

Prof. Dr. F. Wollenschläger - Juristische Fakultät - Universität Augsburg - 86135 Augsburg

Herrn Vorsitzenden
des Ausschusses für Gesundheit des
Deutschen Bundestages
Erwin Rüdgel, MdB
Platz der Republik 1
11011 Berlin
Per Email

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht
und Öffentliches Wirtschaftsrecht

Universitätsstr. 24
86159 Augsburg

Tel +49 (0) 821 598-4550
Fax +49 (0) 821 598-4552

ferdinand.wollenschlaeger@
jura.uni-augsburg.de
[https://www.uni-augsburg.de/de/
fakultaet/jura/lehrende/wollenschlaeger/](https://www.uni-augsburg.de/de/fakultaet/jura/lehrende/wollenschlaeger/)

Augsburg, den 21.2.2021

**Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Gesundheit am 22.1.2021 /
Entwurf eines Gesetzes zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationa-
ler Tragweite betreffenden Regelungen, BT-Drucksache 19/26545**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

für die Einladung zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des
Deutschen Bundestages am 22.2.2021 zu Fragen der Corona-Pandemie danke ich.
In der Anlage überreiche ich vorab die erbetene schriftliche Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Schriftliche Stellungnahme

**Öffentliche Anhörung
des Ausschusses für Gesundheit
des Deutschen Bundestages**

**zum Gesetzentwurf
der Fraktionen CDU/CSU und SPD**

Entwurf eines Gesetzes zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen

BT-Drucksache 19/26545

am 22. Februar 2021

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkung	4
II. Abstract	4
III. Zusammenfassende Stellungnahme	5
1. Modifikation der Befristung im Kontext der epidemischen Lage von nationaler Tragweite	5
2. Präzisierung der Regelung zum Anspruch auf eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2.....	5
IV. Modifikation der Befristung im Kontext der epidemischen Lage von nationaler Tragweite	9
1. Hintergrund: Die epidemische Lage von nationaler Tragweite	9
a) Feststellungsbefugnis des Bundestags.....	9
b) Relevanz der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite....	10
c) Zeitlich beschränkte Geltung zahlreicher Pandemiebekämpfungsmaßnahmen	11
2. Bewertung der Modifikation der Befristungsregelung im Gesetzentwurf.....	12
3. Folgefragen	14
V. Präzisierung der Regelung zum Anspruch auf eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2	15
1. Aktuelle Regelung.....	16
2. Änderungen durch den Gesetzentwurf.....	17
3. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive	19
a) Keine grundgesetzlichen Sonderverordnungsbefugnisse im Falle eines Gesundheitsnotstands.....	20

b) Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Exekutive unter dem Grundgesetz.....	20
aa) Allgemeines.....	20
bb) Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG.....	21
cc) Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit	23
c) Konkretisierung für Verteilungsverfahren	25
4. Verfassungsrechtliche Bewertung.....	26
a) Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung	27
b) Verfassungsrechtliche Bewertung der Neuregelung	28
c) Exkurs: Rechtslage in Österreich und in der Schweiz	32
5. Änderungsvorschläge und Diskussionspunkte.....	34

I. Vorbemerkung

Angesichts der kurzfristig anberaumten Anhörung und der kurzen Stellungnahmefrist kann der Gesetzentwurf nicht im Detail gewürdigt werden. Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich daher auf die im Mittelpunkt des Gesetzentwurfs stehenden Fragen der Modifikation der Befristung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite (IV.) und der Präzisierung der Verordnungsermächtigung hinsichtlich des Anspruchs auf eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (V.).

II. Abstract

1. Die im Gesetzentwurf vorgesehene **kalendermäßige Entfristung** von Befugnissen zur Pandemiebekämpfung ist angesichts des nicht kalendermäßig bestimmbareren Endes der epidemischen Lage von nationaler Tragweite erforderlich. Mit Blick auf die Weite der eingeräumten exekutiven Handlungsbefugnisse ist es zu begrüßen, dass die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite periodisch zu verlängern ist, was auch eine periodische Debatte im Bundestag gewährleistet. Der Bundestag hat parallel dazu die Möglichkeit einer Aufhebung bzw. Änderung einzelner Ermächtigungsgrundlagen und einer Aufhebung bzw. (ggf. modifizierenden) Überführung einzelner auf ihrer Basis erlassener Rechtsnormen in (Parlaments-)Gesetzesrecht weiter im Blick zu behalten; daher ist auch die im Gesetzentwurf vorgesehene Evaluationspflicht zu begrüßen.
2. Die Verordnungsermächtigung zur **Impfpriorisierung** wahrt angesichts der parlamentsgesetzlichen Normierung von Priorisierungsbefugnis, Verteilungskriterien und diese steuernden Impfzielen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive. Nur grobe Vorgaben bestehen indes für das Rangverhältnis, was sich namentlich aufgrund der Dynamik des Sachverhalts rechtfertigen lässt. Nichtsdestoweniger sollte der Gesetzgeber – in Abwägung mit dem Flexibilisierungsanliegen – prüfen, ob die parlamentarische Steuerung und damit demokratische Legitimation der Priorisierungsentscheidung weiter zu erhöhen (und damit das Risiko einer verfassungsrechtlichen Beanstandung zu reduzieren) ist.
3. Die Stellungnahme formuliert **Änderungsvorschläge** (Streichung der anspruchslimitierenden Tatbestandsmerkmale in § 20i Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB V-E; Evaluierung auch der Priorisierungsregelung; Entschärfung der Bindung der Ständigen Impfkommision an die Impfziele und Konsolidierung der Vorschrift; Schärfung der Zielbindung des Verordnungsgebers) und **Prüfvorschläge** (siehe im Detail V.5.).

III. Zusammenfassende Stellungnahme

1. *Modifikation der Befristung im Kontext der epidemischen Lage von nationaler Tragweite*

Die im Gesetzentwurf vorgesehene **Aufhebung der kalendermäßigen Befristung** zahlreicher Handlungsbefugnisse im Kontext der epidemischen Lage von nationaler Tragweite trägt dem Umstand Rechnung, dass sich das Ende der epidemischen Lage von nationaler Tragweite und damit auch der Zeitpunkt, ab dem die Befugnisse und Maßnahmen zu ihrer Bekämpfung entbehrlich sind, nicht kalendermäßig bestimmen lässt. Die Änderung ist daher – auch vor dem Hintergrund der grundgesetzlichen Schutzpflicht für menschliches Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) – **zu begrüßen**. Angesichts der Weite der eingeräumten Befugnisse der Exekutive ist es von besonderer, auch verfassungsrechtlicher Bedeutung und daher **ebenfalls zu begrüßen, dass der Gesetzentwurf die zeitliche Begrenzung**, die aus der Anknüpfung an eine epidemische Lage von nationaler Tragweite resultiert, **prozedural mittels eines periodischen Verlängerungserfordernisses absichert**. Dies gewährleistet auch eine periodische Debatte im Bundestag.

Angesichts der mit der kalendermäßigen Entfristung aller Wahrscheinlichkeit nach einhergehenden Verlängerung der Geltungsdauer der bislang befristeten Rechtsverordnungen über den 31.3.2021 hinaus sei betont, dass die **Delegation von Handlungsbefugnissen auf die Exekutive** für den Fall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite – unabhängig von verfassungsrechtlichen Grenzen – eine vom Gesetzgeber (**verfassungs-)politisch zu verantwortende Entscheidung** darstellt. Vor diesem Hintergrund ist die Möglichkeit einer Aufhebung bzw. Änderung einzelner Ermächtigungsgrundlagen und einer Aufhebung bzw. (ggf. modifizierenden) Überführung einzelner auf ihrer Basis erlassener Rechtsnormen in (Parlaments-)Gesetzesrecht weiter im Blick zu behalten. Daher ist auch die in § 5 Abs. 9 IfSG-E vorgesehene **Evaluation zu begrüßen**. Flankierend kann erwogen werden, die aktuellen Regelungen auf die Corona-Pandemie zu beschränken, wie es bereits jetzt für § 28a IfSG (Schutzmaßnahmen) und § 20 Abs. 2a IfSG, § 20i Abs. 3 SGB V (Schutzimpfung) der Fall ist, und eine Generalisierung erst in einem zweiten Schritt vorzunehmen.

2. *Präzisierung der Regelung zum Anspruch auf eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2*

Die Impfpriorisierung bedarf als für die Ausübung fundamentaler grundrechtlicher Freiheiten wesentliche Entscheidung einer parlamentsgesetzlichen Regelung. Art. 80 GG gestattet dem

Parlament zwar, die Regelung der Impfpriorisierung an die Exekutive zu delegieren, begrenzt dies allerdings zugleich. Zum Ausdruck kommt dies namentlich im Erfordernis einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmten (parlaments-)gesetzlichen Ermächtigung (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) sowie im Erfordernis der Regelung wesentlicher, insbesondere grundrechtswesentlicher Fragen durch das Parlament.

Hinter dieser engen Anbindung der exekutiven Rechtsetzung an das hierzu ermächtigende Parlamentsgesetz und der damit einhergehenden Absage an eine Selbstentmachtung des Parlaments stehen gewichtige Gründe, nicht nur negative historische Erfahrungen mit zu weit reichenden bzw. in zu weitem Umfang aktualisierten exekutiven Rechtsetzungsbefugnissen zu Weimarer Zeiten, sondern auch verfassungsrechtliche Anforderungen der Gewaltenteilung, der Demokratie und des Rechtsstaates. Gerade die parlamentarische Gesetzgebung ermöglicht ein Entscheidungsverfahren, das „der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten“, „die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären“, „sich durch Transparenz auszeichnet“ und „die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet“.¹

Der erforderliche Grad an Bestimmtheit hängt vom Einzelfall ab. Vorliegend ist einerseits bestimmtheitsschärfend die Grundrechtswesentlichkeit des Lebenssachverhalts zu berücksichtigen, die aus der Breite (Betroffenheit weiter Teile der Bevölkerung) und Intensität (Relevanz für die hochrangigen Schutzgüter Leben und Gesundheit sowie für die Ausübung individueller, pandemiebedingt beschränkter Freiheiten) der Betroffenheit resultiert, ebenso das staatliche Verteilungsmonopol. Andererseits handelt es sich nicht nur um einen zeitlich und gegenständlich begrenzten, sondern und vor allem um einen vielgestaltigen und komplexen Lebenssachverhalt, bei dem rasche Änderungen der tatsächlichen, für die Priorisierung relevanten Verhältnisse absehbar sind (Dynamik hinsichtlich verfügbarer Impfstoffmenge und verfügbarer Impfstoffe, medizinischer Erkenntnisse bezüglich des Krankheitsverlaufs, des Infektionsgeschehens und seiner Bekämpfung).

Gemessen an diesen verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen erweist sich die **Neuregelung als verfassungskonform**. Der Gesetzentwurf regelt für die aufgrund der aktuellen Impfstoffknappheit erforderliche Priorisierung der Coronavirus SARS-CoV-2-Schutzimpfung wesentliche Aspekte: So enthält § 20i Abs. 3 SGB Satz 4 und 5 V-E nicht nur eine **explizite**

¹ BVerfGE 150, 1 (96 f.).

Priorisierungsbefugnis, sondern formuliert auch **Priorisierungskriterien** (Alter, Gesundheitszustand, tätigkeitsbedingtes Expositionsrisiko und Systemrelevanz) sowie für deren Konkretisierung maßgebliche **Impfziele**. Damit ist der zu priorisierende Personenkreis einschließlich Binnendifferenzierungen abgesteckt. Nur **grobe Vorgaben** bestehen indes **für das Rangverhältnis** der Verteilungskriterien (Steuerung nur, aber immerhin durch gleichrangige Ziele); der daraus resultierende, Ziel- und Kriterienkonflikten geschuldete Spielraum für den Verordnungsgeber lässt sich indes aufgrund der Dynamik des Sachverhalts rechtfertigen, worin auch ein entscheidender Unterschied zur Studienplatzvergabe, überdies ein seit Jahrzehnten diskutiertes und in der Rechtspraxis entfaltetes Verteilungsregime, liegt, zumal das Bundesverfassungsgericht in seinem jüngsten Beschluss vom 19.12.2017 auch hier entscheidend auf eine Vorgabe der Art der Auswahlkriterien, nicht mehr aber auf deren Rangverhältnis abgestellt hat. Unbeschadet verfassungsrechtlicher Grenzen sollte der Gesetzgeber **prüfen, ob die parlamentarische Steuerung und demokratische Legitimation der Priorisierungsentscheidung weiter zu erhöhen** (und damit das Risiko einer verfassungsrechtlichen Beanstandung zu reduzieren) ist – was freilich mit einem Verlust an Flexibilität abzuwägen ist –, etwa durch Normierung einer **Stufenregelung**, wie sie aktuell §§ 1 ff. Coronavirus-Impfverordnung vorsehen. Dieses Modell ist als Verordnungsermächtigung auf jeden Fall zu abstrahieren.

Folgende Änderungen sind nach Auffassung des Gutachters **erforderlich** (siehe im Detail V.5.):

- Streichung der anspruchslimitierenden Tatbestandsmerkmale in § 20i Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB V-E – so nicht intendiert;
- Erstreckung der Evaluierungspflicht gemäß § 5 Abs. 9 IfSG-E auch auf die Priorisierungsregelung;
- Entschärfung der Bindung der Ständigen Impfkommission an die Impfziele und Konsolidierung der Vorschrift (§ 20 Abs. 2a IfSG-E);
- Schärfung der Zielbindung des Verordnungsgebers (§ 20i Abs. 3 Satz 4 2. HS SGB V-E).

Folgende Punkte seien – jenseits der bereits erwähnten Frage einer Schärfung der parlamentarischen Steuerung der Impfstoffverteilung – insbesondere zur Diskussion gestellt (zu weiteren Punkten V.5.):

- Schaffung einer Grundlage für **Bewehrung**, so für erforderlich erachtet;

- Prüfung der Notwendigkeit von Regelungen zum **Verfahren der Impfstoffverteilung** (Grundrechtsschutz durch Verfahren) und der erforderlichen Regelungsebene, etwa Verwertung von Impfstoffresten, Zugangsprobleme etwa aus Gründen der Transparenz oder Priorisierung von Personen, die einen bestimmten Impfstoff verweigern;
- Normierung des **Multiplikations- neben dem Expositionsrisiko** als Priorisierungskriterium;
- **Neuerlass der Rechtsverordnung.**

IV. Modifikation der Befristung im Kontext der epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Auf der Basis einer Entfaltung der Befugnis des Bundestags, eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festzustellen (1.a), ihrer Relevanz (1.b) und ihrer aktuellen zeitlichen Befristung (1.c) seien die im Gesetzentwurf vorgesehene Modifikation der Befristungsregelung einschließlich der Evaluationspflicht bewertet (2.) und sodann Folgefragen erörtert (3.).

1. Hintergrund: Die epidemische Lage von nationaler Tragweite

a) Feststellungsbefugnis des Bundestags

Das (Erste) Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020² hat die Befugnis des Bundestags eingeführt, eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festzustellen. Die entsprechende Regelung des § 5 Abs. 1 IfSG normiert seit Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020³ explizit Voraussetzungen für diese Feststellung, die, anders als teils vertreten, indes auch schon zuvor bestanden⁴. § 5 Abs. 1 IfSG bestimmt in seiner aktuellen Fassung:

¹Der Deutsche Bundestag kann eine epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellen, wenn die Voraussetzungen nach Satz 4 vorliegen. ²Der Deutsche Bundestag hebt die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen nach Satz 4 nicht mehr vorliegen. ³Die Feststellung und die Aufhebung sind im Bundesgesetzblatt bekannt zu machen. ⁴Eine epidemische Lage von nationaler Tragweite liegt vor, wenn eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht, weil

1. die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland droht oder

² BGBl. I, S. 587.

³ BGBl. I, S. 2397.

⁴ Siehe *F. Wollenschläger*, Stellungnahme zum Entwurf eines Covid-19-Rechtsverordnungsweitergeltungsgesetzes im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 9.9.2020, Ausschussdrucksache 19(14)197(13), abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/790906/a68e51c169564f8302c72ed352d7769d/19_14_0197-13-_ESV_Wollenschlaeger_Covid19-data.pdf (15.2.2021), S. 8 ff. Anders Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Epidemische Lage von nationaler Tragweite. Verfassungsrechtliche Fragestellungen, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 141/20 vom 10.6.2020, S. 5 f.; ferner *K. F. Gärditz/M. K. Abdulsalam*, GSZ 2020, 108 (114) – indes Willkürvorbehalt.

2. eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht oder stattfindet.

⁵Solange eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt ist, unterrichtet die Bundesregierung den Deutschen Bundestag regelmäßig mündlich über die Entwicklung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite.

Eine solche Feststellung hat der Deutsche Bundestag erstmals am 25.3.2020 mit Wirkung vom 28.3.2020 getroffen.⁵ Vorstöße zur Aufhebung derselben⁶ hat Bundestag am 17.9.2020 mangels Entfalls der Voraussetzungen zu Recht⁷ abgelehnt⁸. Am 18.11.2020 hat der Bundestag den Fortbestand der epidemischen Lage von nationaler Tragweite festgestellt.⁹

b) Relevanz der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag aktiviert ein – im Zuge des Zweiten und Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.5.2020¹⁰ bzw. 18.11.2020 modifiziertes – Handlungsregime zur Pandemiebekämpfung. Die wesentlichen Elemente desselben sind:

- Ermächtigung des Bundesministeriums für Gesundheit, Regelungen zur Sicherstellung von Gesundheitsversorgung und Ausbildung für verschiedenste Bereiche im Verordnungswege zu erlassen, die überdies Abweichungsbefugnisse von bestehenden (auch parlamentsgesetzlichen) Regelungen umfassen (§ 5 Abs. 2 IfSG);
- Einräumung der Befugnis für bestimmte Angehörige von Gesundheitsfachberufen, heilkundliche Tätigkeiten auszuüben (§ 5a IfSG);
- Anwendbarkeit der spezifischen Ermächtigungsnorm zum Erlass besonderer Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) (§ 28a IfSG);

⁵ BT-PIPr 19/154, S. 19169C.

⁶ Siehe etwa Antrag der Abgeordneten Christine Aschenberg-Dugnus u.a. und der Fraktion der FDP: Epidemische Lage von nationaler Tragweite beenden – Bevölkerung weiter schützen, Parlamentsrechte wahren vom 16.6.2020, BT-Drs. 19/20046. Siehe auch *T. Kingreen*, Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag. Rechtsgutachten für die Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, 2020.

⁷ Dazu *F. Wollenschläger*, Stellungnahme Covid-19 Rechtsverordnungsweitergeltungsgesetz (Fn. 4), S. 17 ff.

⁸ BT-PIPr 19/176, S. 22180A.

⁹ BT-PIPr 19/191, S. 24109C: Zustimmung zum Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD: Feststellung des Fortbestandes der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 17.11.2020, BT-Drs. 19/24387.

¹⁰ BGBl. I, S. 1018.

- Ermächtigung des Bundesministeriums für Gesundheit, im Verordnungswege Regelungen hinsichtlich einreisender Personen und Reiseunternehmen zu erlassen (§ 36 Abs. 8 ff. IfSG);
- Ermächtigung des Bundesministeriums für Gesundheit, den Anspruch auf eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, auf Testungen und auf Schutzmasken durch Rechtsverordnung zu regeln (§ 20i Abs. 3 Satz 2 SGB V).

c) Zeitlich beschränkte Geltung zahlreicher Pandemiebekämpfungsmaßnahmen

Während die mögliche Geltungsdauer des Feststellungsbeschlusses nicht kalendermäßig befristet – wohl aber aufgrund des materiellen Erfordernisses des Bestehens einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite und damit korrespondierender Beobachtungs- und Aufhebungspflichten (§ 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG)¹¹ zeitlich begrenzt – ist, greift eine kalendermäßige Befristung für zahlreiche an sie geknüpfte Handlungsermächtigungen. § 5 Abs. 4 IfSG bestimmt:

Eine auf Grund des Absatzes 2 oder § 5a Absatz 2 erlassene Rechtsverordnung tritt mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite außer Kraft, ansonsten spätestens mit Ablauf des 31. März 2021. Abweichend von Satz 1 bleibt eine Übergangsregelung in der Verordnung nach Absatz 2 Nummer 7 Buchstabe b, Buchstabe c oder Buchstabe d bis zum Ablauf der Phase des Studiums in Kraft, für die sie gilt. Abweichend von Satz 1 ist eine Verordnung nach Absatz 2 Nummer 10 auf ein Jahr nach Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, spätestens auf den Ablauf des 31. März 2022 zu befristen. Nach Absatz 2 getroffene Anordnungen gelten mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite als aufgehoben, ansonsten mit Ablauf des 31. März 2021 (...).

Für die Rechtsverordnungen hinsichtlich einreisender Personen und Reiseunternehmen regelt § 36 Abs. 12 IfSG:

Eine aufgrund des Absatzes 8 Satz 1 oder des Absatzes 10 Satz 1 erlassene Rechtsverordnung tritt mit der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 2 außer Kraft, ansonsten spätestens mit Ablauf des 31. März 2021.

¹¹ Dazu *F. Wollenschläger*, Stellungnahme Covid-19 Rechtsverordnungsweitergeltungsgesetz (Fn. 4), S. 16 f.

Für die Verordnungsermächtigung hinsichtlich des Anspruchs auf eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt § 20i Abs. 3 Satz 12 SGB V:

Eine aufgrund des Satzes 2 erlassene Rechtsverordnung tritt mit der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 2 des Infektionsschutzgesetzes außer Kraft, ansonsten spätestens mit Ablauf des 31. März 2021.

2. Bewertung der Modifikation der Befristungsregelung im Gesetzentwurf

Die im Gesetzentwurf vorgesehene **Aufhebung der kalendermäßigen Befristung** zahlreicher Handlungsbefugnisse im Kontext der epidemischen Lage von nationaler Tragweite trägt dem Umstand Rechnung, dass sich das Ende der epidemischen Lage von nationaler Tragweite und damit auch der Zeitpunkt, ab dem die Befugnisse und Maßnahmen zu ihrer Bekämpfung entbehrlich sind, nicht kalendermäßig bestimmen lässt. Die Änderung ist daher **sinnvoll**. Pandemiebekämpfungsmaßnahmen an die Dauer der Pandemie zu knüpfen, trägt überdies der grundgesetzlichen Schutzpflicht für menschliches Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) besser Rechnung als die Anknüpfung an ein kalendermäßig bestimmtes Enddatum und ist daher auch aus verfassungsrechtlicher Sicht vorzugswürdig.¹²

Aus verfassungsrechtlicher Warte ist freilich zu berücksichtigen, dass die (kalendermäßige) Befristung einen Mechanismus darstellt, um die Tragweite der weit, teils sehr weit reichenden exekutiven Handlungsermächtigungen einzuhegen.¹³ Ohne die verfassungsrechtliche Grundsatzzdebatte um die Befugnisse namentlich der § 5 Abs. 2 und § 28a IfSG erneut aufzugreifen,¹⁴ sei betont, dass eine verfassungsrechtliche Bewertung dieser Verordnungsermächtigungen nicht pauschal, sondern nur in Auseinandersetzung mit einzelnen Verordnungsermächtigungen möglich ist; überdies sei mit Blick gerade auf § 5 Abs. 2 IfSG festgehalten, dass das Meinungsbild in Rechtsprechung und Schrifttum differenziert ist, es sich also nicht um eine allgemein für

¹² Siehe auch Begründung, S. 16 f., 18, 19.

¹³ Dazu *F. Wollenschläger*, Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 11.5.2020, Ausschussdrucksache 19(14)160(31), abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/695488/05bdee056d1184319c993e30e313a2f9/19_14_0160-31-_ESV-Prof-Dr-Wollenschlaeger_2-Bevoelk-schutzg--data.pdf (15.2.2021).

¹⁴ Siehe dazu meine Stellungnahme zum Entwurf des Zweiten Bevölkerungsschutzgesetzes (Fn. 13) und meine Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 12.11.2020, Ausschussdrucksache 19(14)246(20), abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/805844/09aa6cdba9932ca18a4a560e817817b1/19_14_0246-20-_ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger-3-BevSchG-data.pdf (15.2.2021).

verfassungswidrig erachtete Norm handelt¹⁵. Für Details sei auf meine Stellungnahmen im Rahmen der Anhörungen zum Zweiten und zum Dritten Bevölkerungsschutzgesetz verwiesen.¹⁶

Unabhängig davon ist es angesichts der Weite der eingeräumten Befugnisse von besonderer, auch verfassungsrechtlicher Bedeutung, dass der Gesetzentwurf die **zeitliche Begrenzung**, die aus der Anknüpfung an eine epidemische Lage von nationaler Tragweite resultiert, **mittels eines periodischen Verlängerungserfordernisses prozedural absichert**. § 5 Abs. 1 Satz 3 f. IfSG-E bestimmt insoweit:

³Die Feststellung nach Satz 1 gilt als nach Satz 2 aufgehoben, sofern der Deutsche Bundestag nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung nach Satz 1 das Fortbestehen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite feststellt; dies gilt entsprechend, sofern der Deutsche Bundestag nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung des Fortbestehens der epidemischen Lage von nationaler Tragweite das Fortbestehen erneut feststellt. ⁴Die Feststellung des Fortbestehens nach Satz 3 gilt als Feststellung im Sinne des Satz 1.

Damit ist auch eine periodische Debatte im Bundestag gewährleistet. Diese **Regelung** ist daher **zu begrüßen**.

Angesichts der mit der kalendermäßigen Entfristung aller Wahrscheinlichkeit nach einhergehenden Verlängerung der Geltungsdauer der bislang befristeten Rechtsverordnungen über den 31.3.2021 hinaus sei nochmals betont, dass die **Delegation von Handlungsbefugnissen auf die Exekutive** für den Fall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite – unabhängig von verfassungsrechtlichen Grenzen – eine **vom Gesetzgeber (verfassungs-)politisch zu verantwortende Entscheidung** darstellt. Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die Maßgeblichkeit (auch) des raschen, exekutiven Handlungsbedarfs für die Delegationsentscheidung ist – neben der Frage des Fortbestands der epidemischen Lage von nationaler Tragweite – auch

¹⁵ Für eine Verfassungskonformität der Nr. 4, 7 und 8 („wohl“, teils mit Bedenken) *K. Dingemann/B. Gausing*, in: BeckOK-InfSchR, § 5, Rn. 14, 25, 36, 44 (Stand: 3. Edition 1.1.2021); *S. Rixen*, in: S. Kluckert (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 2020, § 4, Rn. 18 ff. (bei restriktiver Auslegung); für Nr. 7 lit. c auch VG Stuttgart, BeckRS 2020, 6557, Rn. 13. Anders für Nr. 4 („dürften“) *J. F. Lindner*, in: H. Schmidt (Hrsg.), Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 17, Rn. 46; ferner für Nr. 4, 7 und 8 *A.-L. Hollo*, in: A. Kießling (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz, § 5, Rn. 25 ff., 29 ff.; ferner § 5 Abs. 2 IfSG pauschal für verfassungswidrig erklärend *H. M. Heinig/T. Kingreen/O. Lepsius/C. Möllers/U. Volkmann/H. Wißmann*, JZ 2020, S. 861 (867 f.); *T. Kingreen*, Jura 2020, S. 1019 (1034)

¹⁶ Siehe Fn. 13 und 14.

die Möglichkeit einer Aufhebung bzw. Änderung einzelner Ermächtigungsgrundlagen und einer Aufhebung bzw. (ggf. modifizierenden) Überführung einzelner auf ihrer Basis erlassener Rechtsnormen in (Parlaments-)Gesetzesrecht weiter im Blick zu behalten.

Daher ist auch die **in § 5 Abs. 9 IfSG-E vorgesehene Evaluation zu begrüßen:**

Das Bundesministerium für Gesundheit beauftragt eine externe Evaluation zu den Auswirkungen der Regelungen in dieser Vorschrift und in den §§ 5a, 28 bis 32, 36, und 56 im Rahmen der nach Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite und deren Reformbedürftigkeit durch die Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina e. V. Das Ergebnis der Evaluierung soll der Bundesregierung von der Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina e. V. bis zum 31. Dezember 2021 vorgelegt werden. Die Bundesregierung übersendet dem Deutschen Bundestag bis zum 31. März 2022 das Ergebnis der Evaluierung sowie eine Stellungnahme der Bundesregierung zu diesem Ergebnis.

Dieser Evaluation kommt auch deshalb besondere Bedeutung zu, weil der Gesetzentwurf mit dem Entfall der kalendermäßigen Befristung nicht nur das Ziel verfolgt, „[a]ngesichts der nach wie vor dynamischen Lage im Hinblick auf die Verbreitung, vor allem der neuen Mutationen des Coronavirus SARS-CoV-2 und der hierdurch verursachten Krankheit COVID-19, (...) die Geltung der gegenwärtigen Regelungen und Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und zur Bewältigung der Auswirkungen auf das Gesundheitswesen und die langzeitpflegerische Versorgung über den 31. März 2021 zu verlängern“, sondern „zugleich für künftige pandemische Lagen die geschaffenen rechtlichen Grundlagen zu erhalten“.¹⁷

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass eine Verlängerung der Pandemiebekämpfungsmaßnahmen die mit ihnen einhergehenden Grundrechtseingriffe intensiviert. Dies steht zwar der mit dem Gesetzentwurf angestrebten kalendermäßigen Entfristung nicht entgegen, ist allerdings bei der Prüfung der Rechtfertigungsfähigkeit einzelner Maßnahmen in Rechnung zu stellen.

3. Folgefragen

Die mit der kalendermäßigen Entfristung erfolgte und in der Gesetzesbegründung ausdrücklich betonte (siehe soeben, IV.2.) **Generalisierung des Pandemiebekämpfungsregimes**, mithin

¹⁷ Begründung, S. 1.

seine Erstreckung über die aktuelle Corona-Pandemie hinaus auf „künftige pandemische Lagen“, stellt eine erhebliche Erweiterung seines Anwendungsbereichs dar. Auch wenn die Corona-Pandemie die Notwendigkeit eines derartigen Regimes unterstreicht, erscheint es – gerade vor dem Hintergrund der laufenden Evaluation – erwägenswert, die aktuellen Regelungen auf die Corona-Pandemie zu beschränken und eine Generalisierung erst in einem zweiten Schritt vorzunehmen. Dies entspräche im Übrigen der Regelung des § 28a IfSG, die nicht nur auf eine epidemische Lage von nationaler Tragweite, sondern zugleich auf die „Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“ beschränkt ist, ebenso wie der Regelung für Schutzimpfungen (§ 20 Abs. 2a IfSG-E, § 20i Abs. 3 SGB V).

Mit Aufhebung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, sei es durch einen Beschluss des Deutschen Bundestags gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG oder aufgrund der Fiktion gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 IfSG-E, **stehen die spezifischen Handlungsbefugnisse nicht mehr zur Verfügung**. Sollten einzelne Handlungsbefugnisse aufgrund eines fortbestehenden, wenn auch nicht die Schwelle der epidemischen Lage von nationaler Tragweite erreichenden Infektionsgeschehens weiterhin für erforderlich erachtet werden, sind entsprechende Rechtsgrundlage zu schaffen. Für eine länderspezifische Betroffenheit sieht § 28a Abs. 7 IfSG bereits jetzt die Möglichkeit einer Fortgeltung vor:

Nach dem Ende einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite können die Absätze 1 bis 6 auch angewendet werden, soweit und solange sich die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) nur in einzelnen Ländern ausbreitet und das Parlament in einem betroffenen Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 dort feststellt.

Schließlich sei angesichts der zuletzt am 18.11.2020 erfolgten Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite und des mit dem Gesetzentwurf eingeführten Erneuerungserfordernisses festgehalten, dass eine entsprechende **erneute Feststellung vor Inkrafttreten des vorliegenden Gesetzentwurfs notwendig** ist, sollen die an sie geknüpften Regelungen fortbestehen.

V. Präzisierung der Regelung zum Anspruch auf eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2

Nach einer Skizze der aktuellen Regelung zum Anspruch auf eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (1.) und der novellierten Priorisierungsregelung des vorliegenden Gesetzentwurfs (2.) entfaltet dieser Abschnitt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die

Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive (3.) und bewertet auf dieser Grundlage die Neuregelung (4.). Abschließend seien Änderungsvorschläge unterbreitet und Diskussionspunkte aufgezeigt (5.).

1. Aktuelle Regelung

Das Dritte Bevölkerungsschutzgesetz hat mit § 20i Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2 SGB V eine Verordnungsermächtigung hinsichtlich des Anspruchs auf eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geschaffen. Diese lautet:

Das Bundesministerium für Gesundheit wird, sofern der Deutsche Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat, ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates zu bestimmen, dass

1. Versicherte Anspruch auf
 - a) bestimmte Schutzimpfungen oder auf bestimmte andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe haben, 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.

Auf dieser Grundlage hat das Bundesministerium für Gesundheit die Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Impfverordnung – CoronaImpfV) erlassen,¹⁸ die auch die Frage der Priorisierung regelt.

Die Frage, ob diese Delegationsregelung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, war bereits Gegenstand der Anhörung des Gesundheitsausschusses am 13.1.2021 und wurde

¹⁸ Aktuelle Fassung vom 8.2.2020, BAnz AT 08.02.2021 V.

von den verfassungsrechtlichen Sachverständigen verneint.¹⁹ Eine parlamentsgesetzliche Vollregelung wurde indes, soweit näher thematisiert, für nicht notwendig erachtet.²⁰ Vereinzelt hat sich die Rechtsprechung mit der Priorisierung, zumeist im Rahmen von Härtefallanträgen im Eilrechtsschutz, befasst. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat die Frage der hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage bislang im Eilrechtsschutz offen gelassen;²¹ das Verwaltungsgericht Dresden hat Zweifel angemeldet,²² das VG Berlin demgegenüber einen Verstoß gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz bei summarischer Prüfung verneint²³.

2. *Änderungen durch den Gesetzentwurf*

Art. 1 Nr. 2 des Gesetzentwurfs ergänzt zunächst die Regelung des § 20 IfSG zu Schutzimpfungen und anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe um folgenden Absatz 2a, der Impfziele für die von der Ständigen Impfkommission aufzustellenden Empfehlungen vorgibt:

¹Empfehlungen der Ständigen Impfkommission zur Durchführung von Schutzimpfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 haben sich insbesondere an folgenden Impfzielen auszurichten:

1. Reduktion schwerer oder tödlicher Krankheitsverläufe,
2. Unterbindung einer Transmission des Coronavirus SARS-CoV-2,

¹⁹ Siehe die Stellungnahmen zum Entwurf eines Coronavirus-Impfgesetzes im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 13.1.2021 von *A. Kießling*, Ausschussdrucksache 19(14)263(5), abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/816300/284afb8aec1a0af82510ce260e1cf47b/19_14_0263-5-_ESV-Dr-Andrea-Kiessling-_Impfstrategie-data.pdf (17.2.2021), S. 3 ff., *T. Kingreen*, Ausschussdrucksache 19(14)263(2), abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/816166/b8b83384c79aa15f3ea4142bc628dc21/19_14_0263-2-_ESV-Prof-Dr-Thorsten-Kingreen-_Impfstrategie-data.pdf (17.2.2021), S. 2 ff., und *A. Leisner-Egensperger*, Ausschussdrucksache 19(14)263(1), abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/815956/34df43897a9cee75891804dfc747b039/19_14_0263-1-_ESV-Prof-Dr-Anna-Leisner-Egensperger-_Impfstrategie-data.pdf (17.2.2021), S. 3 ff. Siehe des Weiteren *dies.*, NJW 2021, S. 202 (205 f.).

²⁰ So ausdrücklich die Stellungnahmen zum Entwurf eines Coronavirus-Impfgesetzes von *A. Kießling* (Fn. 19), S. 4, 7, und von *A. Leisner-Egensperger* (Fn. 19), S. 11 ff. – nicht ausdrücklich thematisiert bei *T. Kingreen* (Fn. 19). Zu den Optionen und gegen eine parlamentsgesetzliche Vollregelung ferner *A. Leisner-Egensperger*, NJW 2021, S. 202 (206 ff.); ebenso *D. Wolff*, DVBl. 2020, S. 1379 (1381).

²¹ VG Berlin, Beschl. v. 29.1.2021, VG 14 L 33/21, BeckRS 2021, 877, Rn. 31; VG Dresden, Beschl. v. 29.1.2021, 6 L 42/21, BeckRS 2021, 859, Rn. 21; VG Frankfurt a. M., Beschl. v. 29.1.2021, 5 L 182/21.F, juris, Rn. 13; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 11.1.2021, 20 L 1812/20, BeckRS 2021, 58, Rn. 39; VG Hannover, Beschl. v. 25.1.2021, 15 B 269/21, BeckRS 2021, 627, Rn. 19; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 2.2.2021, L 5 SV 1/21 B ER, BeckRS 2021, 888, Rn. 15.

²² VG Dresden, Beschl. v. 29.1.2021, 6 L 42/21, BeckRS 2021, 859, Rn. 21.

²³ VG Berlin, Beschl. v. 29.1.2021, VG 14 L 33/21, BeckRS 2021, 877, Rn. 32 ff.: „Im Übrigen hat der Gesetzgeber in § 20i Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Buchst. a Var. 1 SGB V die Kriterien für die Bestimmung eines möglichen Impfanspruchs selbst hinreichend vorgezeichnet, indem er etwa Personen, die aufgrund ihres Alters oder Gesundheitszustandes ein signifikant erhöhtes Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf haben, als Regelbeispiele benannt hat. Die konkrete Ausgestaltung nach Altersgruppen und eine Kategorisierung einzelner Vorerkrankungen können auf dieser Grundlage durch das sachnahe und fachkundige Bundesministerium für Gesundheit erfolgen, ohne dass es hierfür einer gesetzgeberischen Leitlinienentscheidung bedürfte“ (Rn. 34).

3. Schutz von Personen, mit besonders hohem Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf,
4. Schutz von Personen mit besonders hohem tätigkeitsbedingtem Infektionsrisiko,
5. Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen, von Kritischen Infrastrukturen, von zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge und des öffentlichen Lebens.

²Die Empfehlungen der Ständigen Impfkommission zur Durchführung von Schutzimpfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 und die auf Grund des § 20i Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 Buchstabe a und Nummer 2 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch sowie § 5 Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 Buchstabe c und f erlassenen Rechtsverordnungen haben die in Satz 1 genannten Impfziele im Fall von beschränkter Verfügbarkeit von Impfstoffen bei notwendigen Priorisierungen zu berücksichtigen.“

Nach der Entwurfsbegründung „verstärkt der Gesetzgeber [damit] insbesondere den Rahmen für Priorisierungsentscheidungen auf Grundlage der Rechtsverordnung nach § 20i Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 Buchstabe a und Nummer 2 SGB V.“²⁴ Des Weiteren heißt es: „Der Festlegung dieser Ziele [i]legt eine sorgfältige Abwägung der betroffenen Individualrechtsgüte[r] sowie der Belange des Schutzes der öffentlichen Gesundheit und des Allgemeinwohls zugrunde.“²⁵

§ 20i Abs. 3 SGB V, die Verordnungsermächtigung hinsichtlich des Anspruchs auf eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, wird überdies um eine explizite Priorisierungsermächtigung ergänzt (Art. 3 Nr. 1 lit. b Entwurf). Die einzufügenden Sätze 4 und 5 lauten:

⁴Sofern in der Rechtsverordnung nach Satz 2 Nummer 1 Buchstabe a und Nummer 2 ein Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 festgelegt wird, kann zugleich im Fall beschränkter Verfügbarkeit von Impfstoffen eine Priorisierung der Anspruchsberechtigten nach Personengruppen festgelegt werden; die in § 20 Absatz 2a Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes genannten Impfziele sind dabei zu berücksichtigen. ⁵Als Priorisierungskriterien kommen insbesondere das Alter der Anspruchsberechtigten, ihr Gesundheitszustand, ihr tätigkeitsbedingtes SARS-CoV-2-Expositionsrisiko sowie ihre Systemrelevanz in zentralen staatlichen Funktionen, Kritischen Infrastrukturen oder zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge in Betracht.

²⁴ Begründung, S. 2.

²⁵ Begründung, S. 17.

Des Weiteren wird die Formulierung des § 20i Abs. 3 Satz 2 SGB V an diejenige des § 20i Abs. 3 Satz 5 SGB V-E sowie § 20 Abs. 2a Satz 1 Nr. 5 IfSG-E angeglichen, indem die Wendung „wenn sie in zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge und für die Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen“ durch die Formulierung „wenn sie zur Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen, Kritischer Infrastrukturen oder zentraler Bereiche der Daseinsvorsorge“ ersetzt wird (Art. 3 Nr. 1 lit. a Entwurf).

Die Entwurfsbegründung bekräftigt die Priorisierungsbefugnis und begründet zugleich die Notwendigkeit, dem Verordnungsgeber die Detailregelung der Priorisierung vorzubehalten:

Für eine Priorisierung durch den Verordnungsgeber spricht insbesondere auch die Notwendigkeit flexibler Regelungen. Durch die Verordnungsermächtigung in § 20i Absatz 3 SGB V war es dem BMG möglich, schnell auf die Zulassung des ersten Corona-Impfstoffes Ende letzten Jahres zu reagieren und einen geordneten Impfstart für die besonders gefährdeten Personengruppen zu ermöglichen. Zugleich können auf diese Weise sich fortentwickelnde wissenschaftlich[e] Empfehlungen der Ständigen Impfkommision beim Robert Koch-Institut (STIKO) zur Impfung gegen COVID-19 kurzfristig berücksichtigt werden. Erst mit Veröffentlichung der STIKO-Empfehlung Mitte Dezember haben sich ausreichende Anhaltspunkte für die nähere Spezifizierung der vom Gesetzgeber bereits getroffenen Grundentscheidung ergeben, die sofort umgesetzt wurden. Sobald weitere Impfstoffe und/oder größere Impfkapazitäten eine Erweiterung des bereits jetzt impfberechtigten Personenkreises möglich machen, kann dies kurzfristig erfolgen.²⁶

3. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive

Für den Fall eines Gesundheitsnotstands existieren keine grundgesetzlichen Sonderbefugnisse (a). Vielmehr gelten die generellen Anforderungen, die die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive grundsätzlich ermöglichen, zugleich aber begrenzen (b). Für Verteilungsverfahren hat die Rechtsprechung diese Anforderungen konkretisiert (c).

²⁶ Begründung, S. 18.

a) *Keine grundgesetzlichen Sonderverordnungsbefugnisse im Falle eines Gesundheitsnotstands*

Das Grundgesetz kennt keine Notstandsklauseln, die für den Fall eines Gesundheitsnotstands, etwa bei Pandemien, besondere Verordnungsbefugnisse für die Exekutive vorsehen oder Abweichungen von den Vorgaben für das Gesetzgebungsverfahren einschließlich der Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Exekutive gestatten. Derartige Krisen sind vielmehr im Rahmen der allgemeinen Verfassungsordnung zu bewältigen.²⁷

b) *Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Exekutive unter dem Grundgesetz*

aa) Allgemeines

Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG sieht die Möglichkeit vor, die Bundesregierung, einen Bundesminister oder die Landesregierungen durch Gesetz zu ermächtigen, Rechtsverordnungen zu erlassen. Diese Delegationsbefugnis verfolgt mit *Hartmut Bauer* eine „**Entlastungs- und Flexibilitätswahrungsfunktion**“, mithin das Ziel,

den parlamentarischen Gesetzgeber von Detailarbeit [zu] entlasten, ihm dadurch die Möglichkeit [zu] eröffnen, sich auf die wirklich wichtigen grundlegenden Vorhaben zu konzentrieren, und ohne zeitraubendes Gesetzgebungsverfahren eine beschleunigte, kurzfristige Anpassung des Rechts an sich ändernde Verhältnisse [zu] ermöglichen.²⁸

Gleichzeitig **begrenzt das Grundgesetz diese Möglichkeit einer Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen** und sichert namentlich eine enge Bindung des Verordnungs- an den parlamentarischen Gesetzgeber, indem es nach Satz 2 dieser Bestimmung verlangt, dass „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden“. In den Worten des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Zensus vom 19.9.2018

verwehrt das Grundgesetz dem Parlament – in bewusster Abkehr von der Weimarer Staatspraxis –, sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft zu entäußern (...). Wenn das Parlament die Exekutive zum Verordnungserlass ermächtigt, soll es die Grenzen der übertragenen Kompetenzen bedenken und diese nach Tendenz und Programm so genau umreißen, dass schon aus der Ermächtigung selbst erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll (...). Das Parlament darf

²⁷ Dies betonend *J. Kersten*, ZRP 2020, S. 65: „Covid-19 – Kein Ausnahmezustand!“.

²⁸ *H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 12.

sich nicht durch eine Blankoermächtigung an die Exekutive seiner Verantwortung für die Gesetzgebung entledigen und damit selbst entmachten. Es muss – entsprechend dem Grundsatz der Gewaltenteilung – stets Herr der Gesetzgebung bleiben (...). Indem Art. 80 GG die Rückbindung exekutiver Rechtsetzung an die Legislative sichert, stellt er sich als bereichsspezifische Konkretisierung des Rechtsstaats-, Gewaltenteilungs- (...) und Demokratieprinzips dar.²⁹

bb) Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG

Die **Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG** hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung **konkretisiert**. Zusammenfassend führt das Urteil zum Zensus vom 19.9.2018 aus:

Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Diese Begriffe lassen sich nicht strikt voneinander abgrenzen; ihre Gehalte überschneiden sich und sind insgesamt durch eine gewisse Wertungsoffenheit geprägt. Inhalt, Zweck und Ausmaß einer konkreten Ermächtigungsnorm ergänzen, durchdringen und erläutern einander und ergeben erst auf diese Weise den vollen Sinngehalt der Norm (...). Sie sind daher nicht als isoliert nachprüfbar Anforderungen zu verstehen, sondern in ihrer Gesamtheit als Gebot hinreichender Bestimmtheit (...).³⁰

Dieses Gebot hinreichender Bestimmtheit i.S.d. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht in **drei Aspekte** aufgespalten, um zu „gewährleisten, dass der parlamentarische Gesetzgeber durch die Ermächtigung selbst entscheidet, welche Fragen durch Rechtsverordnung geregelt werden können oder sollen“:

Erstens impliziert der **Selbstentscheidungsvorbehalt**, „dass der parlamentarische Gesetzgeber durch die Ermächtigung selbst entscheidet, welche Fragen durch Rechtsverordnung geregelt werden können oder sollen. Dazu muss er die Grenzen einer solchen Regelung festlegen und angeben, welchem Ziel sie dienen soll“.³¹

²⁹ BVerfGE 150, 1 (99 f.).

³⁰ BVerfGE 150, 1 (100).

³¹ BVerfGE 150, 1 (101).

Zweitens trifft den Gesetzgeber eine **Programmfestsetzungspflicht**: Er „muss der ermächtigten Stelle darüber hinaus ein ‚Programm‘ an die Hand geben, das mit der Ermächtigung verwirklicht werden soll“.³²

Drittens soll nach dem **Vorhersehbarkeitsgebot** „bereits aufgrund der Ermächtigung vorhersehbar sein, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können, so dass sich die Normunterworfenen mit ihrem Verhalten darauf einstellen können“.³³ Mit anderen Worten „darf“ die „Ermächtigung (...) nicht so unbestimmt sein, dass nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können“.³⁴

Diese **Anforderungen** sind freilich **nicht im Sinne einer maximalen Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm misszuverstehen**:

Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt dagegen nicht, dass die Ermächtigung in ihrem Wortlaut so genau wie nur irgend möglich gefasst ist. Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung müssen auch nicht ausdrücklich im Gesetzestext bestimmt sein; sie müssen jedoch durch Auslegung des ermächtigenden Gesetzes zu ermitteln sein (...). Das Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit gesetzlicher Ermächtigungen verwehrt es dem Gesetzgeber daher nicht, in der Ermächtigungsnorm Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden (...). Vielmehr genügt es, dass sich die gesetzlichen Vorgaben mit Hilfe allgemeiner Auslegungsregeln erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Vorgeschichte des (gesamten) Gesetzes (...). Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verbietet es daher nicht, dass zur näheren Bestimmung einer Verordnungsermächtigung auch Rechtsakte außerhalb der Ermächtigung herangezogen werden, einschließlich der Bestimmungen anderer Normgeber. Inhalt, Zweck und Ausmaß einer gesetzlichen Ermächtigung können daher auch anhand von Rechtsakten außerhalb der eigentlichen Verordnungsermächtigung, insbesondere mit Hilfe von Verweisungen oder Bezugnahmen bestimmt werden (...).³⁵

³² BVerfGE 150, 1 (101).

³³ BVerfGE 150, 1 (101).

³⁴ BVerfGE 139, 19 (47).

³⁵ BVerfGE 150, 1 (101 f.).

Des Weiteren lassen sich die **Anforderungen** an den Grad der Bestimmtheit nicht abstrakt, sondern **nur einzelfallbezogen bestimmen**.³⁶ So hängt mit dem Bundesverfassungsgericht

[d]as im konkreten Fall erforderliche Maß an Bestimmtheit (...) von der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts ab, insbesondere davon, in welchem Umfang dieser einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist (...). Ist dies nicht der Fall, so kann es geboten sein, die nähere Ausgestaltung des zu regelnden Sachbereichs dem Verordnungsgeber zu überlassen, der die Regelungen rascher und einfacher auf dem neuesten Stand zu halten vermag als der Gesetzgeber (...). Bei vielgestaltigen, komplexen Lebenssachverhalten oder absehbaren Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse sind etwa geringere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen als bei einfach gelagerten und klar vorhersehbaren Lebenssachverhalten. Dies ermöglicht sachgerechte, situationsbezogene Lösungen bei der Abgrenzung von Befugnissen des Gesetzgebers und der Exekutive.³⁷

Die Bestimmtheitsanforderungen richten sich schließlich und nicht zuletzt nach der **Grundrechtsrelevanz**:

Die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm muss der Grundrechtsrelevanz der Regelung entsprechen, zu der ermächtigt wird: Je erheblicher diese in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift, desto höhere Anforderungen müssen an den Bestimmtheitsgrad der Ermächtigung gestellt werden.³⁸

cc) Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit

Unabhängig von der Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen gilt ein **Parlamentsvorbehalt qua Wesentlichkeit**, der den parlamentarischen Gesetzgeber verpflichtet, „in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“, was insbesondere, aber nicht nur bei „für die Verwirklichung der Grundrechte“ wesentlichen Fragen

³⁶ *H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80, Rn. 35.

³⁷ BVerfGE 150, 1 (102).

³⁸ BVerfGE 139, 19 (47).

gilt.³⁹ Dieser Parlamentsvorbehalt greift nicht nur im Kontext von abwehrrechtlich zu verarbeitenden Grundrechtseingriffen, sondern auch für die – hier infrage stehenden – weiteren Grundrechtsdimensionen, namentlich für die Teilhabedimension.⁴⁰

Hinter dem Parlamentsvorbehalt stehen **wichtige demokratische und rechtsstaatliche Anliegen**: Entscheidungen von besonderer Tragweite sollen nämlich in einem bestimmten Verfahren, dem Verfahren der parlamentarischen Gesetzgebung, zustande kommen, das

- „der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten“,
- „die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären“,
- „sich durch Transparenz auszeichnet“ und
- „die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet“.⁴¹

Nach dem bereits zitierten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Zensus vom 19.9.2018 decken sich die Anforderungen des Parlamentsvorbehalts mit den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG für den Verordnungserlass:

Eine wesentliche Entscheidung setzt eine hinreichende Regelungsdichte und in der Regel eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Ermächtigung voraus, so dass sich die Anforderungen von Wesentlichkeitsdoktrin und Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG insoweit decken dürften (...). Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gilt allerdings auch für Entscheidungen, die nicht unter die Wesentlichkeitsdoktrin fallen.⁴²

Mit Blick auf den **Wesentlichkeitsvorbehalt** hat das Bundesverfassungsgericht schließlich – ähnlich wie für Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG – herausgearbeitet:

Das Grundgesetz kennt allerdings keinen Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts (...). Die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG normierte organisatorische und funktionelle Trennung und Gliederung der Gewalten zielt auch darauf ab, dass

³⁹ BVerfGE 150, 1 (96 ff.).

⁴⁰ BVerfGE 33, 303 (337, 345 f.) – ohne explizite Bezugnahme auf die Wesentlichkeitslehre; E 49, 89 (126 f.); E 147, 253 (309 f.); *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 97.

⁴¹ BVerfGE 150, 1 (96 f.). Siehe ferner E 85, 386 (403 f.); E 95, 267 (307 f.); E 120, 378 (408); E 139, 19 (46); VerfGH des Saarlandes, NVwZ 2020, S. 1513 (1518); *U. Volkmann*, NJW 2020, S. 3153 (3158 f.).

⁴² BVerfGE 150, 1 (100).

staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen. Vor diesem Hintergrund kann auch die Komplexität der zu regelnden Sachverhalte den Umfang der Regelungspflicht des Gesetzgebers begrenzen.⁴³

c) *Konkretisierung für Verteilungsverfahren*

Für Verteilungskonstellationen ist generell zu fordern, wie andernorts näher herausgearbeitet, dass der Gesetzgeber „jedenfalls in Grundzügen Art und Gewichtung der heranzuziehenden Verteilungskriterien sowie das Auswahlverfahren“ regelt, wobei die erforderliche Regelungsdichte einzelfallabhängig zu bestimmen ist.⁴⁴

Blickt man in die Kasuistik, so hat das Bundesverfassungsgericht die Vergabe von Studienplätzen vor dem Hintergrund des aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Teilhaberechts als grundrechtswesentlich qualifiziert und den Gesetzgeber für verpflichtet erachtet, „die für die Vergabe von Studienplätzen in zulassungsbeschränkten Studiengängen wesentlichen Fragen selbst [zu] regeln.“⁴⁵ Hieraus folgt nach der jüngsten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.12.2017, dass angesichts „der vorentscheidenden Bedeutung der Auswahlgrundlagen für die Verwirklichung der Studienwahlentscheidung und deren Auswirkungen auf die Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit der Studienplatzbewerber (...) die Auswahlkriterien ihrer Art nach durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber selbst bestimmt werden“ müssen.⁴⁶ Dies schließt indes weder die – vor dem Hintergrund des Art. 5 Abs. 3 GG zu sehende – Befugnis der Hochschulen aus, „Kriterien aus einem durch formelles Gesetz festgelegten Katalog auszuwählen, der diese der Art nach bereits hinreichend bestimmt“, noch „gewisse Spielräume für die Konkretisierung der gesetzlich der Art nach festgelegten Kriterien“.⁴⁷ Es fällt auf, dass diese jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Studienplatzvergabe, anders als die grundlegende Entscheidung vom 18.7.1972, den Gesetzesvorbehalt nicht mehr explizit auf das Rangverhältnis bezieht.⁴⁸ In der früheren Entscheidung hieß

⁴³ BVerfGE 150, 1 (99); ferner E 139, 19 (46); *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 98.

⁴⁴ *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 98.

⁴⁵ BVerfGE 147, 253 (310); grundlegend bereits E 33, 303 (337, 345 f.).

⁴⁶ BVerfGE 147, 253 (310; ferner 321 f.).

⁴⁷ BVerfGE 147, 253 (310 f.; ferner 321 f.).

⁴⁸ Offen auch BVerfGE 147, 253 (LS 3): „Der Gesetzgeber muss die für die Vergabe von knappen Studienplätzen im Studienfach Humanmedizin wesentlichen Fragen selbst regeln. Insbesondere muss er die Auswahlkriterien der Art nach selbst festlegen. Er darf den Hochschulen allerdings gewisse Spielräume für die Konkretisierung dieser Auswahlkriterien

es noch: „Formellrechtlich ist es wegen der einschneidenden Bedeutung der Auswahlregelung Sache des verantwortlichen Gesetzgebers, auch im Falle einer Delegation seiner Regelungsbezugnis zumindest die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander selbst festzulegen.“⁴⁹ Auch für die Vergabe von Notarstellen hat das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber (lediglich) gefordert, „grundsätzlich zu regeln, welche Gesichtspunkte für die Auswahl der Bewerber ausschlaggebend sein sollen“,⁵⁰ ebenso wie für die Vergabe von Spielbankkonzessionen⁵¹. In der zuletzt genannten Entscheidung hat es überdies auf die Möglichkeit verwiesen, bei Wahrung des Bestimmtheitsgebots des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG „die abschließende Festlegung der Auswahlmaßstäbe dem Ordnungsgeber vor[zurück]behalten“,⁵² was sich nach dem Bundesverwaltungsgericht gerade in dynamischen Sachverhalten anbieten mag⁵³.

Anerkennung gefunden hat auch das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung der für die Gewährleistung einer kriterienkonformen Verteilungsentscheidung wesentlichen Verfahrensanforderungen: „Im Bereich grundrechtlicher Teilhabeansprüche – gerade in Konkurrenzsituationen – erfordert die Verwirklichung des materiellen Grundrechtsgehalts eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung, denn sie kann Einfluss auf das Ergebnis der Auswahlentscheidung haben (...). Einer chancenoffenen Gestaltung bedürfen somit nicht nur die materiellen Auswahlmaßstäbe, sondern auch das Zulassungsverfahren selbst. Dazu gehört eine hinreichende Verfahrenstransparenz“.⁵⁴

4. Verfassungsrechtliche Bewertung

Nach einer Skizze des Rahmens der verfassungsrechtlichen Bewertung (a) sei die Verfassungskonformität der Verordnungsermächtigung analysiert (b). Ein rechtsvergleichender Exkurs widmet sich der Rechtslage in Österreich und der Schweiz (c).

einräumen.“ Dies nicht erörternd *T. Kingreen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Coronavirus-Impfgesetzes (Fn. 19), S. 5.

⁴⁹ BVerfGE 33, 303 (345 f.). Ebenso im Kontext der Vergabe von Güterfernverkehrsgenehmigungen BVerwGE 51, 235 (242).

⁵⁰ BVerfGE 73, 280 (295 f.).

⁵¹ BVerfGE 102, 197 (223). Siehe ferner E 82, 209 (224 ff.); E 86, 28 (41).

⁵² BVerfGE 102, 197 (223).

⁵³ BVerwGE 51, 235 (242).

⁵⁴ BVerfGE 147, 253 (309); E 73, 280 (296); E 82, 209 (227); E 86, 28 (41); BVerwGE 51, 235 (238 ff.); *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 98 – zur Verfahrensdimension S. 38 ff., 71, 82 ff.

a) *Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung*

Maßgeblich für den parlamentsgesetzlichen Regelungsbedarf ist nach den skizzierten Anforderungen namentlich die **Intensität der Grundrechtsbetroffenheit**.⁵⁵ Diese ist hoch anzusetzen.⁵⁶ So handelt es sich angesichts der allgemeinen Betroffenheit durch das Corona-Virus und der zu erwartenden Nachfrage nach einer Schutzimpfung um eine Regelung, die einen Großteil der Bevölkerung betrifft, und damit um eine Grundrechtsbetroffenheit von erheblicher Breite. Überdies handelt es sich auch um eine Grundrechtsbetroffenheit von erheblicher Tiefe, ist der Impfschutz doch sowohl für Leben und Gesundheit und damit für Schutzgüter von höchstem Verfassungsrang (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)⁵⁷ relevant als auch – vor dem Hintergrund der Debatte um die Behandlung Geimpfter, die hier nicht vertieft werden soll – für die Ausübung individueller, durch die Maßnahmen der Pandemiebekämpfung empfindlich beschnittener Freiheiten. Hinzu kommt die staatliche Monopolstellung bei der Impfstoffverteilung aufgrund der aktuellen Organisation der Beschaffung.⁵⁸ Infrage steht damit nicht nur eine am allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu messende Verteilungsentscheidung, sondern ein (auch) freiheitsrechtlich fundiertes Teilhaberecht an verfügbaren Impfstoffen (Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG).⁵⁹

Demgegenüber ist freilich auch zu berücksichtigen, dass die **Bestimmtheitsanforderungen zwei Umstände reduzieren**. Erstens sind die Verordnungsbefugnisse mit dem Erfordernis einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 5 Abs. 1 IfSG), der Beschränkung auf die Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 (§ 20 Abs. 2a IfSG-E, § 20i Abs. 3 SGB V-E) und der zu erwartenden steigenden Impfstoffverfügbarkeit sachlich und zeitlich begrenzt, was die Regelungsintensität mindert.⁶⁰ Zweitens und vor allem liegt ein vielgestaltiger und komplexer Lebenssachverhalt vor, bei dem rasche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse absehbar

⁵⁵ Allgemein für Verteilungskonstellationen *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 97 f.; ferner *U. Volkmann*, NJW 2020, S. 3153 (3158).

⁵⁶ Siehe auch *A. Leisner-Egensperger*, NJW 2021, S. 202 (203 f.); *S. Rixen*, Impfschutzrecht, in: *S. Huster/T. Kingreen* (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, 5. Kap., Rn. 16.

⁵⁷ BVerfGE 39, 1 (42): „Das menschliche Leben stellt, wie nicht näher begründet werden muß, innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar; es ist die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte“; ferner E 115, 25 (45); E 153, 182 (270).

⁵⁸ Zur Relevanz dieses Aspekts *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 97 f.

⁵⁹ Grundlegend zum (derivativen) Teilhaberecht *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 69 ff.; *ders.*, in: *H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 178 ff. Für dessen Einschlägigkeit in der vorliegenden Konstellation nur *D. Wolff*, DVBl. 2020, S. 1379 (1382).

⁶⁰ Siehe auch *A. Leisner-Egensperger*, NJW 2021, S. 202 (205).

sind.⁶¹ Dynamik resultiert zunächst aus Unsicherheiten hinsichtlich der verfügbaren Impfstoffmenge, was für das Ausmaß der Knappheitsproblematik und die Bildung von Untergruppen (Priorisierungsstufen) relevant ist; Selbiges gilt für die Nachfrage. Dynamik resultiert ferner aus Unsicherheiten hinsichtlich der verfügbaren konkreten Impfstoffe, deren Eigenschaften und Nebenwirkungen wiederum die Eignung zur Verwendung bei bestimmten Personengruppen determinieren; überdies hat das impfstoffabhängige Erfordernis einer Folgeimpfung und ihre – Unsicherheiten unterliegende – Terminierung Auswirkungen auf die verfügbare Impfstoffmenge. Des Weiteren können neue Erkenntnisse hinsichtlich des Risikos eines schweren oder tödlichen Krankheitsverlaufs nach einer Coronavirus-Infektion eine Modifikation der Priorisierung fordern. Auch dynamische Entwicklungen im Infektionsgeschehen, auch aufgrund von Mutationen, können eine rasche Nachjustierung fordern, so bei besonderer sektorieller Betroffenheit, etwa im Gesundheitswesen. Auch die von der Exekutive zu verabschiedenden Pandemiebekämpfungsmaßnahmen können Nachjustierungen im Bereich der Impfpriorisierung nach sich ziehen, etwa die Öffnung von Schulen und Kindertagesbetreuungseinrichtungen eine Priorisierung des dort tätigen Personals.

Vor diesem Hintergrund sind die Vorgaben der Verordnungsermächtigung auf ihre hinreichende Bestimmtheit hin zu würdigen.

b) Verfassungsrechtliche Bewertung der Neuregelung

Der Gesetzentwurf regelt für die aufgrund der aktuellen Impfstoffknappheit erforderliche Priorisierung der Coronavirus SARS-CoV-2-Schutzimpfung wesentliche Aspekte. So sieht § 20i Abs. 3 SGB Satz 4 V-E zunächst eine explizite Befugnis zu einer Priorisierungsregelung vor, sollten Impfstoffe nur beschränkt zur Verfügung stehen. Des Weiteren definiert § 20i Abs. 3 Satz 5 SGB V-E Priorisierungskriterien – Alter, Gesundheitszustand, tätigkeitsbedingtes Expositionsrisiko sowie Systemrelevanz in zentralen staatlichen Funktionen, Kritischen Infrastrukturen oder zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge. Schließlich legt § 20a Abs. 2a Satz 1 IfSG-

⁶¹ Siehe dazu und zum Folgenden im hiesigen Kontext *A. Kießling*, Stellungnahme zum Entwurf eines Coronavirus-Impfgesetzes (Fn. 19), S. 3; *A. Klafki*, Verteilungsfragen im regulativen Umgang mit Risiken und Katastrophen am Beispiel der Impfmittelvergabe in Pandemien, in: H. Pünder (Hrsg.), Risiko und Katastrophe als Herausforderung für die Verwaltung, 2016, S. 105 (118 f.); *A. Leisner-Egensperger*, Stellungnahme zum Entwurf eines Coronavirus-Impfgesetzes (Fn. 19), S. 11 ff.; *dies.*, NJW 2021, S. 202 (204). Vgl. mit Blick auf Maßnahmen der Pandemiebekämpfung OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2020, OVG 11 S 101/20, juris, Rn. 31; OVG Münster, Beschl. v. 18.8.2020, 13 B 847/20.NE, juris, Rn. 83; OVG Weimar, Beschl. v. 3.7.2020, 3 EN 391/20, juris, Rn. 39; *L. Brocker*, NVwZ 2020, S. 1485 (1486). Aspekte „der Flexibilität und Normierungsfähigkeit (...) dagegen eher [für] von untergeordneter Bedeutung“ erachtend *J. Taupitz*, MedR 2020, S. 440 (442).

E Impfziele⁶² fest, deren Maßgeblichkeit für die Priorisierungsentscheidung § 20a Abs. 2a Satz 2 IfSG-E und § 20i Abs. 3 Satz 4 2. HS SGB V-E anordnen. Diese zu berücksichtigenden Ziele sind (1.) die Reduktion schwerer oder tödlicher Krankheitsverläufe, (2.) die Unterbindung einer Transmission des Coronavirus SARS-CoV-2, (3.) der Schutz von Personen mit besonders hohem Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf, (4.) der Schutz von Personen mit besonders hohem tätigkeitsbedingtem Infektionsrisiko und (5.) die Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen, von Kritischen Infrastrukturen, von zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge und des öffentlichen Lebens.

Priorisierungskriterien und Impfziele geben dem Ordnungsgeber zunächst vor, aufgrund welcher Merkmale Personen prioritär zu impfen sind, etwa wenn ein bestimmtes Alter oder ein bestimmter Gesundheitszustand (Priorisierungskriterien) ein Risiko für schwere oder tödliche Krankheitsverläufe (Impfziel) nach sich ziehen. Überdies ermöglichen sie eine Binnendifferenzierung: So implizieren die Kriterien Alter und Gesundheitszustand, bezogen auf das Ziel einer Reduktion schwerer oder tödlicher Krankheitsverläufe, eine (kriteriumsinnimmanente) gestufte Priorisierung nach alters- und gesundheitszustandsbedingtem Risiko; auch entsprechende Anxepriorisierungen wären hiervon gedeckt, namentlich von Personen, die entsprechend gefährdete Personen betreuen, behandeln oder pflegen. Ebenso impliziert das Kriterium tätigkeitsbedingtes SARS-CoV-2-Expositionsrisiko, bezogen auf das Ziel, Personen mit besonders hohem tätigkeitsbedingtem Infektionsrisiko zu schützen, Abstufungen nach dessen Ausmaß. Auch das Kriterium der Systemrelevanz ist Abstufungen zugänglich.

Damit ist der vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 19.12.2017 erhobene Forderung, dass „die Auswahlkriterien ihrer Art nach durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber selbst bestimmt werden“⁶³ müssen, Rechnung getragen, ebenso wie der im Schrift-

⁶² Impfziele sind mit *D. Wolff*, DVBl. 2020, S. 1379 (1381), „die Erwägungen, an denen sich die Verteilungskriterien ausrichten“. Sie geben – so *A. Klafki*, Verteilungsfragen im regulativen Umgang mit Risiken und Katastrophen am Beispiel der Impfmittelvergabe in Pandemien, in: H. Pünder (Hrsg.), Risiko und Katastrophe als Herausforderung für die Verwaltung, 2016, S. 105 (120) – „die wertungsbezogene Grundentscheidung“ vor, „wie etwa primär die Reduktion der Gesamtmortalität und sekundär die Reduktion der individuellen Krankheitslast“. Siehe ferner *A. Kießling*, Stellungnahme zum Entwurf eines Coronavirus-Impfgesetzes (Fn. 19), S. 3 f.

⁶³ BVerfGE 147, 253 (310; ferner 321 f.).

tum für geboten, aber auch ausreichend erachteten Festlegung der Verteilungskriterien und Verteilungsziele.⁶⁴ Gleichzeitig berücksichtigt der Gesetzentwurf durch den Verzicht auf eine Vollregelung und die Delegation der Konkretisierung an den Ordnungsgeber die skizzierte Dynamik des Lebenssachverhalts.

Fraglich erscheint, ob darüber hinaus die **Festlegung eines Rangverhältnisses** zwischen den unterschiedlichen Kriterien notwendig ist, wie es das Bundesverfassungsgericht noch in seiner älteren Entscheidung zur Studienplatzvergabe vom 18.7.1972 – nicht mehr aber in seiner jüngsten Entscheidung vom 19.12.2017 – gefordert hat⁶⁵ und wie es auch einzelne Stimmen im Schrifttum für die Impfpriorisierung anmahnen⁶⁶, und bejahendenfalls in welcher Schärfe. Insofern sind nur, aber auch immerhin grobe Vorgaben im Gesetzentwurf angelegt. So impliziert die Vorgabe gleichrangiger Ziele, dass kein Ziel unberücksichtigt bleiben darf, vielmehr alle Ziele bei der Festlegung der Priorisierungsgruppen zu berücksichtigen sind. Unzulässig wäre es demnach, einen generellen und schematischen Vorrang einzelner Ziele und damit korrelierender Kriterien vorzusehen.

Freilich verbleiben aufgrund von Ziel- und Kriterienkonflikten **Spielräume**, die indes namentlich **aufgrund der Dynamik des vielgestaltigen und komplexen Sachverhalts gerechtfertigt** werden können (siehe oben, V.4.a); hierin liegt auch ein entscheidender Unterschied zur Vergabe von Studienplätzen, die überdies ein seit Jahrzehnten diskutiertes und in der Rechtspraxis entfaltetes Verteilungsregime darstellt⁶⁷.

Der **Gesetzentwurf verzichtet**, wie der Wortlaut „insbesondere“ (§ 20 Abs. 2a Satz 5 SGB V-E) erhellt, **auf eine abschließende Festlegung der Verteilungskriterien**. Damit ist dem Ordnungsgeber kein den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG und der

⁶⁴ A. *Kießling*, Stellungnahme zum Entwurf eines Coronavirus-Impfgesetzes (Fn. 19), S. 3 f., 7; A. *Klafki*, Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 12.11.2020, Ausschussdrucksache 19(14)246(9), abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/805568/07051b199add717e04d7cca843c3de48/19_14_0246-9_ESV-prof-Dr-Klafki-3-BevSchG-data.pdf (17.2.2021), S. 10; D. *Wolff*, DVBl. 2020, S. 1379 (1381). Offener („zumindest die wesentlichen Kriterien für die Verteilung“) Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung für die Priorisierung bestimmter Bevölkerungsgruppen bei der Verteilung eines Impfstoffs gegen COVID-19, Ausarbeitung WD 3-3000-271/20, S. 12.

⁶⁵ BVerfGE 33, 303 (345 f.).

⁶⁶ T. *Kingreen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Coronavirus-Impfgesetzes (Fn. 19), S. 8, 12. Vgl. auch T. H. *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 182 ff. (allgemein auch S. 147 ff.): Gesetzliche Regelung der fixen Parameter wie unbedingter Vorrang des Gesundheitspersonals, Delegation nur hinsichtlich variabler Faktoren wie Risikogruppen. Nicht erwähnt demgegenüber bei A. *Klafki*, Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Bevölkerungsschutzgesetzes (Fn. 64), S. 10.

⁶⁷ Siehe hierzu F. *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 354 ff.

Wesentlichkeitslehre widersprechendes freies „Kriterienerfindungsrecht“⁶⁸ eingeräumt, vielmehr erfordert der dynamische Lebenssachverhalt eine gewisse Offenheit, wobei die vorgegebenen Impfziele (und auch das Gebot einer restriktiven Auslegung) den Regelungsspielraum einhegen. Hierauf lässt sich etwa (flankierend) die Priorisierung von engen Kontaktpersonen stützen. Kritischer wäre demgegenüber eine nicht abschließende Zielvorgabe zu sehen, die § 20 Abs. 2a Satz 2 IfSG-E und § 20i Abs. 3 Satz 4 SGB V-E indes nicht vorsehen (anders § 20 Abs. 2a Satz 1 IfSG-E für die STIKO, dazu noch V.5.). Es empfiehlt sich, die Zielbindung durch das Gebot eines Ausrichtens der Priorisierungskriterien an den Zielen zu verdeutlichen.

Unbeschadet verfassungsrechtlicher Grenzen sollte der **Gesetzgeber** prüfen, ob die parlamentarische Steuerung und demokratische Legitimation der Priorisierungsentscheidung weiter zu erhöhen (und damit das Risiko einer verfassungsrechtlichen Beanstandung zu reduzieren) ist, namentlich indem der **Gesetzgeber** eine **Stufenregelung vorgibt**, wie sie aktuell §§ 1 ff. Coronavirus-Impfverordnung vorsehen, ein Modell, das als Verordnungsermächtigung freilich zu abstrahieren wäre.⁶⁹ Dies ist freilich mit einem Verlust an Flexibilität abzuwägen. Auch können – wiederum mit Blick auf das Flexibilisierungsanliegen abzuwägende – Mitwirkungsrechte beim Verordnungserlass erwogen werden bis hin zu einem Zustimmungsvorbehalt.

Mit Blick auf das **Verfahren der Impfstoffverteilung** sei schließlich auf das aus der prozeduralen Dimension des Teilhabeanspruchs folgende Gebot einer Verfahrensgestaltung verwiesen, die eine teilhaberechtskonforme Verteilung sichert; der Gesetzesvorbehalt erstreckt sich auch auf diese Verfahrensdimension der Grundrechte.⁷⁰ Daraufhin ist die Impfstoffverteilung zu analysieren.⁷¹ Ab einer gewissen Erheblichkeitsschwelle ist etwa durch Mechanismen wie Telefon- oder Wartelisten auf eine der Priorisierung widersprechende Verwertung von Impfstoffresten zu reagieren, wobei das Ausmaß der Problematik auch über den Regelungsstandort

⁶⁸ BVerfGE 147, 253 (310).

⁶⁹ Vgl. dazu den Vorschlag von *T. Kingreen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 22.1.2021, Ausschussdrucksache 19(14)288(3), abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/822802/ed28340b1f421af2b87a08e79e406d30/19_14_0288-3-_ESV_Kingreen_EpiLage-Fortgeltungsgesetz_Bevoelkerungsschutzgesetz-data.pdf (20.2.2021), S. 10 f.

⁷⁰ BVerfGE 73, 280 (296); E 82, 209 (227); E 86, 28 (41); E 147, 253 (309); BVerwGE 51, 235 (238 ff.); *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 38 ff., 71, 82 ff. (Verfahrensdimension), 98 (Gesetzesvorbehalt).

⁷¹ Solche indes dem Ordnungsgeber überantwortend *A. Kießling*, Stellungnahme zum Entwurf eines Coronavirus-Impfgesetzes (Fn. 19), S. 4.

entscheidet;⁷² Selbiges gilt mit Blick auf etwaige Zugangsprobleme etwa aus Gründen der Transparenz oder die Priorisierung von Personen, die einen bestimmten Impfstoff verweigern.

c) Exkurs: Rechtslage in Österreich und in der Schweiz

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass bei einer rechtsvergleichenden Betrachtung mit Blick auf die Rechtslage in Österreich und in der Schweiz – die freilich nicht eine Prüfung an den Maßstäben des deutschen Verfassungsrechts zu ersetzen vermag – der Gesetzentwurf mit seiner parlamentsgesetzlichen Vorgabe von Impfzielen und Impfkriterien über die Einbindung des Parlaments in jenen Rechtsordnungen hinausgeht, die sich auf eine Priorisierungsermächtigung beschränkt. So erschöpft sich Art. 44 des Schweizerischen Epidemiengesetzes hinsichtlich der Impfpriorisierung in einer Befugnis des Bundesrates, Vorschriften über die Verteilung der Heilmittel zu erlassen (Art. 44 Abs. 2 lit. b).⁷³ Der auf dieser Basis erlassene Art. 61 der Schweizerischen Epidemienverordnung enthält folgende Regelung:

- (1) Bei einer besonderen Gefährdung der öffentlichen Gesundheit und einer beschränkten Verfügbarkeit der Heilmittel nach Artikel 60 kann das EDI deren Zuteilung mit einer Prioritätenliste regeln.
- (2) Die Prioritätenliste wird aufgrund von anerkannten medizinischen und ethischen Kriterien in Zusammenarbeit mit den Kantonen erstellt. Gesamtwirtschaftliche und gesellschaftliche Anliegen sind angemessen zu berücksichtigen.
- (3) Insbesondere folgende Personen können prioritär berücksichtigt werden:
 - a. Medizinalpersonen oder Pflegefachpersonen;
 - b. Personen, für die eine Erkrankung mit der Gefahr eines schweren Krankheitsverlaufs oder einem erhöhten Komplikationsrisiko verbunden ist;
 - c. Personen, die im Bereich der Bereitstellung von öffentlichen Gütern, der Gesundheit, der inneren oder äusseren Sicherheit, des Transports, der Kommunikation oder der Versorgung mit Energie, Trinkwasser oder Nahrungsmitteln tätig sind.

Dies entspricht auch der Rechtslage in Österreich. § 747 Abs. 3 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz bestimmt lediglich (ebenso § 384 Abs. 3 Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz;

⁷² Siehe für eine derartige Forderung etwa die Vorsitzende des Deutschen Ethikrates, *A. Buyx*, abrufbar unter https://www.deutschlandfunk.de/coronavirus-ethikratsvorsitzende-fordert-regelung-fuer.2932.de.html?drn:news_id=1229644 (20.2.2021); *T. Kingreen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Fortgeltungsgesetzes (Fn. 69), S. 9 f.

⁷³ Dies im grundgesetzlichen Kontext für nicht ausreichend erachtend *A. Klafki*, Verteilungsfragen im regulativen Umgang mit Risiken und Katastrophen am Beispiel der Impfmittelvergabe in Pandemien, in: H. Pünder (Hrsg.), Risiko und Katastrophe als Herausforderung für die Verwaltung, 2016, S. 105 (120).

§ 378 Abs. 3 Bauern-Sozialversicherungsgesetz; § 263 Abs. 3 Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz):

Der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz hat durch Verordnung für die Durchführung der Impfung nach Abs. 1 die Priorisierung der Zielgruppen sowie die Höhe des Honorars festzulegen.

§ 1 (Priorisierung der Zielgruppen) der auf dieser Grundlage erlassenen Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend die Durchführung der Impfung gegen SARS-CoV-2 im niedergelassenen Bereich⁷⁴ bestimmt:

(1) Nach Maßgabe dieser Verordnung können die nach den Bundesgesetzen krankenversicherten Personen bzw. deren anspruchsberechtigte Angehörige mit dem vom Bund ab Verfügbarkeit zur Verfügung gestellten Impfstoff gegen SARS-CoV-2 geimpft werden.

(2) Die im niedergelassenen Bereich tätigen Ärztinnen und Ärzte, Gruppenpraxen bzw. Primärversorgungseinheiten sowie die selbständigen Ambulatorien haben die Impfungen prioritär an folgenden Personengruppen durchzuführen:

1. Ab Inkrafttreten dieser Verordnung an

a) Personen ab Vollendung des 80. Lebensjahres und

b) Menschen mit Behinderungen mit persönlicher Assistenz und deren persönlichen Assistentinnen und Assistenten;

2. ab 1. Februar 2021 zusätzlich an

a) Personen ab Vollendung des 65. Lebensjahres,

b) Personen vor Vollendung des 65. Lebensjahres, sofern sie der COVID-19-Risikogruppe nach der COVID-19-Risikogruppe-Verordnung, BGBl. II Nr. 203/2020, angehören,

c) Personen in 24h-Betreuung, deren Betreuerinnen und Betreuer und Personen, die mit ihnen im gemeinsamen Haushalt leben, sowie

d) Personen, die mit einer Schwangeren im gemeinsamen Haushalt leben;

⁷⁴ Abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20011453> (18.2.2021).

3. ab 15. Februar 2021 zusätzlich an

a) Angehörigen der Gesundheitsberufe, sowie

b) Personen, die in der mobilen Pflege tätig sind;

4. ab 15. März 2021 zusätzlich an Personal in Schulen, Kindergärten, Kinderkrippen und Kinderbetreuungseinrichtungen.

(3) Darüber hinaus dürfen Impfungen auch an allen anderen krankenversicherten Personen bzw. deren anspruchsberechtigten Angehörigen durchgeführt werden, sofern ausreichend Impfstoff vorhanden ist und dieser nicht innerhalb der Haltbarkeitsfrist an Personen nach Abs. 2 verimpft werden kann. In diesem Fall hat die Auswahl durch die Ärztin/den Arzt anhand des individuellen Erkrankungs- und Ansteckungsrisikos zu erfolgen.

5. Änderungsvorschläge und Diskussionspunkte

Unbeschadet der grundsätzlichen Verfassungskonformität der Neuregelung schlägt der Gutachter folgende Änderungen am Gesetzentwurf vor:

- Nachdem die Priorisierung nunmehr ausdrücklich in § 20i Abs. 3 Satz 4 f. SGB V-E geregelt ist, sind die **anspruchskonkretisierenden Kriterien in § 20i Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB V-E (ab „insbesondere ...“)** zu streichen, sollte man diese nicht als Grundlage für etwaige (priorisierungsunabhängige) Anspruchsbeschränkungen beibehalten wollen; bei einer Streichung wäre auch Art. 3 Nr. 1 lit. a des Gesetzentwurfs hinfällig.
- Die **Evaluierungspflicht** gemäß § 5 Abs. 9 IfSG-E sollte auch auf die Priorisierungsregelung erstreckt werden.
- Angesichts der auch epidemiologische Aspekte berücksichtigenden **Empfehlungen der Ständigen Impfkommision** (siehe § 1 Abs. 3 Satz 2 Geschäftsordnung der STIKO) erscheint es grundsätzlich sinnvoll, die vom Gesetzgeber festgelegten Impfziele auch in die Entscheidungsfindung hinsichtlich der STIKO-Empfehlungen einzubinden. Dies erhöht überdies die Kohärenz der Entscheidungsgrundlagen. Angesichts der der STIKO vorgegebenen Entscheidungsfindung nach dem Stand der Wissenschaft (§ 1 Abs. 3 Satz 1, 3 und § 1 Abs. 4 Geschäftsordnung der STIKO) und ihrer Rolle als „unabhängiges

Expertengremium“⁷⁵ sei vorgeschlagen, in § 20 Abs. 2a Satz 1 IfSG-E statt einer Ausrichtung der Empfehlungen insbesondere an den Impfzielen lediglich eine Berücksichtigung (i.S.e. fachlichen Würdigung und Erwägung) derselben vorzusehen, um die Bindungsintensität abzuschwächen. Dies entspricht auch der Regelung des Folgesatzes zur Priorisierung, wozu ein Unterschied nicht recht erkennbar ist. Bei einer Einbeziehung der Priorisierung in den ersten Satz kann der auf die STIKO bezogene Teil des zweiten Satzes dann konsequenterweise gestrichen werden. Auch unabhängig von der hier empfohlenen Änderung besteht, wie erwähnt, eine Divergenz der Zielvorgabe für die STIKO in § 20 Abs. 2a Satz 1 und 2 IfSG-E (ausrichten/berücksichtigen).

- § 20 Abs. 2a Satz 1 IfSG-E sollte also lauten: „Empfehlungen der Ständigen Impfkommision zur Durchführung von Schutzimpfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 einschließlich Priorisierungsfragen haben insbesondere folgende Impfziele zu berücksichtigen: (...)“.
- In § 20 Abs. 2a Satz 2 IfSG-E sollte dann der Textteil „Empfehlungen der Ständigen Impfkommision zur Durchführung von Schutzimpfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 und die“ gestrichen werden.
- Umgekehrt sollte zur **Verdeutlichung der Zielbindung des Verordnungsgebers** eine Ausrichtung an den statt einer Berücksichtigung der Impfziele in § 20i Abs. 3 Satz 4 2. HS SGB V-E vorgegeben werden.
 - § 20i Abs. 3 Satz 4 2. HS ist demnach wie folgt zu fassen: „die Priorisierung hat sich an den in § 20 Absatz 2a Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes genannten Impfzielen auszurichten.“
 - Zur Vermeidung von Doppelungen kann § 20 Abs. 2a Satz 2 IfSGE-E gestrichen werden, was eine Folgeänderung mit Blick auf § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. c und f IfSG erfordern würde.

Darüber hinaus seien folgende Punkte zur Diskussion gestellt:

- Unbeschadet verfassungsrechtlicher Grenzen sollte der Gesetzgeber prüfen, ob die **parlamentarische Steuerung und demokratische Legitimation der Priorisierungsentcheidung weiter zu erhöhen** (und damit das Risiko einer verfassungsrechtlichen Beanstandung zu reduzieren) ist, namentlich indem der Gesetzgeber eine Stufenregelung

⁷⁵ Siehe https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/Aufgaben_Methoden/methoden_node.html;jsessionid=44F2837CB26AF641D331F966A0364DC6.internet082 (19.2.2021).

vorgibt, wie sie aktuell §§ 1 ff. Coronavirus-Impfverordnung vorsehen, ein Modell, das als Verordnungsermächtigung zu abstrahieren wäre; dies ist mit einem Verlust an Flexibilität abzuwägen. Auch können – wiederum mit Blick auf das Flexibilisierungsanliegen abzuwägende – Mitwirkungsrechte beim Verordnungserlass erwogen werden bis hin zu einem Zustimmungsvorbehalt.

- Sollte eine **Bewehrung** für erforderlich erachtet werden, müsste eine entsprechende Grundlage geschaffen werden.
- Mit Blick auf das **Verfahren der Impfstoffverteilung** sei auf das aus der prozeduralen Dimension des Teilhabeanspruchs folgende Gebot einer Verfahrensgestaltung verwiesen, die eine teilhaberechtskonforme Verteilung sichert; der Gesetzesvorbehalt erstreckt sich auch auf diese Verfahrensdimension der Grundrechte. Daraufhin ist die Impfstoffverteilung zu analysieren. Ab einer gewissen Erheblichkeitsschwelle ist etwa durch Mechanismen wie Telefon- oder Wartelisten auf eine der Priorisierung widersprechende Verwertung von Impfstoffresten zu reagieren, wobei das Ausmaß der Problematik auch über den Regelungsstandort entscheidet (Gesetz/Verordnung); Selbiges gilt mit Blick auf etwaige Zugangsprobleme etwa aus Gründen der Transparenz oder die Priorisierung von Personen, die einen bestimmten Impfstoff verweigern.
- Mit Blick auf das Impfziel „Unterbindung einer Transmission des Coronavirus SARS-CoV-2“ (§ 20 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 IfSG-E) ist zu prüfen, ob neben dem Expositions- auch das **Multiplikationsrisiko** als Priorisierungskriterium erwähnt werden sollte, was – jenseits einer besonderen Exposition aufgrund von Kontakten mit Kranken bzw. Krankheits- oder Ansteckungsverdächtigen oder dem Virus – in der Sache gleichlaufen dürfte, da mit der Zahl an Kontakten sowohl das Expositions- als auch das Multiplikationsrisiko steigt. Zu berücksichtigen ist auch, dass ein besonderes Expositions- und Multiplikationsrisiko nicht nur aus einer bestimmten Tätigkeit resultieren kann (siehe etwa § 3 Abs. 1 Nr. 8 Coronavirus-Impfverordnung: Unterbringung in bestimmten Gemeinschaftsunterkünften) – dem trägt Änderungsantrag 5 [Ausschussdrucksache 19(14)287.1] Rechnung.
- Nachdem Unsicherheiten hinsichtlich des **Rechtswegs** bestehen, erscheint eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung durch den Gesetzgeber erwägenswert. In Einklang mit der überwiegenden Rechtsprechung und wegen des Zusammenhangs mit dem Infektionsschutzrecht sowie der anderweitigen Befassung mit Verteilungsstreitigkeiten (Beamtenrecht, Standplätze auf Messen und Märkten, Studienplätze, Krankenhausplanung)

bietet sich eine Zuweisung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit an – dem trägt Änderungsantrag 11 [Ausschussdrucksache 19(14)287.1] Rechnung.⁷⁶

- Sollte eine **Verteilung außerhalb des aktuellen staatlichen Regimes** virulent werden, stellt sich die Frage nach der Normierung eines entsprechenden Impfverbots.⁷⁷
- Es gilt auch zu beobachten, ob – je nach künftiger Impfstoffverfügbarkeit – eine **Verteilungsregelung innerhalb der bislang nicht priorisierten Gruppe** notwendig ist.
- Schließlich ist zur Absicherung der **Neuerlass der Rechtsverordnung** auf der novellierten Ermächtigungsgrundlage in Betracht zu ziehen.

München, den 21. Februar 2021

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

⁷⁶ Siehe auch mit Präferenz für den Rechtsweg zu den Sozialgerichten *T. Kingreen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Fortgeltungsgesetzes (Fn. 69), S. 9.

⁷⁷ Siehe auch *A. Kießling*, Stellungnahme zum Entwurf eines Coronavirus-Impfgesetzes (Fn. 19), S. 6 f.