



Universität Jena · Rechtswissenschaftliche Fakultät · 07737 Jena

Prof. Dr. Anna Leisner-Egensperger
Professorin

Carl-Zeiß-Str. 3
07743 Jena

Telefon: 0 36 41 9-422 50

Telefax: 0 36 41 9-422 52

E-Mail: a.leisner@uni-jena.de

Sprechzeiten: n.V.

Jena, 6. Januar 2021

Schriftliche Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

des Ausschusses für Gesundheit

des Deutschen Bundestages

**zum Gesetzentwurf der FDP: Entwurf eines Gesetzes zur Priorisierung
bei der Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2**

BT-Drucksache 19/25260

und

zum Antrag der Fraktion DIE LINKE

**Für eine gute nationale und internationale Strategie bei Corona-
Impfstoffen**

BT-Drucksache 19/24362

am 13. Januar 2021



Beurteilungsgegenstände:

Verfassungsrechtlich zu beurteilen sind

- der **Gesetzentwurf der FDP** zur Priorisierung bei der Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (BT-Drucksache 19/25260)¹ und
- der **Antrag der Fraktion DIE LINKE** Für eine gute nationale und internationale Strategie bei Corona-Impfstoffen (BT-Drucksache 19/24362).

1. Teil: Verfassungsrechtliche Bewertung des Gesetzentwurfs der FDP

Der **Gesetzentwurf der FDP** (Im Folgenden **GE**) will eine gesetzliche Regelung schaffen, „durch die der Gesetzgeber die Verteilung des Impfstoffs regelt und selbst die Kriterien zur Reihenfolge und Prioritätensetzung aufstellt.“ (S. 1 GE).

Die vorliegende schriftliche Stellungnahme erstreckt sich auf drei Fragenkreise:

- Ist zur Regelung der Impfpriorisierung ein **eigenes Parlamentsgesetz erforderlich?** (im Folgenden A.)
- Wie ist die dem CoronaimpfG zugrunde liegende **Regelungstechnik** (Kombination von hoher Regelungsdichte und Verordnungsöffnung) verfassungsrechtlich zu bewerten? (im Folgenden B.)
- Wie ist der **Inhalt des CoronaimpfG** verfassungsrechtlich zu beurteilen? (im Folgenden C)

A. Erforderlichkeit eines Gesetzes zur Regelung der Impfpriorisierung

Die Erforderlichkeit eines eigenen Coronaimpfgesetzes lässt sich verfassungsrechtlich nur vor dem Hintergrund der **gegenwärtigen Rechtslage** zur Impfpriorisierung beurteilen. (im Folgenden I.). Erweist sich die geltende Coronaimpfverordnung (CoronaimpfV) als verfassungswidrig, so ist ein **parlamentarischer Handlungsbedarf** anzunehmen (im Folgenden II.). Zu prüfen ist dann aber, welche spezifischen **Anforderungen** an eine verfassungskonforme parlamentarische Regelung zur Impfpriorisierung zu stellen sind (im Folgenden III.). Hiervon ausgehend fragt sich, ob ein Coronaimpfgesetz hoher Regelungsdichte, wie es von der FDP vorgeschlagen wird, der Königsweg zur Lösung des aufgefundenen Verfassungsproblems ist. Beantworten lässt sich diese Frage nur vor dem Hintergrund der dazu möglichen **Regelungsalternative** (im Folgenden IV.).

¹ Weiterführend *Leisner-Egensperger*, Impfpriorisierung und Verfassungsrecht, NJW 2021 (im Erscheinen).



I. Verfassungsrechtliche Bewertung der gegenwärtigen Rechtslage zur Impfpriorisierung

1. Überblick zur gegenwärtigen Rechtslage

Die am 15.12.2020 in Kraft getretene CoronaimpfV wurde auf der Grundlage des § 20i Abs. 3 S. 2 Nr. 1a und Nr. 2, S. 3, 7 und 8 sowie 10 bis 11 SGB V und auf Grund des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 c und f IfSG erlassen.

Nach § 1 Abs. 2 sowie §§ 2 bis 4 CoronaimpfV sollen die Länder und der Bund den vorhandenen Impfstoff so nutzen, dass die Anspruchsberechtigten in einer bestimmten Reihenfolge berücksichtigt werden. Dabei werden die Anspruchsberechtigten in Personengruppen mit höchster Priorität (§ 2), mit hoher Priorität (§ 3), mit erhöhter Priorität (§ 4) und in übrige Personen eingeteilt. Die CoronaimpfV tritt mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag, ansonsten spätestens mit Ablauf des 31. März 2021 außer Kraft (§ 14).

2. Verfassungsrechtliche Problematik

Der Gesetzentwurf greift eine Kritik auf, die in der Rechtswissenschaft und durch die Opposition im Deutschen Bundestag schon seit längerem erhoben wird: dass die Priorisierung der Impfberechtigten nicht gesetzlich geregelt worden ist (vgl. S. 1 ff. GE).² Eine vertiefende Analyse des Gesetzentwurfs muss hier ihren Ausgangspunkt nehmen – bei der Frage also, ob die **CoronaimpfV** eine **hinreichende parlamentarische Legitimation** hat.

a) Zur Verfassungsmäßigkeit der CoronaimpfV

aa) Die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG

Die CoronaimpfV ist eine **Rechtsverordnung**, zu deren Erlass der Bundesgesundheitsminister nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG durch ein Gesetz ermächtigt werden kann. Ermächtigende Gesetze könnten §§ 20i Abs. 3 S. 2 Nr. 1a SGB V und § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 IfSG darstellen.

Das Grundgesetz normiert **für die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen** allerdings **Schranken**, die verhindern sollen, dass sich das Parlament seiner Verantwortung als gesetzgebender Körperschaft entäußert. Denn nach der rechtsstaatlich-demokratischen Verfassungsordnung des Grundgesetzes ist Rechtssetzung grundsätzlich Sache der Legislative, exekutivische Normgebung ist die

² Vgl. aus der Rechtswissenschaft etwa *Klafki*, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Gesundheitsausschusses zu BT-Drs. 19/23944, S. 9; dies., *VerfBlog* 2020/9/22, <http://verfassungsblog.de/wer-bekommt-den-knappen-covid-19-impfstoff/>; *Augsberg* in <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/impfung>; *Möllers*, im Interview mit Balbierer/Janisch, *SZ* v. 31.12.2020, S. 6; aus der Opposition die Diskussionsbeiträge der Abgeordneten Aschenberg-Dugnus (FDP), Dr. Achim Kessler (Linke) und Kordula Schulz-Asche (Bündnis 90/Die Grünen), zusammengefasst in *Deutscher Bundestag – Ausschuss für Gesundheit, Opposition fordert neue Rechtsgrundlage für Impfprogramm*, <https://www.bundestag.de/gesundheit>.



Ausnahme.³ Daher müssen nach **Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG** Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden, damit die Gerichte an diesem Maßstab das behördliche Vorgehen kontrollieren können.⁴

Zu prüfen ist damit, ob § 20i Abs. 3 SGB V und § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 IfSG, auf deren Grundlage die CoronaimpfV erlassen wurde, eine **verfassungsrechtlich hinreichende parlamentarische Rückanbindung** der Impfpriorisierung gewährleisten.

bb) § 20i Abs. 3 SGB V und § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 IfSG als Rechtsgrundlagen einer Impfpriorisierung?

(1) § 20i Abs. 3 SGB V als Priorisierungsgrundlage?

Der durch das Dritte Gesetz zum Schutze der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020⁵ neu gefasste **§ 20i Abs. 3 S. 2 SGB V** lautet auszugsweise:

„Das Bundesministerium für Gesundheit wird [...] ermächtigt, durch Rechtsverordnung [...] zu bestimmen, dass

1. Versicherte Anspruch auf

a) bestimmte Schutzimpfungen [...], im Fall einer Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 insbesondere dann, wenn sie aufgrund ihres Alters oder Gesundheitszustandes ein signifikant erhöhtes Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf haben, wenn sie solche Personen behandeln, betreuen oder pflegen oder wenn sie in zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge und für die Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen eine Schlüsselstellung besitzen, [...]

2. Personen, die nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind, Anspruch auf Leistungen nach Nummer 1 haben.“

Danach ist die Vorschrift des § 20i Abs. 3 SGB V nur dann als Rechtsgrundlage für eine Verordnung zur Impfpriorisierung ansehen, wenn sie **ausdrücklich regelt**, oder ihr **wenigstens durch Auslegung zu entnehmen** ist,⁶ dass der Bundesgesundheitsminister auf ihrer Grundlage eine Regelung der Priorisierung eines knappen Impfstoffs vornehmen soll. Denn nur dann ist der **Inhalt** der exekutivischen Priorisierung im Gesetz bestimmt.

Einen **ausdrücklichen Hinweis** auf die Notwendigkeit einer Priorisierung bei der Verteilung eines knappen Impfstoffs enthält § 20i Abs. 3 SGB V nicht. Auch bei historischer, grammatikalischer, systematischer und teleologischer **Auslegung** lässt sich § 20i Abs. 3 SGB V **nicht als Rechtsgrundlage einer Priorisierungsentscheidung** ansehen.

³ BVerfGE 24, 184 (197).

⁴ BVerfGE 113, 348 (375 f.); 149, 293 (323 f.).

⁵ BGBl I 2020, 2937 ff.

⁶ BVerfGE 58, 257 (277).



Zwar mag die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift einen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Aufnahme der mit „insbesondere“ eingeleiteten Aufzählung der drei Personengruppen und einer öffentlichen Anhörung, in der eine gesetzliche Regelung der Impfpriorisierung zur Sprache kam, zu Tage legen.⁷ Doch hat der Gedanke einer Impfpriorisierung in der Gesetzesbegründung zu § 20i Abs. 3 SGB V letztlich keinen Niederschlag gefunden. Auch bietet der **Wortlaut** dieser Vorschrift keinen Ansatzpunkt dafür, sie als Rechtsgrundlage einer Priorisierungsregelung auszulegen. Denn die drei aufgezählten Personengruppen stehen beziehungslos nebeneinander, d.h. ohne Verbindungswörter, die auf die Vorgabe einer bestimmten Reihenfolge schließen lassen könnten. Erhärtet wird dieses Ergebnis durch eine **teleologische**, zugleich die Systematik des SGB berücksichtigende **Auslegung** des § 20i SGB V: Normzweck dieser Vorschrift ist es, einen Anspruch von Versicherten und von Nichtversicherten auf Schutzimpfungen zu normieren und dadurch Unsicherheiten über eine entsprechende Kostenübernahme auszuräumen.⁸ Da § 20i Abs. 3 SGB V schon nicht den Inhalt einer Priorisierungsentscheidung festlegt, gibt die Vorschrift auch nicht an, welchem **Zweck** eine entsprechende Priorisierungsregelung dienen soll, und welches **Ausmaß** sie haben soll, d.h. wie sich die Grenzen einer darauf beruhenden exekutivischen Normierung ermitteln ließen.⁹

(2) § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 IfSG als Priorisierungsgrundlage?

§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 IfSG lautet auszugsweise:

„Das Bundesministerium für Gesundheit wird [...] ermächtigt, durch Rechtsverordnung [...] Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln einschließlich Impfstoffen [...] zu treffen und insbesondere

[...]

c) Maßnahmen zum Bezug, zur Beschaffung, Bevorratung, Verteilung und Abgabe solcher Produkte durch den Bund zu treffen sowie [...]

f) Regelungen zum Vertrieb, zur Abgabe, Preisbildung und -gestaltung, Erstattung sowie Vergütung vorzusehen.“

Aus den **zitierten Aufzählungen** ersichtlich, soll der Bundesgesundheitsminister dazu ermächtigt werden, das **Verfahren der Herstellung und Verteilung der Impfstoffe** zu regeln. Insofern bildet § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 IfSG eine Rechtsgrundlage für die §§ 5 ff. CoronaImpfV, d.h. Regelungen zu Folge- und Auffrischimpfungen, zur Leistungserbringung, zur Impfsurveillance, zur Terminvergabe usw. Damit lässt sich

⁷ Ausschussdrucksache 19(14)245.2 des Bundestagsausschusses für Gesundheit, Änderungsantrag 9 (20 f.).

⁸ *Geene/Heberlein*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, § 20i SGB V Rn. 2.

⁹ *Haratsch*, in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 14.



auch § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 IfSG nicht als Rechtsgrundlage für eine Regelung der Impfpriorisierung ansehen.

(3) Die Verbindung der §§ 20i Abs. 3 SGB V, 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 IfSG als Rechtsgrundlage einer Impfpriorisierung?

Denkbar wäre es, zwar nicht § 20i Abs. 3 SGB V oder § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 IfSG jeweils für sich betrachtet als hinreichende Rechtsgrundlage für eine Priorisierungsverordnung anzusehen, die **zwei Normen** aber **in ihrer Verbindung** für eine Wahrung der rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG genügen zu lassen. Denn immerhin ermächtigt § 20i Abs. 3 SGB V den Bundesgesundheitsminister dazu, bei verschiedenen Personengruppen eine Anspruchsberechtigung zu bestimmen, und § 5 Abs. 2 Nr. 4c IfSG ermächtigt zu Maßnahmen zur Impfstoffverteilung. In **Kombination** könnten sie sich insofern als Ermächtigung zur Priorisierung bei einer Impfstoffverteilung lesen lassen, als die Verwirklichung austeilender Gerechtigkeit bei verschiedenen Anspruchsberechtigten im Fall der Knappheit des zu verteilenden Guts zwangsläufig eine Priorisierungsentscheidung voraussetzt. In diesem Sinne wären §§ 20i Abs. 3 SGB V, 5 Abs. 2 Nr. 4c IfSG als implizite Ermächtigungen an den Bundesgesundheitsminister zur Priorisierung zu verstehen.

Eine solche Gesetzesinterpretation, die bei Ermächtigungsgrundlagen zu anderen Sachbereichen je nach Fallkonstellation vorstellbar wäre, sieht sich jedoch im speziellen Fall der Ermächtigung zur Impfpriorisierung besonderen Schwierigkeiten ausgesetzt. Denn aus der Kombination von Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz ist folgende verfassungsrechtliche Formel abzuleiten: Die **Anforderungen an die Bestimmtheit einer Ermächtigung** sind umso **höher**, je **schwerwiegender** die **Eingriffe** sind, die durch den Verordnunggeber in grundrechtlich geschützte Positionen ermöglicht werden.¹⁰ Dies gilt auch bei absehbaren Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse.¹¹

Im Fall der Priorisierung bei Schutzimpfungen ist von einer intensiven individuellen Betroffenheit der auf das knappe Gut angewiesenen Anspruchsberechtigten sowie von einer hohen generellen Grundrechtsrelevanz auszugehen.¹² Demnach sind an die **Bestimmtheit** einer parlamentarischen Delegation **besonders hohe Anforderungen** zu stellen. Dies bedeutet, dass die jeweiligen Ermächtigungsgrundlagen ohne Rückgriff auf außerrechtliche Tatsachen und ohne interpretatorische Wertungen, die über das bei der Gesetzesauslegung übliche Vorverständnis hinausgehen,¹³ als

¹⁰ BVerfGE 41, 251 (266); 58, 257 (277 f.); 62, 203 (210); 75, 329 (342); 83, 130 (145); 86, 288 (311); 93, 213 (238); 109, 133 (159); 128, 282 (318); 134, 33 (81); 149, 293 (323 f.); zur Prüfung der Wesentlichkeitsanforderungen im Rahmen des Bestimmtheitsgrundsatzes grstzl. *Cremer*, AöR 122 (1997), 248 ff; vgl. auch *Voßkuhle*, JuS 2001, 119 ff.; zusammenfassend WD 3 – 3000 – 043/15, S. 6.

¹¹ BVerwGE 89, 121 (131); BFHE 173, 519 (524).

¹² *Taupitz*, Medizinrecht 2020, 440 (442).

¹³ GrdIgd. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 13 ff.; s. auch *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 5. Aufl. 1986, S. 281 ff.



Regelungen einer Impfpriorisierung mit bestimmten Zielen und möglichen Kriterien zu verstehen sein müssen. Eine Kombination zweier parlamentarischer Normen, die jeweils für sich betrachtet keine Ansatzpunkte für die Ermöglichung einer Priorisierungsentscheidung liefern, erfüllt diese Anforderungen nicht. Denn als Ermächtigung zu einer Impfpriorisierung lässt sie sich überhaupt nur dann verstehen, wenn man sie vor dem außerrechtlichen Hintergrund der gegenwärtigen Impfstoffknappheit betrachtet. Selbst in dieser Sicht fehlt aber auch der Kombination beider Ermächtigungsgrundlagen ein Hinweis auf die Ziele der Impfpriorisierung.

Zwischenfazit: § 20i Abs. 3 SGB V und § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 IfSG sind nicht als verfassungsrechtlich hinreichende Rechtsgrundlagen einer Impfpriorisierung anzusehen. Damit fehlt den §§ 1 Abs. 2, 2, 3 und 4 CoronImpfV eine verfassungskonforme Ermächtigungsgrundlage. Diese Vorschriften sind daher rechtswidrig und damit nichtig. Sie dürfen von den Behörden nicht angewendet werden und müssen von den Bürgern nicht beachtet werden.¹⁴

II. Parlamentarischer Handlungsbedarf

Die Verfassungswidrigkeit der gegenwärtigen Impfpriorisierung führt nach dem erfolgten Beginn der Impfungen dazu, dass das Parlament bald tätig werden sollte, um die faktisch vorgenommene Priorisierung im Nachhinein jedenfalls verfassungspolitisch zu legitimieren.¹⁵ Eine verfassungsrechtliche Legitimierung kommt nur mit Wirkung *ex nunc*, d.h. für die Zukunft in Betracht.

1. Aktueller politischer Handlungsbedarf

Ein **aktueller rechtspolitischer Handlungsbedarf** ergibt sich aus vor allem vier Gründen:

a) Zweifel an der in Deutschland praktizierten Priorisierung

Nicht auszuschließen ist es, dass die **derzeitige Verfassungswidrigkeit der CoronImpfV** in der Bevölkerung **generelle Zweifel an der Richtigkeit** der in Deutschland zugrunde gelegten **Impfpriorisierung** entstehen lässt. Diese beruht in der Sache zwar auf den Empfehlungen einer gemeinsamen Arbeitsgruppe aus Mitgliedern der ständigen Impfkommision, des deutschen Ethikrates und der nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina.¹⁶ Die Autorität der an der Entscheidungsfindung beteiligten Institutionen sichert im Grundsatz eine hohe Akzeptanz der Impfpriorisierung. Doch ist es immerhin möglich, dass bei entsprechender Medienberichterstattung der festgestellte Geburtsfehler der

¹⁴ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 13 Rn. 17.

¹⁵ Vgl. dazu den Diskussionsbeitrag des Abgeordneten Rudolf Henke (CDU/CSU), zit. nach Deutscher Bundestag – Ausschuss für Gesundheit, Opposition fordert neue Rechtsgrundlage für Impfprogramm (17.12.2020).

¹⁶ Positionspapier der Gemeinsamen Arbeitsgruppe aus Mitgliedern der Ständigen Impfkommision, des Deutschen Ethikrates und der Nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina, Wie soll der Zugang zu einem COVID-19-Impfstoff geregelt werden (im Folgenden Positionspapier), S. 3.



CoronalmpfV auf die der Priorisierung zugrunde liegenden Wertungen durchschlägt. Diese Gefahr erscheint umso größer, je intensiver die Bevölkerung durch Berichte über andere, im Ausland zugrunde gelegte Priorisierungskonzepte mit Alternativen zu dem in Deutschland vorläufig gefundenen Konsens konfrontiert wird.¹⁷

b) Gefährdung des gesellschaftlichen Zusammenhalts

Eine breite, medienwirksam geführte Diskussion um die richtige Impfpriorisierung könnte den gesellschaftlichen Zusammenhalt gefährden, auf dem die Einhaltung der Abstands- und Hygieneregeln basiert. Wie das Freizeitverhalten vieler im Herbst, die fortgesetzten Querdenker-Demonstrationen und Skiausflüge nach Österreich, aber auch die kürzlich aufgeflamte Debatte um Sonderrechte für Geimpfte zeigen, sind hier besondere politische Wachsamkeit und Sensibilität vonnöten.

c) Gefährdung der Impfkzeptanz

In äußerster Konsequenz könnte die Debatte um die richtige Impfpriorisierung **Zweifel an der Sinnhaftigkeit einer Impfung** als solcher nähren. Eine breite Impfkzeptanz ist aber nach dem gegenwärtigen Erkenntnis- und Entwicklungsstand, auf dem die Gesundheitspolitik der Bundesregierung basiert, langfristig Voraussetzung für ein von Restriktionen weithin freies Leben.

d) Gefahr von Prozessen von Personen, die nicht höchstpriorisiert sind

Personen, die gegenwärtig nicht mit höchster Priorität Anspruch auf eine Schutzimpfung haben, beispielsweise solche, die erst das 60. Lebensjahr vollendet haben (vgl. § 4 Nr. 1 CoronalmfV), könnten die Verfassungswidrigkeit der gegenwärtigen Priorisierungsregelung zum Anlass nehmen, um Ansprüche auf eine vorzeitige Schutzimpfung geltend zu machen.¹⁸

2. Relativierung der Gefahr andersartiger Priorisierungsentscheidungen

Durch die derzeit allgemein und in Pflegeheimen in besonderem Maße erhöhten Todeszahlen ist die **Gefahr**, dass Anspruchsteller aus anderen Personengruppen **in den ersten Wochen des Jahres 2021**, welche die Durchimpfung der Anspruchsinhaber der höchsten Prioritätsstufe dauern soll, im einstweiligen Rechtsschutzverfahren Klagen auf der Grundlage der CoronalmfV **gegen die höchste Priorisierung** anstrengen, wohl überschaubar. Denn angesichts des breiten gesellschaftlichen Konsenses zur ersten Prioritätsstufe würde ein solcher Kläger, wenn er nicht selbst eine konkrete Lebensgefahr durch die Infektion mit dem Coronavirus nachweisen kann, was angesichts des zeitlich gestreckten Infektions- und Krankheitsgeschehens schwierig sein dürfte, medienwirksame soziale Ächtung

¹⁷ Vgl. etwa den Vorrang des medizinischen Personals in Israel; dazu Münch, SZ v. 2./3.1.2021, S. 2.

¹⁸ Vgl. den Einwand des Abgeordneten Dr. Achim Kessler (Linke), zit. nach: Deutscher Bundestag – Ausschuss für Gesundheit, Opposition fordert neue Rechtsgrundlage für Impfprogramm (Aussprache vom 17.12.2020).



riskieren. In Bezug auf **weitere Gruppen von Priorisierten**, insbesondere infolge beruflicher Indikation, ist hingegen mit Klagen auf der Grundlage der CoronaimpfV zu rechnen – zugleich mit der Geltendmachung entsprechender **Schadensersatzansprüche**. Erhoben werden könnten solche sowohl von nachrangig Priorisierten selbst, bspw. von Lehrern, als auch von Personen, die von solchen Priorisierungsentscheidungen mittelbar betroffen sind, etwa von Eltern schulpflichtiger Kinder, die pandemiebedingt zuhause betreut werden müssen.

Unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel wäre angesichts der „extremen Situation einer krankheitsbedingten Lebensgefahr“ die Annahme eines **verfassungsunmittelbaren**, aus der staatlichen Schutzpflicht für das Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) abgeleiteten **Anspruchs¹⁹ von über 80-Jährigen und Bewohnern von Pflegeheimen** auf bevorzugten Erhalt eines für sie verträglichen Impfstoffs nicht von vorneherein ausgeschlossen. Andererseits ist eine derartige Schutzpflicht des Staates vom BVerfG bislang nur in Bezug auf konkretisierte Einzelfälle angenommen worden, nicht aber typisiert für eine Personengruppe, von der ein immerhin erheblicher Teil durch eine Coronainfektion nicht in Lebensgefahr gerät. Insofern bewegt sich die Annahme einer verfassungsunmittelbaren Schutzpflicht des Staates für die Gruppe der Höchstbetagten auf argumentativ dünnem Eis. Jedenfalls ausgeschlossen wäre eine solche für weitere Gruppen von Priorisierten, deren Festlegung unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel jeweils angreifbaren rechtspolitischen Wertungen folgt.

Zwischenfazit: Aus politischen und verfassungsrechtlichen Erwägungen heraus besteht ein **dringender Handlungsbedarf für das Parlament**, die Priorisierungsregelung verfassungskonform auszugestalten. Immerhin wird die Impfreihenfolge bis zur Verfügbarkeit von „Impfstoff für alle“ – eine nach aktuellem Erkenntnisstand frühestens im Sommer zu erwartende Wegmarke²⁰ – erhebliche rechtliche Bedeutung zeitigen. Demgegenüber ist die Annahme, dass die Frage der Impfpriorisierung „keine große Rolle mehr spielen“ würde,²¹ nicht faktenbasiert. Zu prüfen ist daher, wie eine verfassungskonforme Regelung der Impfpriorisierung auszusehen hat.

III. Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine Regelung der Impfpriorisierung

1. Wesentlichkeitsrechtsprechung – hohe Grundrechtsrelevanz staatlicher Impfpriorisierung

Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Impfpriorisierung gibt es **keine speziell einschlägigen Judikate**. Denn nachdem sich die Priorisierungsfrage mangels entsprechender Nachfrage im Fall des Schweinegrippenimpfstoffs nicht

¹⁹ BVerfGE 115, 25 (49).

²⁰ Vgl. Carstens, FAZ v. 31.12.2020, S. 1.

²¹ So R. Müller, FAZ v. 31.12.2020, S. 10, unter Hinweis darauf, dass „jeder, der will, bald auch tatsächlich geimpft wird.“



stellte,²² hatte das BVerfG dazu bislang nicht zu judizieren. Die nachfolgenden Ausführungen basieren daher einerseits auf bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu heterogenen Fragestellungen im Zusammenhang von Bestimmtheitsgrundsatz und Parlamentsvorbehalt,²³ andererseits auf ausgewähltem gesundheitsrechtlichen Schrifttum zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer Impfpriorisierung.

Nach der sog. **Wesentlichkeitstheorie** des BVerfG hat der Gesetzgeber alle „wesentlichen“ Entscheidungen selbst zu regeln. Dabei ist wesentlich, was für die Grundrechtsverwirklichung wesentlich ist.²⁴ Anhand des Kriteriums der Wesentlichkeit bestimmt sich sowohl die **prinzipielle Erforderlichkeit eines Gesetzes** als auch dessen **nötige Regelungsdichte**. Dabei gibt es keine allgemeingültigen Kriterien dazu, welche Entscheidungen wesentlich und damit zwingend durch förmliches Gesetz zu regeln sind. Die Bestimmung der Wesentlichkeit erfolgt vielmehr nach einer Art Gleitformel: Je wesentlicher eine Angelegenheit für die Bürger und/oder die Allgemeinheit ist, desto höhere Anforderungen werden an den Gesetzgeber gestellt.²⁵

Zum Ausdruck kommt in der Wesentlichkeitsformel die klare Entscheidung des Grundgesetzes für eine **parlamentarische Demokratie**: Anders als auf Grundlage des Notverordnungsrechts des Reichspräsidenten nach Art. 48 WRV sollen Grundrechte nicht mehr in einem Alleingang der Exekutive außer Kraft gesetzt werden können – und zwar auch dann nicht, wenn sich diese zur politischen Absicherung ihrer Entscheidungen auf Abwägungen einer Expertenkommission beruft.²⁶

Staatlichen **Maßnahmen zur Impfpriorisierung** kommt eine **besonders hohe Grundrechtsrelevanz** zu. Denn sie dienen der Verwirklichung des **Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit** (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Den Staat trifft insoweit eine Schutzpflicht, für die ihm zwar grundsätzlich ein gewisser Gestaltungsspielraum zukommt.²⁷ Für den bei einer Corona-Schutzimpfung einschlägigen Sonderfall der Ausgestaltung gesundheitlicher Leistungen im Fall einer lebensbedrohlich erscheinenden Krankheit ist dieser Gestaltungsspielraum jedoch verengt: Eine Impfung gegen das Coronavirus gehört zum Kernbereich der staatlichen Leistungspflicht.²⁸ Berührt ist von einer Impfpriorisierung ferner der **allgemeine Gleichheitssatz** unter dem Aspekt einer gleichheitsgerechten Entscheidung über die Gewährung einer staatlichen Leistung.²⁹ Nicht zuletzt dient die Impfpriorisierung einer umfassenden Verwirklichung der **Menschenwürde**. Denn eine

²² Dazu *Klafki*, VerfBlog 2020/9/22, <https://verfassungsblog.de/wer-bekommt-den-knappen-covid-19-impfstoff/> m.w.N.

²³ Vgl. dazu auch den Überblick in WD 3 – 3000 – 043/15, S. 6 ff.

²⁴ Vgl. BVerfGE 40, 237 (249); 49, 89 (126); 83, 130 (142); 95, 267 (307); 98, 218 (251); 105, 279 (305); 108, 282 (311); 116, 24 (58); 134, 141 (184); 141, 143 (170); 147, 253 (309 f.).

²⁵ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 6 Rn. 14.

²⁶ Zu weitgehend allerdings mit Blick auf die o.g. parlamentarischen Legitimierungsversuche zur CoronaimpfV die Kritik von *Möllers*, im Interview mit Balbierer/Janisch, SZ v. 31.12.2020, S. 6: „Das kann man nicht einer Kommission in die Hand drücken.“

²⁷ *Steiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Aer. 2 FF Rn. 16 mwN.

²⁸ BVerfGE 115, 25 (42).

²⁹ BVerfGE 60, 16 (42).



Priorisierungsentscheidung zur Corona-Schutzimpfung hat sich an dem Wert zu orientieren, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt.³⁰

Zwischenfazit: Die hohe Grundrechtsrelevanz der Impfpriorisierung spricht grundsätzlich für eine hohe Regelungsdichte eines förmlichen Parlamentsgesetzes.

2. Rücknahme der erforderlichen Regelungsdichte

Im Fall der Regelung einer Impfpriorisierung unter den gegenwärtigen Bedingungen sprechen unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel allerdings drei Gesichtspunkte dafür, die **parlamentarische Regelungsdichte** bis zu einem gewissen Grad **zurückzunehmen**: der unsichere und sich rasch verändernde Erkenntnis- und Entwicklungsstand der Impfpriorisierung (im Folgenden a), die Grenzen des parlamentarischen Sachverstands in medizinischen Fragen (im Folgenden b) und die zeitliche Begrenztheit der Priorisierungsregelung (im Folgenden c).

a) Grundrechtsdienlichkeit exekutivischer Normsetzung bei unsicherem oder sich rasch veränderndem Erkenntnis- und Entwicklungsstand

aa) Unsicherer oder sich rasch verändernder Erkenntnis- und Entwicklungsstand

Priorisierungsentscheidungen zu Corona-Impfstoffen basieren gegenwärtig und voraussichtlich bis zum Ende des für die Notwendigkeit einer Priorisierungsentscheidung anzuberaumenden Zeitraums auf einem **unsicheren, sich rasch verändernden Erkenntnis- und Entwicklungsstand**. Von den zahlreichen Unsicherheitsfaktoren seien im Folgenden ohne Anspruch auf Vollständigkeit aufgeführt:

bb) Unsicherheit zu den jeweils verfügbaren Impfstoffen

Welche Corona-Impfstoffe in welchen Mengen in den nächsten Wochen und Monaten **produziert** und in Deutschland **verabreicht** werden können, ist derzeit unklar. Erwartet wird eine Vielzahl unterschiedlicher Impfstoffe, die sich jeweils für verschiedene Gruppen der Bevölkerung werden einsetzen lassen. Es herrscht aber noch Unklarheit über ihre jeweilige Verfügbarkeit sowie über die Erfüllbarkeit der Lagerungs- und Transportanforderungen. Insbesondere ist mit Blick auf den Biotech/Pfizer-Impfstoff von einer hohen Gefahr fortlaufender Durchbrechung von Kühlketten auszugehen. Hinzukommen bereits jetzt absehbare Probleme mit Verteilungssoftware und Datenschutz. Fraglich ist ferner, ob einer Impfpulle statt fünf nicht sechs Dosen entnommen werden können.

cc) Unsicherheit zur Wirksamkeit und Verträglichkeit der einzelnen Impfstoffe

Nicht absehen lässt sich bei den einzelnen Impfstoffen gegenwärtig, im welchem Maße sie auch bei mutierten Formen des Coronavirus wirksam sein werden. Unklar ist ferner,

³⁰ BVerfGE 30, 1 (25); 109, 279 (312 f.).



welche möglichen Nebenwirkungen sie für einzelne Bevölkerungsgruppen jeweils geeignet oder eher ungeeignet erscheinen lassen. Nachdem der derzeit verfügbare Corona-Impfstoff von Hochbetagten nach bisherigem Erkenntnisstand gut vertragen wird, und die Gefahr eines tödlichen Verlaufs einer Covid-Erkrankung in dieser Personengruppe besonders groß ist, gehören Angehörige dieser Personengruppe derzeit zu den Personen mit höchster Priorität (§ 2 Nr. 1 CoronaimpfV). Kommt in den nächsten Wochen beispielsweise ein Impfstoff auf den Markt, der von Angehörigen dieser Personengruppe weniger gut vertragen wird, dafür aber für Jugendliche mit spezifischen Vorerkrankungen hilfreich sein kann, werden die Prioritäten entsprechend angepasst werden müssen.

dd) Unklarheit zur Verschiebbarkeit der zweiten Impfdosis

Nach § 5 S 2 CoronaimpfV hat auf der Grundlage des gegenwärtigen Erkenntnisstands die Vervollständigung der Impfserie bei Personen, die bereits eine erste Schutzimpfung erhalten haben, Priorität vor dem Beginn der Schutzimpfung weiterer Personen, die noch keine Schutzimpfung erhalten haben. Angesichts der gegenwärtigen Impfknappeit wird derzeit darüber diskutiert, die **zweite Dosis später**, d.h. nicht bereits nach drei Wochen, sondern z.B. nach zwölf Wochen **zu verimpfen**.³¹ Die Entscheidung für eine **Impfstreckung** hätte nach Überwindung zulassungsrechtlicher Hürden gravierende Auswirkungen auf die Impfpriorisierung: Die Impfkapazitäten würden personell verdoppelt, nachrangig priorisierte Personengruppen wären mit einer ersten Impfung mithin früher dran. Andererseits würde eine zeitliche Streckung der Verimpfung wohl zu logistischen Herausforderungen für die zweite Impfung führen, die mittelbar Auswirkungen auf die Verfügbarkeit der jeweiligen Impfstoffe hätte (dazu oben (a)). Noch nicht abschließend geklärt ist insoweit auch, ob eine zeitlich über mehr als drei Wochen gestreckte Impfung ebenso wirksam ist wie eine solche, bei der beide Dosen in engem Zusammenhang verimpft werden. Zu prüfen bleibt schließlich, ob bei Hochbetagten, die nicht in Pflegeheimen residieren, eine zeitliche Streckung nicht die – in einer Gesamtabwägung dann letztlich zu hohe – Gefahr birgt, dass die zweite Impfung in Vergessenheit gerät.

ee) Unsicherheit zur Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems

Ein weiterer Unsicherheitsfaktor liegt in den Prognosen dazu, wie stark das **Gesundheitssystem** in den nächsten Wochen und Monaten **unter Druck geraten wird**. Nach der CoronaimpfV gehören derzeit nur „Personen, die in Bereichen medizinischer Einrichtungen mit einem sehr hohen Expositionsrisiko in Bezug auf das Coronavirus SARS-CoV-2 tätig sind“, zu den Personen, die mit höchster Priorität Anspruch auf Schutzimpfung haben. (§ 2 Nr. 4 CoronaimpfV). Demgegenüber haben „Personen, die in Bereichen medizinischer Einrichtungen mit einem hohen oder erhöhten Expositionsrisiko in Bezug auf das Coronavirus SARS-CoV-2 tätig sind“, lediglich „mit hoher Priorität“ Anspruch auf Schutzimpfung (§ 3 Nr. 4 CoronaimpfV). „Personen, die in Bereichen medizinischer Einrichtungen mit niedrigem

³¹ Überblick bei *Roszbach/Zinkant*, SZ v. 2./3.1.2021, S. 2.



Expositionsrisiko“ tätig sind, haben einen entsprechenden Anspruch nur „mit erhöhter Priorität“ (§ 4 Nr. 5 CoronaimpfV). Bei einer noch weiteren Belastung des Gesundheitssystems wird sich womöglich die Notwendigkeit ergeben, medizinisches Personal global in der Impfpriorität vorzuziehen.

ff) Unsicherheit zur Nachfrage nach Impfstoffen – Spontanverimpfungen

Unklar ist schließlich, in welchem Maße bei einzelnen Bevölkerungsgruppen ein verfügbarer Impfstoff nachgefragt werden wird, d.h. inwieweit sich in der jeweils priorisierten Personengruppe eine **Situation der Knappheit** ergeben wird. Liegt bei einer Person, etwa einer Pflegekraft, eine Impfbefreiung vor, so ist weiterhin ungewiss, ob diese von Dauer sein wird oder nur vorübergehende Folge unerwünschter Priorisierung nach dem sog. **Versuchskaninchensyndrom**.³²

Andererseits stellt sich im Impfvollzug erst gegenwärtig heraus, dass es Personen gibt, beispielsweise Impfhelfer, die unerwartet frühzeitig an ihre Impfdosen gelangen, etwa weil noch Reste des stark zu kühlenden Biotech/Pfizer-Impfstoffs übrig bleiben. Auch durch solche **Spontanverimpfungen** gerät die anvisierte Impfreiheitsfolge durcheinander.

Verfassungsrechtlich führt dies zu folgendem Problem: Es lässt sich derzeit in Bezug auf das Verhältnis der einzelnen Prioritätsgruppen zueinander nicht absehen, welche **Grundrechtsintensität an Ungleichbehandlung** die jeweilige Priorisierungsregelung konkret begründen wird. Offen ist demnach noch, welche spezifischen Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der jeweiligen Differenzierung nach der Gleichheitsdogmatik zu stellen sein werden. Denn nach der sog. Neuen Formel müssen die Unterschiede zwischen den jeweiligen Normadressaten von solcher Art und solchem Gewicht sein, dass sie die normativ begründete Ungleichbehandlung rechtfertigen können.³³

(2) Grundrechtsdienlichkeit exekutivischer Normsetzung

Auf Veränderungen des einer Normsetzung zugrunde liegenden Erkenntnis- und Entwicklungsstands kann ein **Verordnungsgeber schneller und effektiver reagieren** als der parlamentarische Gesetzgeber.

Wie das BVerfG zu einer besonders grundrechtsrelevanten atomrechtlichen Regelung im sog. Kalkar-Beschluss festgestellt hat, dient eine „in die Zukunft hin offene Fassung“ einer Rechtsnorm „einem **dynamischen Grundrechtsschutz**“. Sie hilft, ihren Schutzzweck „jeweils bestmöglich zu verwirklichen.“ „Die gesetzliche Fixierung eines bestimmten Sicherheitsstandards durch die Aufstellung starrer Regeln würde demgegenüber, wenn sie sich überhaupt bewerkstelligen ließe, die technische Weiterentwicklung wie die ihr jeweils angemessene Sicherung der Grundrechte eher hemmen als fördern.“³⁴ Ähnlich argumentiert das BVerfG in Bezug auf die Festlegung technischer Anforderungen an die Massentierhaltung: Es ist „sowohl dem Tierschutz

³² Dazu *Clauß/Ziegler*, Der Spiegel v. 2.1.2021, S. 31.

³³ Grdldg. BVerfGE 55, 72 (88); st. Rspr.

³⁴ BVerfGE 49, 89 (137).



als auch **dem Grundrechtsschutz mehr gedient**, wenn die **nähere Ausgestaltung des zu regelnden Sachbereichs dem Verordnunggeber überlassen bleibt**, der die Regelungen rascher und einfacher auf dem neuesten Stand zu halten vermag als der Gesetzgeber.³⁵

Zusammenfassend geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Verwaltung zur Bewältigung **zukunftsgewandter und auf ständige Aktualisierung angelegter Aufgaben** besser in der Lage ist als der parlamentarische Gesetzgeber.³⁶ Angesichts der oben aufgeführten Unsicherheiten des Erkenntnis- und Entwicklungsstands zu Verfügbarkeit, Verträglichkeit und Nachfrage nach Impfstoffen handelt es sich bei der Impfpriorisierung um eine auf fortlaufende Aktualisierung angelegte Angelegenheit. Die Verwirklichung eines dynamischen Grundrechtsschutzes spricht daher für eine gewisse Rücknahme der im Ausgangspunkt erheblichen parlamentarischen Regelungsdichte.

b) Grenzen des Sachverstands des Parlaments bei komplexen Abwägungsentscheidungen

Eine Rücknahme der parlamentarischen Regelungsdichte kommt ferner in Betracht, wenn zur Regelung einer Materie auf **außerrechtliche Kriterien** zurückgegriffen werden muss, und das Parlament angesichts **komplexer und komplizierter Zusammenhänge** mit einer abschließenden Festlegung **überfordert** wäre.³⁷ Angenommen wurden derartige sachstrukturelle Grenzen des Sachverstands des Parlaments bislang zum Schulrecht, zu dem das BVerfG auf den differenzierenden Bericht der Kommission Schulrecht des Deutschen Juristentags verwies,³⁸ sowie zum Steuerrecht, zu dem das BVerfG ausführt: Es „genügt, wenn der Gesetzgeber die wesentlichen Bestimmungen über die Steuer oder Abgabe mit hinreichender Genauigkeit trifft; es braucht nicht jede einzelne Frage zu entscheiden und ist hierzu angesichts der Kompliziertheit der zu erfassenden Vorgänge oft nicht in der Lage.“³⁹

Im Fall der Impfpriorisierung könnte das Parlament in Bezug auf die Komplexität der medizinischen Indikationen für ein erhöhtes Risiko eines schweren Covid-19-Verlaufs mit einer abschließenden Festlegung der jeweiligen Priorisierungskriterien überfordert sein.⁴⁰ Bei der Annahme solcher sachstruktureller Grenzen des parlamentarischen Sachverstands des Parlaments ist zwar grundsätzlich **verfassungsrechtliche Zurückhaltung** geboten. Denn dem Grundgesetz liegt das Prinzip der Volkssouveränität zugrunde und gerade **kein technokratisches Staatsverständnis**.

³⁵ BVerfGE 101, 1 (35).

³⁶ WD 3 – 3000 – 043/15 S. 12; vgl. auch *Beaucamp*, JA 2002, 854 (856).

³⁷ BVerfGE 58, 257 (275 f.); 79, 106 (120).

³⁸ BVerfGE 58, 257 (270).

³⁹ BVerfGE 79, 106 (120).

⁴⁰ BVerfGE 58, 257 (275 f.); 79, 106 (120).



Immerhin findet wissenschaftlicher Sachverstand im Rahmen von Expertenanhörungen laufenden Eingang in die parlamentarische Arbeit.

Jedenfalls führt bei der Impfpriorisierung das Kriterium der **Komplexität des zugrunde liegenden Sachverhalts** dazu, dass die Festlegung der Personengruppen, bei denen ein sehr hohes, hohes oder erhöhtes medizinisches Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf anzunehmen ist (vgl. §§ 3 Nr. 2, 4 Nr. 2 CoronImpfV), faktisch nicht auf der Entscheidung der Abgeordneten basiert, sondern auf den Empfehlungen der Ständigen Impfkommision. Damit ist aber die verfassungsrechtliche Bedeutung der Einbindung des Parlaments relativiert.

c) Zeitliche Begrenztheit der Priorisierungsregelung

Nach derzeitigem Erkenntnisstand ist davon auszugehen, dass die sachliche Notwendigkeit einer Priorisierungsregelung im Juni 2021 enden wird.⁴¹ Die zeitliche Wirkung einer gesetzlichen Normierung der Impfpriorisierung wäre also zeitlich begrenzt, was ebenfalls ein Ansatzpunkt für eine gewisse Rücknahme der parlamentarischen Regelungsdichte sein kann.⁴²

Zwischenfazit: Die Verwirklichung dynamischen Grundrechtsschutzes spricht für eine gewisse Rücknahme der Anforderungen an die parlamentarische Regelungsdichte einer Regelung zur Corona-Impfung.

3. Verfassungsrechtliche Anforderungen an gesetzliche Grundlage und parlamentarische Regelungsdichte zur Corona-Schutzimpfung

a) Kein Gewaltenmonismus als parlamentarischer Totalvorbehalt

Einen **Gewaltenmonismus** in Form eines **umfassenden Parlamentsvorbehalts** sieht das Grundgesetz nicht vor. Dies gilt auch in Sachbereichen, deren Regelung durch eine intensive Grundrechtsbetroffenheit gekennzeichnet ist.⁴³ Daher führt der Umstand, dass die Impfpriorisierung besonders wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte ist, nicht automatisch dazu, dass diese in Gänze in einem förmlichen Parlamentsgesetz geregelt werden müsste. Dies wird auch nicht im Positionspapier der Gemeinsamen Arbeitsgruppe aus Mitgliedern der Ständigen Impfkommision, des Deutschen Ethikrates und der nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina verlangt.⁴⁴

b) Sachbereich und Eigenart des Regelungsgegenstands Impfpriorisierung

„Wann es [...] einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, lässt sich nur im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen

⁴¹ FAZ v. 5.1.2021, S. 2.

⁴² In diesem Sinne auch *Wollenschläger*, Stellungnahme zu BT-Drucksache 19/23944, S. 21 ff.

⁴³ BVerfGE 68, 1 (86 f.); 98, 218 (252).

⁴⁴ Vgl. Positionspapier, S. 4.



Regelungsgegenstandes beurteilen.“⁴⁵ Bei staatlichen Maßnahmen der Impfpriorisierung handelt es sich um einen **für die Verwirklichung der Grundrechte besonders wesentlichen Sachbereich**. Gekennzeichnet ist dieser gegenwärtig allerdings durch die **Eigenart eines unsicheren und sich rasch verändernden Entwicklungs- und Erkenntnisstands**.

Die Verwirklichung eines dynamischen Grundrechtsschutzes verlangt daher eine **Funktionsteilung zwischen Parlament und Verordnunggeber**. Die Verteilung der Entscheidungsgewalt muss einerseits dem Umstand Rechnung tragen, dass die für die Verwirklichung des Grundrechtsschutzes **wesentlichen Entscheidungen** im **Parlament** zu treffen sind. Andererseits ist dem Verordnunggeber **hinreichende Flexibilität** zur Anpassung der Priorisierungsregelung an jeweils neue Gegebenheiten einzuräumen.

Dies führt dazu, dass für die Impfpriorisierung nur ein **Zusammenspiel von förmlichem Parlamentsgesetz und Verordnunggebung** in Betracht kommt. Dabei muss aus dem Parlamentsgesetz hervorgehen, dass und mit welcher Tendenz der Impfstoff verteilt werden soll.⁴⁶ Wie das BVerfG im zweiten Numerus-Clausus-Urteil klargestellt hat, bedeutet dies, dass die **Ziele der Verteilungsentscheidung** und **mögliche Kriterien** gesetzlich bestimmt werden müssen.⁴⁷

Im Parlamentsgesetz müssen also zwingend drei Punkte enthalten sein:

- eine ausdrückliche Ermächtigung zur Impfpriorisierung,
- eine abschließende Festlegung der Ziele der Impfpriorisierung und
- eine entwicklungs offen ausgestaltete, d.h. gesetzestechnisch z.B. mit „insbesondere“ eingeleitete Aufzählung der wesentlichen Kriterien der Impfpriorisierung.

IV. Verfassungsrechtliche Lösungsalternative: Ergänzung der Ermächtigungsgrundlage

Der einfachste Weg aus dem vorgestellten Regelungsdilemma besteht darin, die Ermächtigungsgrundlage der CoronaimpfVO zu ergänzen und auf ihrer Grundlage die Verordnung dann neu zu erlassen. Mit dieser naheliegenden Möglichkeit setzt sich die Gesetzesbegründung nicht auseinander, was ein Begründungsdefizit darstellt. Stattdessen beschränkt sich der Gesetzentwurf auf den Vorschlag eines

⁴⁵ BVerfGE 98, 218 (251).

⁴⁶ BVerfGE 1, 14 (60); 19, 354 (361 f.).

⁴⁷ BVerfGE 147, 253 (321 ff.).



Coronaimpfgesetzes hoher Regelungsdichte und nennt unter Alternativen auf S. 2 „Keine“.

Verfassungsrechtlich in Betracht käme eine **Ergänzung des § 20i Abs. 3 SGB V**, auf deren Grundlage dann die CoronaimpfV neu erlassen werden müsste.⁴⁸

Ausgehend von den Empfehlungen der gemeinsamen Arbeitsgruppe müsste die Gesetzesergänzung wie folgt erfolgen:

In § 20i Abs. 3 SGB V sind folgende Sätze 3 bis 5 einzufügen:

„In der auf der Grundlage von Satz 2 erlassenen Rechtsverordnung ist zugleich die Priorisierung der Anspruchsberechtigten nach Personengruppen zu regeln. Verteilungsziele sind dabei die Reduktion schwerer COVID-19-Verläufe und damit zusammenhängender Todesfälle, der Schutz von Personen mit arbeitsbedingt erhöhtem SARS-CoV-2-Expositionsrisiko, die Beschränkung einer Transmission des Coronavirus SARS-CoV-2 sowie die Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen. Als Priorisierungskriterien kommen insbesondere das Alter der Anspruchsberechtigten, ihr Gesundheitszustand, ihr arbeitsbedingtes SARS-CoV-2-Expositionsrisiko sowie ihre Systemrelevanz bei der Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen in Betracht.“

Diese verfassungsrechtlich wie verfassungspolitisch zu empfehlende **Ergänzung der Ermächtigungsgrundlage der CoronaimpfVO** ist vorliegend nicht Beratungsgegenstand und soll daher nicht vertieft werden.⁴⁹

Hinzuweisen ist aber immerhin auf folgendes: Ungenau und damit sachlich falsch ist die im Allgemeinen Teil der Begründung des vorgelegten Gesetzentwurfs aufgestellte Behauptung, „dass eine gesetzliche Regelung für die Priorisierung bestimmter Bevölkerungsgruppen bei der Impfstoffverteilung erforderlich ist.“ (S. 8 GE) Nicht berücksichtigt wird darin die **verfassungsrechtlich zwingende Unterscheidung** zwischen dem Erfordernis einer bestimmten parlamentarischen Ermächtigung und der notwendigen Regelungsdichte des Gesetzes. Auch stützt die mit „vgl.“ in Bezug genommene Ausarbeitung des WD 3 – 3000 – 271/20, S. 10 ff. (S. 8 GE) die aufgestellte Behauptung nicht. Darin wird vielmehr sachgerecht ein Ausgleich zwischen der Grundrechtsrelevanz der Impfpriorisierung, die für eine hohe Regelungsdichte spricht, und dem nötigen Raum für Flexibilität gesucht (s. insbesondere S. 11 der Ausarbeitung).

Zwischenfazit zu A. (Erforderlichkeit eines Gesetzes):

1. Die **CoronaimpfV** ist mangels hinreichend bestimmter Ermächtigungsgrundlage **verfassungswidrig**. Denn weder § 20i Abs. 3 SGB V noch § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 IfSG

⁴⁸ Dazu vertiefend *Leisner-Egensperger*, Impfpriorisierung und Verfassungsrecht, NJW 2021 (im Erscheinen).

⁴⁹ Dazu eingehend *Leisner-Egensperger*, Impfpriorisierung und Verfassungsrecht, NJW 2021 (im Erscheinen).



noch die Kombination beider Rechtsnormen genügen den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.

2. Angesichts der bereits angelaufenen Impfungen besteht ein erheblicher **parlamentarischer Handlungsbedarf** zur Herstellung einer verfassungskonformen Regelung der Impfpriorisierung.

3. Staatliche Maßnahmen der Impfpriorisierung sind einerseits für die Verwirklichung der Grundrechte besonders **wesentlich**. Gekennzeichnet ist dieser Sachbereich andererseits aber durch die Eigenart eines unsicheren und sich rasch verändernden Entwicklungs- und Erkenntnisstands sowie durch eine Komplexität medizinischer Abwägungsentscheidungen. Dies führt zu einer notwendigen **Funktionsteilung** zwischen **Parlament** und **Verordnungsgeber**.

4. Im ermächtigenden Parlamentsgesetz müssen zwingend drei Punkte enthalten sein: eine ausdrückliche Ermächtigung zur Impfpriorisierung, eine abschließende Festlegung der Priorisierungsziele sowie eine entwicklungs offen ausgestaltete Aufzählung der wesentlichen Priorisierungskriterien.

5. Zur Lösung des gegenwärtigen Verfassungsproblems sind prinzipiell zwei Wege gangbar: die Ergänzung der Ermächtigungsgrundlage der CoronaImpfV und der Erlass eines eigenen Coronaimpfgesetzes hoher Regelungsdichte. Letzteren Weg beschreitet der Gesetzentwurf ohne Auseinandersetzung mit der näher liegenden Alternative der Ergänzung der Ermächtigungsgrundlage.

6. Unpräzise formuliert und damit missverständlich ist die im Allgemeinen Teil der Begründung aufgestellte Behauptung, „dass eine gesetzliche Regelung für die Priorisierung bestimmter Bevölkerungsgruppen bei der Impfstoffverteilung erforderlich ist.“ (S. 8 GE).

B. Verfassungsrechtliche Bewertung der Regelungstechnik des GE

I. Verfassungsproblem der hohen Regelungsdichte des GE

Fraglich erscheint, ob der hohen Regelungsdichte des GE zur Impfpriorisierung nicht das grundgesetzliche, vom BVerfG mehrfach bestätigte Erfordernis der **Verwirklichung eines dynamischen Grundrechtsschutzes**⁵⁰ prinzipiell entgegensteht. Dies wäre dann anzunehmen, wenn man die entsprechende bundesverfassungsgerichtliche Judikatur nicht nur im Sinne einer Absenkung der parlamentarischen Mindestanforderungen versteht, sondern zugleich als verfassungsrechtliche Sperre für das Parlament, d.h. als Gewährleistung eines **eigenen Funktionsbereichs der Exekutive**. Diese im Schrifttum umstrittene

⁵⁰ BVerfGE 49, 89 (137); 101, 1 (35).



Rechtsfrage⁵¹ braucht im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht beantwortet zu werden.

Denn angesichts der gegenwärtigen Dynamik in der Entwicklung des Infektions- und Impfgeschehens kann ein **detailliertes CoronaimpfG**, wie es im Gesetzentwurf vorgeschlagen wird, überhaupt nur dadurch eine dieser Regelungsmaterie sachangemessene Flexibilität gewährleisten, dass es für den Bundesgesundheitsminister eine **Ermächtigung zur abweichenden Impfpriorisierung durch Verordnung** vorsieht (vgl. § 6 GE). Diese besondere Regelungstechnik soll im Folgenden verfassungsrechtlich analysiert werden.

II. Verfassungsrechtliche Beurteilung der Regelungstechnik des Gesetzentwurfs

1. Regelungsgehalt des § 6 GE

§ 6 GE enthält eine Ermächtigung an das Bundesministerium für Gesundheit, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundestages das Verfahren der Impfstoffverteilung zu regeln, die Risiko- und Indikationsgruppen zu konkretisieren sowie im Falle neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse eine von § 3 abweichende Priorisierung zu treffen.

2. Verfassungsrechtliche Beurteilung der Anwendungsbeschränkung nach § 6 GE

Eine Ermächtigung zur Änderung eines Gesetzes durch Rechtsverordnung ist als **gesetzgebungstechnische Form der Anwendungsbeschränkung von Gesetzen** nicht generell unzulässig. Allerdings liegt die **verfassungsrechtliche Grenze** einer solchen Anwendungsbeschränkung „dort, wo der Gesetzgeber Vorschriften von solcher Bedeutung und in solchem Umfang für subsidiär erklärt, dass sich dadurch innerhalb des Staatsgefüges eine Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung ergibt.“⁵²

Dadurch dass § 6 GE den Bundesminister für Gesundheit ermächtigt, durch Rechtsverordnung eine von § 3 GE abweichende Priorisierung zu treffen, kann eine Rechtsverordnung die **gesetzlich festzulegende Reihenfolge** verändern.

Das **verfassungsrechtliche Problem** an dieser Regelung besteht in Folgendem: Im speziellen Fall einer Priorisierungsregelung liegt deren normative Eigenart gerade darin, dass die **Reihenfolge der Anspruchsberechtigten** den sachlichen Gehalt eines Gesetzes ausmacht, dessen einzelne Paragraphen infolge ihrer Wechselbezüglichkeit nur als **dezisionistische Einheit** betrachtet werden können. Mit

⁵¹ Vgl. dazu aus neuerer Zeit etwa *Ladeur/Gostomzyk*, Die Verwaltung 36 (2003), 141 ff.; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5 ff.; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 12 ff.

⁵² BVerfGE 8, 155 (171).



anderen Worten: Eine Priorisierungsentscheidung lässt sich nicht sachlich aufspalten in einen Teil, welcher durch das Parlament zu regeln wäre, und in einen anderen, für den der Verordnungsgeber zuständig ist. Vielmehr ist eine Änderung der Reihenfolge der Anspruchsberechtigten gleichbedeutend mit einem sachlichen Austausch der legislativen Grundaussage. Daher würde eine Anwendung des § 6 GE nicht etwa zu einer punktuellen Abweichung des Verordnungs- vom Gesetzesrecht führen, sondern zu einer prinzipiellen Abkehr von der in Art. 80 Abs. 1 GG festgelegten Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Exekutive. Die Kombination von detaillierter Priorisierungsregelung und Verordnungsöffnung ist damit **verfassungswidrig**. Denn sie verstößt gegen das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG).

Gegen die Kombination von gesetzlicher und verordnungsrechtlicher Prioritätsregelung spricht ferner, dass sie im Fall kollidierender Rechtsansprüche das **Vertrauen in das Gesetz erschüttert**. Wenn beispielsweise ein gesetzlich verbürgter Anspruch der höchsten Priorität durch Verordnungsgebung zu einem solchen einer niedrigeren Priorität wird und durch diese selbe Verordnung ein Inhaber eines Anspruchs niedrigerer Priorität aufsteigt, lässt sich die Frage der Anspruchsberechtigung zwar über die Kollisionsregel der *lex-posterior-Regel* lösen. Rechtspolitisch leidet darunter aber das Gesetzesvertrauen.

3. Kein Ausgleich durch den Zustimmungsvorbehalt für den Bundestag

Die verfassungswidrige Gewichtsverschiebung zwischen erster und zweiter Gewalt, wie sie der Regelung des § 6 GE zugrunde liegt, wird auch nicht dadurch ausgeglichen, dass der jeweilige Verordnungserlass der Zustimmung des Bundestags unterworfen wird.

Verfassungspolitisch ist zunächst festzuhalten, dass der für die Verwirklichung dynamischen Grundrechtsschutzes entscheidende **Flexibilitätsvorteil** für die Exekutive, der durch die Kombination von Gesetz und Verordnung gewonnen wird, durch die Aufnahme dieses parlamentarischen Zustimmungsvorbehalts **wieder eingebüßt** wird. Denn ein Zustimmungsvorbehalt für die Verordnung führt angesichts der Dynamik des gegenwärtigen Erkenntnis- und Entwicklungsstands zur Impfpriorisierung dazu, dass das Parlament in den nächsten Wochen und Monaten fortlaufend mit Details von Priorisierungsregelungen befasst sein wird. Mehr als ein Abnicken der jeweiligen Empfehlungen der Ständigen Impfkommission dürfte von der Mehrzahl der Abgeordneten nicht zu gewärtigen sein. Im Übrigen wird auch bei Zustimmung des Bundestags das Gewicht zwischen Legislative und Exekutive insofern verschoben, als das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren jeweils umgangen wird.



Zwischenfazit zu B (Regelungstechnik des Gesetzentwurfs):

1. Die Vorschrift des § 6 GE sucht der Änderungsdynamik des der Impfpriorisierung zugrunde liegenden Erkenntnis- und Entwicklungsstands gerecht zu werden und insoweit **dynamischen Grundrechtsschutz** zu verwirklichen.

2. Allerdings liegt in dieser **Ermächtigung zur Änderung eines Gesetzes durch Rechtsverordnung** eine **verfassungsrechtlich unzulässige Verschiebung des Gewichts** zwischen **Gesetzgeber** und **Verwaltung**. Denn bei einer Regelung zur Impfpriorisierung ist eine Änderung der Reihenfolge der Anspruchsberechtigten gleichbedeutend mit einem sachlichen Austausch der legislativen Grundaussage. Dadurch verstößt § 6 GE gegen das **Gewaltenteilungsprinzip** (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) und wäre als Rechtsvorschrift nichtig. Mangels inhaltlicher Teilbarkeit des Gesetzentwurfs erfasst die Nichtigkeit des § 6 GE das gesamte Regelungswerk.

C. Verfassungsrechtliche Beurteilung des Inhalts des Gesetzentwurfs

Auch inhaltlich bietet der Gesetzentwurf zahlreiche Ansatzpunkte für Kritik. Hervorzuheben sind – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – folgende offensichtliche Mängel:

I. Anspruchsausschlüsse nach § 1 Abs. 4 und 5 GE

1. Ausschluss des Anspruchs auf einen bestimmten Impfstoff

Der legislative **Ausschluss des Anspruchs auf einen bestimmten Impfstoff** nach § 1 Abs. 4 GE ist **verfassungswidrig**. Denn unter der nach gegenwärtigem Entwicklungsstand nicht absehbaren Voraussetzung, dass von einer bestimmten Gruppe von Anspruchsberechtigten nur ein bestimmter Impfstoff vertragen wird, kann eine staatliche Pflicht darauf bestehen, dieser Personengruppe eben den von ihr medizinisch benötigten Impfstoff zu verabreichen. Denn dann reduziert sich das staatliche Verteilungsermessen auf Null, es trifft den Staat also eine Verpflichtung zur konkreten Leistungserbringung. Dies hat das BVerfG im sog. Nikolausbeschluss für den Fall „einer lebensbedrohlichen oder sogar regelmäßig tödlichen Erkrankung“ festgestellt,⁵³ der sich auch bei einer Covid-19-Erkrankung annehmen lässt.

Rechtspolitisch ist der Ausschluss des Anspruchs auf einen bestimmten Impfstoff insofern fragwürdig, als jede Einschränkung der Wahlfreiheit zur Impfung die Impfabzeptanz gefährdet.

2. Ausschluss einer Pflicht zur Schutzimpfung

Der **Ausschluss einer Pflicht zur Schutzimpfung** sollte **nicht ausdrücklich gesetzlich normiert** werden. Denn in einer freiheitlichen Verfassungsordnung ist er

⁵³ BVerfGE 115, 25 (49).



vor dem Hintergrund der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG selbstverständlich.

Verfassungspolitisch mag gegenwärtig zwar das Problem bestehen, dass unter dem Eindruck der nunmehr bereits langandauernden Beschränkungen individueller Freiheiten in der öffentlichen Diskussion ein verfassungskonformer Gebrauch bürgerlicher Freiheit mit der egoistischen Wahrnehmung eines Sonderrechts gleichgesetzt wird. Gerade deshalb sollte die Legislative aber mit gutem Beispiel vorangehen und nicht verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeiten normieren. Denn dies könnte bei den Bürgern den falschen Eindruck hervorrufen, es bestehe eine Impfpflicht immer dann, wenn eine solche nicht gesetzlich ausgeschlossen werde. Immerhin hat der Gesetzgeber durch den Erlass des seit 1.3.2020 geltenden Masernschutzgesetzes eine klare Regelung zu einer ausnahmsweise anzunehmenden Impfbliegenheit getroffen, was von der Bundesregierung der Bevölkerung sachgerecht kommuniziert wurde.

Eine dem § 1 Abs. 4 GE entsprechende Aussage kann im Rahmen der **Öffentlichkeitsarbeit der Regierung** in Leitfäden für die Bevölkerung aufzunehmen oder Teil einer impfstrategischen Aufklärungskampagne sein. In Zeiten der Hypertrophie mehrerebenen generierter Rechtsvorschriften ist es aber nicht Aufgabe von Parlamentsgesetzen, die Bevölkerung über die Grundlagen der Verfassungsordnung aufzuklären.

II. Priorisierungsziele des § 2 Abs. 1 GE

Die vier Priorisierungsziele, die in § 2 Abs. 1 GE formuliert sind, sind teilweise rechtsstaatlich unbestimmt. Verfassungsrechtlich anerkannt werden kann einzig das erstgenannte Ziel einer Reduktion schwerer Verläufe und Todesfälle durch den Coronavirus SARS-CoV-2.

1. Priorisierungsziel „Schutz von Personen mit erhöhtem SARS-CoV-2 Infektionsrisiko“

Das in § 2 Abs. 1 GE normierte Priorisierungsziel „Schutz von Personen mit erhöhtem Infektionsrisiko“ ist zu weit und damit rechtsstaatlich unbestimmt. Einem erhöhten SARS-CoV-2-Infektionsrisiko sind alle möglichen Personen ausgesetzt, beispielsweise auch jüngere Angehörige von Bewohnern von Seniorenheimen oder Eltern schulpflichtiger Jugendlicher, die vor Einführung des harten Lockdowns immer wieder in Quarantäne waren und dies bei der nächsten Schulöffnung auch wieder sein



werden. Hinreichende rechtsstaatliche Bestimmtheit erlangt ein solches Ziel nur durch die adjektivische Verengung „berufsbedingt“.⁵⁴

2. Priorisierungsziel Unterbindung der Transmission des Coronavirus SARS-CoV-2

Das Priorisierungsziel der Unterbindung der Transmission des Coronavirus verstößt insofern gegen das Verfassungsgebot der Normklarheit, als es auf einen unmöglichen Erfolg gerichtet ist. Nach gegenwärtigen wissenschaftlichen Erkenntnisstand kann die Transmission durch Impfung allenfalls **beschränkt** werden.

3. Priorisierungsziel „Aufrechterhaltung des öffentlichen Lebens“

a) Unbestimmtheit des Priorisierungsziels der Aufrechterhaltung des öffentlichen Lebens

Unbestimmt und damit verfassungswidrig ist schließlich das in § 2 Abs. 1 S. 2 GE normierte Priorisierungsziel der **Aufrechterhaltung des öffentlichen Lebens**. Denn darauf können sich sämtliche Berufsträger berufen – von den Mitarbeitern von Möbelhäusern über Bankangestellte, Gastwirte, körpernahe Dienstleister, Kulturschaffende bis zu Betreibern von Fitnessstudios. Wollte man deren freiheitsrechtlich geschützte Interessen umfassend berücksichtigen, so stünde die Regelung zur Impfpriorisierung aber in deutlichem Widerspruch zur bisherigen Gesundheitspolitik im Zusammenhang der Lockdowns. Dies wäre angesichts der Heterogenität bisheriger Freiheitsbeschränkungen zwar nicht als verfassungswidriger Kontinuitätsbruch zu werten,⁵⁵ der allgemeinen Impfakzeptanz aber nicht zuträglich.

b) Alternative Priorisierungsziele

Verfassungskonform wären stattdessen folgende alternative Priorisierungsziele:

aa) Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen: Im Sinn der Erhaltung zentraler staatlicher Funktionen sind auch die näheren Ausführungen des Positionspapiers der gemeinsamen Arbeitsgruppe zu diesem Merkmal zu verstehen. Darin werden genannt „Personen (Personengruppen), die in basalen Bereichen der Daseinsvorsorge und für die Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen eine Schlüsselstellung besitzen.“⁵⁶

Auf eine gesetzliche Übernahme des Begriffs der Daseinsvorsorge sollte allerdings verzichtet werden. Denn dieser von *Ernst Forsthoff* 1938 in die rechtswissenschaftliche Diskussion eingebrachte⁵⁷ und von ihm selbst später relativierte⁵⁸ Begriff hat sich in den letzten Jahrzehnten nicht als abgrenzungstauglich erwiesen. So sieht das BVerfG

⁵⁴ So auch Positionspapier S. 3.

⁵⁵ Dazu *Leisner-Egensperger*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 146 ff.

⁵⁶ Positionspapier S. 3.

⁵⁷ *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 6.

⁵⁸ *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 9; vgl. dazu auch *Kersten*, Der Staat 44 (2005), 543 (544 ff.).



Daseinsvorsorge begrenzt auf Leistungen, „derer der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf.“⁵⁹ Demgegenüber wird der Begriff im Schrifttum auf das gesamte Gewährleistungsspektrum der Selbstverwaltungsangelegenheiten i.S.d. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG erstreckt. In diesem weiten Verständnis dienen der Vorsorge für das Dasein der Bevölkerung auch Verkehrsdienstleistungen, stationäre Krankenversorgung, Bildungs- und Kultureinrichtungen, Kommunikationsnetze und vieles mehr.⁶⁰ In einem spezifisch wirtschaftlichen Zusammenhang wird der Begriff der Daseinsvorsorge schließlich in Gemeinde- und Kommunalordnungen der Länder verwendet.⁶¹ Zusammenfassend erweist sich der Begriff der **Daseinsvorsorge** mithin als **derart vielgestaltig**, dass er sich für eine rechtsstaatlich bestimmte Ermächtigungsgrundlage nicht eignet.

bb) Aufrechterhaltung der Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems

Dieses Priorisierungsziel wäre rechtsstaatlich bestimmt.

c) Verfassungspolitisches Problem des vierten Ziels

Rechtspolitisch sollte überlegt werden, ob auf ein **viertes Verteilungsziel** nicht generell verzichtet werden sollte. Immerhin wirft seine Aufnahme in ein Parlamentsgesetz im rechtsvergleichenden Kontext Fragen auf, die auf der Grundlage der bereits angelaufenen Impfkampagne eindeutig in einem negativen Sinn beantwortet werden, etwa ob Regierungsmitglieder nicht prioritär geimpft werden sollen. Dies könnte die Priorisierungsregelung als widersprüchlich erscheinen lassen und die Impfakzeptanz schmälern.

III. Übergang zur nächsten Gruppe nach § 2 Abs. 3 S. 2 GE

§ 2 Abs. 3 S. 2 ist auf gegenwärtigem Erkenntnisstand inhaltlich insofern fragwürdig, als es möglicherweise mit Blick auf die gegenwärtige Impfknappeit sinnvoller ist, die Impfung zeitlich zu strecken, d.h. zunächst die erste Dosis zu verimpfen und zur nächsten erst Wochen später überzugehen. In der Zwischenzeit könnten dann für die erste Dosis auch nachrangig Priorisierte zum Zug kommen. An dieser Stelle zeigt sich der **Vorteil einer Rechtsverordnung**, die auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse jeweils zeitnah reagieren kann, besonders deutlich.

Fragwürdig ist in ihrer Bestimmtheit auch die Formulierung „Personen, die sich voraussichtlich nicht impfen lassen möchten“. Ohne ein konkretes Zeitziel für eine diesbezügliche Entscheidung, z.B. drei Wochen, ist diese Regelung inhaltsleer. Die Aufnahme eines Zeitziels hätte aber wiederum den Nachteil, dass sie Druck auf eine höchstpersönliche Entscheidung ausüben würde, die dann vielleicht tendenziell eher

⁵⁹ BVerfGE 66, 248 (258).

⁶⁰ GrdIgd. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 132 ff.; vgl. auch *Waldhoff*, JuS 2013, 1150 ff.

⁶¹ Vgl. etwa § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW; Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO; § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO; s. dazu auch *Leisner-Egensperger*, Kommunalrecht, in: Baldus/Knauff (Hrsg.), Landesrecht Thüringen, 2019, § 5 Rn. 61 f.



negativ ausfällt, was insbesondere im Fall des Personals in Pflegeheimen den Erfolg der Impfkampagne gefährdet. Empfehlenswert ist es daher, auf die Regelung des § 2 Abs. 3 GE zu verzichten.

IV. Regelung zur Ausnahme von Genesenen

§ 2 Abs. 4 GE basiert, soweit ersichtlich, auf zutreffenden wissenschaftlichen Erkenntnissen. Allerdings ist wohl noch offen, **für wie lange Zeit** Genesene ein **in welchem Maße** verringertes Risiko einer Neuinfektion haben. Falls sich ein aktuell verringertes Risiko einer Neuinfektion im Einzelfall nicht eindeutig nachweisen lässt, verstößt § 2 Abs. 4 GE gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. Unbestimmt ist jedenfalls die Formulierung „geringere Priorität“. Unklar ist, welche konkrete Herabstufung Genesene in der Prioritätenliste erfahren.

V. Priorisierte Personengruppen

Bei den in § 3 Abs. 1 bis 5 GE priorisierten Personengruppen fallen Unterschiede zur Priorisierung nach §§ 2 bis 4 CoronaimpfV auf, auf die in der Gesetzesbegründung nicht eingegangen wird, so dass sich nicht nachvollziehen lässt, weshalb sie vorgenommen werden. So ist beispielsweise festzustellen, dass Personen nach Organtransplantationen (zu diesen § 3 Nr. 2 c CoronaimpfV) im Gesetzentwurf nicht erwähnt sind.

Rechtsstaatlich **unbestimmt** erscheinen die Tatbestände der „Personen mit Vorerkrankungen mit erhöhtem Risiko und deren engste Kontaktpersonen“ (§ 3 Abs. 3 Nr. 2 GE) sowie der „Personen mit Vorerkrankungen mit moderatem Risiko und deren engste Kontaktpersonen“ (§ 3 Abs. 4 Nr. 2 GE). In diesem Zusammenhang ist die Regelungstechnik der Regelbeispiele, wie sie in der CoronaimpfV zugrunde gelegt wird, verfassungsrechtlich vorzugswürdig.

Schließlich fällt auf, dass der nach fünfter Priorität privilegierte Personenkreis den **gesamten Einzelhandel** erfasst (§ 3 Abs. 5 Nr. 4 GE). Dies geht weit hinaus über die „Beschäftigten im Lebensmitteleinzelhandel“, wie sie von § 4 Nr. 6 CoronaimpfV zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit der Bevölkerung sinnvollerweise priorisiert sind. Die Privilegierung beispielsweise von Textilverkäufern gegenüber Kulturschaffenden, die den Schutz nicht nur der Berufsfreiheit (Art. 12 GG), sondern zugleich der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) genießen, lässt sich gleichheitsrechtlich jedenfalls nicht rechtfertigen.

VI. Enge Priorisierungsstufen

Im Unterschied zur CoronaimpfV verwendet der GE Priorisierungsstufen in 5-Jahres-Altersstufen. Unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel lassen sich beide Priorisierungssysteme rechtfertigen. Denn auch 10-Jahresstufen wären von der weiten Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers erfasst. Unter dem Gesichtspunkt einer Verwaltungsvereinfachung erscheinen 10-Jahresstufen vorzugswürdig. Immerhin dürften unter den Höchstbetagten zahlreiche Ehepaare sein, die bei Annahme einer



größeren Zeitspanne gemeinsamer Priorisierung zusammen zur Impfung gehen könnten, was ihre Impfbereitschaft fördern könnte.

VII. Straftatbestand der entgeltlichen Verschaffung eines Impfstoffs

1. Verfassungspolitische Nachweisprobleme

Die Normierung eines **Straftatbestands** der entgeltlichen Verschaffung eines Impfstoffs (§ 4 GE) ist verfassungsrechtlich im Rahmen eines Parlamentsgesetzes möglich – anders als in einer Verordnung (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG). Die Gefahr der Entstehung eines Schwarzmarktes mit Impfstoffen ist auch nicht von der Hand zu weisen. Sie mag angesichts der Kühlerfordernisse des Biotech/Pfizer-Impfstoffs noch überschaubar sein, dürfte aber insbesondere für das Produkt des Herstellers Moderna eine gesellschaftspolitische Rolle spielen. In generalpräventiver Sicht ließe sich eine strafrechtliche Sanktionierung daher rechtfertigen.

Zweifel bestehen jedoch mit Blick auf die rechtsstaatliche Vollziehbarkeit einer strafrechtlichen Sanktion. Denn Vorschriften zur Impfpriorisierung müssen mit Blick auf die **Entwicklungsoffenheit der Impfstoffentwicklung und -produktion** ein hohes Maß an **built-in-flexibility** aufweisen. Nach gegenwärtigem Erkenntnisstand ist ihre Geltungsdauer auch auf Juni 2021 befristet, weil es dann „Impfstoff für alle“ geben soll.⁶² Im Strafrecht herrscht aber ein strenges Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG). Hierdurch könnte es bei der Strafverfolgung zu Nachweisproblemen im Zusammenhang der Erfüllung des Tatbestands des § 4 GE kommen.

2. Funktionsgrenzen staatlicher Strafe

Gemessen an der Funktion der staatlichen Strafe fragt sich ferner, ob das Übergehen von Priorisierungsregeln, auf die sich die Gesellschaft geeinigt hat, denen aber keine verfassungsrechtlich begründbaren Verteilungsmaximen zugrunde liegen, einen **Unrechtstatbestand** darstellt, an den durch einen starken Staat eine Freiheitsstrafe geknüpft werden sollte. Dies mag zugleich eine politische Frage sein.⁶³

Doch muss rechtspsychologisch vor Einführung entsprechender Sanktionen jedenfalls ausgelotet werden, ob ein **Straftatbestand** in einem **Priorisierungsgesetz** tatsächlich die Impfbereitschaft der Bevölkerung erhöht. Immerhin ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Bürger seit Monaten in ein immer enger geschnürtes Freiheitskorsett gezwängt werden. Ob eine Bestrafung bei Prioritätsverstößen die Impfkzeptanz der Bevölkerung erhöht, ist fraglich. Generell sollte die gesellschaftliche und politische Spaltung, die sich derzeit im Zusammenhang der Corona-Schutzimpfungen abzeichnet, nicht vertieft werden.

⁶² FAZ v. 5.1.2021, S. 2.

⁶³ Vgl. dazu *Schuldt/Weiland*, *Der Spiegel* v. 2.1.2021, S. 40 (41).



3. Ordnungswidrigkeitentatbestand

Die Aufnahme eines **Ordnungswidrigkeitentatbestands** erscheint dagegen rechtspolitisch vertretbar. Wiederum offenbart sich an dieser Stelle der Vorteil der Form der **Rechtsverordnung**. Denn in die CoronaimpfV könnte ein OWi-Tatbestand kurzfristig durch das Bundesministerium für Gesundheit aufgenommen werden, wenn sich im Verwaltungsvollzug herausstellen sollte, dass hierfür aktuell Bedarf besteht. Auch bei der Annahme von Verwaltungsunrecht sollte aber nicht in Vergessenheit geraten, dass am Anfang des Grundgesetzes die Menschenwürde steht. Im Kontext der Ideengeschichte bezeichnet sie kein äußeres Recht,⁶⁴ sondern das innere Vermögen des Menschen als eines vernunftbegabten Wesens, die eigene Freiheit zum Prinzip seines Handelns zu erheben.⁶⁵

Zwischenfazit:

Der Gesetzentwurf enthält einen verfassungswidrigen Ausschluss eines Anspruchs auf einen bestimmten Impfstoff, unklar und damit rechtsstaatlich unbestimmt formulierte Priorisierungsziele, teilweise unbestimmte Umschreibungen priorisierter Personengruppen und eine gleichheitsrechtlich nicht zu rechtfertigende Bevorzugung einzelner Anspruchsberechtigter. Verfassungspolitisch abzulehnen ist im Zusammenhang der Impfpriorisierung eine strafrechtliche Sanktion.

Fazit:

Der Gesetzentwurf BT-Drucksache 19/25260 bietet zahlreiche Ansatzpunkte für verfassungsrechtliche Kritik und **sollte daher nicht Grundlage eines Bundestagsbeschlusses werden**. Er basiert in seiner Kombination von detaillierten Priorisierungsregelungen und Verordnungsöffnung auf einer verfassungswidrigen Regelungstechnik und enthält neben rechtsstaatlich unbestimmten Tatbeständen gleichheitsrechtlich nicht zu rechtfertigende Privilegierungen einzelner Personengruppen sowie eine Regelung zur Strafbarkeit, welche die Impfabzeptanz zu gefährden droht.

Verfassungspolitisch kommt der Gesetzentwurf als vertrauensbildende, die Impfbereitschaft steigernde Maßnahme nicht in Betracht. Denn durch die **Rechtsform des Gesetzes** wird eine Dauerhaftigkeit und Unverbrüchlichkeit suggeriert, die es auf der Grundlage des gegenwärtig offenen Entwicklungs- und Erkenntnisstands zur Impfpriorisierung nicht geben kann. Verfassungspolitisch kann ein CoronaimpfG in diesem Sinn nur eine „**Mogelpackung**“ sein, ein Gebilde, dessen Schale Unveränderlichkeit vorspiegelt, während sich ihr Kern fortlaufend wandelt. In Frage gestellt wird dadurch die **Autorität der Gesetzesform** – damit zugleich die Akzeptanz der darin formulierten Maßnahme.

⁶⁴ Enders, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 GG (Stand 2005) Rn. 7.

⁶⁵ Kant, Metaphysik der Sitten, in: Weischedel (Hrsg.), Werke, 1956 ff., Band IV, S. 101.



Rechtspolitischer Ausblick

Gesetze, die häufig geändert werden, **verlieren** eben dadurch **an Gewicht**; dies hat die Wirkungsgeschichte der bisherigen Corona-Regelungen gezeigt.⁶⁶ Von einer parlamentarisch hinreichend legitimierten **Rechtsverordnung** wird hingegen geradezu erwartet, dass ihr Inhalt fortlaufend modifiziert und an neue Verhältnisse angepasst wird. Denn darin besteht in der parlamentarischen Demokratie der eigentliche Sinn, damit zugleich die Rechtfertigung dieser Regulationsform. Daher ist eine parlamentarisch legitimierte CoronaimpfV im Ergebnis besser geeignet, die **Impfakzeptanz der Bevölkerung** zu **stärken** als ein CoronaimpfG hoher Regulationsdichte.

Für die **Wahl der Verordnungsform** spricht im gegenwärtigen Stadium der bundesweiten Impfstrategie nicht zuletzt, dass die **CoronaimpfV** bereits der Impfkampagne der Bundesregierung zugrunde gelegt worden ist. Ihr Inhalt wurde – weithin unter ausdrücklichem Verweis auf eine „Coronaimpfverordnung“ – auf diversen Kommunikationswegen (Reden des Bundesgesundheitsministers, Homepage des Bundesministeriums für Gesundheit, Flyer in Pflegeheimen) den Bürgern zugänglich gemacht. Von einem Neuerlass der CoronaimpfV auf der Grundlage einer ergänzten Ermächtigungsgrundlage dürften – vorbehaltlich schwer abzusehender Wirkungen entsprechender Berichte in der Medienöffentlichkeit – keine relevanten Auswirkungen auf die Impfakzeptanz ausgehen.

Wenn nun aber ein **neues CoronaimpfG** erlassen wird, auf dessen Grundlage die Bundesregierung im Rahmen ihrer Öffentlichkeitsarbeit auch eine **zu erneuernde Akzeptanzstrategie** aufzubauen hat, wird sich der eine oder andere Bürger fragen, ob die bisherige Priorisierung nach der CoronaimpfV denn ihre sachliche Richtigkeit hatte. Nur wenige Normadressaten dürften sich die Mühe machen, den Regelungsgehalt der bislang propagierten Verordnung mit dem eines nunmehr geltenden CoronaimpfG zu vergleichen, um festzustellen, dass es nur wenige Unterschiede in den priorisierten Gruppen gibt. Vielmehr entstünde bei den meisten erst einmal der Eindruck, dass die gesamte Impfpriorisierung nicht nur rechtlich, sondern und sachlich falsch betrieben wurde. In Verbindung mit der parallel zur aktuellen Lockdownverlängerung entfachten Diskussion um die Bewertung der Impfstoff-Einkaufsstrategie der Bundesregierung vor dem politischen Hintergrund diverser Wahlen droht ein **Austausch der**

⁶⁶ Dazu für viele *Möllers*, im Interview mit Balbierer/Janisch, SZ v. 31.12.2020, S. 6.



Rechtsgrundlage zur Impfpriorisierung das Vertrauen der Bürger in die Impfstrategie der Bundesrepublik zu erschüttern.

2. Teil: Verfassungsrechtliche Bewertung des Antrags der Fraktion DIE LINKE

Der Antrag der Fraktion DIE LINKE enthält eine Beschlussvorlage (im Folgenden BV) zu Feststellungen (im Folgenden I.) sowie zu einer Aufforderung der Bundesregierung (im Folgenden II.).

I. Beschlussvorlage zu Feststellungen

1. Regelung der Priorisierung (BV S. 1) und Forderung nach Schnelltests

Zu normativen Fragen im Zusammenhang der Priorisierung ist auf den 1. Teil dieser schriftlichen Stellungnahme zu verweisen.⁶⁷ Der CoronaimpfV fehlt zwar eine verfassungskonforme Ermächtigungsgrundlage für die Frage der Priorisierung. Bezüglich der **Organisation der Impfung** ist aber eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage in § 5 Abs. 2 Nr. 4 IfSG gegeben. Für die Finanzierung im Bund-Länder-Verhältnis scheint eine konsensgetragene Regelung in §§ 10 bis 12 CoronaimpfV gefunden zu sein. Nach Ergänzung ihrer Ermächtigungsgrundlage muss die CoronaimpfV neu erlassen werden, ihr Regelungsgehalt ist aber auch in diesem Punkt verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Antigen-Schnelltests (BV S. 1 f.) sind in eingeschränktem Maße für Bewohner, Patienten, Personal oder Besucher von Pflegeeinrichtungen, Krankenhäusern oder Praxen sinnvoll. Auch wenn Betroffene zu ambulanten Operationen oder einer Dialyse erscheinen, können Antigen-Tests vor Ort genutzt werden, um eventuell Infizierte zu erkennen, noch bevor sie die Einrichtungen betreten. Da Antigen-Schnelltests aber in der korrekten Handhabung Herausforderungen aufwerfen und zu häufig negativ sind, auch wenn tatsächlich eine Coronavirus-Infektion besteht, eignen sie sich jedenfalls nach bisherigem Erkenntnisstand nicht zur „Entwicklung von Formen des Zusammenseins und auch Feierns bei Gewährleistung eines bestmöglichen Infektionsschutzes.“

Im Übrigen handelt es sich hierbei um eine Forderung, die mit Blick auf die gegenwärtige Höhe der Infektions- und Todeszahlen aus **Respekt vor den Opfern der Pandemie** gegenwärtig nicht erhoben werden sollte. Sieht man von wenigen, medienwirksam aufgebauchten Ausnahmen ab, sind auch junge Menschen durchaus in der Lage, den Ernst der gegenwärtigen Lage zu erkennen und ihr Verhalten danach einzurichten.

Durch den derzeitigen Entwicklungs- und Erkenntnisstand **überholt** sind die Ausführungen zur **Impfstoffentwicklung und -zulassung** (S. 2 BV). Ihnen liegt eine Skepsis gegenüber neuartigen Wirkungsmechanismen zugrunde, der in der gegenwärtigen

⁶⁷ Vgl. im Übrigen *Leisner-Egensperger*, Impfpriorisierung und Verfassungsrecht, NJW 2021 (im Erscheinen).



Impfstrategie jedoch durch Aufklärung Rechnung getragen wird. Die Entscheidung, sich impfen zu lassen oder nicht, kann den Bürgern aber kein Zulassungsverfahren abnehmen. Sie bleibt eine höchstpersönliche.

2. Globalisierung der Pandemie-Bekämpfung

Die Bundesrepublik Deutschland ist ein **integrationsoffener Verfassungsstaat**. Dies folgt aus der Präambel, den Ermächtigungen zur Integration in die Europäische Union (Art. 23 Abs. 1 GG), der Beteiligung an zwischenstaatlichen Einrichtungen (Art. 24 Abs. 1 GG), der Einfügung in Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit (Art. 24 Abs. 2 GG) und dem Verbot von Angriffskriegen (Art. 26 GG). Die von der Bundesregierung verfolgte „europäische Beschaffung“⁶⁸ hält sich an diesen verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmen.

II. Aufforderungen der Bundesregierung

1. Vorlage einer nationalen Impfstrategie

Durch Ergänzung der Rechtsgrundlagen der CoronaimpfV und deren Neuerlass wird dieser Forderung entsprochen. (s. dazu oben Teil 1)

2. Übergang geistiger Eigentumsrechte gegen Entschädigung

Für einen WTO-weiten Abkauf der geistigen Eigentumsrechte in Bezug auf Impfstoffe, Medikamente und Diagnostika, die bei privaten Unternehmen gehalten werden, dürfte sich das Einstimmigkeitserfordernis politisch nicht herstellen lassen. Einer Verstaatlichung geistiger Eigentumsrechte steht das **Eigentumsrecht des Art. 14 Abs. 1 GG** entgegen,⁶⁹ das sich auch auf Rechtspositionen hinsichtlich potenziell patentfähiger

⁶⁸ Dazu Überblick in FAZ v. 5.1.2021, S. 2.

⁶⁹ BVerfGE 36, 281 (290).



Erfindungen vor ihrer Eintragung erstreckt.⁷⁰ Gleiches gilt für eine staatliche Aussetzung geistiger Eigentumsrechte. Verfassungsrechtlich möglich wäre nur ein entsprechender politischer Appell an Impfstoffhersteller.

3. Verbindliche Bereitstellung von Anteilen an deutschen Impfstoff-Kontingen- ten für den Einsatz in humanitären Not- und Krisensituationen und Aufstockung der COVAX AMC

Hierbei handelt es sich um prinzipiell sinnvolle politische Forderungen. Wenn sich die Produktionskapazitäten für Impfstoffe demnächst steigern lassen, sollte diesen Anliegen entsprochen werden. Wann der richtige Zeitpunkt für entsprechende Maßnahmen der Bundesregierung ist, hat die Politik zu entscheiden.

München, den 6. Januar 2021

Prof. Dr. Anna Leisner-Egensperger

⁷⁰ Weiterführend *Timmann*, Das Patentrecht im Lichte von Art. 14 GG, 2008; vgl. auch die Beiträge in *Haedicke/Timmann* (Hrsg.), Handbuch des Patentrechts, 2. Aufl. 2020.