



Ausarbeitung

Verfassungsrechtliche Fragen zur Impfung gegen COVID-19

Impfpflicht, Auskunft über Immunstatus, Kennzahlen zur
Pandemiebewertung und Erfordernis des Einsatzes milderer Mittel

Verfassungsrechtliche Fragen zur Impfung gegen COVID-19

Impfpflicht, Auskunft über Immunstatus, Kennzahlen zur Pandemiebewertung und Erfordernis des Einsatzes milderer Mittel

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 205/21
Abschluss der Arbeit: 7. Januar 2022 (zugleich letzter Abruf der Internetquellen)
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellungen und Überblick	4
2.	„Spätestens dort, wo man andere gefährdet, ist Corona und Impfen keine Privatsache mehr.“	4
2.1.	Verhältnis von Gemeinschaft und Individuum nach dem Grundgesetz	5
2.2.	Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Impfpflicht	6
2.3.	Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG	6
2.3.1.	Schutzbereich und Eingriff	7
2.3.2.	Schranken	7
2.3.2.1.	Gesetzesvorbehalt und Gebot der Normenklarheit	7
2.3.2.2.	Verhältnismäßigkeit	7
2.3.2.2.1.	Legitimer Zweck und überwiegendes Allgemeininteresse	8
2.3.2.2.2.	Geeignetheit	8
2.3.2.2.3.	Erforderlichkeit	9
2.3.2.2.4.	Angemessenheit	9
3.	Kennzahlen für die epidemiologische Bedrohung	10
3.1.	Rechtslage – § 28a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG	12
3.2.	7-Tage-Inzidenz	13
3.3.	Hospitalisierung/Hospitalisierungsinzidenz	14
3.4.	Anzahl freier und belegter Intensivbetten	17
3.5.	Schlussfolgerung	17
4.	Anforderungen an die Erforderlichkeit des Grundrechtseingriffs durch die Impfpflicht – Ausreizung milderer Mittel	18

1. Fragestellungen und Überblick

Der Ausarbeitung liegen verschiedene Fragestellungen zu einer verfassungsrechtlichen Einordnung im Zusammenhang mit einer COVID-19-Schutzimpfung, deren Offenlegung und Kriterien für das Ausmaß der Bedrohung durch die Coronapandemie zugrunde. Zudem wurde nach der Verfassungsmäßigkeit einer Impfpflicht und insbesondere der Notwendigkeit des Einsatzes milderer Mittel gefragt.

Soweit geäußert wird: „Spätestens dort, wo man andere gefährdet, ist Corona und Impfen keine Privatsache mehr“, ist verfassungsrechtlich insbesondere das **Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit** nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz (GG) im Rahmen der Prüfung einer möglichen rechtlichen **Impfpflicht** tangiert (siehe Punkt 2.1.). Zudem könnte das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG berührt sein, wenn mit dieser Aussage auf die **Auskunft über den Impfstatus** abgestellt werden soll (siehe Punkt 2.2.).

Für die Messung der Bedrohung durch das Coronavirus gibt es in Deutschland eine Vielzahl an erfassten **Kennzahlen**. Einige davon sind oder waren auch gesetzlich zur Beurteilung der Pandemielage im Infektionsschutzgesetz (IfSG)¹ festgelegt. Nach aktuellem Erkenntnisstand ist jedoch kein Kennwert für sich genommen dazu geeignet, die Bedrohung durch die Pandemie und die Erforderlichkeit des Ergreifens weiterer Infektionsschutzmaßnahmen umfassend anzuzeigen (siehe Punkt 3).

Die mit einer Maßnahme wie einer Impfpflicht verbundenen Grundrechtseingriffe müssen zudem **erforderlich** sein. Dies ist dann gegeben, wenn kein milderes, also das Grundrecht weniger beeinträchtigendes Mittel verfügbar ist, das in gleicher Weise geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen, ohne Dritte und die Allgemeinheit stärker zu belasten. Dass es sich allein um ein **milderes Mittel** handelt, reicht bei nicht sicher feststehender gleicher Wirksamkeit nicht aus, sodass insofern auch für den Staat keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit bestünde, im Sinne der verfassungsrechtlichen Erforderlichkeitsprüfung zunächst andere Maßnahmen zu ergreifen (siehe Punkt 4). Die Geeignetheit und Angemessenheit eines Grundrechtseingriffs zur Erreichung eines legitimen Zwecks sind davon losgelöst ebenfalls zu überprüfen.

2. „Spätestens dort, wo man andere gefährdet, ist Corona und Impfen keine Privatsache mehr.“

Die Wissenschaftlichen Dienste wurden gebeten, den Satz „Spätestens dort, wo man andere gefährdet, ist Corona und Impfen keine Privatsache mehr“,² verfassungsrechtlich einzuordnen. Die Bedeutung der genannten Aussage kann auch im Kontext des gesamten Ursprungstextes zwei verschiedene verfassungsrechtliche Fragestellungen aufwerfen. Zum Verhältnis von Gemeinschaft und Individuum nach dem Grundgesetz wurden durch das Bundesverfassungsgericht bereits allgemeine Aussagen getätigt.

1 Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5162) geändert worden ist.

2 Schreiben des Vorstandes der Kassenärztlichen Vereinigung Baden-Württemberg vom 11. November 2021 an ihre Mitglieder, abrufbar unter: https://www.nordthueringen.de/daten/mm_objekte/2021/11/626810_1114_93756077.pdf.

2.1. Verhältnis von Gemeinschaft und Individuum nach dem Grundgesetz

In seiner Entscheidung aus dem Jahr 1954 hat das Bundesverfassungsgericht bereits festgehalten:

„Erblickt man weitergehend in diesem Grundrecht [Art. 2 Abs. 1 GG, Anm. d. Verf.] eine umfassende Gewährleistung der **Handlungsfreiheit**, so besteht diese von vornherein **nur, soweit sie nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt**. Das **Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums**; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der **Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person** entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG. Dies heißt aber: der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die **Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt**.“³

Diese Auslegung des Grundgesetzes gilt als weitgehend unumstritten⁴ und wurde auch vom Bundesverfassungsgericht mehrfach wieder aufgegriffen.⁵ Bezogen auf die aktuelle Pandemie wurde dies von *Leisner-Egensperger* wie folgt interpretiert:

„Es ist nicht das Bild eines privilegierten Eremiten, der sich selbst schützt, isoliert und um sein Immunsystem kümmert. Grundrechtsträger ist vielmehr jemand, der Teil einer vielfältigen Gesellschaft ist: eingebunden in familiäre und freundschaftliche Netzwerke, aber auch in ein System kollektiver Sicherung. (...) Vielmehr aktualisiert sich die subjektive Freiheit in einem Begriff, der heute unmodern geworden ist: in der Pflicht. In der Pflicht zur Rücksichtnahme, zur Fürsorge und zur Mitwirkung – spezialrechtlich normiert im Elternrecht und der Staatszielbestimmung Umweltschutz, im Kern verankert – als Fähigkeit zur Verantwortung – in der Garantie der Menschenwürde.“⁶

Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Verhältnis von Gemeinschaft und Individuum auch im Rahmen der Prüfung weiterer Grundrechte bestätigt,⁷ sodass es auch für die im Folgenden besonders relevanten Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG und

3 BVerfGE 4, 7 (15 f.)

4 Leisner-Egensperger, NJW 2021, 2415 (2416); Huller, NVwZ 2021, 775; zur früheren Diskussion Huber, Jura 1998, 505 ff.

5 Zahlreiche Nachweise dazu bei Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018, Art. 1 Rn. 11.

6 Leisner-Egensperger, NJW 2021, 2415 (2416 f.).

7 Bezüglich aller Grundrechte BVerfGE 30, 173 (192 f.). Zu Art. 1 Abs. 1 GG: BVerfGE 50, 166 (175); zu Art. 4 Abs. 1 GG: BVerfGE 32, 98 (107 f.).

das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG⁸ übertragen lässt.

2.2. Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Impfpflicht

Der genannte Satz lässt sich im Konkreten zunächst so interpretieren, dass die Autoren damit auf eine gesellschaftliche, moralische⁹ oder rechtliche Verpflichtung zur Impfung gegen COVID-19 hinweisen wollen. Nur wenn es sich um eine rechtliche Verpflichtung handelt, besteht eine verfassungsrechtlich relevante Fragestellung. Diese wurde bereits ausführlich untersucht in

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Allgemeine COVID-19-Impfpflicht, Verfassungsrechtlicher Rahmen – Aktualisierung von WD 3 - 3000 - 196/21, Ausarbeitung vom 22. Dezember 2021, WD 3 - 3000 - 203/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/874446/bb0cd44ee66e471ee08991fa7aa71e24/WD-3-203-21-pdf-data.pdf>.

Die Ausarbeitung kommt zu dem Ergebnis, dass sich eine allgemeine Impfpflicht zum Schutz vor COVID-19 insbesondere am Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG messen lassen müsste. Der in der Impfpflicht liegende Grundrechtseingriff wäre verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn die Regelung verhältnismäßig wäre, mit ihr also ein legitimes Ziel verfolgt würde und sie ferner geeignet, erforderlich und angemessen wäre, um dieses Ziel zu erreichen. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit wären auf jeden Fall **Ausnahmen** für solche Menschen vorzusehen, für die **keine Impfpflicht** beziehungsweise eine entsprechende Kontraindikation vorliegt. Ebenso wären Ausnahmen für Menschen mit anhaltender Immunisierung aufgrund **Genesung** von einer Ansteckung mit dem Corona-Virus erforderlich. Im Übrigen hängt die grundsätzliche Verhältnismäßigkeit einer generellen Impfpflicht letztlich davon ab, ob der durch sie erreichte **Mehrwert für den Gesundheitsschutz der Bevölkerung** in einem vernünftigen Verhältnis zur **Tiefe des durch die Impfung bewirkten Eingriffs** in die körperliche Unversehrtheit der Geimpften steht. Bei den im Rahmen dieser Abwägung erforderlichen **Prognosen und Bewertungen** steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu. Er muss seine diesbezüglichen Einschätzungen und Bewertungen allerdings auf die jeweils aktuellen Erkenntnisse unter anderem zum Infektionsgeschehen, zur freiwilligen Impfbereitschaft und zu Wirksamkeit sowie Nebenwirkungen der Impfung stützen.

2.3. Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG

Daneben kann die Aussage durch den Verweis darauf, dass „Impfen keine Privatsache“ sei, auch auf eine eventuelle Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hinweisen. Auch hier kann verfassungsrechtlich nur eine Prüfung vorgenommen werden, wenn eine (potentielle) rechtliche Verpflichtung zur Offenlegung des Impfstatus besteht. Bislang besteht keine allgemeine Auskunftspflicht über den Immunstatus in Bezug auf COVID-19. Ein solcher ist bisher

8 Vgl. BVerfGE 27, 1 (7).

9 Dazu der Deutsche Ethikrat: „Der Deutsche Ethikrat sieht eine grundsätzliche moralische Verpflichtung, durch eine Impfung sich und andere zu schützen.“ Deutscher Ethikrat, Ethische Orientierung zur Frage einer allgemeinen gesetzlichen Impfpflicht, Ad-hoc-Empfehlung, 22. Dezember 2021, S. 5, abrufbar unter: <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2021/deutscher-ethikrat-empfehlt-ausweitung-der-gesetzlichen-impfpflicht/>.

lediglich in Bezug auf Mitarbeiter in bestimmten Einrichtungen gegenüber dem Arbeitgeber geregelt (§ 36 Abs. 3 IfSG). Darüber hinaus bestehen zahlreiche Zugangsbeschränkungen für Personen ohne Nachweis einer vollständigen Immunisierung oder aktueller Testung auf das Coronavirus, wobei von diesen Regelungen nur Orte erfasst sind, deren Besuch freiwillig erfolgt. Soweit **keine allgemeine Auskunftspflicht** über den Immunstatus geregelt ist, können im Folgenden nur Hinweise auf **wesentliche Argumentationslinien** erfolgen, ohne eine konkrete Prüfung vorzunehmen.

2.3.1. Schutzbereich und Eingriff

Eine Regelung, durch die der Staat Menschen verpflichtet, ihren Impfstatus gegenüber Dritten offenlegen zu müssen, greift in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet wird. Dieses gewährt dem Einzelnen „die Befugnis, grundsätzlich **selbst zu entscheiden**, wann und innerhalb welcher Grenzen **persönliche Lebenssachverhalte offenbart** werden“¹⁰. Von diesem Recht umfasst ist die Information über persönliche Gesundheitsdaten, wie zum Beispiel über den Impfstatus. Wenn der Einzelne durch staatliches Handeln zur **Offenlegung** seiner Daten **verpflichtet** wird – etwa bei einer normierten Auskunftspflicht – liegt ein Eingriff in das Grundrecht vor.

2.3.2. Schranken

2.3.2.1. Gesetzesvorbehalt und Gebot der Normenklarheit

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird **nicht schrankenlos** gewährleistet.¹¹ Der Staat ist gerade im Bereich der Gefahrenabwehr vielfach darauf angewiesen, auf Informationen zurückzugreifen, die ihm einen effektiven Schutz der Bürger ermöglichen.¹² Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedarf es bei einem Eingriff in das Recht der informationellen Selbstbestimmung einer **gesetzlichen Grundlage**, aus der sich „die **Voraussetzungen** und der **Umfang der Beschränkungen klar** und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht“¹³.

2.3.2.2. Verhältnismäßigkeit

Wie jeder Grundrechtseingriff muss auch der Eingriff in das Recht der informationellen Selbstbestimmung **verhältnismäßig** sein; er muss also einen legitimen Zweck verfolgen und zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich, geeignet und angemessen sein.

10 BVerfGE 103, 21 (33), Hervorhebung nur hier.

11 BVerfGE 78, 77 (85).

12 Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 179.

13 BVerfGE 65, 1 (44).

2.3.2.2.1. Legitimer Zweck und überwiegendes Allgemeininteresse

Die Anforderungen an den mit dem Gesetz verfolgten **legitimen Zweck** sind umso höher, je sensibler die zugrundeliegenden Daten sind und je weitreichender auf diese zugegriffen werden soll.¹⁴ Während Eingriffe in den „absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung“ niemals zu rechtfertigen sind, können staatliche Maßnahmen, die zwar das Persönlichkeitsrecht tangieren, aber nicht in den Kernbereich fallen, mit Belangen gerechtfertigt werden, die im **überwiegenden Allgemeininteresse** liegen.¹⁵ Der Eingriff darf nicht weitergehen, als zum Schutz der öffentlichen Interessen unerlässlich ist.¹⁶

Die Auskunft über den COVID-19-Impfstatus könnte bezwecken, es staatlichen Stellen oder Dritten – etwa dem Arbeitgeber – zu ermöglichen, die erforderlichen Maßnahmen zum Gesundheitsschutz möglicher Kontaktpersonen zu ergreifen. Der Staat ist nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in gewissem Maße verpflichtet, **Leben und Gesundheit der Bevölkerung** zu schützen.¹⁷ Der Schutz dieser Rechtsgüter, die zu den höchsten überhaupt zählen,¹⁸ liegt im **überwiegenden Allgemeininteresse**. Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung können daher grundsätzlich mit dem Gesundheitsschutz gerechtfertigt werden.¹⁹

2.3.2.2.2. Geeignetheit

An der **Geeignetheit** einer Auskunftspflicht über den Impfstatus zum Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung bestehen keine durchgreifenden Zweifel. Sie führt dazu, dass Dritte Schutzmaßnahmen **auf die konkrete Gefahrenlage anpassen** können.

Es wird zwar zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Impfung alleine der Prävention dient und sie mithin keinen Nachweis über den Ausschluss einer akuten Infektion darstellt, also auch keine Aussage über die unmittelbar von dem Geimpften ausgehende Gefahr vermittelt.²⁰ Auch vollständig Geimpfte können sich infizieren und daraufhin ansteckend sein.²¹ Nach der aktuellen **Einschätzung**

14 Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 181.

15 BVerfGE 84, 239 (279 f.); 34, 238 (245 f.).

16 Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 181.

17 Vgl. Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Auflage 2018, Art. 2 Rn. 229.

18 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.“

19 Saarländischer VerfGH, Beschluss vom 28. August 2020, Lv 15/20, BeckRS 2020, 21205 zur Pflicht zur Führung von Kontaktlisten. Der Gerichtshof erklärte die saarländische Regelung zur Kontaktnachverfolgung zwar als unvereinbar mit der saarländischen Verfassung, bezog dies aber nur auf die zum damaligen Zeitpunkt fehlende Rechtsgrundlage. Im Übrigen hielt er die Regelung für verhältnismäßig.

20 Vergleiche Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (84).

21 Siehe hierzu die Informationen des RKI zur Wirksamkeit der verschiedenen Impfstoffe und sogenannte Impfdurchbrüche (Stand: 21. Dezember 2021), abrufbar unter: https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html.

des Robert Koch-Instituts (RKI)²² sind jedoch insbesondere Personen mit einer Auffrischungsimpfung gut gegen das Coronavirus geschützt und haben eine geringere Viruslast (verbreiten das Virus also vergleichsweise weniger stark) falls sie doch infiziert sind.²³

2.3.2.2.3. Erforderlichkeit

Die Auskunftspflicht müsste **erforderlich** sein. Die Erforderlichkeit einer Maßnahme ist gegeben, wenn kein mildereres, also das Grundrecht weniger beeinträchtigendes Mittel verfügbar ist, das in gleicher Weise geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen, ohne Dritte und die Allgemeinheit stärker zu belasten.²⁴ Die Erforderlichkeit einer Auskunftspflicht beurteilt sich nach dem konkreten Einzelfall und ist insbesondere von den konkreten Kontakten sowie von den räumlichen Gegebenheiten abhängig.

Insbesondere bei institutionalisiertem, engem persönlichen Kontakt zu **besonders gefährdeten Personen**, wie zum Beispiel im Gesundheitsbereich, sind mildere, Mittel die ebenso geeignet sind dem Infektionsschutz zu dienen, nicht erkennbar.²⁵

2.3.2.2.4. Angemessenheit

Die Pflicht zur Offenlegung des COVID-19-Impfstatus müsste schließlich auch **angemessen** sein. Das bedeutet, dass die staatliche Maßnahme nicht außer Verhältnis zum Zweck des Eingriffes stehen darf. Das Gebot der Angemessenheit erfordert eine Abwägung zwischen dem Nutzen der Maßnahme und den durch die Maßnahme herbeigeführten Beeinträchtigungen.²⁶ Im Rahmen der Abwägung sind das Gewicht der betroffenen Interessen sowie die **Eingriffstiefe** zu berücksichtigen.²⁷

In Bezug auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist von Bedeutung, welche Art von Daten erhoben wird. **Gesundheitsbezogene Daten** sind **besonders sensibel und schutzbedürftig**.²⁸

22 In der Rechtsprechung wird den wissenschaftlichen Erkenntnissen des RKI ein besonderes Gewicht bei der Beurteilung der aktuellen Lage in Bezug auf die Pandemie gegeben. Daher werden die Äußerungen des RKI auch hier als maßgeblich zugrunde gelegt. Vergleiche unter anderem BVerfG, Beschluss vom 10. April 2020 – 1 BvQ 28/20.

23 Informationen des RKI, „Können Personen, die vollständig geimpft sind, das Virus weiter übertragen?“ (Stand: 21. Dezember 2021), abrufbar unter: <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html>.

24 BVerfGE 113, 167 (259); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Auflage 2020, Art. 20 Rn. 119.

25 Siehe dazu Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Auskunftspflicht eines Beschäftigten über seinen Impfstatus gegenüber seinem Arbeitgeber – Datenschutzrechtliche und verfassungsrechtliche Bewertung, Ausarbeitung vom 10. September 2021, WD 3 - 3000 - 157/21, S. 12, abrufbar unter: <https://www.bundes-tag.de/resource/blob/868132/4606696853cfffed18cc11f7c2dfcbe90/WD-3-157-21-pdf-data.pdf>.

26 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Auflage 2020, Art. 20 Rn. 120 ff.

27 Klatt/Meister, JuS 2014, 193 (196 f.).

28 Vergleiche Weichert, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Auflage 2020, Art. 9 DS-GVO Rn. 13, 34 ff.; Ernst, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 4 Rn. 106 f.

Ein Eingriff durch die Verarbeitung solcher Daten wiegt daher schwer. Auf der anderen Seite soll durch die Auskunft über den Impfstatus die Gesundheit der Bevölkerung geschützt werden.

Es wird auch darauf hingewiesen, dass die Auskunft über den Impfstatus zu einer **Stigmatisierung** der „potentiell gefährlichen Ungeimpften“ führen kann.²⁹ Anzunehmen ist, dass auf die Ungeimpften ein erhöhter Rechtfertigungsdruck zukommen wird. Zudem ist zu befürchten, dass der Impfstatus des Einzelnen auch für weitere Dritte erkennbar wird. Es besteht auch die Gefahr, dass Personen, die sich aus gesundheitlichen Gründen nicht impfen lassen können, sich gezwungen fühlen, weitere Informationen über ihren Gesundheitsstatus preisgeben zu müssen, um das Verständnis Dritter zu erhalten. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Ständige Impfkommission Schwangeren im ersten Trimester derzeit keine Impfung empfiehlt.³⁰ Zum Beispiel in Bezug auf ein Arbeitsverhältnis sind sowohl der Umstand einer chronischen Vorerkrankung als auch der einer Schwangerschaft besonders sensible, schutzwürdige Informationen. Dies spricht dafür, dass eine Auskunftspflicht **nur bei einer Gefahrenlage** angemessen sein dürfte.

Ebenso ist in die Abwägung stets die **aktuelle Infektionslage** einzubeziehen.

3. Kennzahlen für die epidemiologische Bedrohung

Eine (mögliche) Impfpflicht gegen COVID-19 könnte – wie auch andere Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung – gegen Grundrechte verstoßen.³¹ Der in der Impfpflicht liegende Grundrechtseingriff wäre verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn die Regelung verhältnismäßig wäre, mit ihr also ein legitimes Ziel verfolgt würde und sie ferner geeignet, erforderlich und angemessen wäre, um dieses Ziel zu erreichen. Eine Impfpflicht kann dabei unterschiedliche Zwecke verfolgen. Im Rahmen seiner bisherigen Entscheidungen zu den Infektionsschutzmaßnahmen in der Coronapandemie hat das Bundesverfassungsgericht sowohl den **Lebens- und Gesundheitsschutz** als auch die **Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems** als überragend wichtige Gemeinwohlbelange anerkannt.³² Die allgemeine Impfpflicht verfolgt eher das Ziel der Herstellung einer **Herdenimmunität** und des Schutzes des **Gesundheitssystems vor Überlastung**,³³ während bei einer einrichtungsbezogenen Impfpflicht etwa im medizinischen und pflegerischen Bereich der **Schutz der vulnerablen**

29 Bayer, ArbRAktuell 2021, S. 233 (236); grundsätzlich zur Stigmatisierung bei Einführung eines Corona-Passes: Boehme-Neßler, NVwZ 2020, 1570 (1571).

30 RKI, Empfehlung der STIKO zur Impfung gegen COVID-19 von Schwangeren und Stillenden und die dazugehörige wissenschaftliche Begründung, Stand 27. September 2021, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/38/Art_02.html.

31 Vergleiche zur allgemeinen Impfpflicht ausführlich Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Allgemeine COVID-19-Impfpflicht, Verfassungsrechtlicher Rahmen – Aktualisierung von WD 3 - 3000 - 196/21, Ausarbeitung vom 22. Dezember 2021, WD 3 - 3000 - 203/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/874446/bb0cd44ee66e471ee08991fa7aa71e24/WD-3-203-21-pdf-data.pdf>.

32 Vergleiche primär BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, u.a., Rn. 175 f., abrufbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr078121.html.

33 Ebenda, S. 8 f.

Gruppen im Vordergrund steht.³⁴ Dies erfordert jedoch stets, dass eine gewisse Bedrohungslage durch das Coronavirus vorliegt. Die Entwicklung der Pandemie wurde seit dem Bekanntwerden des Coronavirus in unterschiedlichen Kennzahlen gemessen und verfolgt. Herangezogen wurden unter anderem:

- tägliche Neuinfektionen,³⁵
- tägliche Todesfälle,³⁶
- 7-Tage-Inzidenz:³⁷ die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus innerhalb eines Zeitraums von sieben Tagen bezogen auf 100.000 Einwohner,³⁸
- nach Altersgruppen aufgeschlüsselte 7-Tage-Inzidenz,³⁹
- aktive Infektionsfälle,⁴⁰
- Hospitalisierung,⁴¹

-
- 34 Vergleiche ausführlich Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, COVID-19-Impfpflicht für Lehr- und Pflegekräfte und 2G-Zugangsbeschränkungen, Ausarbeitung vom 22. November 2021, WD 3 - 3000 - 187/21, S. 7 ff., abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/869964/569b0ea82748c29b7447d00e466e3015/WD-3-187-21-pdf-data.pdf>. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie vom 6. Dezember 2021, BT-Drs. 20/188, S. 37.
- 35 RKI, COVID-19-Dashboard, abrufbar unter: <https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4/page/Bundesl%C3%A4nder/>.
- 36 Ebenda.
- 37 Ebenda.
- 38 Vergleiche § 2 Abs. 2 Nr. 2 Thüringer Verordnung zur Regelung infektionsschutzrechtlicher Maßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus SARS-CoV-2 (Thüringer SARS-CoV-2-Infektionsschutz-Maßnahmenverordnung - ThürSARS-CoV-2-IfS-MaßnVO), vom 30. Juni 2021, abrufbar unter: https://www.tmasgff.de/fileadmin/user_upload/Gesundheit/COVID-19/Verordnung/20210630_ThuerSARS-CoV-2_IfS_MassnVO.pdf.
- 39 Dieser wie viele der genannten Parameter sind abrufbar unter: RKI, Covid-19-Trends in Deutschland im Überblick, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/COVID-19-Trends/COVID-19-Trends.html?blob=publicationFile#/home.
- 40 RKI, COVID-19-Dashboard, abrufbar unter: <https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4/page/Bundesl%C3%A4nder/>.
- 41 RKI, COVID-19-Fälle nach Meldewoche und Geschlecht sowie Anteile mit für COVID-19 relevanten Symptomen, Anteile Hospitalisierter/Verstorbener und Altersmittelwert/-median (Tabelle wird jeden Donnerstag aktualisiert) (Stand 29. Dezember 2021), abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Klinische_Aspekte.html.

- Hospitalisierungsinzidenz:⁴² die hospitalisierten COVID-19-Fälle unter den in den letzten 7 Tagen gemeldeten Fällen bezogen auf 100.000 Einwohner,⁴³
- Anzahl freier und belegter Intensivbetten,⁴⁴
- Belegung der Intensivstationen mit COVID-19-Patienten (prozentual),⁴⁵
- Reproduktionszahlen (sogenannter R-Wert):⁴⁶ Wert mit dem angegeben wird, wie viele Personen durch eine infizierte Person angesteckt werden,⁴⁷
- Impfquote der vollständig Geimpften.⁴⁸

3.1. Rechtslage – § 28a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG

§ 28a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG erklärt mehrere Indikatoren zu möglichen Kennzahlen an die die Infektionsschutzmaßnahmen geknüpft werden können. Die Norm lautet:

„Wesentlicher Maßstab für die weitergehenden Schutzmaßnahmen ist insbesondere die Anzahl der in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) **in ein Krankenhaus aufgenommenen Personen je 100 000 Einwohner** innerhalb von sieben Tagen. **Weitere Indikatoren** wie die **unter infektionsepidemiologischen Aspekten differenzierte Anzahl der Neuinfektionen** mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen, die **verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten** und die Anzahl der gegen die Coronavirus-

42 Dieser wie viele der genannten Parameter sind abrufbar unter: RKI, Covid-19-Trends in Deutschland im Überblick, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/COVID-19-Trends/COVID-19-Trends.html?__blob=publicationFile#/home. Vergleiche auch Thüringer Frühwarnsystem, abrufbar unter: <https://www.tmasgff.de/fruehwarnsystem>.

43 Bundesministerium für Gesundheit, Hospitalisierungsinzidenz, Stand: 20. Oktober 2021, abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/hospitalisierungsinzidenz.html>.

44 Tagesreport des DIVI Intensivregister, Tagesaktuelle Kennzahlen des Intensivregisters: COVID-ITS-Fälle, ITS-Kapazitäten, Erstaufnahmen, abgeschlossene COVID-Behandlungen, abrufbar unter: <https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/downloads>.

45 Evident aus den Zahlen die täglich im Tagesreport des DIVI Intensivregister bereitgestellt werden, Tagesaktuelle Kennzahlen des Intensivregisters: COVID-ITS-Fälle, ITS-Kapazitäten, Erstaufnahmen, abgeschlossene COVID-Behandlungen, abrufbar unter: <https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/downloads>.

46 RKI, Covid-19-Trends in Deutschland im Überblick, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/COVID-19-Trends/COVID-19-Trends.html?__blob=publicationFile#/home.

47 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD – Drucksache 19/26545 – Entwurf eines Gesetzes zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen, u.a. 3. März 2021, BT-Drs. 19/27291, S. 60; Kießling, in: derselbe, IfSG, 2. Auflage 2021, § 28a Rn. 138.

48 RKI, Covid-19-Trends in Deutschland im Überblick, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/COVID-19-Trends/COVID-19-Trends.html?__blob=publicationFile#/home.

Krankheit-2019 (COVID-19) **geimpften Personen** sollen bei der Bewertung des Infektionsgeschehens berücksichtigt werden.⁴⁹

Die Landesregierungen sind sodann nach § 28 Abs. 3 Satz 6 IfSG ermächtigt, Schwellenwerte für die jeweiligen Indikatoren unter Berücksichtigung der stationären Versorgungskapazitäten zur Festlegung der Schutzmaßnahmen aufzustellen.

Bis einschließlich dem 14. September 2021 galt § 28a Abs. 3 IfSG in einer Fassung, in der die **7-Tage-Inzidenz** den maßgeblichen Indikator für das Ergreifen von Schutzmaßnahmen darstellte. Auch die zeitabhängige Reproduktionszahl und die Impfquote waren bereits in der alten Fassung des § 28a Abs. 3 Satz 12 IfSG als weitere Parameter enthalten. Die Reproduktionszahl sollte insoweit Auskunft über die Dynamik des Infektionsgeschehens geben.⁵⁰

Gewisse Kennzahlen wurden von der **Rechtsprechung oder in wissenschaftlichen Stellungnahmen** aufgegriffen und ihre Aussagekraft für die Bewertung der Pandemieentwicklung überprüft.

3.2. 7-Tage-Inzidenz

Zur 7-Tage-Inzidenz als Indikator für Maßnahmen der Pandemiebekämpfung hat das **Bundesverfassungsgericht** im November 2021 Aussagen getroffen. Die Entscheidung bezieht sich auf die Maßnahmen der Kontaktbeschränkung, die mit der Gesetzesänderung vom 22. April 2021 (Bundesnotbremse) eingeführt wurden.

„Der Gesetzgeber hielt sich damit sowohl für die **Anknüpfung an die Inzidenz** an sich als auch für den Schwellenwert innerhalb seines **Einschätzungsspielraums**. Seine Einschätzung der Eignung beruhte **zur maßgeblichen Zeit der Verabschiedung des Gesetzes auf tragfähigen Erkenntnissen**.

Der Gesetzgeber erachtete die regional bezogene Sieben-Tage-Inzidenz als geeigneten Auslöser für bundesweit geltende Maßnahmen zur Pandemieeindämmung, weil es sich um den **frühesten Indikator für ein zunehmendes Infektionsgeschehen** handele. Zudem gestatte die Inzidenz, die mit einem gewissen Zeitversatz eintretende Belastung des Gesundheitssystems und die Anzahl der zu erwartenden Todesfälle unter Berücksichtigung der Eigenschaften der jeweils vorherrschenden Virusvariante frühzeitig abzuschätzen. Die Sieben-Tage-Inzidenz sei zudem ein Indikator, der für jeden **einfach und nachvollziehbar** zur Verfügung stehe, weil er durch das Robert Koch-Institut **tagesaktuell** erhoben und veröffentlicht werde (vgl. BTDrucks 19/28444, S. 9). Dafür boten die wissenschaftlichen Erkenntnisse im maßgeblichen Zeitraum eine hinreichende Grundlage. Nahezu sämtliche sachkundige Dritte bewerten die Sieben-Tage-Inzidenz als **sensibles Frühwarnzeichen**, das zu einem frühen Zeitpunkt Reaktionen ermöglicht. Dabei gestatten nach

49 Hervorhebung nur hier.

50 Vergleiche dazu auch Deutscher Caritasverband e.V., Stellungnahme zum Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 – AufbhG 2021), BT-Drs. 19/32039, vom 30. August 2021, S. 4, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/856190/63714800abc4313285a0a3dcdec11974/19_14_0368-5-ESVe-Dr-Elisabeth-Fix_Aufbauhilfegesetz-data.pdf.

Einschätzung der sachkundigen Dritten sowohl der Wert an sich als auch seine Steigerungsrate wertvolle Schlüsse über das zu erwartende Infektionsgeschehen. Das Robert Koch-Institut hob in seiner Stellungnahme hervor, dass bei einem ansteigenden Infektionsgeschehen ein Indikator benötigt werde, der **nicht lediglich eine schon eingetretene Überlastung medizinischer Ressourcen** anzeigt, sondern frühzeitig auf eine kommende Belastung des Gesundheitsversorgungssystems hinweist, um rechtzeitig entsprechende Maßnahmen ergreifen zu können. Inzidenzwerte können als früher Indikator genutzt werden, weil sie den anderen Indikatoren wie der Zahl der Hospitalisierungen, einschließlich intensivmedizinisch behandelter Fälle, oder einer steigenden Zahl von Todesfällen zeitlich – circa sieben bis zehn Tage – vorausgingen.“⁵¹

Das **OVG Niedersachsen** hat sich mit einem Beschluss aus dem August 2021 kritisch mit der 7-Tage-Inzidenz als Kennzahl für Infektionsschutzmaßnahmen auseinandergesetzt.

„Allerdings wird der Normgeber dem Fortschreiten der Immunisierung der Bevölkerung und der damit verbundenen weitgehenden Beschränkung des Infektionsgeschehens auf weniger vulnerable (jüngere) Gruppen Rechnung tragen und die ursprünglich zur Bewältigung der sog. zweiten und dritten Welle geschaffenen Vorschriften den veränderten Umständen anpassen müssen. Dies kann durch eine **Änderung der Inzidenzwerte** oder durch **stärkere Berücksichtigung anderer Indikatoren**, wie der Zahl der (auch schwer) symptomatisch an COVID-19 Erkrankten, der deswegen Hospitalisierten, intensivmedizinisch Behandelten oder gar künstlich Beatmeten sowie der an oder im Zusammenhang mit dieser Krankheit Verstorbenen geschehen, wobei diese Parameter allerdings den Nachteil der späteren Erkennbarkeit haben. (...) Auf Grundlage der derzeit geltenden Schwellenwerte können bei Berücksichtigung des auch den Gesetzgeber bindenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit schwerwiegende Grundrechtseingriffe jedenfalls nur noch für einen kurzen Übergangszeitraum gerechtfertigt werden.“⁵²

3.3. Hospitalisierung/Hospitalisierungsinzidenz

Im Rahmen der Sachverständigenanhörung des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestages hat der **Deutsche Landkreistag** in seiner schriftlichen Stellungnahme zur Änderung des § 28a Abs. 3 IfSG und damit Einführung der Hospitalisierungsrate als neue Kennzahl ausgeführt:

„Wir haben jedoch Zweifel, ob die Wahl des nunmehr vorgeschlagenen Indikators – die Hospitalisierungsrate bzw. ‚Hospitalisierungs-Inzidenz‘ – in jeder Hinsicht zielführend ist. Richtig ist zwar, dass der **Situation in den Krankenhäusern ausschlaggebende Bedeutung** zukommt. Nur, wenn hier eine Überlastung droht, lassen sich die schweren Grundrechtseingriffe, die § 28a IfSG nach wie vor vorsieht, rechtfertigen.

51 BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, u.a., Rn. 198 f., abrufbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr078121.html. Hervorhebungen nur hier. Siehe auch BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, Rn. 120, abrufbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr097121.html.

52 OVG Niedersachsen, Beschluss vom 3. August 2021 - 13 MN 352/21, Rn. 25, COVuR 2021, 555 (559). Hervorhebung nur hier.

Die Hospitalisierungsrate wäre allerdings nur dann ein aussagekräftiger Indikator, wenn aus der Zahl der mit COVID-19-Patienten belegten Betten ein Rückschluss auf die Belastungssituation des Gesundheitssystems ohne weiteres möglich wäre. Das ist aber nicht zwingend der Fall.

Zum einen sagt die Zahl der absolut belegten Betten nichts über die **Schwere des jeweiligen Krankheitsverlaufs** und damit über die voraussichtliche Verweildauer aus. Die Belastung der Krankenhäuser wird indes nicht allein durch die Zahl der neu aufgenommenen Patienten bestimmt, sondern vor allem durch die Dauer der notwendigen stationären Behandlung und die damit gebundenen personellen Ressourcen. Dies haben die Erfahrungen aus der dritten Welle mit jüngeren Patienten bei gleichzeitig längerer Liegezeit deutlich gezeigt.

Zum anderen ist – das hat sich während der Krise mehrfach gezeigt – die Zahl der Betten keine starre Größe. Vielmehr ist wiederholt deutlich geworden, dass die Krankenhäuser bei sich abzeichnender (Über-)Belastung Möglichkeiten in der Hand haben, das **Bettenkontingent aufzustocken**.

Hinzu kommt, dass auch in **räumlicher Hinsicht Verzerrungen** möglich sind. Insbesondere lässt die vorgesehene regionale Hospitalisierungs-Inzidenz keine verlässlichen Aussagen über das regionale Infektionsgeschehen zu. In den Krankenhäusern befinden sich zum Teil in einem erheblichen Umfang Personen, die nicht aus dem regionalen Einzugsbereich (in der Regel der Landkreis) stammen.

Letzterer Einwand träfe auch auf den als Alternative zu einer allgemeinen Hospitalisierungs-Inzidenz zu betrachtenden **Indikator der Auslastung der Intensivbetten** zu, jedoch hätte dieses Kriterium den Vorteil, dass sich an ihm die Überlastungssituation des Krankenhauswesens zuverlässiger ablesen lassen würde, allerdings erst zu einem Zeitpunkt, zu dem sich das Pandemiegeschehen bereits sehr dynamisch entwickelt hat. Ein solcher Indikator müsste daher durch Prognoseinstrumente ergänzt werden damit sich das Gesundheitssystem auf eine mögliche Überlastung einstellen kann.⁵³

Auch die **Deutsche Krankenhausgesellschaft** äußerte sich im Rahmen dieser Anhörung des Gesundheitsausschusses eher zurückhaltend gegenüber der Einführung der Hospitalisierungsrate als Pandemie-Kennzahl.

„Es reicht jedoch nicht aus, lediglich die Inzidenzzahlen durch die Hospitalisierungsrate als zentrale Kennzahl zu ersetzen. Das wesentliche Ziel aller politischen Handlungen sollte auch weiterhin die Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems sein. Dafür müssen auch vermehrt Messzahlen und Indikatoren aus dem Gesundheitssystem herangezogen werden. Dazu **bedarf es jedoch mehr, als nur eines einzigen Wertes**. Der **Inzidenzwert** ist aus unserer Sicht

53 Deutscher Landkreistag, Stellungnahme zu den als Art. 12 des Aufbauhilfegesetzes 2021 vorgesehenen Änderungen des Infektionsschutzgesetzes, 30. August 2021, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/856182/421e5eef895adcf18d6812ffd23b2ed5/19_14_0368-4-Deutscher-Landkreistag-Aufbauhilfegesetz-data.pdf. Hervorhebungen nur hier.

auch weiterhin als ein Parameter für die Einschätzung der Pandemielage **wichtig**, er muss jedoch durch weitere Indikatoren ergänzt werden.“⁵⁴

Ein weiterer, vielfach vorgetragener Kritikpunkt an der Hospitalisierungsrate als Hauptkennzahl für das Ergreifen von Infektionsschutzmaßnahmen ist die fehlende Aktualität der jeweiligen Zahlen. Mitunter gebe es mehr als **zwei Wochen Verzögerung** zwischen einer tatsächlichen stationären Aufnahme eines Patienten und deren Meldung an das Robert Koch-Institut (RKI).⁵⁵ Zudem erfolge die Erfassung der Daten stets für den Tag des ersten positiven Corona-Tests. Insofern werde eine Person, die erst mehr als sieben Tage nach dem Virusnachweis in einem Krankenhaus stationär behandelt werde nicht mehr in der aktuellen Hospitalisierungsrate berücksichtigt.⁵⁶

Die Entwicklung von **Inzidenzen und Hospitalisierung** ist nicht immer kongruent, da beispielsweise durch eine hohe Impfquote es zu verhältnismäßig weniger Krankenhausbehandlungen aufgrund von COVID-19 kommt als bei vergleichbaren Inzidenzwerten und einer niedrigen Impfquote.⁵⁷ Auch die Begründung des Gesetzentwurfs verweist für die Umstellung von 7-Tage-Inzidenz auf Hospitalisierungsrate als wesentliche Kennzahl auf die Annahme, dass durch die zunehmende Impfung die

-
- 54 Deutsche Krankenhausgesellschaft, Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 – AufbhG 2021) BT-Drucksache 19/32039 sowie zum Änderungsantrag zur Anpassung des § 28a Infektionsschutzgesetz, Stand: 30. August 2021, S. 2 f., abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/856184/26b81e5a490446a0b81243423d4a6049/19_14_0368-3-Deutsche-Krankenhausgesellschaft-Aufbauhilfegesetz-data.pdf. Hervorhebung nur hier.
- 55 Lerche, Inwiefern die Hospitalisierungsrate ungeeignet ist, Stand: 19. November 2021, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/faq-hospitalisierung-indikatoren-101.html>. Patientenschützer kritisieren Hospitalisierungsrate, ntv.de, 19. November 2021, abrufbar unter: <https://www.n-tv.de/politik/Patientenschuetzer-kritisieren-Hospitalisierungsrate-article22941065.html>.
- 56 Müller-Hansen/Schwinn, Was taugt die Hospitalisierungsinzidenz?, sueddeutsche.de, 19. November 2021, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-hospitalisierung-der-neue-richtwert-1.5468665>.
- 57 Dazu am Beispiel von Zahlen aus Köln und Aachen: Ziemons, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestages am 31.08.2021 zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 – AufbhG 2021) - BT-Drs. 19/32039, 31. August 2021, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/856210/841cf99253774e4cca62c81658034e23/19_14_0368-8-ESV-Dr-Michael-Ziemons-Aufbauhilfegesetz-data.pdf. Siehe auch Wollenschläger, Schriftliche Stellungnahme, Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages zu Artikel 12 des Gesetzentwurfs der Fraktionen CDU/CSU und SPD Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 – AufbhG 2021) – Anpassung des § 28a IfSG – BT-Drucksache 19/32039, 31. August 2021, S. 6, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/856196/0012815de283d4bec70fa41b3f0f8781/19_14_0368-7-ESV-Prof-Dr-Ferdinand-Wollenschlaeger-Aufbauhilfegesetz-data.pdf.

Infizierten regelmäßig vor schweren Krankheitsverläufen geschützt seien.⁵⁸ Einzelne Wissenschaftler betonen, dass die Hospitalisierung auch weiterhin linear an die Inzidenz geknüpft sei, es bedürfe nur eines von der jeweiligen regionalen Impfquote abhängigen Umrechnungsfaktors.⁵⁹

Kritisiert wird darüber hinaus, dass so nur Parameter für die stationäre medizinische Versorgung in den Blick genommen würden, nicht jedoch für die **ambulante**, die ebenfalls überlastet sein könne, was wiederum negativ für die **Versorgung** auch anderer Erkrankter sein könne.⁶⁰

3.4. Anzahl freier und belegter Intensivbetten

Ergänzend zu den bereits genannten Argumenten wird in der aktuellen Presse zudem gefordert, vermehrt auf die Auslastung der Intensivstationen als Kennzahl abzustellen:

„Vor dem Hintergrund womöglich rapide steigender Inzidenzen, weniger schwerer Verläufe durch Omikron, wegen typisch deutscher Meldeverzögerungen und Meldelücken müsste eigentlich die Intensivbettenauslastung die wichtigste Kenngröße werden. Sie ist genauer als die Hospitalisierungsrate. Gemessen wird nicht nur, wie viele Patienten eingeliefert werden, sondern auch, wie viele **Betten** dann je nach Region **noch frei** sind. Gleichzeitig ist die Meldung der Intensivbetten deutlich **aktueller**. Sie erfolgt über das Register der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin, und zwar jeden Tag.“⁶¹

3.5. Schlussfolgerung

Für die Messung der Bedrohung durch das Coronavirus gibt es in Deutschland eine Vielzahl an Kennzahlen. Einige davon sind oder waren auch gesetzlich zur Beurteilung der Pandemielage festgelegt. Nach aktuellem Erkenntnisstand ist jedoch kein Kennwert für sich genommen dazu geeignet, die Bedrohung durch die Pandemie und die Erforderlichkeit des Ergreifens weiterer Infektionsschutzmaßnahmen umfassend anzuzeigen. Es bedarf vielmehr einer wertenden Gesamtschau, in der mehrere Kennzahlen einzubeziehen sind.

58 Beschlussempfehlung und Bericht des Haushaltsausschusses (8. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD – Drucksache 19/32039 – Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 – AufbhG 2021), u.a., 3. September 2021, BT-Drs. 19/32275, S. 28, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/322/1932275.pdf>.

59 Karagiannidis, Stellungnahme zum Änderungsantrag: § 28a Infektionsschutzgesetz, 31. August 2021, S. 1, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/856140/165675956bdabe4b1ab5ec7e8563c738/19_14_0368-1-ESV-Prof-Dr-Karagiannidis_Aufbauhilfegesetz-data.pdf.

60 Kießling, Stellungnahme als geladene Einzelsachverständige für die öffentliche Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 31.8.2021, 31. August 2021, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/856192/ed705a8fd659b906b76a9a25b4ce970c/19_14_0368-6-ESV-Dr-Andrea-Kiessling_Aufbauhilfegesetz-data.pdf.

61 Vitzthum/Klapsa, Die Politik verliert das Ziel aus den Augen, Die Welt, 5. Januar 2022, S. 2. Hervorhebung nur hier.

4. Anforderungen an die Erforderlichkeit des Grundrechtseingriffs durch die Impfpflicht – Ausreizung milderer Mittel

Ein Eingriff in ein Grundrecht – mit der Impfpflicht ist insoweit unter anderem das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG im Schutzbereich betroffen –⁶² bedarf der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, soll die entsprechende Maßnahme ergriffen werden. Dafür bedarf es der Verfolgung eines legitimen Zwecks, der Geeignetheit und der **Erforderlichkeit** der Maßnahme zur Zielerreichung.⁶³ Darüber hinaus muss ein solcher Eingriff angemessen, also verhältnismäßig im engeren Sinne sein.⁶⁴

Eine Maßnahme ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderlich, wenn kein milderes, also das Grundrecht **weniger beeinträchtigendes Mittel** verfügbar ist, das **in gleicher Weise geeignet** ist, den angestrebten Zweck zu erreichen, ohne Dritte und die Allgemeinheit stärker zu **belasten**.⁶⁵ Insofern kommt es nicht nur darauf an, ob ein Mittel zur Erreichung eines legitimen Ziels milder ist, also für die betroffenen Grundrechtsträger weniger einschränkend, sondern auch darauf, ob mit dieser Maßnahme das Ziel genauso gut und in einer vergleichbaren Zeit erreicht wird. Nur wenn dies zutrifft und auch Dritte oder die Allgemeinheit durch die Alternative nicht stärker belastet werden, kann der Staat eine bestimmte Maßnahme wie eine allgemeine Impfpflicht nicht verfassungskonform regeln. Notwendig ist also ein Vergleich mehrerer in Frage kommender Mittel für den angestrebten Zweck.⁶⁶

In der Entscheidung des **Bundesverfassungsgerichts** zur Bundesnotbremse und den darin enthaltenen Kontaktbeschränkungen zur Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus werden die Parameter für die Feststellung der Erforderlichkeit folgendermaßen zusammengefasst:

„Grundrechtseingriffe dürfen nicht weitergehen, als es der Schutz des Gemeinwohls erfordert (...). Daran fehlt es, wenn ein gleich wirksames Mittel zur Erreichung des Gemeinwohlziels zur Verfügung steht, das den Grundrechtsträger weniger und Dritte und die Allgemeinheit nicht stärker belastet (...). Die sachliche Gleichwertigkeit der alternativen Maßnahmen zur Zweck-erreichung muss dafür in jeder Hinsicht **eindeutig feststehen** (...).

62 Dazu ausführlich: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Allgemeine COVID-19-Impfpflicht, Verfassungsrechtlicher Rahmen – Aktualisierung von WD 3 - 3000 - 196/21, Ausarbeitung vom 22. Dezember 2021, WD 3 - 3000 - 203/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/874446/bb0cd44ee66e471ee08991fa7aa71e24/WD-3-203-21-pdf-data.pdf>.

63 Lang, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 49. Edition Stand: 15. November 2021, Art. 2 Rn. 26.

64 BVerfG, Beschluss vom 9. Juli 2019 - 2 BvR 547/13, NVwZ 2019, 1432 (1433, Rn. 26).

65 BVerfGE 113, 167 (259); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Auflage 2020, Art. 20 Rn. 119.

66 Dreier, in: derselbe, GG, 3. Auflage 2013, Vorbemerkung, Rn. 148. Zur Erforderlichkeit der allgemeinen Impfpflicht einschließlich zahlreicher alternativer Mittel siehe Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Allgemeine COVID-19-Impfpflicht, Verfassungsrechtlicher Rahmen – Aktualisierung von WD 3 - 3000 - 196/21, Ausarbeitung vom 22. Dezember 2021, WD 3 - 3000 - 203/21, S. 12 ff., abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/874446/bb0cd44ee66e471ee08991fa7aa71e24/WD-3-203-21-pdf-data.pdf>.

Dem **Gesetzgeber** steht grundsätzlich auch für die Beurteilung der Erforderlichkeit ein **Einschätzungsspielraum** zu (...). Der Spielraum bezieht sich unter anderem darauf, die Wirkung der von ihm gewählten Maßnahmen auch im Vergleich zu anderen, weniger belastenden Maßnahmen zu prognostizieren. Der Spielraum kann sich wegen des betroffenen Grundrechts und der Intensität des Eingriffs verengen (...). Umgekehrt reicht er umso weiter, je höher die Komplexität der zu regelnden Materie ist (...). Auch hier gilt, dass bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen tatsächliche Unsicherheiten grundsätzlich nicht ohne Weiteres zulasten der Grundrechtsträger gehen dürfen. Dient der Eingriff dem **Schutz gewichtiger verfassungsrechtlicher Güter** und ist es dem Gesetzgeber angesichts der **tatsächlichen Unsicherheiten** nur begrenzt möglich, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, ist die **verfassungsgerichtliche Prüfung** auf die **Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Eignungsprognose** beschränkt (...).

Danach war hier ein **weiter Beurteilungsspielraum** vorhanden, denn die Situation der **Pandemie** ist durch eine **gefährliche, aber schwer vorhersehbare Dynamik** geprägt, die Sachlage also komplex. Zudem wiegen die flächendeckenden und alle Lebensbereiche betreffenden Einschränkungen zwar schwer. Dem stand aber der **Schutz von Leben und von sehr schweren körperlichen Beeinträchtigungen** gegenüber. (...)“⁶⁷

Der Entscheidung lagen Maßnahmen zugrunde, die sowohl dem Schutz von Leben und Gesundheit direkt (durch den Schutz vor Ansteckungen) als auch indirekt (durch den Erhalt der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems) dienen sollten.⁶⁸ Das spricht für die Übertragung der oben wiedergegebenen Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts auf die Prüfung der Erforderlichkeit einer Impfpflicht. Diese wäre also erst dann zu verneinen (und eine Grundrechtsverletzung damit zu bejahen), wenn die Einschätzung des Gesetzgebers über die bestehende Gefahr durch das Coronavirus hinsichtlich der Erforderlichkeit der jeweiligen Schutzmaßnahme als unvertretbar und evident unrichtig widerlegt werden kann.⁶⁹ Soweit der Einschätzungs- und Prognosespielraum im Rahmen der Erforderlichkeit nicht überschritten wird, wäre noch die Angemessenheit der Maßnahme zu prüfen.

67 BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, u.a., Rn. 203 ff. mit weiteren Nachweisen, abrufbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr078121.html. Hervorhebungen nur hier.

68 Vergleiche ebenda, Rn. 174.

69 Vergleiche Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, Allgemeine Grundrechtslehre, 3. Auflage 2011, § 201, Rn. 71.