtsschutzes und Anpassungserfordernissen als erforderlich angesehen werden.²⁸⁸ Es ist dennoch zu hinterfragen, ob der Gesetzgeber nicht eine grobe Hierarchisierung hätte vornehmen können, ohne dabei jede Flexibilität zu verhindern. Dazu wären etwa Öffnungsklauseln für besondere Fälle von Anpassungserfordernissen geeignet gewesen. Diese Möglichkeit hätte sich auch für die Kriterien ergeben.

Auch wenn es die Einschätzung gibt, der Bestimmtheit i.S.d. Art. 80 I S. 2 GG sei im Angesicht des komplexen Sachverhalts und der Dynamik hinsichtlich des Zwecks und des Inhalts auch bei Offenheit der Kriterien und fehlendem Rangverhältnis genüge getan²⁸⁹, so hätte sich die parlamentarische Rückanbindung der Priorisierungsentscheidungen und die Regelungsdichte durch eine gesetzliche Stufenregelung angelehnt an §§ 1ff. CoronaImpfV²⁹⁰ wesentlich erhöhen lassen. Um die Verbindung der Kriterien mit den Impfzielen soll es im Folgenden gehen.

284 Leisner-Egensperger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(9), S. 30ff.

285 Brenner, Öffentliche Anhörung, Ausschuss für Gesundheit, Epilage-FortgeltungsG, Protokoll-Nr. 19/137, <https://t1p.de/oeffentl-anhoerung-bundesgesundheitsausschuss-EpiLageFortgeltungsG>, zul. aufgerufen am: 28.08.2021, S. 5f.

286 BVerfG, Urt. vom 18. Juli 1972 – 1 BvL 25/71 – BeckRS 1972, 104424, Rn. 76.

287 Ebda.

288 Brenner, Öffentliche Anhörung, Ausschuss für Gesundheit, Epilage-FortgeltungsG, Protokoll-Nr. 19/137, <https://t1p.de/oeffentl-anhoerung-bundesgesundheitsausschuss-EpiLageFortgeltungsG>, zul. aufgerufen am: 28.08.2021, S. 5.

289 Leisner-Egensperger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(9), S. 30f.; Brenner, Öffentliche Anhörung, Ausschuss für Gesundheit, Epilage-FortgeltungsG, Protokoll-Nr. 19/137, <https://t1p.de/oeffentl-anhoerung-bundesgesundheitsausschuss-EpiLageFortgeltungsG>, zul. aufgerufen am: 28.08.2021, S. 5; Wollenschläger, BT- Ausschussdrucksache 19(14)288(18), S. 30f.

290 Wollenschläger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(18), S. 31.

d) *Verweis auf Impfziele und die STIKO*

Die Impfziele in § 20 IIa IfSG wurden gleichzeitig mit den Anpassungen in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a S. 4 und S. 5 SGB V und § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG durch das EpiLage-FortgeltungsG vom 29.03.2021 normiert. Die Impfziele sollen die Priorisierungskriterien flankieren und einen „Rahmen für Priorisierungsentscheidungen“²⁹¹ vorgeben. Dabei wird das Verhältnis von Zielen und Kriterien nicht ganz deutlich, da sich diese in ihren Inhalten vielfach überschneiden.²⁹² So ist das Ziel nach § 20 IIa S. 1 Nr. 5 IfSG die „Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen, von Kritischen Infrastrukturen, von zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge und des öffentlichen Lebens“, nahezu kongruent mit dem Priorisierungskriterium in § 20i III S. 5 SGB V „Systemrelevanz in zentralen staatlichen Funktionen, Kritischen Infrastrukturen oder zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge“.

Weiter ist fraglich, wen die Impfziele prioritär adressieren. Einerseits richtet sich § 20 IIa S. 1 IfSG an die STIKO, die sich bei ihren Empfehlungen nach den Impfzielen auszurichten hat. Allerdings entscheidet die STIKO als unabhängiges Sachverständigengremium mit medizinischer Expertise auf Basis wissenschaftlicher Evidenz. Daher sollte sie keine normativ-ethischen Priorisierungsentscheidungen treffen²⁹³, auch wenn ihr bei der Entwicklung und Evaluation der Kriterien durch ihre Expertise eine wichtige Rolle zukommt. Außer der methodischen Fragwürdigkeit einer Verpflichtung der STIKO durch Impfziele für Empfehlungen, gefährdet dies auch ihre Unabhängigkeit als wissenschaftliche Expertenkommission.²⁹⁴ Deshalb ist es fraglich, ob die Impfziele als rechtliche Rahmenbedingungen für die STIKO eigentlich verfehlt sind, wenn die Impfziele doch primär einen Rahmen für Priorisierungsentscheidungen²⁹⁵ geben sollen.

Das BMG muss sich bei einer Regelung zur Priorisierung durch Rechtsverordnung ebenfalls nach den Impfzielen in § 20 IIa S. 1 Nr. 1 bis 5 IfSG ausrichten. Doch wie bereits erläutert ähneln sich Impfziele und die Priorisierungskriterien, die dem BMG in § 20i III SGB V bereits vorgegeben sind, sehr.

Die Impfziele in § 20 IIa IfSG und die Verknüpfung mit den Priorisierungskriterien gem. § 20i III S. 4 SGB V ergeben tatsächlich ein „Kaskadenmodell“²⁹⁶, welches das „Verhältnis zwischen Parlamentsgesetz, Rechtsverordnung und STIKO-Empfehlungen“²⁹⁷ verklärt. Eine Aufnahme von Impfzielen in die Ermächtigungsgrundlagen, die das BMG direkt adressieren und eine Ergänzung und Flankierung der Priorisierungskriterien und -befugnis darstellen, wäre im Sinne der Bestimmtheit gewesen.

Der zusätzliche Umweg über § 20 IIa IfSG, der eine weitere Norm in das bereits bestehende Grundlagengeflecht inkludiert, ist der Vorhersehbarkeit von Inhalt und Tendenz einer Verordnung aus der Ermächtigungsgrundlage nicht zuträglich. Eine Klärung des Verhältnisses von Impfzielen und -kriterien, sowie eine Verbindung von beiden Regelungsinhalten wäre daher notwendig gewesen, um der Bestimmtheit Sorge zu tragen.²⁹⁸

291 BT-Drs.19/26545, S. 2.

292 Kingreen, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(3), S. 8.

293 Ebda., S. 7f.

294 Leisner-Egensperger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(9), S. 30.

295 BT-Drs.19/26545, S. 2.

296 Kingreen, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(3), S. 7.

297 Ebda.

298 aA Wollenschläger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(18), S. 29f.

4. § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG

Wie bereits erläutert²⁹⁹ wurde die ausdrückliche Ermächtigung zum Erlass einer Verordnung mit dem Inhalt einer Priorisierung in die Ermächtigungsgrundlage des § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG erst mit dem EpiLage-FortgeltungsG³⁰⁰ vom 29.03.2021 aufgenommen. Das BMG wird nach § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG ermächtigt, durch Rechtsverordnung „Regelungen zum Vertrieb, zur Abgabe, Preisbildung und -gestaltung, Erstattung, Vergütung sowie für den Fall beschränkter Verfügbarkeit von Arzneimitteln einschließlich Impfstoffen zur Priorisierung der Abgabe und Anwendung der Arzneimittel oder der Nutzung der Arzneimittel durch den Bund und die Länder zu Gunsten bestimmter Personengruppen vorzusehen“. Die im Folgenden dargestellten Regelungen galten ebenfalls vom 31.03.2021 bis 31.05.2021.

Inhalt, Zweck und Ausmaß nach Art. 80 I S. 2 GG sollen auch bei dieser Ermächtigungsnorm im Folgenden untersucht werden.

a) *Grenzen der Ermächtigungsgrundlage*

Zunächst ist zu untersuchen, inwiefern die Ermächtigung begrenzt ist.

Die Ermächtigung gilt nach § 5 II S. 1 IfSG ebenfalls nur „im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“. Eine Begrenzung des Ausmaßes der Ermächtigungsgrundlage in § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG gilt somit wie im Falle von § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V durch die Feststellung des Bundestages einer epidemischen Lage nationaler Tragweite. Nach § 5 IV IfSG ist die CoronaImpfV ebenfalls befristet bis zur Aufhebung der epidemischen Lage nationaler Tragweite. Es bedarf wie bei der Ermächtigungsgrundlage in § 20i III S. 2 SGB V keiner Zustimmung des Bundesrates nach § 5 II S. 1 Nr. 4 IfSG. Nach § 5 III IfSG bedürfen Rechtsverordnungen aus § 5 II Nr. 4 IfSG allerdings dem Einvernehmen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, gem. § 5 III S. 2 IfSG³⁰¹.

Die zweite Grenze, die bei § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V durch den Gesetzgeber durch den ausdrücklichen Bezug zum Coronavirus³⁰² gesetzt wurde, gilt für § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG jedoch nicht. Dort gilt die Ermächtigung zur Priorisierung allgemein „für den Fall beschränkter Verfügbarkeit von Arzneimitteln einschließlich Impfstoffen zur Priorisierung der Abgabe und Anwendung der Arzneimittel oder der Nutzung der Arzneimittel durch den Bund und die Länder zu Gunsten bestimmter Personengruppen“. Damit ist sie lediglich begrenzt auf die Feststellung einer epidemischen Lage nationaler Tragweite nach § 5 I S. 1 IfSG und die beschränkte Verfügbarkeit von Arzneimitteln einschließlich Impfstoffen.

Der Gesetzesentwurf zum EpiLage-FortgeltungsG sieht vor, dass „der Erlass von Regelungen ermöglicht wird, die über den derzeitigen Regelungsinhalt der Corona-Impfstoffverordnung zur priorisierten Nutzung und Anwendung der Corona-Impfstoffe vom 8. Februar 2021 hinausgehen“³⁰³. Die Intention einer Ausweitung der Ermächtigungsgrundlage durch den Gesetzgeber im Hinblick auf priorisierte Nutzung und Abgabe von Arzneimitteln³⁰⁴ ist im

299 s. B. II. 2. d)

300 BGBl. I 370.

301 Ehemals § 5 III S. 3 IfSG aF, geändert durch EpiLage-FortgeltungsG vom 29.03.2021.

302 Wollenschläger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(18), S. 27.

303 BT-Drs. 19/27291, S. 59.

304 Kießling IfSG/Hollo, § 5 IfSG, Rn. 27.

Hinblick auf die Bestimmtheitstrias problematisch, da die Novellierung durch das EpiLage-FortgeltungsG eigentlich „konkretisierenden Charakter“³⁰⁵ für die Ermächtigungsgrundlage in § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG haben sollte. Damit sollte sich eine Verengung des Spielraums der Verordnungsgebung, sowie eine Erhöhung der Regelungsdichte ergeben, anstatt einer Ausweitung der Ermächtigung über Schutzimpfungen und Arzneimittel gegen das Coronavirus hinaus.

Mit der Streichung des Wortes „insbesondere“ im Einleitungsteil von § 5 II S. 1 Nr. 4 IfSG hat der Gesetzgeber allerdings eine Begrenzung vorgenommen, sodass die Regelungstatbestände der Ermächtigungsgrundlagen in § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. a-g IfSG nunmehr als abschließend zu verstehen sind. Laut Gesetzesentwurf sollte dies die Bestimmtheit im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit der Verordnungsermächtigung erhöhen.³⁰⁶

Eine adäquate Begrenzung des § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG ließe sich dem Wortlaut nach nicht erschließen, da die Vorhersehbarkeitsformel des BVerfG vorsieht, dass bereits die Ermächtigungsgrundlage erkennen lassen muss „in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird“³⁰⁷. Die Verordnungsermächtigung bezieht sich auf die beschränkte Verfügbarkeit von Arzneimitteln und Impfstoffen allgemein, damit ist sie auch unabhängig von der Bekämpfung der Corona-Pandemie anwendbar, auch wenn sie durch die epidemische Lage nationaler Tragweite begrenzt ist.

Das Ziel der Ermächtigungsgrundlage ist dagegen durch den Gesetzgeber ausdrücklich durch die Ermächtigung zur Vornahme einer Priorisierung für den Fall beschränkter Verfügbarkeit von Impfstoffen vorgegeben.

b) Priorisierungskriterien und Impfziele

§ 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG wurde zwar durch eine ausdrückliche Priorisierungsbefugnis bei der Impfstoffabgabe und -anwendung ergänzt, es fehlt aber an weiteren Anpassungen, die in § 20i III SGB V und in § 20 IIa IfSG vorgenommen wurden.

Die Ermächtigungsgrundlage in § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG kennt weder Auswahlkriterien für die Priorisierungsentscheidungen noch Impfziele und es existiert auch kein Verweis auf § 20i III SGB V oder auf § 20 IIa IfSG.³⁰⁸ Allerdings enthält § 20 IIa S. 2 IfSG einen Verweis auf die Ermächtigungsnorm des § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG. Nach § 20 IIa S. 2 IfSG müssen sich die auf Grund § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG und § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V erlassenen Rechtsverordnungen an den Impfzielen „im Fall beschränkter Verfügbarkeit von Impfstoffen bei notwendigen Priorisierungen“ ausrichten.

Die Ursache fehlender Kriterien und Verweise könnte sein, dass der Gesetzesentwurf des EpiLage-ForgeltungsG ursprünglich keine Änderung der vorher geltenden Ermächtigungsgrundlagen in § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. c und f IfSG aF³⁰⁹ vorsah.³¹⁰ Erst mit Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit wurde § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. c IfSG als Ermächtigungsgrundlage verworfen und die Ermächtigung zur Priorisierung in § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG aufgenommen.³¹¹

305 BT-Drs. 19/27291, S. 59.

306 Ebda.

307 BVerfG, Urt. vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 – NVwZ 2018, 1703, Rn. 202.

308 Diese Kritik teilt auch Hollo in Kießling IfSG/Hollo, § 5 IfSG, Rn. 33.

309 Mit Geltung vom 19.11.2020 bis 30.03.2021.

310 BT-Drs.19/26545, S. 5f.

311 BT-Drs. 19/27291, S. 9.

Damit sollten „ausdrücklich Regelungen ermöglicht [werden], die für den Fall beschränkter Verfügbarkeit von Arzneimitteln einschließlich Impfstoffen die priorisierte Abgabe und Anwendung der Arzneimittel oder die priorisierte Nutzung dieser durch den Bund und die Länder zu Gunsten bestimmter Personengruppen vorsehen.“³¹²

Durch die fehlenden Kriterien in § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG ist die Ermächtigungsgrundlage isoliert betrachtet inhaltlich somit nicht ausreichend bestimmt, da es an Auswahlzielen und -kriterien zur Priorisierung fehlt, die in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V nachgeschärft wurden.

c) *Normzweck*

Die Wissenschaftlichen Dienste kritisierten die fehlenden Zielvorgaben bereits, als noch § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. c und f IfSG aF (mit Geltung bis zum 30.03.2021) die Ermächtigungsgrundlagen der CoronaImpfV darstellten. Dort hieß es, dass „diese Regelung [...] keine Zielvorgaben für die Verteiler eines Impfstoffes“³¹³ enthalte und der Wortlaut der Regelung zeige, „dass die Regelung vor allem die Produktions- und Distributionsprozesse im Fokus hat“³¹⁴.

Auch der Wortlaut des § 5 II S. 1 Nr. 4 IfSG bezieht sich ausdrücklich auf „Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln einschließlich Impfstoffen“, weiteren Medizinprodukten, sowie Schutzausrüstung und der Logistik dieser Produkte. Damit deutet die Norm hinsichtlich des Zwecks eher auf den Schwerpunkt einer logistischen Verteilung und Beschaffung von Impfstoffen hin. Die logistische Verteilung des Impfstoffes auf Ärzte, Impfzentren und andere beteiligte Leistungserbringer wie deren Vergütung und andere organisatorische Fragen sind in §§ 5ff. CoronaImpfV geregelt. Die Priorisierung dagegen richtet sich inhaltlich auf wertende Allokationsentscheidungen bei Verteilung des knappen Impfstoffes, nicht die Logistik. Sie wird jedoch mit diesen Fragen in § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG vermischt.

Es scheint naheliegend, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG und der dort genannten „Abgabe und Anwendung der Arzneimittel oder der Nutzung“ die Durchführung der priorisierten Abgabe und Anwendung durch die Leistungserbringer nach § 6 CoronaImpfV wie Arztpraxen, Impfzentren und andere impfende Ärzte im Blick hatte, die die Priorisierung beauftragt durch Bund und Länder durchführen nach § 6 I S. 6 CoronaImpfV und sich nach § 1 II S. 1 CoronaImpfV an die Impfreiheitsfolge halten müssen.

Doch konkret wird das am Wortlaut und der systematischen Einbettung in § 5 II Nr. 4 IfSG nicht deutlich. Auch die Abgrenzung zwischen „Abgabe“, „Anwendung“ und „Nutzung“ ist nicht klar ersichtlich, weshalb die Ermächtigungsgrundlage des § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG in Gänze schwer zu erfassen ist.³¹⁵

312 BT-Drs. 19/27291, S. 59.

313 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, 04.12.2020, WD 3 - 3000 - 271/20, S. 6.

314 Ebda.

315 So auch in Kießling IfSG/Hollo, § 5 IfSG, Rn. 27.

5. Zwischenfazit

Es scheint, als seien die Ermächtigungsgrundlagen der Impfpriorisierung der CoronaImpfV mit heißer Nadel gestrickt worden. Denn an den Rechtsgrundlagen der CoronaImpfV wurden stets nur partielle Änderungen vorgenommen und so ist schließlich ein sehr unüberschaubares Geflecht an Ermächtigungen entstanden.

Die inhaltliche Ausfüllung der Ermächtigungsgrundlagen verbleibt im Wesentlichen auch nach der Novellierung durch das EpiLage-FortgeltungsG bei der Ermächtigungsnorm in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V, die aber mit § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG eher unverbunden erscheint, auch wenn die Impfziele in § 20 IIa S. 2 IfSG wiederum eine Schnittstelle herstellen.

Obwohl das Ausmaß der Ermächtigung in § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG begrenzt ist auf die epidemische Lage nationaler Tragweite, so fehlt es an einem direkten Bezug zu einer Priorisierung bei Schutzimpfungen gegen das Coronavirus. Zweck und Inhalt der Ermächtigungsnorm des § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG bleiben offen. Denn in welchen Fällen und mit welcher Tendenz³¹⁶ von ihr Gebrauch gemacht werden oder welches Programm durch die Ermächtigung verwirklicht werden soll³¹⁷, bleibt unscharf.

Bei isolierter Betrachtung von § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG sind Begrifflichkeiten nicht genau bestimmt und inhaltlich wird nicht deutlich, was durch die Norm außer einer priorisierten Abgabe, Anwendung und Nutzung von Impfstoffen realisiert werden soll. Denn es fehlt an Auswahlkriterien, die diese Ermächtigung flankieren und den Spielraum des BMG beim Verordnungserlass dahingehend begrenzen.

Art. 80 I S. 2 GG verbietet es nicht, auslegungsbedürftige Begriffsbestimmungen zu verwenden. Jedoch ist fraglich, ob sich aus der Auslegung des § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG genaueres ergeben würde. Eine Ergänzung von Impfzielen, Auswahlkriterien oder weiterer Bestimmungen, die Inhalt, Zweck und Ausmaß einer auf § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG gestützten Rechtsverordnung klarer bestimmen würden, wäre im Falle der Ermächtigungsnorm des § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG i.S.d. Bestimmtheitstrias des Art. 80 I S. 2 GG notwendig gewesen.

Im Sinne der Rechtssicherheit ist es nachzuvollziehen, dass der Gesetzgeber die Aufteilung zwischen SGB V und IfSG durch das EpiLage-FortgeltungsG vom 29.03.2021 in Anbetracht der auslaufenden Priorisierung nicht mehr beseitigt hat. Dennoch stellt sich angesichts des § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG die Frage nach dem Mehrwert als Grundlage für die Impfpriorisierung³¹⁸.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Gesetzgeber mit der Überarbeitung der Ermächtigungsgrundlage des § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V durch das EpiLage-FortgeltungsG der Kritik an der Bestimmtheit der Norm zu einem großen Teil nachgekommen ist. Die Ermächtigungsgrundlage enthält in § 20i III S. 4 SGB V eine ausdrückliche Priorisierungsbefugnis für das BMG und weitere Verteilungskriterien in § 20i III S. 5 SGB V für den knappen Impfstoff. Auch die Normierung von Impfzielen in § 20 IIa IfSG gibt einen weiteren Rahmen vor, wobei eine Verbindung der Impfziele und das Verhältnis zur Ermächtigungsgrundlage selbst offengeblieben ist.

Ob die Ermächtigungsgrundlagen der Bestimmtheitstrias genügen im Hinblick auf die Wesentlichkeitstheorie und den Parlamentsvorbehalt, soll an dieser Stelle vorerst offen bleiben

316 BVerfG, Urt. vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 – NVwZ 2018, 1703, Rn. 202.

317 Ebda.

318 Hollo attestiert der Norm keinen Mehrwert in Kießling IfSG/Hollo, § 5 IfSG, Rn. 27; von einem unübersichtlichen „Kaskadenmodell“ spricht Kingreen, Kingreen, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(3), S. 7.

und mit der abschließenden Prüfung der Vereinbarkeit mit den Grundrechten im kommenden Abschnitt bewertet werden.

II. Die Impfpriorisierung der CoronaImpfV und die Vereinbarkeit mit den Grundrechten und Rechtsinstituten

Es bleibt zu prüfen, ob die Regelungen der CoronaImpfV³¹⁹ selbst den verfassungsrechtlichen Anforderungen der betroffenen Grundrechte, wie dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Art. 2 II S. 1 GG, der damit einhergehenden Schutzpflicht nach Art. 2 II 1 i.V.m. Art. 1 I S. 2 GG, dem allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 I GG und daraus abgeleiteten teilhaberechtlichen Ansprüchen aus Art. 2 II S. 1 und Art. 3 I GG genügen.

Herangezogen wird zu dieser Überprüfung auch Rspr. zu vorangegangenen CoronaImpfV, da diese trotz Überarbeitungen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit den Grundrechten wichtige Grundsatzentscheidungen enthalten, die im Wesentlichen auch auf die in diesem Beitrag fokussierte CoronaImpfV³²⁰ übertragbar sind.

Zunächst soll die Entstehung und der Inhalt der Impfpriorisierung eingeordnet werden. Dies dient der daran anschließenden Prüfung der Vereinbarkeit der Impfpriorisierung mit Art. 2 II S. 1 GG und Art. 3 I GG, sowie der Wesentlichkeitstheorie und dem Parlamentsvorbehalt. Zuletzt soll die Grundrechtsdienlichkeit von Exekutivnormsetzung beleuchtet werden.

1. Entstehung und Inhalt der Impfpriorisierung

Im nachfolgenden Abschnitt soll die Entstehung der Kriterien der Impfpriorisierung durch die Kommission aus STIKO, Leopoldina und dem Deutschen Ethikrat (DER), sowie die Ausgestaltung der Impfpriorisierung in §§ 1-4 CoronaImpfV fokussiert und eingehend erläutert werden. Diese Einordnung dient der späteren Prüfung der Vereinbarkeit der Impfpriorisierung mit den Grundrechten und Rechtsinstituten.

a) Entstehungshistorie

Zur Entwicklung der Kriterien zur Verteilung des knappen Impfstoffes beauftragte das BMG eine Expertenkommission, die aus der STIKO, der Leopoldina und dem DER bestand und bereits am 09.11.2020 ein gemeinsames Positionspapier vorstellte³²¹, welches als Grundlage für die Impfpriorisierung der CoronaImpfV diente.

Dabei orientierten sich die von der Kommission entwickelten Kriterien an Werten wie Selbstbestimmung, Integritätsschutz, Nichtschädigung, Rechtsgleichheit, Gerechtigkeit und

319 CoronaImpfV vom 31.03.2021, BAnz AT 01.04.2021 V1.

320 Ebda.

321 STIKO, DER und Leopoldina, Positionspapier „Wie soll der Zugang zu einem COVID-19-Impfstoff geregelt werden?“, <https://t1p.de/Positionspapier-DER-STIKO-Leopoldina-Impfstoffverteilung>, zul. aufgerufen am: 05.07.2021.

Dringlichkeit.³²²

Bei Nichtschädigung und Integritätsschutz fokussierten die Experten die Verhinderung schwerwiegender Schäden durch die Immunisierung. Damit ist sowohl der Lebens- und Gesundheitsschutz des Individuums als auch der Schutz Dritter gemeint, auch die Verhinderung psychosozialer Schäden und die mögliche Beeinträchtigung systemrelevanter Infrastrukturen flossen in die Bewertung mit ein.³²³

Beim Kriterium der Rechtsgleichheit und Gerechtigkeit lehnte die Kommission ihre Wertentscheidung an die Rspr. des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz an. Daraus folgte die Einschätzung, gleich vom Coronavirus gefährdete Personen müssten bei Impfstoffknappheit gleich priorisiert werden, andersherum sei die Ungleichbehandlung bei der Priorisierung gerechtfertigt und erforderlich, soweit sie auf einer ungleichen Gefährdungslage beruhe.³²⁴

Die Dringlichkeit wiederum fokussiert die Wahrscheinlichkeit einer sehr schweren Erkrankung für Personen. Damit einhergehend benannte das Positionspapier bereits diejenigen Impfziele³²⁵, die erst mit dem EpiLage-FortgeltungsG³²⁶ m.W.v. 31.03.2021 in § 20 IIa S. 1 IfSG auch rechtsverbindlich normiert wurden.

Aus den von der Expertenkommission hergeleiteten Kriterien folgte die Einteilung in Personengruppen, die einen priorisierten Schutzimpfungsanspruch gegen das Coronavirus haben sollten. Dies waren zunächst hochbetagte Personen und Personen mit Vorerkrankungen, sowie Gesundheits- und Pflegepersonal und Personen, die zur Aufrechterhaltung staatlicher Funktionen oder der Daseinsvorsorge besonders gebraucht werden und besonders exponiert sind.³²⁷ Später wurden diese Kriterien durch Empfehlungen der STIKO zu einzelnen Impfstoffen, sowie Surveillance zu Nebenwirkungen durch das Paul-Ehrlich-Institut angepasst und flossen in die Überarbeitungen der CoronaImpfV mit ein.

Besonders hervorzuheben ist die frühzeitige Forderung der Expertenkommission nach einer klaren parlamentsgesetzlichen Grundlage für die Impfpriorisierung aufgrund der Grundrechtsrelevanz.³²⁸

b) Regelungsinhalt der CoronaImpfV (Impfpriorisierung)

Das BMG ist inhaltlich den erarbeiteten Kriterien der Expertenkommission gefolgt und hat besonders vulnerablen Gruppen und Personen mit hohem Expositionsrisiko einen Vorrang bei der Schutzimpfung eingeräumt.

Die Impfpriorisierung normiert diesen vorrangigen Zugang zur Schutzimpfung gegen das Coronavirus in der CoronaImpfV. Dabei wird unterschieden zwischen Schutzimpfungen mit höchster (§ 2 CoronaImpfV), hoher (§ 3 CoronaImpfV) und erhöhter (§ 4 CoronaImpfV)

322 DER, Pressemitteilung, Empfehlungen für einen gerechten und geregelten Zugang zu einem COVID-19-Impfstoff, <https://t1p.de/deutscher-ethikrat-pressemitteilung>, zul. aufgerufen am: 05.07.2021.

323 STIKO, DER und Leopoldina, Positionspapier „Wie soll der Zugang zu einem COVID-19-Impfstoff geregelt werden?“, <https://t1p.de/Positionspapier-DER-STIKO-Leopoldina-Impfstoffverteilung>, zul. aufgerufen am: 05.07.2021, S. 2.

324 Ebda.

325 Ebda., S. 3.

326 BGBl. I 370.

327 STIKO, DER und Leopoldina, Positionspapier „Wie soll der Zugang zu einem COVID-19-Impfstoff geregelt werden?“, <https://t1p.de/Positionspapier-DER-STIKO-Leopoldina-Impfstoffverteilung>, zul. aufgerufen am: 05.07.2021, S. 3.

328 Ebda., S. 4.

Priorität.³²⁹

Die Regelungen zur Impfpriorisierung sind in der CoronaImpfV in den §§ 1-4 CoronaImpfV verankert, weshalb diese herausgestellt werden sollen. Wie bereits erwähnt soll aufgrund der zahlreichen Neufassungen und Änderungsverordnungen hier einzig die CoronaImpfV vom 31.03.2021³³⁰ fokussiert werden. Diese galt ab ihrem Inkrafttreten am 01.04.2021 bis zur Aufhebung der Priorisierung am 07.06.2021 durch die CoronaImpfV vom 01.06.2021³³¹.

aa) Anspruch

§ 1 I CoronaImpfV legt die Anspruchsberechtigten einer Schutzimpfung gegen das Coronavirus fest, welche in §§ 2 bis 4 CoronaImpfV nach Priorisierungsstufen differenziert werden.

Der Anspruch auf eine Schutzimpfung nach § 1 I CoronaImpfV besteht nur „im Rahmen der Verfügbarkeit der vorhandenen Impfstoffe“. Damit wird der Knappheit der Impfstoffe Rechnung getragen und leistungsrechtliche Ansprüche begrenzt auf die verfügbare Impfstoffmenge insgesamt und die verfügbaren Impfstoffe hinsichtlich der Hersteller.

Die Anspruchsberechtigten nach § 1 I CoronaImpfV sind sehr weit gefasst. Danach haben Personen, die in der Bundesrepublik krankenversichert sind (Nr. 1), Personen, die in der Bundesrepublik ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort haben (Nr. 2), sowie in der Pflege tätige, pflege- oder behandlungsbedürftige Personen und deren Kontaktpersonen (Nr. 3-5) einen Anspruch auf Schutzimpfung. Der Kreis der Regelungsadressaten ist deshalb so umfassend, da eine möglichst hohe Durchimpfungsquote der Bevölkerung gewährleistet werden soll. So ist der Anspruch in § 1 I CoronaImpfV weder an die deutsche Staatsangehörigkeit noch an die (gesetzliche) Krankenversicherung geknüpft.

Die ursprüngliche CoronaImpfV vom Dezember³³² ließ durch § 1 II S. 1 CoronaImpfV bei der Impfreiheitenfolge noch einen Ermessensspielraum zu, der einen „Anknüpfungspunkt für eine verfassungskonforme Handhabung in Form einer Ermessensentscheidung in atypischen Fällen“³³³ für Behörden erlaubte. Durch Neufassung der CoronaImpfV im Februar 2021³³⁴ wurde dieser Ermessensspielraum für die Impfreiheitenfolge durch die Ersetzung der Soll-Formulierung abgeschafft. Die hier im Zentrum stehende CoronaImpfV³³⁵ enthält deshalb die Formulierung, dass die Leistungserbringer nach § 6 I S. 1 CoronaImpfV den Impfstoff in der vorgesehenen Reihenfolge in § 1 II S. 1 CoronaImpfV zu nutzen „haben“.

bb) §§ 2-4 Priorisierungsgruppen

Die Priorisierungsgruppen sollen hier im Überblick und zusammenfassend dargestellt werden, da diese in §§ 2-4 CoronaImpfV sehr ausdifferenziert sind. Diese Gruppen wurden stetig überarbeitet und ergänzt, zuletzt durch die Änderungsverordnung vom 29.04.2021³³⁶.

Die Priorisierung differenziert jeweils nach Alter, Vorerkrankungen sowie Tätigkeitsgruppen. Dabei bestehen Abstufungen zwischen den Gruppen, die sich am Maß der Gefährdung

329 CoronaImpfV vom 31.03.2021, BAnz AT 01.04.2021 V1.

330 Ebda.

331 CoronaImpfV vom 01.06.2021, BAnz AT 02.06.2021 V2.

332 CoronaImpfV vom 18.12.2020, BAnz AT 21.12.2020 V3.

333 VG Frankfurt a. M., Beschl. vom 12. Februar 2021 – 5 L 219/21.F – BeckRS 2021, 2028, Rn. 28.

334 CoronaImpfV vom 08.02.2021, BAnz AT 08.02.2021 V1.

335 CoronaImpfV vom 31.03.2021, BAnz AT 01.04.2021 V1.

336 Erste ÄndVO vom 29.04.2021, BAnz AT 30.04.2021 V5 (keine amtliche Abkürzung.)

von Personen durch die Risikobewertung von einer COVID-19-Erkrankung ausrichten.³³⁷ So sind Personen über 80 Jahren der Gruppe 1 (§ 2 I Nr. 1 CoronaImpfV), über 70 Jahren der Gruppe 2 (§ 3 I Nr. 1 CoronaImpfV) und über 60 Jahren der Gruppe 3 (§ 4 I Nr. 1 CoronaImpfV) zugeordnet.

Ähnlich verhält es sich mit Vorerkrankungen. Personen in ambulanter oder (teil-)stationärer Pflege und in betreuten Wohngruppen sind der Gruppe 1 zugeordnet (§ 2 I Nr. 2 CoronaImpfV). In Gruppe 2 und 3 werden katalogisiert Vorerkrankungen beschrieben, die für Personen zu einem sehr hohen oder hohen (§ 3 I Nr. 2 CoronaImpfV) oder einem erhöhten Risiko (§ 4 I Nr. 2 CoronaImpfV) führen, einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf zu haben. Auch Kontaktpersonen von Schwangeren (§ 3 I Nr. 3 lit. b CoronaImpfV) oder pflegebedürftigen Personen im häuslichen Umfeld (§§ 3 I Nr. 3 lit. a, 4 I Nr. 3 CoronaImpfV) haben einen priorisierten Schutzimpfungsanspruch in Gruppe 2 oder Gruppe 3.

Bei der tätigkeitsbezogenen Impfreiheitenfolge werden ebenfalls individuelle, wie kollektive Risikofaktoren einer Infektion miteinbezogen. Dabei stehen Medizin- und Pflegeberufe im Vordergrund. In diesen Berufen herrscht einerseits durch die hohe Quantität an Kontakten zu kranken Menschen ein höheres Expositionsrisiko. Andererseits besteht enger Kontakt zu gefährdeten Gruppen. Somit besteht durch das Weitertragen einer Infektion ein besonders hohes Risiko für die Gesundheitsversorgung allgemein und für Pflegebedürftige und Patienten. Deshalb haben Pflegekräfte und medizinisches Personal mit engem Kontakt zu Patienten in stationären und ambulanten Einrichtungen wie Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen und Pflegediensten in Gruppe 1 (§ 2 I Nr. 2-5 CoronaImpfV) eine höhere Priorität erhalten als Personen, die als medizinisches Personal etwa in niedergelassenen Arztpraxen tätig sind in Gruppe 2 (§ 3 I Nr. 5 CoronaImpfV).

Nach denselben Maßstäben wurde Personal in sozialen Einrichtungen und Bildungseinrichtungen wie Kindertagesstätten, Grund-, Förder- und Sonderschulen (§ 3 I Nr. 9 CoronaImpfV), Einrichtungen für Menschen mit Behinderung (§ 3 I Nr. 4 CoronaImpfV) oder Einrichtungen für wohnungslose Menschen und Frauenhäusern (§ 3 I Nr. 11 CoronaImpfV) höher priorisiert als weniger exponiertes Personal in sozialen Einrichtungen und Bildungseinrichtungen i.S.d. § 4 I Nr. 8 CoronaImpfV.

Auch bei staatlichen Institutionen wurde nach Gefährdungslage und Infektionsrisiko unterschieden. So sind Polizei- und Einsatzkräfte mit hohem Infektionsrisiko sowie Soldaten im Auslandseinsatz in Gruppe 2 priorisiert (§ 3 I Nr. 6 CoronaImpfV). Dagegen gehören Mitglieder von Verfassungsorganen, Mitarbeiter in Regierungen, Verwaltung und in der Justiz, sowie Polizei- und Einsatzkräfte, die weniger exponiert sind der Gruppe 3 an (§ 4 I Nr. 4 lit. b CoronaImpfV). Differenziert wurde nach der Gefährdungslage auch bei Personen, die für Deutschland in Auslandsvertretungen (§ 3 I Nr. 7 CoronaImpfV) oder deutschen Organisationen tätig sind, sowie deutschen Staatsangehörigen, die bei internationalen Organisationen in den Bereichen i.S.d. § 3 I Nr. 8 CoronaImpfV tätig sind. Diese sind höher priorisiert als Personen derselben Bereiche in § 4 I Nr. 4 lit. c CoronaImpfV, da sie „an Orten mit unzureichender gesundheitlicher Versorgung“ tätig sind.

Weitere Priorisierungen in Gruppe 3 gibt es für Personal des Lebensmitteleinzelhandels (§ 4 I Nr. 7 CoronaImpfV) und Personal medizinischer Einrichtungen mit niedrigem Expositionsrisiko (§ 4 I Nr. 6 CoronaImpfV). § 4 I Nr. 9 CoronaImpfV berücksichtigt „Personen, bei denen aufgrund ihrer Arbeits- oder Lebensumstände ein deutlich erhöhtes Risiko einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht“ und inkludiert damit ebenfalls einen großen Kreis an Regelungsadressaten, die nicht von den konkreten Tatbeständen der Priorisierung erfasst sind.

337 Hart, MedR 2021, 317 (322).

cc) *Öffnungs- und Härtefallklauseln*

Die CoronaImpfV enthält Öffnungs- und Härtefallklauseln für die Impfreiheitsfolge.

Bei § 3 I Nr. 2 lit. k CoronaImpfV handelt es sich um eine Härtefallklausel, wie sie auch in § 4 I Nr. 2 lit. i CoronaImpfV enthalten ist. Diese Härtefallklauseln erlauben nach ärztlicher Einschätzung die Berücksichtigung „nicht ausdrücklich genannter medizinischer Härtefälle, bei denen ein erhöhtes, hohes oder sehr hohes Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf nach einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht“³³⁸. Diese Härtefallregelungen waren ursprünglich nicht enthalten³³⁹ und wurden erst mit der Neufassung vom 08.02.2021³⁴⁰ ergänzt.

Dasselbe gilt für die Öffnungsklausel in § 1 III S. 1 CoronaImpfV. Diese lässt eine Abweichung in Einzelfällen von der Impfreiheitsfolge zu, wenn es die effizientere Organisationen der Schutzimpfungen gebietet. Eine weitere Öffnungsklausel besteht in § 1 III S. 2 CoronaImpfV, wonach Abweichungen von der Impfreiheitsfolge auch in hoch belasteten Grenzregionen oder Hochinzidenzgebieten zulässig sind, sodass lokale große Ausbruchsgeschehen eingedämmt werden können.

Die Öffnungsklausel des § 1 II S. 2 CoronaImpfV erlaubt es „auf Grundlage der jeweils vorliegenden infektiologischen Erkenntnisse“, der aktuellen Empfehlung der STIKO und der „epidemiologischen Situation vor Ort“ bestimmte Anspruchsberechtigte an der Priorisierung vorbei vorrangig zu impfen. Diese Öffnungsklausel ist sehr unbestimmt und weicht damit die Verpflichtung zur Priorisierung in § 1 II S. 1 CoronaImpfV auf.³⁴¹ Diese Öffnungsklausel hat auch deshalb zu praktischen Problemen geführt, da eine Härtefallklausel, wie sie für die beiden Priorisierungsgruppen 2 und 3 geschaffen wurde, für die Priorisierungsgruppe 1 in § 2 CoronaImpfV fehlt. Dies ist im Hinblick auf die Maßgaben des Art. 3 I GG kritisch zu betrachten.³⁴² Dies soll in Abschnitt 3. c) näher erörtert werden.

2. Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit

Wie bereits eingehend erläutert, ist Art. 2 II S. 1 GG in besonderer Weise Maßstab staatlichen Handelns in der Pandemie. Aus ihm ergibt sich eine Schutzpflicht des Staates, die in der Corona-Pandemie wegen der Gefahr für Leben und Gesundheit vieler Personengruppen und einer drohenden Überlastung des Gesundheitssystems durch das Coronavirus deutlich zu bejahen ist.³⁴³ Da Art. 2 II S. 1 GG auch als Abwehrrecht gegen den Staat wirkt, ergibt sich bezüglich der Priorisierung gleichsam eine grundrechtliche Spannung zwischen dem Abwehrrecht aus Art. 2 II S. 1 GG und der Schutzpflicht aus demselben Grundrecht.

Darum soll hier zunächst überprüft werden, ob durch die Priorisierung ein Eingriff in Art. 2 II S. 1 GG vorliegt und anschließend, ob der Staat seiner Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 GG i.V.m. Art. 1 I S. 2 GG durch die Impfpriorisierung gerecht wird.

338 VG Frankfurt a. M., Beschl. vom 12. Februar 2021 – 5 L 219/21.F – BeckRS 2021, 2028, Rn. 29.

339 CoronaImpfV vom 18.12.2020, BAnz AT 21.12.2020 V3.

340 CoronaImpfV vom 08.02.2021, BAnz AT 08.02.2021 V1.

341 Bilsdorfer/Sigel, NVwZ 2021, 594 (595).

342 Ebda. (595f.).

343 *So auch in* Münch/Kunig/Kunig/Kämmerer, I, Art. 2 GG, Rn. 103f.

a) Die Impfpriorisierung als Eingriff

Die Regelung einer Priorisierung kann der Verwirklichung der Grundrechte von nicht priorisierten Bevölkerungsgruppen entgegenstehen.³⁴⁴ Dies betrifft die Grundrechtsverwirklichung dieser Gruppen des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II S. 1 GG.³⁴⁵

Bei der vorliegenden CoronaImpfV stellt sich nicht die Frage nach einem Eingriff in Art. 2 II S. 1 GG durch die Impfung selbst, wie es bei einer Impfpflicht der Fall wäre, sondern durch den nachrangigen Anspruch auf Schutzimpfung von Personen, die nicht von der Priorisierung erfasst sind oder nachrangig priorisiert wurden.

Nach dem modernen Eingriffsbegriff des BVerfG ist „[e]in Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts [...] jedes staatliche Handeln, das die Ausübung bzw. Wahrnehmung des Grundrechts zumindest erschwert [und] das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht“³⁴⁶. Geschützt ist durch Art. 2 II S. 1 GG die „biologisch-physische Existenz jedes Menschen vom Zeitpunkt ihres Entstehens an bis zum Eintritt des Todes unabhängig von den Lebensumständen des Einzelnen, seiner körperlichen und seelischen Befindlichkeit“³⁴⁷. Ungerechtfertigte Eingriffe in die physische Integrität des Grundrechtsberechtigten, können sowohl unmittelbare als auch mittelbare Beeinträchtigungen darstellen.³⁴⁸

Die CoronaImpfV ist als Exekutivrechtsetzung des BMG dem Staat klar zuzurechnen. Doch es ist fraglich, inwiefern die Priorisierung der CoronaImpfV tatsächlich der Verwirklichung des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit von nicht oder nachrangig priorisierten Bevölkerungsgruppen entgegensteht und ob die Priorisierung einen Eingriff in Art. 2 II S. 1 GG darstellt, ist umstritten.³⁴⁹ Denn die Gefährdung des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit kommt nicht durch die Priorisierung selbst, sondern erst durch Infektion und anschließende Erkrankung eines Grundrechtsträgers zustande. Diese ist dem Staat jedoch nicht als Eingriff zuzurechnen.³⁵⁰ Außerdem unternimmt der Staat außerhalb der Schutzimpfung viele weitere Schutzmaßnahmen wie Abstandsgebote, Maskenpflichten und Testungen, um die Bevölkerung auch ohne Schutzimpfung besonders vor einer Infektion und Erkrankung zu schützen. Deshalb führt eine Impfung zu einem späteren Zeitpunkt nicht unmittelbar zu einer Infektion mit dem Coronavirus und einer COVID-19-Erkrankung, da ausreichend andere Schutzmaßnahmen vorhanden sind.

Eher als ein Eingriff in Art. 2 II S. 1 GG kommt deshalb eine Beeinträchtigung der Schutz- und Leistungspflichten aus Art. 2 II S. 1 GG in Betracht. Denn es handelt sich bei der Verteilung des Impfstoffes um eine staatliche Leistung. Die Impfung gegen das Coronavirus lässt sich als Kernbereich des staatlichen Leistungsrechts verstehen³⁵¹, da es sich bei COVID-19 um eine teilweise lebensbedrohliche Krankheit handelt. Das Leistungsrecht und die Schutzpflicht des Staates sieht auch das VG Berlin bei der Impfpriorisierung im Fokus und die Abwehrdimension des Art. 2 II S. 1 GG durch die Impfpriorisierung nicht tangiert.³⁵²

344 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, 04.12.2020, WD 3 - 3000 - 271/20, S. 8.

345 So auch Leisner-Egensperger, NJW 2021, 202, Rn. 8.

346 VG Osnabrück, Beschl. vom 4. März 2021 – 3 B 4/21 – BeckRS 2021, 5314, Rn. 6.

347 Ebda.

348 Müller-Terpitz in Isensee/Kirchhof HbdStR, VII, § 147, Rn. 41.

349 VG Osnabrück, Beschl. vom 4. März 2021 – 3 B 4/21 – BeckRS 2021, 5314, Rn. 6; VG Berlin, Beschl. vom 29. Januar 2021 – VG 14 L 13/21 – BeckRS 2021, 877, Rn. 34.

350 Kluckert in Kluckert Neues InfektionsschutzR 2.Aufl., § 2, Rn. 66.

351 Leisner-Egensperger, NJW 2021, 202, Rn. 8.

352 VG Berlin, Beschl. vom 29. Januar 2021 – VG 14 L 13/21 – BeckRS 2021, 877, Rn. 34.

Im Folgenden soll die Erfüllung der Schutzpflicht durch die Priorisierung überprüft werden. Das mit Art. 2 II S. 1 GG in Verbindung stehende Leistungsrecht soll unter 3. betrachtet werden.

b) Erfüllung der Schutzpflicht

Die Impfpriorisierung steht in enger Verbindung zur Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 i.V.m. Art. 1 I S. 2 GG. Damit stellt sich bei der Bewertung der Impfpriorisierung die Frage, ob diese nach verfassungsrechtlichen Maßstäben auch erfüllt wurde.

In Erfüllung seiner Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 i.V.m. Art. 1 I S. 2 GG, muss der Staat Maßnahmen treffen, dabei kommt ihm aber ein weiterer Gestaltungsspielraum zu.³⁵³ Dieser Gestaltungsspielraum wird begrenzt durch das Untermaßverbot, das sich aus einer Abwägung von Schutzbedürftigkeit und anderen kollidierenden Rechtsgütern ergibt.³⁵⁴ Die Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 i.V.m. Art. 1 I S. 2 GG gilt als verletzt, wenn der Staat keine Schutzvorkehrungen getroffen hat oder diese völlig ungeeignet sind, das Schutzziel zu erreichen.³⁵⁵

Diese Schutzziele werden für Schutzimpfungen gegen das Coronavirus konkretisiert durch die Impfziele in § 20 IIa IfSG. Im Falle der Impfpriorisierung liegt die Knappheit des Impfstoffes der Maßnahmen zugrunde, die eine Abwägung des Schutzbedürfnisses verschiedener Gruppen bedurfte, was das Untermaßverbot auch vorsieht. Diese Abwägung basierte im Wesentlichen auf den rechtlichen, ethischen und medizinischen Erkenntnissen von STIKO, DER und Leopoldina. Wie eingangs erklärt, liegt diesen Erkenntnissen wissenschaftliche Evidenz zu Risikoabwägungen bezüglich der Gefährdungslage verschiedener Personengruppen zugrunde.

Die Verwaltungsgerichte, die im Zusammenhang mit der Priorisierung Impfansprüche geprüft haben, kamen zu dem Schluss, dass die vorgenommenen Auswahlentscheidungen bei der Priorisierung nicht zu beanstanden sind und diese regelmäßig evaluiert und neu bewertet wurden.³⁵⁶ Diese Evaluation machte auch mehrmalige Novellierungen der CoronaImpfV notwendig, wodurch Öffnungsklauseln wie Härtefallklauseln mitaufgenommen wurden, um die Priorisierung in Einzelfällen flexibler handhaben zu können.

Die Priorisierung der CoronaImpfV ist auch geeignet, die Schutzziele nach § 20 IIa S. 1 Nr. 1-5 IfSG, wie unter anderem die Reduktion schwerer oder tödlicher Krankheitsverläufe und den Schutz besonders gefährdeter oder exponierter Personen zu erreichen, da sie verschiedene Priorisierungsgruppen in §§ 2-4 CoronaImpfV festlegt, um so die knappen Impfstoffkapazitäten möglichst bedarfsorientiert und effizient zu nutzen.³⁵⁷

Die Priorisierung der CoronaImpfV orientiert sich einerseits am individuellen Risiko einer Infektion mit dem Coronavirus, wie im Falle von hochbetagten oder vorerkrankten Personen, sogenannten vulnerablen Gruppen. Andererseits wurde das kollektive Risiko von Infektionen mit dem Coronavirus berücksichtigt. Ein Beispiel stellt die höchste Priorisierung von medizinischem und pflegendem Personal in § 1 I CoronaImpfV dar. Eine Erkrankung von medizinischem und pflegendem Personal könnte einerseits bei großflächigem Ausfall durch Erkrankung

353 BVerfG, Urt. vom 10. Januar 1995 – 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90 – NJW 1995, 2339 (2341).

354 VG Berlin, Beschl. vom 29. Januar 2021 – VG 14 L 13/21 – BeckRS 2021, 877, Rn. 24.

355 BVerfG, Beschl. vom 29. Oktober 1987 – 2 BvR 624/83, 2 BvR 1080/83, 2 BvR 2029/83 – BeckRS 1987, 6413, Rn. 118.

356 LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. vom 2. Februar 2021 – L 5 SV 1/21 B ER – BeckRS 2021, 888, Rn. 16; VG Osnabrück, Beschl. vom 4. März 2021 – 3 B 4/21 – BeckRS 2021, 5314, Rn. 25; VGH München, Beschl. vom 10. Februar 2021 – 20 CE 21.321 – COVuR 2021, 176, Rn. 16.

357 VG Aachen, Beschl. vom 12. Mai 2021 – 7 L 303/21 – BeckRS 2021, 11522, Rn. 18.

mit dem Coronavirus zum Kollaps der Gesundheitsversorgung führen. Andererseits haben diese Personen engen Kontakt zu besonders vielen vulnerablen Patienten, was bei einer Ausbreitung von Infektionen etwa durch Krankenhauspersonal auf Intensivstationen besonders gefährlich wäre.

Die priorisierten Gruppen sind aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse deshalb vorrangig zu impfen, weil eine Infektion mit dem Coronavirus für sie selbst oder für die Gesamtgesellschaft mit einem wesentlich höheren Risiko für Leben und Gesundheit einhergeht. Hätten diese Gruppen keinen priorisierten Schutzimpfungsanspruch erhalten, wäre der Staat seiner Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 GG nicht nachgekommen.

Auch bei einer angenommenen Verfassungswidrigkeit der CoronaImpfV würde ein unmittelbar aus der Verfassung hergeleiteter Teilhabeanspruch aus Art. 2 II S. 1 GG i.V.m. Art. 3 I GG zu ähnlichen Auswahlentscheidungen führen, wie sie durch die Priorisierung vorgegeben werden.³⁵⁸ Denn die Grundrechtsbetroffenheit wiegt seitens priorisierter Gruppen im Falle einer späteren Impfung wesentlich schwerer. Sie haben ein wesentlich höheres Risiko durch eine Infektion schwer zu erkranken oder zu versterben als diejenigen, die nachrangig oder nicht priorisiert sind.

Das Kriterium der Dringlichkeit der Gabe eines Impfstoffs ist hier maßgeblich. Daher kann eine Schutzpflichtverletzung bei nicht priorisierten oder nachrangig priorisierten Gruppen bei höherem Schutzbedürfnis der priorisierten und höher priorisierten Gruppen nicht festgestellt werden. Das Untermaßverbot wurde durch die Einteilung von priorisierten Gruppen beachtet, da „die meisten Personen mit erhöhtem, hohem oder sehr hohem Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf in einer der prioritären Gruppen erfasst“³⁵⁹ sind.

Im Falle einer Schutzpflichtverletzung durch Nichtbeachtung des Untermaßverbots müssten die Auswahlentscheidungen der Impfpriorisierung völlig ungeeignet sein, die vorgegebenen Ziele in § 20 IIa S. 1 Nr. 1-5 IfSG zu erreichen. Die dort beschriebenen Impfziele sehen den Schutz besonders durch das Coronavirus gefährdeter und exponierter Personen sowie „die Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen, von Kritischen Infrastrukturen, zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge und des öffentlichen Lebens“ vor. An diesen Zielen orientiert sich die Priorisierung.

Die Abwägung des Schutzbedürfnisses von priorisierten respektive hoch priorisierten Gruppen und der nicht oder weniger hoch priorisierten Gruppen ist auch gerechtfertigt und verstößt nicht gegen die Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 GG. Denn auch Abstufungen zwischen den Priorisierungsgruppen wurden vorgenommen, die geeignet sind, die Schutzziele wie die Vermeidung von Todesfällen und schweren Verläufen durch das Coronavirus zu erreichen, ohne das Untermaß zu unterschreiten.³⁶⁰ Außerdem wurden weitere staatliche Infektionsschutzmaßnahmen getroffen, die weniger gefährdete Gruppen vor einer Infektion und Erkrankung schützen können.

358 VG Frankfurt a. M., Beschl. vom 12. Februar 2021 – 5 L 219/21.F – BeckRS 2021, 2028, Rn. 31; VGH München, Beschl. vom 10. Februar 2021 – 20 CE 21.321 – COVuR 2021, 176, Rn. 20.

359 VG Schwesig, Beschl. vom 28. April 2021 – 1 B 70/21 – BeckRS 2021, 9290, Rn. 11.

360 VG Aachen, Beschl. vom 12. Mai 2021 – 7 L 303/21 – BeckRS 2021, 11522, Rn. 29f.

3. Allgemeiner Gleichheitssatz

Der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 3 I GG ist entscheidend, wenn es um die verfassungsrechtliche Bewertung der Ungleichbehandlung von Gruppen oder Personen geht. Im Zentrum steht bei dieser Bewertung die Rspr. des BVerfG, dass wesentlich Gleiches nicht ungleich und wesentlich Ungleiches nicht gleich zu behandeln ist.³⁶¹

Außer dem Verbot ungerechtfertigter Ungleichbehandlungen ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz derivative Teilhabeansprüche, hier im Besonderen ein verfassungsrechtlicher Teilhabeanspruch auf einen gleichheitsgerechten Zugang zu staatlichen Leistungen bei der Gesundheitsversorgung³⁶².

Auch der verfassungsrechtliche Teilhabeanspruch beruht darauf, dass eine Nichtleistung einer staatlichen Leistung eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellen muss, um gegen Art. 3 I GG zu verstoßen.³⁶³ Dafür müsste zunächst eine Ungleichbehandlung durch den unterschiedlichen Zugang zur Schutzimpfung durch die Priorisierung vorliegen, die darüber hinaus verfassungsrechtlich relevant sein muss.

Das bedeutet, dass die Vergleichsgruppen, hier die binnendifferenzierten Gruppen der Priorisierung 1 bis 3 in §§ 2-4 CoronaImpfV und nicht von der Priorisierung erfasste Personen in ihrem Schutzimpfungsanspruch wesentlich gleich sein müssten. Dies würde zu einer verfassungsrechtlich relevanten Ungleichbehandlung führen, die gerechtfertigt sein müsste. Daher sind zunächst die Vergleichsgruppen und die unterschiedliche Behandlung darzustellen und anschließend daraufhin zu untersuchen, ob es sich dabei um wesentlich gleiche Gruppen handelt, die ungleich behandelt werden.

a) Die Vergleichsgruppen

Die zu vergleichenden Gruppen sind hier die priorisierten Gruppen in §§ 2-4 CoronaImpfV bei denen wiederum zwischen höchster (§ 2 CoronaImpfV), hoher (§ 3 CoronaImpfV) und erhöhter (§ 4 CoronaImpfV) Priorität differenziert wird, sowie die Gruppen nach § 1 II S. 1 Nr. 4 CoronaImpfV, die nicht von der Priorisierung erfasst sind. Diese können ihren Anspruch auf Schutzimpfung nach § 1 I S. 1 CoronaImpfV erst geltend machen, wenn die Priorisierungsgruppen ein Impfangebot erhalten haben. Die Vergleichsgruppen haben ihren gemeinsamen Vergleichspunkt in ihrem Schutzimpfungsanspruch nach § 1 I CoronaImpfV. Die Priorisierungsgruppen wurden bereits eingehend dargestellt³⁶⁴, darum soll hier auf eine erneute Ausführung verzichtet werden.

b) Ungleichbehandlung

Der allgemeine Gleichheitssatz gilt sowohl für „ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen“³⁶⁵ und damit auch für gleichheitswidrige Ausschlüsse, bei denen Begünsti-

361 BVerfG, Urt. vom 23. Oktober 1951 – 2 BvG 1/51 – BeckRS 1951, 102843, Rn. 86.

362 Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (629).

363 VG Gelsenkirchen, Beschl. vom 11. Januar 2021 – 20 L 1812/20 – COVuR 2021, 183, Rn. 31.

364 Siehe Abschnitt C. II. 1. b) bb)

365 BVerfG, Beschl. vom 21. Juni 2011 – 1 BvR 2035/07 – NVwZ 2011, 1316, Rn. 76.

gungen einem Personenkreis gewährt und einem anderen vorenthalten werden³⁶⁶.

Ein gleichheitswidriger Ausschluss setzt voraus, dass eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorliegt und diese auch nicht zu rechtfertigen ist. An dieser Stelle soll zunächst geprüft werden, ob eine Ungleichbehandlung in Form einer ungleichen Begünstigung in der Priorisierung vorliegt.

Eine Ungleichbehandlung der Vergleichsgruppen besteht im unterschiedlichen Zugang zur Schutzimpfung gegen das Coronavirus, welcher durch §§ 1-4 CoronaImpfV normiert wird.

Es besteht einerseits eine Binnendifferenzierung zwischen den Priorisierungsgruppen in §§ 2-4 CoronaImpfV. Diesen Gruppen kommt, wie bereits dargestellt, je nach Gefährdungslage durch eine Infektion mit dem Coronavirus, ein Schutzimpfungsanspruch mit höchster, hoher und erhöhter Priorität zu. Erst wenn eine höher priorisierte Gruppe von ihrem Schutzimpfungsanspruch Gebrauch machen konnte, kann die nächste Gruppe einen Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus geltend machen.

Andererseits werden die Personen, die nicht von §§ 2-4 CoronaImpfV erfasst sind, hinsichtlich ihres Schutzimpfungsanspruchs nach § 1 CoronaImpfV im Verhältnis zu den priorisierten Gruppen ungleich behandelt. Diese können nach § 1 II S. 1 Nr. 4 CoronaImpfV erst nachrangig den Priorisierungsgruppen ihren Schutzimpfungsanspruch geltend machen.

Man kann also feststellen, dass eine ungleiche Begünstigung im Hinblick auf den vorrangigen Schutzimpfungsanspruch durch die Priorisierung und damit dem Zugang zu einer staatlichen Leistung der Vergleichsgruppen vorliegt. Weiter ist zu prüfen, ob es sich dabei auch um eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung handelt. Dies wäre der Fall, wenn die Gruppen innerhalb der Priorisierung in §§ 2-4 CoronaImpfV vergleichbar wären und auch die nicht von der Priorisierung erfassten Personen mit den priorisierten Gruppen vergleichbar wären.

c) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Zunächst ist festzustellen, dass die Ungleichbehandlung darauf beruhte, knappe Impfstoffkapazitäten möglichst bedarfsorientiert und effizient zu nutzen.³⁶⁷ Denn die Ursache der Differenzierung stellte die „anfänglich[] begrenzte Verfügbarkeit der Impfstoffe gegen das Coronavirus SARS-CoV-2“³⁶⁸ dar, die Auswahlentscheidungen unumgänglich machte.

Vor diesem Hintergrund wurden die Unterscheidungen getroffen und Priorisierungsgruppen gebildet, die nicht jeden Einzelfall berücksichtigen. Gerichte haben jedoch bestätigt, dass Pauschalierungen, Generalisierungen und Typisierungen im Hinblick auf die Gruppenbildung der Impfpriorisierung nicht zu beanstanden sind, da es sich dabei um ein Massenverfahren handelt, das nicht jeden Einzelfall abbilden kann.³⁶⁹

Nun ist fraglich, ob diese Unterscheidungen berücksichtigen, dass wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln ist i.S.d. Art. 3 I GG. Dabei ist zu prüfen, inwiefern sich die Priorisierungsgruppen von nicht Priorisierten sowie die

366 BVerfG, Beschl. vom 21. Juni 2011 – 1 BvR 2035/07 – NVwZ 2011, 1316, Rn. 76.

367 VG Aachen, Beschl. vom 12. Mai 2021 – 7 L 303/21 – BeckRS 2021, 11522, Rn. 18.

368 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit, CoronaImpfV, Neufassung vom 01.04.2021, <https://t1p.de/Referentenentwurf-bmg-coronaimpfv-01042021>, zul. aufgerufen am: 05.08.2021, S. 1.

369 VG Gelsenkirchen, Beschl. vom 11. Januar 2021 – 20 L 1812/20 – COVuR 2021, 183, Rn. 26f.; VG München, Beschl. vom 28. Januar 2021 – M 26b E 21.393 – BeckRS 2021, 1183, Rn. 40f.; VG Gelsenkirchen, Beschl. vom 25. Januar 2021 – 20 L 65/21 – BeckRS 2021, 1378, Ls. 1.

Priorisierungsgruppen innerhalb der Priorisierung unterscheiden oder nicht unterscheiden.

Die Priorisierung sieht zur Unterscheidung mehrere Differenzierungskriterien vor. Dabei wird differenziert nach Alter, Vorerkrankungen sowie Tätigkeitsgruppen. Zum Zwecke der Eingrenzung können nicht alle in der Priorisierung genannten Anspruchsgruppen im Detail beleuchtet werden, einige sollen deshalb exemplarisch herausgestellt werden.

Dazu gehört das Differenzierungskriterium des Alters. Danach haben Personen über 80 Jahren in der ersten Priorisierungsgruppe nach § 2 I Nr. 1 CoronaImpfV, Personen über 70 Jahren nach § 3 I Nr. 1 CoronaImpfV in der zweiten und Personen über 60 Jahren nach § 4 I Nr. 1 CoronaImpfV in der dritten Priorisierungsgruppe einen vorrangigen Anspruch auf eine Schutzimpfung. Personen unter 60 Jahren haben demnach keinen Anspruch auf eine vorrangige Schutzimpfung aufgrund des Alters und werden hiernach schlechter gestellt, wenn sich nicht aus anderen Differenzierungskriterien eine Priorisierung ergibt.

Dass das Alter ein Differenzierungskriterium darstellt, basiert allerdings auf der wissenschaftlichen Erkenntnis, dass das Risiko für einen schweren Verlauf der Erkrankung COVID-19 ab etwa einem Alter zwischen 50 und 60 Jahren stetig ansteigt.³⁷⁰ Die Priorisierung ab einem Alter von 60 Jahren kam zustande, da die STIKO ein Alter von über 60 Jahren als entscheidenden Risikofaktor für eine schwere COVID-19-Erkrankung einschätzt.³⁷¹ Dabei kann eine größtmögliche Verhinderung von schweren Erkrankungs- und Todesfällen erzielt werden, wenn zunächst Menschen über 80 Jahren geimpft werden.³⁷² So ergab sich die höchste Priorisierung dieser Altersgruppe. Auch die Sterbefälle im Zusammenhang mit dem Coronavirus zeigen, dass 86 Prozent der Verstorbenen in Deutschland 70 Jahre alt oder älter waren.³⁷³

Damit beruht sowohl die Binnendifferenzierung innerhalb der Gruppen in §§ 2-4 CoronaImpfV nach Alter, als auch der Ausschluss von Personen, die altersbedingt kein besonders hohes Sterbe- oder schweres Erkrankungsrisiko haben, auf der ungleichen Gefährdungslage von Personengruppen, die sich auf wissenschaftliche Evidenz zu Risikoeinschätzungen durch RKI und STIKO beziehen.³⁷⁴ Das VG Hamburg entschied, dass die Ungleichbehandlung aufgrund des Alters durch die Priorisierung nicht zu beanstanden und auch geeignet ist, Ziele wie die Verhinderung von Todesfällen und den Schutz besonders vulnerabler Gruppen zu erreichen.³⁷⁵

Folglich sind die Vergleichsgruppen im Differenzierungskriterium Alter gerade nicht wesentlich gleich zu behandeln, da sie ein wesentlich ungleiches Risiko tragen, schwer zu erkranken oder zu versterben.

Ein weiteres Differenzierungskriterium stellen Vorerkrankungen dar. Bestimmte Vorerkrankungen stellen ein erhöhtes Risiko für schwere Erkrankungsverläufe dar, wobei dieses je nach Erkrankung variiert und diese Vorerkrankungen deshalb ebenfalls zu unterschiedlichen Priorisierungseinstufungen führen.³⁷⁶ Darum wurden, wie bereits ausgeführt³⁷⁷, Kataloge von Vorerkrankungen erstellt, die zu schweren oder tödlichen Krankheitsverläufen prädisponieren.

Diese sind abgestuft nach der Risikoschwere, wie in § 3 I Nr. 2 CoronaImpfV und § 4 I

370 RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, 15. Risikogruppen für schwere Verläufe, Stand: 14.07.2021, <https://t1p.de/Epidemiologischer-Steckbrief-RKI>, zul. aufgerufen am 21.08.2021.

371 RKI, Epidemiologisches Bulletin vom 14.01.2021, Beschluss der STIKO zur 1. Aktualisierung der COVID-19- Impfeempfehlung, <https://t1p.de/RKI-Stiko-Empfehlung-Epid-Bulletin>, zul. aufgerufen am 21.08.2021, S. 8.

372 Ebda.

373 RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, 15. Risikogruppen für schwere Verläufe, Stand: 14.07.2021, <https://t1p.de/Epidemiologischer-Steckbrief-RKI>, zul. aufgerufen am 21.08.2021.

374 VG Hamburg, Beschl. vom 17. Februar 2021 – 21 E 411/21 – BeckRS 2021, 5849, Rn. 39.

375 Ebda., Rn. 40.

376 RKI, Epidemiologisches Bulletin vom 14.01.2021, Beschluss der STIKO zur 1. Aktualisierung der COVID-19- Impfeempfehlung, <https://t1p.de/RKI-Stiko-Empfehlung-Epid-Bulletin>, zul. aufgerufen am 21.08.2021, S. 8.

377 Siehe Abschnitt C. II. 1. b) bb).

Nr. 2 CoronaImpfV. Auch Kontaktpersonen von Schwangeren (§ 3 I Nr. 3 lit. b CoronaImpfV) oder pflegebedürftigen Personen im häuslichen Umfeld (§§ 3 I Nr. 3 lit. a, 4 I Nr. 3 CoronaImpfV) haben einen priorisierten Schutzimpfungsanspruch in Gruppe 2 oder Gruppe 3.

Personen in ambulanter oder (teil-)stationärer Pflege, sowie in betreuten Wohngruppen wurden der höchsten Priorisierungsgruppe zugeordnet (§ 2 I Nr. 2 CoronaImpfV). Personen in stationären Einrichtungen können sowohl durch Alter als auch Vorerkrankungen ein erhöhtes Risiko haben, schwer zu erkranken und zu versterben und haben dabei gleichzeitig eine höhere Anzahl an Kontakten. In diese Gruppe mit höchster Priorität wurde daher auch das betreuende und pflegende Personal in § 2 I Nr. 1 CoronaImpfV aufgenommen. Personen in Alten- und Pflegeheimen wurden nach dem Impfstart vorrangig durch mobile Impfteams berücksichtigt, unabhängig davon, ob diese ein bestimmtes Alter bereits erreicht hatten. Das VG Gelsenkirchen entschied im Januar 2021, dies stelle keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber Personen über 80 Jahren in Priorisierungsgruppe 1 dar, da das Schutzbedürfnis von Menschen in Alten- und Pflegeheimen höher sei und fast jede fünfte Person dort nach einer Infektion trotz Schutzmaßnahmen sterbe.³⁷⁸

Daher zeigt sich auch beim Differenzierungskriterium nach Vorerkrankungen, wobei bei der Berücksichtigung von Alten- und Pflegeheimen auch die Lebensumstände und das Alter der sich dort befindlichen Personen mit in die Risikobewertung eingeflossen sind, dass diese zu sehr ungleichem Risiko führen und die Priorisierung auch hier dem Grundsatz folgt, wesentlich Ungleiches nicht gleich zu behandeln.

Tätigkeitsbedingte Differenzierungen, unter anderem durch die Priorisierung von Pflege- und Gesundheitspersonal im ambulanten und stationären Umfeld, wurden einerseits vorgenommen, da diese zu den Personengruppen gehören, „an deren Impfung ein besonderes öffentliches Interesse zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit bestimmter Einrichtungen besteht“³⁷⁹. Andererseits wird durch die Priorisierung berücksichtigt, dass diese Gruppen in ihrer Tätigkeit Kontakt zu besonders vulnerablen Personen haben und arbeitsbedingt auch selbst einem höheren Infektionsrisiko ausgesetzt sind.³⁸⁰

Dabei erfolgte auch bei Personen mit arbeitsbedingtem Infektionsrisiko eine Einstufung in Untergruppen.³⁸¹ Dies berücksichtigt wiederum die Ungleichheit beim Infektionsrisiko unterschiedlicher Einsatzbereiche, da etwa Zahnärzte einem hohen, medizinisches Personal zur intensivmedizinischen Betreuung von COVID-19-Patientinnen und -Patienten dagegen einem besonders hohen Expositionsrisiko ausgesetzt sind.³⁸² Diese Abstufungen zeigen sich auch bei anderen Tätigkeitsgruppen.³⁸³

Die Ungleichbehandlung zwischen den Priorisierungsgruppen beim Schutzimpfungsanspruch wie auch der Ausschluss von der Priorisierung von Personen erfolgte „anhand objektiver und sachlich nicht zu beanstandender Kriterien“³⁸⁴. Auch das VG München entschied, „[d]as Risiko für schwere oder tödliche Verläufe einer COVID-19-Erkrankung, das berufsbedingte Infektionsrisiko, die Zugehörigkeit zu Berufsgruppen der kritischen Infrastruktur sowie der Gefährdung aufgrund der Wohn-, Lebens- und/oder Arbeitsverhältnisse stellen tragfähige sachliche Gründe dar, die [der] Priorisierung bei der Impfstoffvergabe zugrunde liegen“³⁸⁵.

378 VG Gelsenkirchen, Beschl. vom 11. Januar 2021 – 20 L 1812/20 – COVuR 2021, 183, Rn. 33f.

379 VG Schwesig, Beschl. vom 28. April 2021 – 1 B 70/21 – BeckRS 2021, 9290, Rn. 17.

380 VG Gelsenkirchen, Beschl. vom 25. Januar 2021 – 20 L 65/21 – BeckRS 2021, 1378, Rn. 38.

381 Ebda.

382 VG Lüneburg (6. Kammer), Beschl. vom 18. Februar 2021 – 6 B 6/21 – BeckRS 2021, 2176, Rn. 29.

383 Siehe Abschnitt C. II. I. b) bb).

384 VG Gelsenkirchen, Beschl. vom 25. Januar 2021 – 20 L 65/21 – BeckRS 2021, 1378, Rn. 26.

385 VG München, Beschl. vom 28. Januar 2021 – M 26b E 21.393 – BeckRS 2021, 1183, Rn. 40.

Die Härtefallklauseln³⁸⁶ in § 3 I Nr. 2 lit. k CoronaImpfV und § 4 I Nr. 2 lit. i CoronaImpfV, die in Einzelfällen eine Aufnahme in die Priorisierungsgruppe 2 und 3 erlauben, stellen sicher, dass Personen, die nachweislich ein wesentlich gleiches Risiko wie die dort benannten Anspruchsberechtigten haben, ebenfalls eine Aufnahme in diese Gruppen zuteilwerden kann.

Zu kritisieren ist allerdings, dass es eine solche Härtefallklausel nicht für die höchste Priorisierungsgruppe in § 2 I CoronaImpfV gibt. Dies kann einen Verstoß gegen Art. 3 I GG darstellen. Wenn für Personen mit vergleichbar hohem Risiko eines schweren Krankheitsverlaufs keine Ausnahmen zugelassen werden, wäre die Ungleichbehandlung bei gleicher Gefährdungslage auch nicht durch Sachgründe zu rechtfertigen.³⁸⁷

In diesem Falle könnten Betroffene auf den verfassungsrechtlichen Teilhabeanspruch aus Art. 2 II S. 1 GG i.V.m. Art. 3 I GG zurückgreifen, der den gleichheitsgerechten Zugang zu staatlichen Leistungen bei der Gesundheitsversorgung³⁸⁸ normiert. Aber auch dieser besteht immer nur „unter dem Vorbehalt des Möglichen“³⁸⁹, sodass die Kapazitäten des begrenzten Impfstoffes gleichzeitig die Grenzen des Teilhabeanspruchs markieren. Das VG Gelsenkirchen entschied in einem solchen Fall eines Krebs- und Herzerkrankten, der beanspruchte in die Gruppe des § 2 I CoronaImpfV aufgenommen zu werden, dass auch multiple Vorerkrankungen nicht zu einem solchen Anspruch führen, da es an Vergleichbarkeit zu den in § 2 I CoronaImpfV genannten Gruppen fehle, gerade dadurch, dass Personen im häuslichen Umfeld eher fähig sind, Kontakte zu reduzieren und sich zu isolieren als Personen in Alten- und Pflegeheimen.³⁹⁰ In einem ähnlichen Fall entschied so auch das LSG Niedersachsen-Bremen³⁹¹.

Sodann ist festzustellen, dass die fehlende Härtefallklausel in § 2 CoronaImpfV nicht zu einem Verstoß gegen Art. 3 I GG führt, da die Kriterien, die der Priorisierung zugrunde liegen auch gerichtlich Bestand haben und teilhaberechtliche Ansprüche aus Art. 2 II S. 1 GG i.V.m. Art. 3 I GG auf vorrangige Schutzimpfung zu keinem anderen Ergebnis kommen als die Vorgaben der Priorisierung.

Die Differenzierungskriterien der Priorisierung und die Binnenpriorisierung durch Abstufungen nach Alter, tätigkeitsbezogenem Risiko und Vorerkrankungen stellen keine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung dar. Die Priorisierungsgruppen in §§ 2-4 CoronaImpfV sind untereinander ebenso wenig gleich zu behandeln wie die Personen, die nach § 1 II S. 1 Nr. 4 CoronaImpfV nicht priorisiert wurden, da sie wesentlich ungleiche Risiken tragen. Daher kommen die Regelungen der Priorisierung dem Grundsatz nach, wesentlich Gleiches nicht ungleich und wesentlich Ungleiches nicht gleich zu behandeln³⁹².

386 Siehe Abschnitt C. II. 1. b) cc).

387 Bilsdorfer/Sigel, NVwZ 2021, 594 (596f.).

388 Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (629).

389 VG Schwesig, Beschl. vom 28. April 2021 – 1 B 70/21 – BeckRS 2021, 9290, Rn. 8.

390 VG Gelsenkirchen, Beschl. vom 25. Januar 2021 – 20 L 65/21 – BeckRS 2021, 1378, Rn. 52ff.

391 LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. vom 2. Februar 2021 – L 5 SV 1/21 B ER – BeckRS 2021, 888, Rn. 15.

392 BVerfG, Urt. vom 23. Oktober 1951 – 2 BvG 1/51 – BeckRS 1951, 102843, Rn. 86.

4. Wesentlichkeitstheorie und Grundrechtsrelevanz

Eine Regelung oder Maßnahme gilt als wesentlich i.S.d. Wesentlichkeitstheorie, wenn sie wesentlich für die Verwirklichung von Grundrechten ist.³⁹³ Dabei muss es sich um keinen Eingriff in die Grundrechte handeln, da die Gewährung und das Angebot einzelner Leistungen im Hinblick auf die Freiheit oft nicht weniger bedeutungsvoll ist als das Unterbleiben eines Eingriffs.³⁹⁴ Das bedeutet, dass die Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 GG i.V.m. Art. 1 I S. 2 GG, sowie Leistungs- und Teilhaberechte wesentlich und grundrechtsrelevant sein können.

Auch wenn ein Eingriff in Art. 2 II S. 1 GG, sowie eine Schutzpflichtverletzung und ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG verneint wurden, so kann es sich bei der Priorisierung um eine wesentliche Regelung i.S.d. Wesentlichkeitstheorie handeln. Denn eine Grundrechtsrelevanz kann durch die summarische Prüfung von Art. 2 II S. 1 GG und Art. 3 I GG festgestellt werden. Für diejenigen Gruppen, die hoch gefährdet sind durch eine Infektion mit dem Coronavirus schwer zu erkranken oder gar zu versterben, kann die Impfstoffgabe über Leben und Tod entscheiden und ist für diese damit wesentlich für die Verwirklichung des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

Eine hohe Grundrechtsrelevanz der Impfpriorisierung wird von der Literatur deutlich bejaht.³⁹⁵ Bei der oben vorgenommenen Abwägung ergibt sich zwar ein erheblich erhöhtes Schutzbedürfnis der priorisierten Gruppen, die sich in der Unterscheidung zwischen den Gruppen widerspiegelt. Dennoch werden durch die Priorisierung Auswahlentscheidungen durch den Staat getroffen, die sowohl eine tiefe als auch eine breite Grundrechtsbetroffenheit auslösen³⁹⁶.

Die tiefe Grundrechtsbetroffenheit ergibt sich vor allem aus der Intensität, die die Priorisierung für die Verwirklichung des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II S. 1 GG besonders für vulnerable Gruppen ergibt. Der Ordnungsgeber ist durch den vorrangigen Schutzimpfungsanspruch besonders gefährdeter Gruppen in Abstufungen seiner Pflicht nachgekommen, ungleich Gefährdete nicht gleich zu behandeln. Dennoch wird durch exekutives Handeln des BMG eine sehr tiefgreifende Entscheidung über Priorisierung oder Nichtpriorisierung getroffen. Diese hat darüber hinaus für eine Vielzahl von vulnerablen Personen Auswirkungen auf die Verwirklichung des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit und löst damit auch eine breite Grundrechtsbetroffenheit aus.

Im Rückschluss bedeutet dies, dass der Spielraum des Ordnungsgebers sich durch die Wesentlichkeit der Regelung verengt. Der Gesetzgeber muss dafür klarere Grenzen bei der Ermächtigung einziehen oder die Regelung gar im Sinne eines Parlamentsvorbehalts selbst vornehmen. Dies soll im Folgenden geprüft werden.

393 BVerfG, Urt. vom 14. Juli 1998 – 21 BvR 1640/97 – BeckRS 1998, 21931, Rn. 136.

394 BVerfG, Beschl. vom 28. Oktober 1975 – 2 BvR 883/73, 379/74, 497/74, 526/74 – NJW 1976, 34 (35).

395 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, 04.12.2020, WD 3 - 3000 - 271/20, S. 8ff.; Leisner-Egensperger, NJW 2021, 202, Rn. 8; Leisner-Egensperger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)263(1), S. 6; Rixen in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB, Kap. 5, Rn. 16; Wollenschläger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(18), S. 6, S. 27; Kießling, BT-Ausschussdrucksache 19(14)263(5), S. 3f.; Kießling IfSG/Hollo, § 5 IfSG, Rn. 33.

396 Wollenschläger, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(18), S. 6.

5. Parlamentsvorbehalt und Vorbehalt des Gesetzes

Der Parlamentsvorbehalt erfordert es, dass der Gesetzgeber alle für die Verwirklichung von Grundrechten wesentlichen Entscheidungen selbst trifft.³⁹⁷ Das bedeutet, dass die Anforderungen an den Gesetzgeber mit der Grundrechtsrelevanz verbunden sind.³⁹⁸ Je höher die Grundrechtsrelevanz einer Regelung, desto eher bedarf es einer formellgesetzlichen Regelung mit höherer Regelungsdichte und folglich einer genaueren Ausgestaltung der Ermächtigungsgrundlage. Die Wesentlichkeit der Impfpriorisierung wurde durch die hohe Grundrechtsrelevanz deutlich bejaht. Deshalb ist zu prüfen, ob die Impfpriorisierung wie auch die dazugehörigen Verordnungsermächtigungen dem Parlamentsvorbehalt und dem Vorbehalt des Gesetzes gerecht werden.

Ob eine Regelung der Impfpriorisierung durch Verordnung i.S.d. Parlamentsvorbehalts geregelt werden darf oder ob es dazu eines formellen Gesetzes bedürfte, ist umstritten. Der Meinungsstreit geht von der Forderung einer Vollregelung der Priorisierung durch ein Parlamentsgesetz über die Einschätzung, die Regelung der Priorisierung und dazugehörigen Ermächtigungsgrundlagen seien ausreichend bis zur Forderung von Nachbesserungen bei den Ermächtigungsgrundlagen. Die verschiedenen Ansichten sollen im Folgenden dargelegt werden.

Einerseits besteht die Einschätzung, dass aufgrund der Wesentlichkeit der Priorisierung für die Verwirklichung von Grundrechten eine Regelung „nur der parlamentarische Gesetzgeber in Form formeller Parlamentsgesetze regeln darf“³⁹⁹. Das VG Osnabrück entschied ebenfalls, der Parlamentsvorbehalt erfordere es, die Impfpriorisierung formellgesetzlich zu regeln.⁴⁰⁰ Das Gericht nimmt allerdings einen Eingriff in Art. 2 II S. 1 GG durch die Priorisierung an.⁴⁰¹ Wie bereits dargestellt folgt die Argumentation dieses Beitrags jedoch der Einschätzung des VG Berlin, welches keinen Eingriff in Art. 2 II S. 1 GG durch die Priorisierung, sondern die Erfüllung der Schutzpflicht des Staates und das Leistungsrecht durch die Priorisierung tangiert sieht.⁴⁰² Das VG Berlin sieht den Vorbehalt des Gesetzes durch den Fokus auf die Leistungsverteilung nicht als verletzt an und hält es für ausreichend, dass der Gesetzgeber Kriterien für die Priorisierung vorgezeichnet hat.⁴⁰³ Andere Verwaltungsgerichte haben die Entscheidung über Wesentlichkeit, Parlamentsvorbehalt und die damit verbundene Verfassungsmäßigkeit der Impfpriorisierung in der CoronaImpfV offen gelassen.⁴⁰⁴

Ähnlich des Beschlusses des VG Berlin argumentiert der Sachverständige und Verfassungsrechtler Wollenschläger, der feststellt, der Gesetzgeber habe⁴⁰⁵ wesentliche Fragen durch die explizite Normierung der Priorisierungsbefugnis, Normierung der Verteilungskriterien und der Impfziele geregelt.⁴⁰⁶ Dass der Gesetzgeber durch Parlamentsgesetz das Rangverhältnis der Priorisierungskriterien nicht selbst festgelegt hat, kann unter dem Gesichtspunkt

397 BVerfG, Urt. vom 14. Juli 1998 – 21 BvR 1640/97 – BeckRS 1998, 21931, Rn. 135.

398 Ebda.

399 Enners-Mommertz, ARP 2021, 154 (155f.).

400 VG Osnabrück, Beschl. vom 4. März 2021 – 3 B 4/21 – BeckRS 2021, 5314, Rn. 6.

401 Ebda.

402 VG Berlin, Beschl. vom 29. Januar 2021 – VG 14 L 13/21 – BeckRS 2021, 877, Rn. 34.

403 Ebda.

404 VG Gelsenkirchen, Beschl. vom 11. Januar 2021 – 20 L 1812/20 – COVuR 2021, 183, Rn. 39; VG Lüneburg (6. Kammer), Beschl. vom 18. Februar 2021 – 6 B 6/21 – BeckRS 2021, 2176, Rn. 38; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. vom 2. Februar 2021 – L 5 SV 1/21 B ER – BeckRS 2021, 888, Rn. 15.

405 Bezogen auf die Novellierung der Ermächtigungsgrundlagen durch das EpiLage-FortgeltungsG vom 29.03.2021.

406 Wollenschläger, Öffentliche Anhörung, Ausschuss für Gesundheit, EpiLage-FortgeltungsG, Protokoll-Nr. 19/137, <https://t1p.de/oeffentl-anhoerung-bundesgesundheitsausschuss-EpiLageFortgeltungsG>, zul. aufgerufen am: 28.08.2021, S. 6.

dynamischer Anpassungserfordernisse grundrechtsdienlich sein, da auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse flexibel durch Anpassung der Impfreiheitenfolge reagiert werden kann.⁴⁰⁷

Andererseits gibt es auch die Einschätzung, dass in Anbetracht der Wesentlichkeit der Priorisierung der Gesetzgeber selbst solche grundlegende Entscheidungen treffen muss.⁴⁰⁸ Die Sachverständige Kießling unterstützt ebenfalls die Auffassung, Verteilungsziele, -kriterien und deren Rangverhältnis hätten in einem Parlamentsgesetz durch den Gesetzgeber selbst festgelegt werden sollen, damit die Regelung der Wesentlichkeitstheorie und dem Parlamentsvorbehalt entspricht.⁴⁰⁹ Die konkretere Ausgestaltung der Priorisierungsgruppen hätte sodann vom Verordnungsgeber festgelegt werden können.⁴¹⁰

Es besteht auch Kritik daran, dass die Ermächtigungsgrundlage des § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG durch die Überarbeitung mit dem EpiLage-FortgeltungsG kaum angepasst wurde, was der Wesentlichkeit der Impfpriorisierung und den damit verbundenen Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlagen nicht genüge.⁴¹¹

Es scheint nach der Prüfung der Ermächtigungsgrundlagen, der Vereinbarkeit mit den Grundrechten und der Wesentlichkeit der Priorisierung plausibel, dass die Regelung der Impfpriorisierung in der CoronaImpfV⁴¹² trotz der Nachbesserungen mit dem EpiLage-FortgeltungsG⁴¹³ dem Parlamentsvorbehalt und der Wesentlichkeitstheorie nicht genügt, auch wenn die Anpassungen zu begrüßen sind.

Der Spielraum des Verordnungsgebers hätte sich durch eine weitergehende Begrenzung der Ermächtigung bei gleichzeitiger Erhöhung der Regelungsdichte durch den Gesetzgeber weiter verengen müssen. Die Ermächtigungsgrundlagen in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a, Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V und § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG bilden dies jedoch nicht ab. Systematische Mängel wie die Aufteilung von Impfzielen und -kriterien hätten beseitigt und bei der Offenheit der Kriterien und deren Rangverhältnis nachgeschärft werden müssen, um die Bestimmtheit weiter zu erhöhen. Den durch die Wesentlichkeit verschärften Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 I S. 2 GG wäre entsprochen, wenn eine einheitliche Stufenregelung im IfSG⁴¹⁴, geschaffen worden wäre. Diese hätte Verteilungsziele, abstrakte Priorisierungskriterien und deren Rangverhältnis vorgeben und damit einen engeren Rahmen schaffen können, ohne Konkretisierungen und flexible Handhabung durch die Verordnungsgebung auszuschließen.⁴¹⁵ Dies wäre eine klare parlamentsgesetzliche Grundlage, die sich allein auf die Priorisierung richtet.

Auch die formellgesetzliche Normierung von Öffnungs- und Härteklauseln, wie sie in der CoronaImpfV zu finden sind, wäre wichtig gewesen. Diese haben eine große Bedeutung für die praktische Umsetzung der Priorisierung durch Ärzte und Impfzentren, ebenso für betroffene Personen, denen über die Klausel ein Teilhabeanspruch zukommen kann. Eine Regelung der Priorisierung in einer Rechtsverordnung ist dennoch grundsätzlich nicht zu beanstanden, denn Exekutivnormsetzung kann grundrechtsdienlich sein, soweit die bereits vorgetragenen Nachbesserungen des gesetzlichen Rahmens angenommen werden. Dies soll im Folgenden erläutert werden.

407 Kießling IfSG/*Gebhard*, § 20 IfSG, Rn. 15n.

408 *Lindner* in Schmidt, COVID-19, § 18, Rn. 46.

409 Kießling, BT-Ausschussdrucksache 19(14)263(5), S. 7f.

410 Ebd.

411 Kießling IfSG/*Hollo*, § 5 IfSG, Rn. 33.

412 CoronaImpfV vom 31.03.2021, BAnz AT 01.04.2021 V1.

413 BGBl. I 370.

414 So auch der Vorschlag eines § 20a IfSG zur Priorisierung bei beschränkter Verfügbarkeit von Impfstoffen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 von Kingreen, Kingreen, BT-Ausschussdrucksache 19(14)288(3), S. 10.

415 Kießling, BT-Ausschussdrucksache 19(14)263(5), S. 7f.

6. Exekutivnormsetzung und Grundrechtsdienlichkeit

Vor allem stehen die umfassenden Exekutivbefugnisse des BMG in der Corona-Pandemie stark in der Kritik. Doch Exekutivnormsetzung bringt auch Vorteile mit sich.

Einerseits kann der Gesetzgeber bei Detailfragen und Fragen, die besonderen Sachverstand erfordern, entlastet werden. Andererseits erlaubt Exekutivnormsetzung flexible und schnelle Reaktionen auf sich verändernde Erkenntnisstände. Darum ist die Frage, inwieweit Exekutivnormsetzung bei der Impfpriorisierung der Verwirklichung von Grundrechten dient.

Auch wenn die Wesentlichkeit einer Regelung und der Parlamentsvorbehalt das Tätigwerden des Parlaments erfordern, so besteht grundsätzlich kein Gewaltenmonismus des Parlaments⁴¹⁶ oder „allumfassende[r] Vorrang bei grundlegenden Entscheidungen“⁴¹⁷. Der Parlamentsvorbehalt dient nicht dazu, dem Parlament ein Monopol bei wichtigen Entscheidungen zuzusprechen oder der Exekutive die Legitimation abzusprechen, sondern vielmehr Exekutivbefugnisse zu begrenzen.⁴¹⁸

Die Gewaltenteilung soll dazu führen, dass Entscheidungen von den Organen getroffen werden, die „nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise“⁴¹⁹ am besten dazu in der Lage sind. In der Corona-Pandemie mussten vielzählige Entscheidungen vor dem Hintergrund sich überholender wissenschaftlicher Erkenntnisse getroffen werden, denen der Gesetzgeber wohl in der großen Anzahl und Dichte der Entscheidungen so schnell nicht hätte nachkommen können.

Die konkreten Auswahlentscheidungen der Priorisierung beruhten teilweise auf sich rasch verändernden Erkenntnisständen zu Impfstoffen, -kapazitäten und Infektionsgeschehen und gefährdeten Gruppen. Das zeigt sich auch an den Überarbeitungen der CoronaImpfV. Bis zum Außerkrafttreten der letzten die Priorisierung normierenden CoronaImpfV (gültig vom 01.04.2021 bis 06.06.2021) wurden insgesamt vier CoronaImpfV erlassen.⁴²⁰ Zur Veränderung dieser Verordnungen wurden ebenso Verordnungen erlassen.⁴²¹ Anpassungserfordernisse haben sich unter anderem durch die Impfpfehlungen der STIKO ergeben, die sich mit der Datenlage, etwa zu Nebenwirkungen von Impfstoffen, veränderten.

Dies zeigte sich deutlich am Impfstoff von AstraZeneca, der zunächst nur für Personen unter 65 Jahren⁴²² und später nur für Menschen über 60 Jahren⁴²³ von der STIKO empfohlen wurde. Daraufhin wurde die CoronaImpfV angepasst, die nach der Neufassung vom 31.03.2021⁴²⁴ in § 1 II S. 3 CoronaImpfV den Vermerk enthielt, dass Impfstoffe, die von STIKO und RKI für bestimmte Personengruppen empfohlen werden, vorrangig bei diesen Gruppen eingesetzt werden sollen. Ebenfalls wurden die Kataloge von anspruchsberechtigten Gruppen immer wieder überarbeitet und ergänzt. Beispielsweise wurde Lehr- und Erziehungspersonal in Sonder- und Grundschulen wie auch Kindertagesstätten, welches durch die Tätigkeit selbst einem

416 BVerfG, Urt. vom 18. Dezember 1984 – 2 BvE 13/83 – NJW 1985, 603 (605).

417 BVerfG, Beschl. vom 8. August 1978 – 2 BvL 8/77 – VerwRspr 1979, 391 (393).

418 Ebda.

419 BVerfG, Urt. vom 18. Dez. 1984 – 2 BvE 13/83 – NJW 1985, 603 (605).

420 CoronaImpfV vom 18.12.2020, BAnz AT 21.12.2020 V3; CoronaImpfV vom 08.02.2021, BAnz AT 08.02.2021 V1; CoronaImpfV vom 10.03.2021, BAnz AT 11.03.2021 V1; CoronaImpfV vom 31.03.2021, BAnz AT 01.04.2021 V1.

421 Erste ÄndVO vom 29.04.2021, BAnz AT 30.04.2021 V5 (keine amtliche Abkürzung); Erste ÄndVO vom 24.02.2021, BAnz AT 24.02.2021 V1 (keine amtliche Abkürzung)

422 Ärzteblatt, Astrazeneca-Impfstoff in Deutschland nur für Menschen unter 65 Jahren, 28.01.2021, <https://t1p.de/aerzteblatt-astrazeneca>, zul. aufgerufen am: 24.06.2021.

423 RKI, Beschluss der STIKO zur 4. Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung (01.04.2021), <https://t1p.de/rki-stiko-vierte-empfehlung>, zul. aufgerufen am: 24.06.2021.

424 CoronaImpfV vom 31.03.2021, BAnz AT 01.04.2021 V1.

hohen Expositionsrisiko ausgesetzt ist, mit der CoronaImpfV vom 24.02.2021⁴²⁵, nachträglich aufgenommen.

Es gibt viele Beispiele, die deutlich machen, dass die Exekutivnormsetzung bei der CoronaImpfV prinzipiell Vorteile mit sich bringt, wenn auf dynamische Geschehen und kurzfristige Anpassungserfordernisse reagiert werden muss.

Dabei geht es auch um die Verwirklichung eines dynamischen Grundrechtsschutzes. Bei der konkreten Ausdifferenzierung von Priorisierungsgruppen durch den Gesetzgeber in einem Corona-Impf-Gesetz, wäre eine Anpassung des Kataloges der Impfpriorisierung bei neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen, etwa zu prädisponierenden Vorerkrankungen für schwere Verläufe bei einer Infektion, nicht so schnell und effektiv zu realisieren gewesen wie durch den Verordnungsgeber.⁴²⁶

Um der Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 2 GG i.V.m. Art. 1 I S. 2 GG sowie Art. 3 I GG gerecht zu werden, bedurfte es stetiger Überprüfung der Datenlage zu gefährdeten Gruppen, medizinischen Indikationen und infektiologischen Erkenntnissen, für die nach § 18 CoronaImpfV auch eine fortlaufende Evaluation der CoronaImpfV durch STIKO und RKI vorgesehen ist.

Die Verwirklichung eines dynamischen Grundrechtsschutzes kann eine „gewisse Zurücknahme der im Ausgangspunkt erheblichen parlamentarischen Regelungsdichte“⁴²⁷ trotz der Wesentlichkeit ergeben. Dies gilt dort, „[w]o der Gesetzgeber ansonsten gezwungen wäre, entweder unpraktikable Regelungen zu treffen oder von einer Regelung gänzlich Abstand zu nehmen, was letztlich beides zu Lasten des Grundrechtsschutzes ginge“⁴²⁸.

Das BVerfG erkennt an, dass bei Entscheidungen, für deren Bewertung eine laufende Anpassung von Risikobeurteilungen vor dem Hintergrund sich aktualisierender Wissensstände notwendig sind, exekutives Handeln i.S.d. dynamischen Grundrechtsschutzes der Verwirklichung von Grundrechten unter Umständen besser gerecht werden kann als der Gesetzgeber⁴²⁹, ohne den Vorbehalt des Gesetzes zu verletzen.

Dies spricht weder für einen Gewaltmonismus des Parlaments bei wesentlichen Fragen bezüglich der Impfpriorisierung noch für ausufernde Exekutivbefugnisse, sondern für eine ausgewogene Funktionsteilung zwischen Parlament und Verordnungsgeber⁴³⁰. Ausgewogen bedeutet in diesem Fall, dass der Gesetzgeber Exekutivnormsetzung i.S.d. der Wesentlichkeitstheorie, dem Bestimmtheitsgebot und Parlamentsvorbehalt ausreichend begrenzt, ohne dabei die detaillierte Ausgestaltung und flexible Anpassungen i.S.d. dynamischen Grundrechtsschutzes unmöglich zu machen.

425 Erste ÄndVO vom 24.02.2021, BAnz AT 24.02.2021 V1.

426 Leisner-Egensperger, NJW 2021, 202, Rn. 15.

427 Ebda.

428 BVerfG, Beschl. vom 8. August 1978 – 2 BvL 8/77 – VerwRSpr 1979, 391 (400f.).

429 Ebda. (402).

430 Leisner-Egensperger, NJW 2021, 202, Rn. 18.

D. Fazit und Ausblick

Abschließend ist festzustellen, dass die Corona-Pandemie von exekutivem Handeln geprägt war. Durchaus kann man von einer „Stunde der Exekutive“ sprechen. Notwendig waren schnelle Reaktionen bei meistens begrenztem Kenntnisstand über weitere Entwicklungen des Pandemiegeschehens. Politik war selten so dominiert von Expertenmeinungen und Wissenschaft. Die Einschätzungen von Virologen, Infektiologen und Epidemiologen prägten über lange Strecken das Handeln der Regierungen in Bund und Ländern. Plötzlich herrschte Anfang 2020 der Gesundheitsnotstand, den weder unsere Verfassung noch die gesetzgebenden und ausführenden Organe oder die Gerichte kannten. Bei einem noch nicht da gewesenen Virus wie dem neuartigen Coronavirus, das auf einen Staat trifft, dem Epidemien und Pandemien in diesem Ausmaß bislang erspart geblieben waren, war eine stetige Rückkopplung von Wissenschaft und Politik notwendig.

Man kann sich sicher sein, dass der Weg über den Bundestag oftmals zu lang gewesen wäre, um schnell und flexibel Schutzausrüstung für medizinisches Personal zu beschaffen, auf lokale Infektionsgeschehen zu reagieren und so praktische Umsetzungsprobleme zügig zu beheben. Doch auch eine „Stunde der Exekutive“ muss von einer starken Legislative flankiert werden. Der Gesundheitsnotstand rechtfertigt ein Durchregieren nicht. Gerade in Krisen muss der Rahmen, in dem sich Exekutivnormsetzung bewegt, stets neujustiert werden. Nach zwei Jahren Pandemie zeigt sich, dass viele Entscheidungen auch durch den Bundestag hätten vorweggenommen werden können. Dies betrifft in besonderem Maße die CoronaImpfV. Es war zwar lange nicht sicher, wann ein Impfstoff zur Verfügung stünde. Doch sicher war, dass es ab einem bestimmten Zeitpunkt so weit sein würde. Ein grobes Bild, welche Gruppen besonders durch eine Infektion gefährdet sind, bestand auch zum Ende des Jahres 2020 bereits.

Wie erläutert, drängten Sachverständige früh auf eine gesetzliche Regelung, die zumindest einen Rahmen einer Priorisierung durch Kriterien, eine Wertentscheidung durch die Bestimmung von Abstufungen und Ziele einer Priorisierung vorgibt. Dem hätte der Gesetzgeber nachkommen müssen. Denn die Ermächtigungsgrundlagen in § 20i III S. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2, S. 4 und 5 SGB V und § 5 II S. 1 Nr. 4 lit. f IfSG zeigen an sich schon die Zersplitterung, die stattgefunden hat. Einem verschärften Bestimmtheitsgebot und einer sich erhöhenden Regelungsdichte, die sich durch die Wesentlichkeit der Priorisierung für die Verwirklichung des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II S. 1 GG und dem Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 I GG für besonders vom Coronavirus betroffenen Gruppen ergeben, können diese Ermächtigungsgrundlagen nicht genügen. Die wesentlichen Entscheidungen müssen in der Hand des Gesetzgebers bleiben. Und wenn es für Menschen um eine überlebenssichernde Schutzimpfung geht, so ist diese Entscheidung so wesentlich, dass sie nicht maßgeblich durch ein Ministerium ausgeprägt werden kann.

Die Funktionsteilung zwischen Exekutive und Legislative bei der CoronaImpfV trägt der Tatsache Rechnung, dass wissenschaftliche Erkenntnisse in der Corona-Pandemie oft eine kurze Halbwertszeit haben. Prinzipiell ist es also zu begrüßen, dass es eine CoronaImpfV und kein Corona-Impf-Gesetz geworden ist, das eine solche Ausdifferenzierung nach verschiedenen Erkrankungsbildern und Tätigkeitsprofilen und deren stetige Überprüfung nicht erlaubt hätte. Eine engere Einbindung des Bundestags und eine öffentliche und differenzierte Debatte über die Priorisierung hätten allerdings manche Überarbeitungen in der CoronaImpfV möglicherweise vorwegnehmen können, wie etwa bei den zum Impfstart noch fehlenden Härtefall- und Öffnungsklauseln, die erst später in die CoronaImpfV eingefügt wurden.

Sollten zukünftig Pandemien dieser Art durch Klimawandel, Versiegelung von Naturflächen

und die globale Vernetzung häufiger werden und auch Deutschland wieder treffen, so bedürfte es einer grundlegenden Überarbeitung des IfSG. Das IfSG war vor der Corona-Pandemie nicht dazu bestimmt, Maßnahmen der Art und des Ausmaßes zu enthalten, wie wir es erlebt haben. Die Schaffung des § 5 IfSG mit der Feststellung einer epidemischen Lage nationaler Tragweite war ein wichtiger Schritt in Richtung eines pandemiefesten Infektionsschutzrechts. Doch sollte es auch für zukünftige Lagen die Grundlage bilden, so bedarf es Novellierungen, die im Besonderen eine stärkere Einbindung von gesetzgeberischem Handeln in Krisen dieser Art vorsehen. Eine gesetzliche Normierung einer Priorisierung im IfSG für die Zukunft wäre ebenfalls denkbar, soweit sie nur einen Rahmen vorgibt. Denn das Sozialrecht kennt eine Rationierung von medizinischen Ressourcen nicht.

Auch wenn im Verlauf Anpassungen des Pandemierechts vorgenommen wurden, bei einer erneuten Krisenlage und einem Gesundheitsnotstand bliebe das Infektionsschutzrecht vielfach hinter verfassungsrechtlichen Maßstäben zurück. Denn das Wesentliche gehört auch in der Stunde der Exekutive in die Hand des Gesetzgebers.

Literaturverzeichnis

- ÄRZTEBLATT, Astrazeneca-Impfstoff in Deutschland nur für Menschen unter 65 Jahren, 28. Jan. 2021. URL: <https://t1p.de/aerzteblatt-astrazeneca> (zuletzt besucht am 24. Juni 2021).
- BECK'SCHE ONLINE-KOMMENTARE GRUNDGESETZ, Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg), 46. Edition Stand: 15.02.2021, München 2021 (zit. als BeckOK GG/Bearbeiter).
- BECK'SCHE ONLINE-KOMMENTARE INFektionSSCHUTZ-RECHTE, Eckart, Christian/Winkelmüller, Michael, 5. Edition Stand: 10.05.2021, München 2021 (zit. als BeckOK InfSchR/Bearbeiter).
- BECK'SCHE ONLINE-KOMMENTARE SoZIALRECHT, Rolf, Christian/ Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meßling, Miriam u. a., 61. Aufl., München 2018 (zit. als BeckOK SozR/Bearbeiter).
- BIERMANN, Kai/JACOBS, Luisa/POLKE-MAJESWKI, Karsten, Schutzausrüstung – Warten auf die Masken, ZEIT ONLINE, 21. März 2020. URL: <https://t1p.de/warten-auf-die-Masken-Zeit-Online> (zuletzt besucht am 28. Juni 2021)
- BILSDORFER, Mascha/SIGEL, Richard, Meilenstein und Stolperstein zugleich? Zur Priorisierung bei Corona-Schutzimpfungen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 9 (2021), 594–598.
- BUNDESMINISTERIUM FÜR GESUNDHEIT, COVID-19 Impfdashboard, 28. Januar 2022. URL: <https://impfdashboard.de> (zuletzt besucht am 28. Januar 2022).
- Impfpriorisierung, Aufhebung der Impfpriorisierung. 16. Juli 2021. URL: <https://www.zusammengegencorona.de/impfen/basiswissen-zum-impfen/aufhebung-der-impfpriorisierung/> (zuletzt besucht am 19. Juli 2021).
- DAS BUNDESARCHIV, „Ansteckende Krankheit! Zutritt verboten! Infektionsvorsorge und -bekämpfung im Deutschen Reich und seinen Kolonien 1871-1933. 2020. URL: <https://t1p.de/Bundesarchiv-ansteckende-krankheiten> (zuletzt besucht am 14. Juni 2021).
- DEUTSCHER ETHIKRAT, Empfehlungen für einen gerechten und geregelten Zugang zu einem COVID-19-Impfstoff, 9. Nov. 2020. URL: <https://t1p.de/deutscher-ethikrat-pressemitteilung> (zuletzt besucht am 5. Juli 2021).
- 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. 4. Dez. 2020. — Zoonosen und Tierhaltung, WD 5 - 3000 - 070/20. 21. Juli 2020. — Reichweite der Wesentlichkeitslehre, Grenzfälle der Wesentlichkeit, WD 3 - 3000 - 043/15, 23. Feb. 2015.
- Kontroverse Impfpflicht-Debatte mit ersten Vorschlägen. URL: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw04-de-impfpflicht-877070> (zuletzt besucht am 28.01.2022).
- DREIER, Horst, Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, Die Öffentliche Verwaltung 6 (2021), 229–243.
- ENNERS-MOMMERTZ, Lydia, COVID-19-Impfungen im rechtlichen und medizinischen Kontext, Arbeitsschutz in Recht und Praxis 5 (2021), 154–158.
- GEBHARDT, Jens (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz Kommentar. 5. Aufl. 2021, München (zit. als Bearbeiter in Gerhardt IfSG).
- GOLDHAMMER, Michael/NEUHÖFER, Stefan, Grundrechte in der Pandemie - Allgemeine Lehren, Juristische Schulung 3 (2021), 212–217.
- GREVE, Holger, Infektionsschutzrecht in der Pandemielage - Der neue § 28 a IfSG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 24 (2020), 1786–1792.
- HART, Dieter, Zur Konkurrenz der Impfstoffe gegen COVID-19: Aufklärung und Auswahl, Medizinrecht 4 (2021), 317–324.
- HOLLO, Anna-Lena, Corona-Recht wird Dauerrecht: . . . und das Recht-Stricken mit heißer Nadel geht weiter, 29. März 2021. URL: <https://verfassungsblog.de/corona-dauerrecht> (zuletzt besucht am 22. Juni 2021).
- HÖMIG, Dieter/WOLFF, Heinrich Amadeus (Hrsg.), Grundgesetz für die Republik Deutschland, Handkommentar, 12. Auflage 2018, Baden-Baden (zit. als Bearbeiter in Hömig/Wolff).
- HUSTER, Stefan/KINGREEN, Thorsten (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 1. Auflage 2021, München (zit. als Bearbeiter in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB).
- INFRATEST DIMAP, Eine repräsentative Studie zur politischen Stimmung im Auftrag der ARD-Tagesthemen und der Tageszeitung DIE WELT, ARD-DeutschlandTREND Juni 2021. URL: <https://t1p.de/infratest-dimap-ard-deutschlandtrend> (zuletzt besucht am 12. Aug. 2021).
- ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, — Band VII: Freiheitsrechte, 3. Auflage 2009. — Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Auflage 2010. — Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage 2011, Heidelberg (zit. als Bearbeiter in Isensee/Kirchhof HbdStR).
- JARASS, Hans D./PIEROOTH, Bodo (Begr.), Grundgesetz Kommentar, 16. Auflage 2020, München (zit. als Bearbeiter in Jarass/Pieroth GG).
- KALSCHUEER, Fiete/JACOBSEN, Annika, Der Parlamentsvorbehalt: Wesentlichkeitstheorie als Abwägungstheorie, Die Öffentliche Verwaltung 13 (2018), 523–529.

- KIESSLING, Andrea (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz Kommentar, 2. Auflage 2021, München (zit. als Kießling IfSG/Bearbeiter).
- KINGREEN, Thorsten/KIESSLING, Andrea/LEISNER-EGENSPERGER, Anna, Keine Priorität für die Rechtswissenschaft, 2. Feb. 2021.
URL: <https://verfassungsblog.de/keine-prioritaet-fur-die-rechtswissenschaft/> (zuletzt besucht am 22. Juli 2021).
- KLUCKERT, Sebastian (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 1. Auflage 2020, Baden-Baden (zit. als Bearbeiter in Kluckert Neues InfektionsschutzR 1. Aufl.).
- (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Auflage 2021, Baden-Baden (zit. als Bearbeiter in Kluckert Neues InfektionsschutzR 2. Aufl.).
- KRAUSKOPF, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung Kommentar, Band 1: SGB I, SGB IV, SGB V §§ 1 bis 68, in: Wagner, Regine/ Knittel, Stefan (Hrsg.), 110. Ergänzungslieferung März 2021, München 2021 (zit. als Krauskopf/Bearbeiter).
- LEISNER-EGENSPERGER, Anna, Impfpriorisierung und Verfassungsrecht, Neue Juristische Wochenschrift 4 (2021), 202–208.
- MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Begr.), Grundgesetz Kommentar, 93. Ergänzungslieferung Oktober 2020, München (zit. als Bearbeiter in Maunz/Dürig).
- MERS, Jutta, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, in: Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht, Band 37, Albers, Marion/Appel, Ivo /Gassner, Ulrich M./Rosenau, Henning (Hrsg.), Baden-Baden 2019 (zit. als Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat).
- MERTEN, Detlef/PAPIER, Hans Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa.
- Band III: Grundrechte in Deutschland - Allgemeine Lehren II, 1. Auflage 2009.
- Band IV: Grundrechte in Deutschland - Einzelgrundrechte I, 1. Auflage 2011.
- Band V: Grundrechte in Deutschland - Einzelgrundrechte II, 1. Auflage 2013, Heidelberg (zit. als Bearbeiter in Merten/Papier HGR).
- MESSENGER, Miriam, Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 9 (2020), 321–324.
- MÜNCH, Ingo von/KUNIG, Philip (Begr.), Grundgesetz Kommentar.
- Band 1: Präambel bis Art. 69, 7. Auflage 2021.
- Band 2: Art. 70 bis 146, 7. Auflage 2021, in: Kämmerer, Jörn Axel/Kotzur, Markus (Hrsg.), München (jeweils zit. als Münch/Kunig/Bearbeiter).
- PAUL-EHRLICH-INSTITUT, Europäische Kommission erteilt Zulassung des COVID-19-Impfstoffs von BioNTech/Pfizer für die Europäische Union, 21. Dez. 2020.
URL: <https://t1p.de/PEI-EU-Zulassung-Impfstoff> (zuletzt besucht am 5. Juli 2021).
- ROBERT KOCH-INSTITUT, Beschluss der STIKO zur 4. Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung (01.04.2021), 1. Apr. 2021.
URL: <https://t1p.de/rki-stiko-vierte-empfehlung> (zuletzt besucht am 24. Juni 2021).
- COVID-19 Impfquoten-Monitoring in Deutschland (COVIMO) – 3. Report (Kurzbericht), 28. Apr. 2021.
URL: <https://t1p.de/rki-covimo-studie> (zuletzt besucht am 16. Aug. 2021).
- DIVI-Register, Altersstruktur von COVID-19-Patienten auf Intensivstation, 13. Mai 2021.
URL: <https://t1p.de/rki-divi-register> (zuletzt besucht am 17. Mai 2021).
- Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, 15. Risikogruppen für schwere Verläufe, 14. Juli 2021.
URL: <https://t1p.de/Epidemiologischer-Steckbrief-RKI> (zuletzt besucht am 21. Aug. 2021).
- Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, RKI, 1. Erreger, Stand: 26.11.2021.
URL: <https://t1p.de/Epidemiologischer-Steckbrief-RKI-Erreger> (zuletzt besucht am 2. Februar 2021).
- Epidemiologisches Bulletin 02/2021, 14. Jan. 2021.
URL: <https://t1p.de/RKI-Stiko-Empfehlung-Epid-Bulletin> (zuletzt besucht am 21. Aug. 2021).
- Rechtliche Grundlagen, 13. März 2017.
URL: <https://t1p.de/rki-stiko-rechtliche-grundlagen> (zuletzt besucht am 23. Juni 2021).
- Risikobewertung zu COVID-19, 16. Juli 2021,
URL: <https://t1p.de/RKINeuartigesCoronavirus-Risikobewertung> (zuletzt besucht am 21. Juli 2021).
- SACHS, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage 2021, München (zit. als Sachs GG/Bearbeiter).
- SANGS, André, Das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite und Gesetzgebung während der Pandemie, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 24 (2020), 1780–1785.
- SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno (Begr.)/HOFMANN, Hans/HENNEKE, Hans-Günter (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 14. Auflage 2018, Köln (zit. als Bearbeiter in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG).
- SCHMIDT, Hubert (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Auflage 2021, München (zit. als Bearbeiter in Schmidt, COVID-19).

- SCHMITZ, Holger/NEUBERT, Carl-Wendelin, Praktische Konkordanz in der Covid-Krise, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 10 (2020), 666–671.
- SIMMANK, Jakob/SCHUMANN, Florian/WITTMANN, Jakob, So testet Deutschland, *ZEIT ONLINE*, 23. März 2020:
URL: <https://t1p.de/zeitonline-so-testet-deutschland> (zuletzt besucht am 28. Juni 2021).
- SODAN, Helge (Hrsg.), *Beck'sche Kompakt-Kommentare Grundgesetz*, 4. Auflage 2018, München (zit. als Bearbeiter in Sodan, GG).
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev, Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, *Medizinrecht* 8 (2020), 627–637.
- STIKO/DER/LEOPOLDINA, Gemeinsames Positionspapier der Ständigen Impfkommission, des Deutschen Ethikrates und der Nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina, *Wie soll der Zugang zu einem COVID-19-Impfstoff geregelt werden?* 9. Nov. 2020.
URL: <https://t1p.de/Positionspapier-DER-STIKO-Leopoldina-Impfstoffverteilung> (zuletzt besucht am 5. Juli 2021).
- TAGESSCHAU, Corona-Pandemie-STIKO empfiehlt Impfung für alle ab 12, 16. Aug. 2021.
URL: <https://www.tagesschau.de/inland/stiko-impfempfehlung-105.html> (zuletzt besucht am 16. Aug. 2021).
- Debatte über Impfkampagne, Von Gutscheinen und Nachteilen für Ungeimpfte, 6. Aug. 2021.
URL: <https://www.tagesschau.de/inland/rechte-geimpfte-103.html> (zuletzt besucht am 12. Aug. 2021).
- Abgesagte Impftermine, AstraZeneca - der ungeliebte Impfstoff? 30. Apr. 2021.
URL: <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr/impfzentren-umfrage-101.html> (zuletzt besucht am 16. Aug. 2021).
- TAUPITZ, Jochen, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben? *Medizinrecht* 6 (2021), 440–450.
- VON MANGOLDT, Hermann/KLEIN, Friedrich/STARCK, Christian (Begr.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 2: 20-82, 7. Auflage 2018, in: Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), München (zit. als Bearbeiter in v. Mangoldt/Klein/Starck GG).
- VOSSKUHLE, Andreas/WISCHMEYER, Thomas, *Grundwissen-Öffentliches Recht: Das Sozialstaatsprinzip*, *Juristische Schulung* 8 (2015), 693–695.
- WHO EUROPA, Erklärung – COVID-19: Es steht immer noch viel auf dem Spiel. Erklärung von Dr. Hans Henri P. Kluge, WHO-Regionaldirektor für Europa, 1. Juli 2021.
URL: <https://t1p.de/euro-who-statement> (zuletzt besucht am 21. Juli 2021).

Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie

ISSN 2366-0260 (print) / ISSN 2365-4112 (online)

Bislang erschienene Hefte

Heft 1

Felix Boor, Die Yukos-Enteignung. Auswirkungen auf das Anerkennungs- und Vollstreckungssystem aufgehobener ausländischer Handelsschiedssprüche

Heft 2

Karsten Nowrot, Sozialökonomie als disziplinäre Wissenschaft. Alternative Gedanken zur sozialökonomischen Forschung, Lehre und (Eliten-) Bildung

Heft 3

Florian Hipp, Die kommerzielle Verwendung von frei zugänglichen Inhalten im Internet

Heft 4

Karsten Nowrot, Vom steten Streben nach einer immer wieder neuen Weltwirtschaftsordnung. Die deutsche Sozialdemokratie und die Entwicklung des Internationalen Wirtschaftsrechts

Heft 5

Karsten Nowrot, Jenseits eines abwehrrechtlichen Ausnahmecharakters. Zur multidimensionalen Rechtswirkung des Widerstandsrechts nach Art. 20 Abs. 4 GG

Heft 6

Karsten Nowrot, Grundstrukturen eines Beratungsverwaltungsrechts

Heft 7

Karsten Nowrot, Environmental Governance as a Subject of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements

Heft 8

Margaret Thornton, The Flexible Cyborg: Work-Life Balance in Legal Practice

Heft 9

Antonia Fandrich, Sustainability and Investment Protection Law. A Study on the Meaning of the Term *Investment* within the ICSID Convention

Heft 10

Karsten Nowrot, Of “Plain” Analytical Approaches and “Savior” Perspectives: Measuring the Structural Dialogues between Bilateral Investment Treaties and Investment Chapters in Mega-Regionals

Heft 11

Maryna Rabinovych, The EU Response to the Ukrainian Crisis: Testing the Union’s Comprehensive Approach to Peacebuilding

Heft 12

Marita Körner, Die Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union: Struktur und Ordnungsprinzipien

Heft 13

Christin Krusenbaum, Das deutsche Krankenversicherungssystem auf dem Prüfstand – Ist die Bürgerversicherung die ultimative Alternative?

Heft 14

Marita Körner, Age Discrimination in the Context of Employment

Heft 15

Avinash Govindjee/ Judith Brockmann/ Manfred Walser, Atypical Employment in an International Perspective

Heft 16

Cara Paulina Gries, Gesetzliche Barrieren bei der Integration von geduldeten Flüchtlingen in den deutschen Arbeitsmarkt

Heft 17

Karsten Nowrot, Aiding and Abetting in Theorizing the Increasing Softification of the International Normative Order - A Darker Legacy of Jessup’s *Transnational Law*?

Heft 18

Matti Riedlinger, Das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz: Implementierung von Corporate Social Responsibility Berichtspflichten in nationales Recht

Heft 19

Karsten Nowrot, “Competing Regionalism” vs. “Cooperative Regionalism”: On the Possible Relations between Different Regional Economic Integration Agreements

Heft 20

Karsten Nowrot, The 2017 EU Conflict Minerals Regulation: An Effective European Instrument to Globally Promote Good Raw Materials Governance?

Heft 21

Karsten Nowrot, The Other Side of Rights in the Processes of Constitutionalizing International Investment Law: Addressing Investors' Obligations as a New Regulatory Experiment

Heft 22

Karsten Nowrot/Emily Sipiorski, Arbitrator Intimidation and the Rule of Law: Aspects of Constitutionalization in International Investment Law

Heft 23

Karsten Nowrot, European Republicanism in (Legitimation) Action: Public Participation in the Negotiation and Implementation of EU Free Trade Agreements

Heft 24

Karsten Nowrot, Non-Recognized Territorial Entities in the Post-Soviet Space from the Perspective of WTO Law: Outreach to Outcasts?

Heft 25

Marita Körner, Beschäftigtendatenschutz im Geltungsbereich der DSGVO

Heft 26

Vladena Lisenko/Karsten Nowrot, The 2018 Pridnestrovian Law on State Support for Investment Activities: Some Thoughts on an Investment Statute in a Frozen Conflict Situation

Heft 27

Marita Körner, Die Rolle des Betriebsrats im Beschäftigtendatenschutz

Heft 28

Nadia Kornioti/Karsten Nowrot, Looking Back to Learn for the Future?: The Work of the ILA on the Issue of Human Rights in Times of Emergency in the 1980s

Heft 29

Marita Körner, Der Betriebsrat als datenschutzrechtlich verantwortliche Stelle

Heft 30

Karsten Nowrot/Emily Sipiorski, (De-) Constitutionalization of International Investment Law?: Narratives from Africa

Heft 31

Felix Boor, Die beschleunigte Landreform Mugabes vor deutschen Gerichten - der „Hamburger Kaffeestreit“

Heft 32

Karsten Nowrot, Corporate Legal and Social Responsibility as an Issue of International Investment Agreements: A Suitable Role Model for the WTO Legal Order?

Heft 33

Julius Adler, Der Grundsatz der „Full Protection and Security“ im internationalen Investitionsschutzrecht - Bedeutung in Theorie und Praxis

Heft 34

Sebastian Barth, Gefangenearbeit: Meilen- oder Stolperstein der Resozialisierung? Eine rechtliche Betrachtung von Gefangenearbeit in Bezug auf das Resozialisierungsziel

Heft 35

Karsten Nowrot, Das gesellschaftliche Transformationspotential der Sustainable Development Goals: Völkerrechtliche Rahmenbedingungen und außerrechtliche Nachhaltigkeitsvoraussetzungen

Heft 36

Karsten Nowrot, Illegal Trade in Wild Animals and Derived Products during Armed Conflicts: What Role for International Wildlife Agreements?

Heft 37

Emily Sipiorski, The Seabed and Scientific Legitimization of International Law: Transforming Narratives of Global Justice

Heft 38

Matti Riedlinger, Mitwirkung des Betriebsrats im Insolvenzplanverfahren

Heft 39

Karsten Nowrot, „Long Live Deglobalization“ vs. „Free Trade Saves Lives“: Die Rolle des Internationalen Wirtschaftsrechts in Zeiten der Corona-Krise

Heft 40

Emily Sipiorski, Cocoa and International Law: Some Remarks on the Contradictions and Symmetry in the Role of Private Actors in Elevating and Unifying Standards

Heft 41

Karsten Nowrot, Vertragskonkurrenz zwischen Menschenrechtsverträgen und Wirtschaftsabkommen in der internationalen Rechtsordnung: Überlegungen zu einem aktuellen völkervertragsrechtlichen Hierarchisierungskonzept

Heft 42

Felix Boor, Das Vertragsverletzungsverfahren gegen das ungarische Hochschulgesetz und seine Auswirkungen auf die Internationalisierung des Europäischen Verwaltungsrechts

Heft 43

Kerrin Kobes, Selbstbestimmung am Lebensende - Eröffnete das BVerfG die Tür einer Suizidassistentz für psychisch Erkrankte?

Heft 44

Laura Kristin Hass, Infektionsschutzgesetz: Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseinschränkungen am Beispiel von Kontaktbeschränkungen
Fulya Zeiml, Die Verfassungsmäßigkeit von Ausgangssperren anlässlich der Corona-Pandemie

Heft 45

Ferdinand Schönberg, Sanktionen im Sozialrecht: Änderungsvorschlag zur Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums

Heft 46

Kristina Hellwig/Karsten Nowrot, Towards Investors' Responsibilities in International Investment Agreements – A Path for China?

Heft 47

Kai-Oliver Knops, Whatever it takes? - Zur (Un-) Wirksamkeit der Umlage von sog. "Negativzinsen" auf Kreditinstitute und deren Kunden im EURO-Raum