

Prof. Dr. Anna Leisner-Egensperger\*

## Impfpriorisierung und Verfassungsrecht

Die Corona-Schutzimpfung soll den Weg aus der Krise weisen. Im Lichte des Verfassungsrechts leidet sie jedoch an einem Geburtsfehler: Die kürzlich angelaufene Verteilung der jetzt noch knappen Impfstoffe beruht auf einer grundgesetzwidrigen Rechtsgrundlage. Denn der Coronavirus-Impfverordnung (CoronaImpfV) fehlt es an einer rechtsstaatlich bestimmten parlamentarischen Ermächtigung, die zu diesem grundrechtswesentlichen Sachbereich Priorisierungsziele und mögliche Priorisierungskriterien normieren würde. Ein eigenes Corona-Impfgesetz, scheinbar der Königsweg zur Einbindung des Bundestags, kann dynamischen Grundrechtsschutz nur in einer verfassungswidrigen Kombination mit einer Exekutivermächtigung zu seiner laufenden Änderung verwirklichen. Den verfassungsrechtlichen Ausweg aus dem Priorisierungsdilemma weist nur eine rechtsstaatskonforme Ergänzung der Rechtsgrundlage zur CoronaImpfV.

### I. Das Priorisierungsproblem

#### 1. Die deutsche Priorisierungspraxis

[1] Nun ist er endlich da: der Corona-Impfstoff, der den hohen Todeszahlen ein Ende setzen, Deutschland aus einer Dauer-Welle leichter und harter Lockdowns führen soll und die Aktienkurse schon jetzt in die Höhe schnellen lässt. Noch vor Weihnachten des ersten Coronajahrs ist der Biontech/Pfizer-Impfstoff von der Europäischen Arzneimittelagentur zugelassen worden; am 27.12.2020 haben in Deutschland die Impfungen begonnen. Bald soll der Impfstoff von Moderna zur Verfügung stehen, im ersten Quartal 2021 die Produkte von Curevac und AstraZeneca.

[2] Über Iustitia distributiva bei der Verteilung knapper Impfstoffe ist viel diskutiert worden.<sup>1</sup> Gefolgt ist die Bundesregierung letztlich der Empfehlung einer Gemeinsamen Arbeitsgruppe aus Mitgliedern der Ständigen Impfkommission,

des deutschen Ethikrats und der nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina.<sup>2</sup> Es soll nicht in erster Linie darum gehen, die Ausbreitung der Pandemie zu begrenzen, das heißt diejenigen zu priorisieren, die an vorderster Front kämpfen und dort noch viele andere anstecken können, etwa Ärzte, Pfleger oder Lehrer.<sup>3</sup> Ebenso wenig steht die Funktionsfähigkeit staatlicher Institutionen im Fokus, also bei-

---

\* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

1 Vgl. bereits Klafki in Pünder/Klafki, Risiko und Katastrophe als Herausforderung für die Verwaltung, 2016, 105 ff.; dies. VerBlog 2020/9/22, <https://verfassungsblog.de/wer-bekommt-den-knappen-covid-19-impfstoff/> (alle zitierten Internetseiten zuletzt abgerufen am 6.1.2021).

2 Vgl. Positionspapier der Gemeinsamen Arbeitsgruppe „Wie soll der Zugang zu einem COVID-19-Impfstoff geregelt werden?“ (im Folgenden: Positionspapier), 3.

3 So die Vorschläge der Gesundheitsökonominnen Cassel und Ulrich, zit. nach <https://www.diepta.de/news/corona/herausforderungen-personengruppen-impfstoff-fuer-alle-592496/>.

spielsweise die Gesundheit der Mitglieder der Bundesregierung. „Die Schwächsten zuerst schützen“ lautet vielmehr das Ziel der deutschen Impfkampagne.<sup>4</sup>

[3] Demnach werden Personengruppen nicht in erster Linie in ihrem institutionellen Umfeld erfasst, sondern primär personalisiert in Altersgruppen sowie klassifiziert nach ihrem typisierten und individuellen Risiko eines schweren oder tödlichen Krankheitsverlaufs. In den ersten zwei Monaten sollen daher zunächst über 80-Jährige, Bewohner von Pflegeheimen und Pflegeheimpersonal geimpft werden. Angesichts der derzeit auffällig hohen Todeszahlen in der Gruppe der Ältesten sowie der offensichtlich weithin gescheiterten Bemühungen, vulnerable Gruppen in Pflegeheimen zu schützen, scheint jedenfalls die höchste Priorisierung von breitem gesellschaftlichen Konsens getragen. Dies lässt Klagen, die im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes darauf gerichtet wären, den Impfstoff in den nächsten Wochen zu erhalten, gegenwärtig noch unwahrscheinlich erscheinen. Umstritten sind dagegen die nachrangigen, das heißt lediglich hoch und erhöht priorisierten medizinisch oder beruflich indizierten Priorisierungen. Hierzu sind bis zur allgemeinen Freigabe der Impfstoffe zahlreiche Klagen zu erwarten.

## 2. Grundlagen und Bindung von Priorisierungsentscheidungen

[4] Wie Corona-Impfstoffe richtig zu verteilen sind, lässt sich wissenschaftlich nicht beantworten. Zwar liefern unterschiedliche Wissenschaftszweige jeweils zentrale Erkenntnisse zu den Grundlagen von Priorisierungsentscheidungen: Naturwissenschaften zu Auswirkungen unterschiedlicher Verteilungsmodelle auf Sterblichkeitsrate, Gesamtkranklast oder Ausbreitungsrate; Theologie und Ethik in ihrem Blick auf den Wert des Menschen als Ausgangspunkt jeder Priorisierungsentscheidung; Sozialwissenschaften, indem sie die Auswirkungen von Priorisierungen auf den gesellschaftlichen Zusammenhalt bewerten.<sup>5</sup> Die Festlegung von Priorisierungszielen und Priorisierungskriterien muss jedoch durch die Politik erfolgen, die in einem Rechtsstaat an die materiellen und formellen Vorgaben der Verfassung gebunden ist. Eine willkürliche Priorisierung, die einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz bedeuten würde, oder eine verfassungsrechtlich ausgeschlossene Differenzierung nach den Kriterien des Art. 3 III GG lässt sich der Impfstrategie der Bundesregierung nicht vorwerfen. Fraglich ist jedoch, ob sie sich an die formellen rechtsstaatlich-demokratischen Vorgaben der Verfassung hält.

## II. Rechtsstaatlich-demokratische Vorgaben für Priorisierungsentscheidungen

### 1. Regelungsdilemma bei Priorisierungsentscheidungen der Leistungsverwaltung

[5] Die Verteilung der Corona-Impfstoffe steckt in einem klassischen Regelungsdilemma, das grundsätzlich sämtliche Verteilungsfragen im Bereich der Leistungsverwaltung kennzeichnet,<sup>6</sup> sich mit Blick auf die gegenwärtigen Umstände der Verfügbarkeit und Verteilung von Impfstoffen aber in besonderer Schärfe stellt: Impfpriorisierung ist auf der einen Seite eine für die Grundrechtsverwirklichung wesentliche Frage, über die daher im Bundestag debattiert und gerungen wer-

den muss. Mit Blick auf die Unsicherheiten des Erkenntnis- und Entwicklungsstands zur Impfstoffverteilung fehlt dem potenziellen Ergebnis einer parlamentarischen Diskussion zur Impfpriorisierung aber jene Unverbrüchlichkeit, die das verfahrensrechtliche Erfordernis einer Bundestagsbefassung sachlich legitimieren könnte. Wenn heute über Priorisierungen zum Biotech/Pfizer Impfstoff auf Grundlage der jetzigen Datenlage entschieden wird, so kann die Reihenfolge der Anspruchsberechtigten bei Verfügbarkeit weiterer Impfstoffe und in einem fortgeschrittenen Stadium der Pandemie gänzlich anders ausfallen. Die zunächst gefundene Regelung bedarf der fortlaufenden Anpassung an die jeweils neuen Verhältnisse.

[6] Das Grundgesetz sieht als Ausweg aus diesem Normierungsdilemma in Art. 80 I 1 und 2 GG ein abgestuftes Vorgehen vor: Ein Parlamentsgesetz ermächtigt die Verwaltungsspitze zu detaillierter Normierung, legt aber selbst Inhalt, Zweck und Ausmaß der exekutivischen Regelung fest. Die dergestalt vorgesehene Funktionsteilung zwischen Parlament und Exekutive soll sicherstellen, dass staatliche Maßnahmen jeweils „von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen“<sup>7</sup>.

[7] Welche Regelungsdichte die parlamentarische Normierung aufweisen muss, bestimmt sich nach der sogenannten Wesentlichkeitstheorie. Danach hat der Gesetzgeber alle „wesentlichen“ Entscheidungen selbst zu regeln, das heißt solche, die für eine Grundrechtsverwirklichung wesentlich sind.<sup>8</sup> Dabei gibt es keine allgemeingültigen Kriterien dazu, welche Entscheidungen wesentlich und damit zwingend durch förmliches Gesetz zu regeln sind. Die Bestimmung der Wesentlichkeit erfolgt vielmehr nach einer Art Gleitformel: Je wesentlicher eine Angelegenheit für die Bürger und/oder die Allgemeinheit ist, desto höhere Anforderungen werden an den Gesetzgeber gestellt.<sup>9</sup>

### 2. Hohe Grundrechtsrelevanz staatlicher Impfpriorisierung

[8] Staatlichen Maßnahmen zur Impfpriorisierung kommt eine hohe Grundrechtsrelevanz zu.<sup>10</sup> Denn sie dienen der Verwirklichung des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG). Den Staat trifft insoweit eine Schutzpflicht, für deren Erfüllung ihm zwar grundsätzlich ein gewisser Gestaltungsspielraum zukommt.<sup>11</sup> Für den bei einer Corona-Schutzimpfung einschlägigen Sonderfall der

4 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/mediathek/die-schwaechsten-zuerst-schuetzen-1830946>.

5 Überblick bei Klafki VerBlog 2020/9/22.

6 Vgl. Haverkate NVwZ 1988, 769 (772 ff.).

7 BVerfGE 98, 218 (252) = NJW 1998, 2515.

8 Vgl. BVerfGE 40, 237 (249) = NJW 1976, 34; BVerfGE 49, 89 (126) = NJW 1979, 359; BVerfGE 83, 130 (142) = NJW 1991, 1471; BVerfGE 95, 267 (307) = NJW 1997, 1975; BVerfGE 98, 218 (251) = NJW 1998, 2515; BVerfGE 105, 279 (305) = NJW 2002, 2626; BVerfGE 108, 282 (311) = NJW 2003, 3111; BVerfGE 116, 24 (58) = NVwZ 2006, 807; BVerfGE 134, 141 (184) = NVwZ 2013, 1468; BVerfGE 141, 143 (170) = NVwZ 2016, 675; BVerfGE 147, 253 (309 f.) = NJW 2018, 361.

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

10 Dazu WD 3-3000-271/20, 8 ff.

11 Steiner in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 2 ff. Rn. 16 mwN.

Ausgestaltung gesundheitlicher Leistungen im Fall einer lebensbedrohlich erscheinenden Krankheit ist dieser Gestaltungsspielraum jedoch verengt: Eine Impfung gegen das Corona-Virus gehört zum Kernbereich der staatlichen Leistungspflicht.<sup>12</sup> Berührt ist von einer Impfpriorisierung ferner der allgemeine Gleichheitssatz unter dem Aspekt einer gleichheitsgerechten Entscheidung über die Gewährung einer staatlichen Leistung.<sup>13</sup> Nicht zuletzt dient die Impfpriorisierung einer umfassenden Verwirklichung der Menschenwürde. Denn eine Priorisierungsentscheidung zur Corona-Schutzimpfung hat sich an dem Wert zu orientieren, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt.<sup>14</sup>

### 3. Flexibilitäts- und Anpassungserfordernisse

[9] Die hohe Grundrechtsrelevanz der Impfstoffpriorisierung führt allerdings nicht automatisch dazu, dass sie im Detail in einem förmlichen Paragrafen-Gesetz geregelt werden müsste. Denn einen Gewaltenteilungsmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts sieht das Grundgesetz nicht vor – und zwar auch nicht in Sachbereichen, deren Regelung durch eine intensive Grundrechtsbetroffenheit gekennzeichnet ist.<sup>15</sup> Vielmehr kann es die Verfassung gebieten, für die Normierung eines Sachbereichs ein Regelungssystem zu schaffen, das in Verwirklichung eines dynamischen Grundrechtsschutzes dazu dient, den Schutzzweck einer Rechtsnorm „jeweils bestmöglich zu verwirklichen“. So hat das BVerfG im sogenannten Kalkar-Beschluss zu einer für das Grundrecht auf Leben ebenfalls besonders relevanten atomrechtlichen Regelung festgestellt, dass die gesetzliche Fixierung eines bestimmten Sicherheitsstandards durch die Aufstellung starrer Regeln, wenn sie sich überhaupt bewerkstelligen ließe, die technische Weiterentwicklung wie die ihr jeweils angemessene Sicherung der Grundrechte eher hemmen als fördern würde.<sup>16</sup> Zur Normierung technischer Anforderungen an die Massentierhaltung stellt das Gericht fest:

[10] Es ist „sowohl dem Tierschutz als auch dem Grundrechtsschutz mehr gedient, wenn die nähere Ausgestaltung des zu regelnden Sachbereichs dem Verordnungsgeber überlassen bleibt, der die Regelungen rascher und einfacher auf dem neuesten Stand zu halten vermag als der Gesetzgeber“<sup>17</sup>.

[11] Priorisierungsentscheidungen zu Corona-Impfstoffen basieren auf einem unsicheren, sich rasch verändernden Erkenntnis- und Entwicklungsstand. Dies gilt sowohl aktuell als auch voraussichtlich bis zum Ende des für die Notwendigkeit einer Priorisierungsentscheidung anzuberaumenden Zeitraums. Welche Corona-Impfstoffe in welchen Mengen in den nächsten Wochen in Deutschland verabreicht werden können, ist derzeit unklar. Erwartet wird eine Vielzahl unterschiedlicher Impfstoffe, die sich jeweils für verschiedene Gruppen der Bevölkerung werden einsetzen lassen. Es herrscht aber noch Unklarheit über ihre jeweilige Verfügbarkeit sowie über die Erfüllbarkeit von Kühl-, Lagerungs- und Transportanforderungen. Hinzu kommen prognostizierte Probleme mit Verteilungssoftware und Datenschutz.<sup>18</sup>

[12] Nicht absehen lässt sich bei den einzelnen Impfstoffen gegenwärtig auch, welche möglichen Nebenwirkungen sie für einzelne Bevölkerungsgruppen jeweils geeignet oder eher ungeeignet erscheinen lassen. Unklar ist mit Blick auf die gegenwärtige Impfknappeit ferner, ob die zweite Dosis nicht später, das heißt nicht bereits nach drei Wochen, sondern zum Beispiel nach zwölf Wochen verimpft werden soll. Dies würde zwar zunächst zu einer personellen Verdoppe-

lung der Impfkapazitäten führen, nachrangig priorisierte Personengruppen wären mit einer ersten Impfung mithin früher dran. Andererseits könnte eine zeitliche Streckung der Verimpfung zu logistischen Herausforderungen für die zweite Impfung führen, mit mittelbaren Auswirkungen auf die Verfügbarkeit der jeweiligen Impfstoffe.

[13] Ein weiterer Unsicherheitsfaktor liegt in den Prognosen dazu, wie stark das Gesundheitssystem in den nächsten Wochen und Monaten unter Druck geraten wird, nach welchen Kriterien also Personen im Bereich medizinischer Einrichtungen priorisiert werden sollten. Ungewiss ist schließlich, in welchem Maß von einzelnen Bevölkerungsgruppen ein verfügbarer Impfstoff nachgefragt werden wird, das heißt inwieweit sich in der jeweils priorisierten Personengruppe eine Situation der Knappheit ergeben wird.

[14] Damit lässt sich gegenwärtig in Bezug auf das Verhältnis der einzelnen Prioritätsgruppen zueinander nicht absehen, welche Grundrechtsintensität an Ungleichbehandlung die jeweilige Priorisierungsregelung konkret begründen wird. Offen ist damit noch, welche spezifischen Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der jeweiligen Differenzierung nach der Gleichheitsdogmatik zu stellen sein werden. Denn nach der sogenannten Neuen Formel müssen die Unterschiede zwischen den jeweiligen Normadressaten von solcher Art und solchem Gewicht sein, dass sie die normativ begründete Ungleichbehandlung rechtfertigen können.<sup>19</sup>

[15] Auf solche Veränderungen des der Impfpriorisierung zugrunde liegenden Erkenntnis- und Entwicklungsstands kann ein Verordnungsgeber schneller und effektiver reagieren als der parlamentarische Gesetzgeber. Damit spricht die Verwirklichung eines dynamischen Grundrechtsschutzes für eine gewisse Zurücknahme der im Ausgangspunkt erheblichen parlamentarischen Regelungsdichte.

### 4. Weitere Ansatzpunkte für die Zurücknahme parlamentarischer Regelungsdichte

[16] Einen weiteren, wenn auch schwächeren Ansatzpunkt für die Annahme eines eigenen Funktionsbereichs exekutivischer Normsetzung könnte der Umstand bieten, dass das Parlament zur Regelung der Impfpriorisierung auf außerrechtliche Kriterien zurückzugreifen hat. Mit Blick auf die Komplexität der medizinischen Indikationen für ein erhöhtes Risiko eines schweren Covid-19-Verlaufs ist der Bundestag mit einer abschließenden Festlegung der jeweiligen Priorisierungskriterien möglicherweise überfordert.<sup>20</sup> Bei der Annahme solcher sachstruktureller Grenzen des parlamentarischen Sachverständnisses des Parlaments ist zwar grundsätzlich verfassungsrechtliche Zurückhaltung geboten. Denn dem Grundgesetz liegt das Prinzip der Volkssouveränität zugrunde und

12 BVerfGE 115, 25 (42) = NJW 2006, 891.

13 BVerfGE 60, 16 (42) = NJW 1982, 2599.

14 BVerfGE 30, 1 (25) = NJW 1971, 275; BVerfGE 109, 279 (312 f.) = NJW 2004, 999.

15 BVerfGE 68, 1 (86 f.) = NJW 1985, 603; BVerfGE 98, 218 (252) = NJW 1998, 2515.

16 BVerfGE 49, 89 (137) = NJW 1979, 359.

17 BVerfGE 101, 1 (35) = NJW 1999, 3253.

18 Überblick bei Carstens FAZ v. 31.12.2020, 2.

19 Grdl. BVerfGE 55, 72 (88) = NJW 1981, 271; stRspr.

20 BVerfGE 58, 257 (275 f.) = NJW 1982, 921; BVerfGE 79, 106 (120) = NJW 1989, 1599.

gerade kein technokratisches Staatsverständnis. Immerhin findet wissenschaftlicher Sachverstand im Rahmen von Expertenanhörungen laufenden Eingang in die parlamentarische Arbeit.

[17] Allerdings dürfte bei der Impfpriorisierung das Kriterium der Komplexität des zugrunde liegenden Sachverhalts doch dazu führen, dass die Festlegung der Personengruppen, bei denen ein höheres medizinisches Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf anzunehmen ist, nicht durch das Parlament erfolgen muss. Schließlich kann ein Ansatzpunkt für zurückzunehmende parlamentarische Regelungsdichte auch darin liegen, dass die sachliche Notwendigkeit einer Priorisierungsregelung im Sommer 2021 enden, die zeitliche Wirkung einer gesetzlichen Normierung der Impfpriorisierung also zeitlich begrenzt sein wird.<sup>21</sup>

## 5. Funktionsteilung zwischen Parlament und Verordnungsgebung

[18] Verfassungsrechtlich führt jedenfalls die der Impfpriorisierung eigentümliche Kombination ihrer hohen Grundrechtsrelevanz mit der Variabilität ihres Entwicklungs- und Erkenntnisstands zum Erfordernis einer Funktionsteilung zwischen Parlament und Verordnungsgeber.<sup>22</sup> Aus dem Parlamentsgesetz muss hervorgehen, dass und mit welcher Tendenz der Impfstoff verteilt werden soll.<sup>23</sup> Wie das *BVerfG* im zweiten Numerus-Clausus-Urteil<sup>24</sup> klargestellt hat, bedeutet dies, dass sowohl die Ziele der Verteilungsentscheidung als auch mögliche Kriterien gesetzlich bestimmt werden müssen. Damit muss das Parlamentsgesetz zwingend drei Punkte enthalten: eine ausdrückliche Ermächtigung zur Impfpriorisierung, eine abschließende Festlegung ihrer Ziele und eine entwicklungs offen ausgestaltete, das heißt gesetzestechnisch beispielsweise mit „insbesondere“ eingeleitete Aufzählung ihrer wesentlichen Kriterien.

## III. Die Coronavirus-Impfverordnung und ihre Ermächtigungsgrundlagen

### 1. Die Coronavirus-Impfverordnung (CoronaImpfV)

[19] Die deutsche Impfpriorisierung beruht gegenwärtig auf der am 15.12.2020 in Kraft getretenen CoronaImpfV, einer Rechtsverordnung des Bundesministers für Gesundheit. Nach § 1 II sowie §§ 2–4 CoronaImpfV sollen die Länder und der Bund den vorhandenen Impfstoff so nutzen, dass die Anspruchsberechtigten in einer bestimmten Reihenfolge berücksichtigt werden. Dabei werden die Anspruchsberechtigten in Personengruppen mit höchster Priorität (§ 2), mit hoher Priorität (§ 3), mit erhöhter Priorität (§ 4) und in übrige Personen eingeteilt. Die Corona-ImpfV tritt mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag, ansonsten spätestens mit Ablauf des 31.3.2021 außer Kraft (§ 14).

### 2. Ermächtigungsgrundlagen der CoronaImpfV

[20] Erlassen wurde die CoronaImpfV auf der Grundlage des § 20 i III 2 Nr. 1 a und Nr. 2, S. 3, 7 und 8 sowie 10–11 SGB V und aufgrund des § 5 II 1 Nr. 4 c und f IfSG. Zu

prüfen ist daher, ob diese Vorschriften die oben dargestellten rechtsstaatlich-demokratischen Vorgaben erfüllen (II 5 [Rn. 18]), ob sie also eine ausdrückliche Ermächtigung zur Impfpriorisierung, eine abschließende Festlegung ihrer Ziele und eine entwicklungs offen ausgestaltete Aufzählung ihrer wesentlichen Kriterien enthalten.

[21] Die Vorschrift des § 20 i III 2 SGB V, die durch das Dritte Gesetz zum Schutze der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020<sup>25</sup> neu gefasst wurde, ermächtigt das Bundesministerium für Gesundheit dazu, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass Versicherte und Nichtversicherte „Anspruch auf bestimmte Schutzimpfungen“ erhalten,

„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“.

[22] Einen ausdrücklichen Hinweis auf die Notwendigkeit einer Priorisierung bei der Verteilung eines knappen Impfstoffs enthält diese Vorschrift nicht. Sie lässt sich aber auch bei historischer, grammatikalischer, systematischer und teleologischer Auslegung nicht als Rechtsgrundlage einer Priorisierungsentscheidung ansehen. Zwar mag die Entstehungsgeschichte der Norm einen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Aufnahme der mit „insbesondere“ eingeleiteten Aufzählung der drei Personengruppen und einer öffentlichen Anhörung, in der eine gesetzliche Regelung der Impfpriorisierung zur Sprache kam, zutage legen.<sup>26</sup> Doch hat der Gedanke einer Impfpriorisierung in der Gesetzesbegründung zu § 20 i III SGB V letztlich keinen Niederschlag gefunden.

[23] Auch bietet der Wortlaut der Vorschrift keinen Ansatzpunkt dafür, sie als Rechtsgrundlage einer Priorisierungsregelung auszulegen. Denn die drei aufgezählten Personengruppen stehen beziehungslos nebeneinander, das heißt ohne Verbindungswörter, die auf die implizite Normierung einer bestimmten Reihenfolge schließen ließen. Erhärtet wird dieses Ergebnis durch eine teleologische, zugleich die Systematik des SGB berücksichtigende Auslegung des § 20 i SGB V: Normzweck dieser Vorschrift ist es, einen Anspruch von Versicherten und von Nichtversicherten auf Schutzimpfungen zu normieren und dadurch Unsicherheiten über eine entsprechende Kostenübernahme auszuräumen.<sup>27</sup> § 20 i III SGB V lässt sich daher nicht als Festlegung des Inhalts einer Priorisierungsentscheidung ansehen. Daher gibt diese Vorschrift auch nicht an, welchem Zweck eine entsprechende Priorisierungsregelung dienen soll und welches Ausmaß sie haben soll, das heißt wie sich die Grenzen einer darauf beruhenden exekutivischen Normierung ermitteln ließen.<sup>28</sup>

21 IdS auch *Wollenschläger*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/23944, 21 ff.

22 *BVerfGE* 98, 218 (251) = NJW 1998, 2515.

23 *BVerfGE* 1, 14 (60) = NJW 1951, 877; *BVerfGE* 19, 354 (361 f.) = BeckRS 1966, 104345.

24 *BVerfGE* 147, 253 (321 ff.) = NJW 2018, 361.

25 BGBl. 2020 I 2937.

26 Ausschussdr. 19 (14)245.2 des Bundestagsausschusses für Gesundheit, Änderungsantrag 9 (20 f.).

27 BeckOK Sozialrecht/*Geene/Heberlein*, 58. Ed. 1.9.2018, § 20 i SGB V Rn. 2.

28 *Haratsch* in *Sodan*, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 14.

[24] § 5 II 1 Nr. 4 IfSG ermächtigt das Bundesministerium für Gesundheit dazu, „durch Rechtsverordnung (...) Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln einschließlich Impfstoffen (...) zu treffen und insbesondere (...) c) Maßnahmen zum Bezug, zur Beschaffung, Bevorratung, Verteilung und Abgabe solcher Produkte durch den Bund zu treffen sowie (...) f) Regelungen zum Vertrieb, zur Abgabe, Preisbildung und -gestaltung, Erstattung sowie Vergütung vorzusehen“.

[25] Wie aus den normativen Aufzählungen deutlich wird, legitimiert diese Vorschrift den Bundesgesundheitsminister dazu, das Verfahren der Herstellung und Verteilung der Impfstoffe zu regeln. Insofern bildet § 5 II 1 Nr. 4 IfSG eine Rechtsgrundlage für die §§ 5 ff. CoronaImpfV, das heißt für Regelungen zu Folge- und Auffrischimpfungen, zur Leistungserbringung, zur Impfsurveillance und zur Terminvergabe. Eine parlamentarische Rechtsgrundlage für eine Normierung der Impfpriorisierung liegt in dieser Vorschrift jedoch nicht.

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

[27] Allerdings begegnet eine solche Gesetzesinterpretation, die bei Ermächtigungsgrundlagen zu anderen Sachbereichen je nach Fallkonstellation vorstellbar wäre, im Fall der Ermächtigung zur Impfpriorisierung verfassungsrechtlichen Bedenken. Denn aus der Kombination von Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz ist die verfassungsrechtliche Formel abzuleiten, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Ermächtigung umso höher sind, je schwerwiegender die Eingriffe sind, die durch den Ordnungsgeber in grundrechtlich geschützte Positionen ermöglicht werden.<sup>29</sup> Dies gilt auch bei absehbaren Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse.<sup>30</sup> Eine Impfpriorisierung bedingt sowohl eine intensive individuelle Betroffenheit der auf das knappe Gut angewiesenen Anspruchsberechtigten als auch eine hohe generelle Grundrechtsrelevanz.<sup>31</sup> Demnach sind an die Bestimmtheit einer parlamentarischen Delegation besonders hohe Anforderungen zu stellen. Dies bedeutet, dass die jeweiligen Ermächtigungsgrundlagen ohne Rückgriff auf außerrechtliche Tatsachen und ohne interpretatorische Wertungen, die über das bei der Gesetzesauslegung übliche Vorverständnis hinausgehen,<sup>32</sup> als Regelungen einer Impfpriorisierung mit bestimmten Zielen und möglichen Kriterien zu verstehen sein müssen.

[28] Eine Kombination zweier parlamentarischer Normen, die jeweils für sich betrachtet keine Ansatzpunkte für die

Ermöglichung einer Priorisierungsentscheidung liefern, erfüllt diese Anforderungen nicht. Denn als Ermächtigung zu einer Impfpriorisierung lässt sie sich nur dann verstehen, wenn man sie vor dem außerrechtlichen Hintergrund der gegenwärtigen Impfstoffknappheit betrachtet. Selbst in dieser Sicht fehlt aber auch der Kombination beider Ermächtigungsgrundlagen ein Hinweis auf die Ziele der Impfpriorisierung.

[29] § 20 i III SGB V und § 5 II 1 Nr. 4 IfSG sind daher weder jeweils für sich betrachtet noch in ihrer Verbindung als verfassungsrechtlich hinreichende Rechtsgrundlagen einer Impfpriorisierung anzusehen. Damit fehlt den §§ 1 II, 2, 3 und 4 CoronaImpfV eine verfassungskonforme Ermächtigungsgrundlage. Diese Vorschriften sind daher rechtswidrig und damit nichtig. Sie dürfen von den Behörden nicht angewendet werden und müssen von den Bürgern nicht beachtet werden.<sup>33</sup> Mit Blick auf die erhebliche rechtliche Bedeutung, welche die Impfreiheitsfolge bis zur Verfügbarkeit von „Impfstoff für alle“ zeitigen dürfte, besteht ein erheblicher Handlungsdruck für das Parlament, die Impfpriorisierung wenigstens für die Zukunft verfassungskonform auszugestalten. Zu prüfen ist, wie eine solche Regelung auszusehen hat.

## IV. Regelungsalternativen einer Impfpriorisierung

### 1. Corona-Impfgesetz

[30] Eine Regelung der Impfpriorisierung könnte in einem eigenen Corona-Impfgesetz getroffen werden, das selbst nicht nur die Priorisierungsziele, sondern zugleich die Personengruppen von Anspruchsberechtigten normativ klassifiziert.<sup>34</sup> Verfassungspolitisch ließe sich dies als parlamentarischer Durchbruch feiern. Denn ein Jahr nach Ausbruch der Corona-Pandemie ist die Stunde der Exekutive vorüber. Im Gewaltenteilungsgefüge müsste nunmehr der Bundestag an der Reihe sein, sämtliche grundrechtsrelevanten Fragen in hoher Regelungsdichte zu normieren. Mit Blick auf die oben dargestellten Unsicherheiten zum Erkenntnis- und Entwicklungsstand der gegenwärtigen Impfpriorisierung (II 3 [Rn. 9 ff.]) fragt sich jedoch, ob einem Corona-Impfgesetz nicht das grundgesetzliche, vom *BVerfGE* mehrfach bestätigte Erfordernis der Verwirklichung eines dynamischen Grundrechtsschutzes<sup>35</sup> prinzipiell entgegensteht. Anzunehmen wäre dies

29 *BVerfGE* 41, 251 (266) = NJW 1976, 1309; *BVerfGE* 58, 257 (277 f.) = NJW 1982, 921; *BVerfGE* 62, 203 (210) = BeckRS 1982, 30709396; *BVerfGE* 75, 329 (342) = NJW 1987, 3175; *BVerfGE* 83, 130 (145) = NJW 1991, 1471; *BVerfGE* 86, 288 (311) = NJW 1992, 2947; *BVerfGE* 93, 213 (238) = NJW 1996, 709; *BVerfGE* 109, 133 (159) = NJW 2004, 739; *BVerfGE* 128, 282 (318) = NJW 2011, 2113; *BVerfGE* 134, 33 (81) = NJW 2013, 3151; *BVerfGE* 149, 293 (323 f.) = NJW 2018, 2619; zur Prüfung der Wesentlichkeitsanforderungen im Rahmen des Bestimmtheitsgrundsatzes grds. *Cremer AöR* 122 (1997), 248; vgl. auch *Vofskuhle* JuS 2001, 119; zusammenfassend WD 3 – 3000 – 043/15, S. 6.

30 *BVerwGE* 89, 121 (131) = NJW 1992, 2648; *BFHE* 173, 519 (524) = NJW 1995, 550.

31 *Taupitz* MedR 2020, 440 (442).

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

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

34 So der GE BT-Drs. 19/25260.

35 *BVerfGE* 49, 89 (137) = NJW 1979, 359; *BVerfGE* 101, 1 (35) = NJW 1999, 3253.

dann, wenn man die entsprechende bundesverfassungsgerichtliche Judikatur nicht nur im Sinne einer Absenkung der parlamentarischen Mindestanforderungen versteht, sondern zugleich als verfassungsrechtliche Sperre für das Parlament, das heißt als Gewährleistung eines eigenen Funktionsbereichs der Exekutive.

[31] Diese im Schrifttum umstrittene Rechtsfrage<sup>36</sup> braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht vertieft zu werden. Denn die gegenwärtige Dynamik in der Entwicklung des Infektions- und Impfeschehens führt dazu, dass ein detailliertes Corona-Impfgesetz nur dadurch eine dieser Regelungsmaterie sachangemessene Flexibilität zu gewährleisten vermag, dass es für den Bundesgesundheitsminister eine Ermächtigung zur abweichenden Impfpriorisierung durch Verordnung vorsieht,<sup>37</sup> so dass es die Exekutivspitze in der Hand hat, die gesetzlich festgelegte Reihenfolge jeweils zeitnah zu verändern.

[32] Eine solche Ermächtigung zur Änderung eines Gesetzes durch Rechtsverordnung ist als gesetzgebungstechnische Form der Anwendungsbeschränkung von Gesetzen zwar nicht generell unzulässig. Ihre verfassungsrechtliche Grenze liegt allerdings „dort, wo der Gesetzgeber Vorschriften von solcher Bedeutung und in solchem Umfang für subsidiär erklärt, dass sich dadurch innerhalb des Staatsgefüges eine Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung ergibt“<sup>38</sup>. Die normative Eigenart einer Priorisierungsregelung liegt aber gerade darin, dass die Reihenfolge der Anspruchsberechtigten den sachlichen Gehalt eines Gesetzes ausmacht, dessen Regelungsbestandteile infolge ihrer Wechselbezüglichkeit nur als dezisionistische Einheit betrachtet werden können. Damit ist eine Änderung der Reihenfolge der Anspruchsberechtigten identisch mit einem sachlichen Austausch der legislativen Grundaussage. Daher würde eine Anwendungsbeschränkung durch Verordnung im Fall eines Priorisierungsgesetzes nicht etwa zu einer punktuellen Abweichung des Verordnungs- vom Gesetzesrecht führen, sondern zu einer prinzipiellen Abkehr von der in Art. 80 I GG festgelegten Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Exekutive.

[33] Die Kombination von detaillierter Priorisierungsregelung und Verordnungsöffnung ist damit verfassungswidrig. Damit aber lässt sich ein eigenes Corona-Impfgesetz nicht verfassungskonform ausgestalten. Erhärtet wird dieses Ergebnis durch einen Blick auf den Vertrauensschutz im Fall einer Gesetzesänderung. Wird beispielsweise ein gesetzlich verbürgter Anspruch der höchsten Priorität durch Verordnungsgebung zu einem solchen einer niedrigeren Priorität und steigt durch diese Verordnung ein Inhaber eines Anspruchs niedrigerer Priorität auf, lässt sich die Frage der Anspruchsberechtigung zwar über die Kollisionsregel der lex-posterior-Regel lösen. Auf der rechtspolitischen Strecke bleibt aber das Gesetzesvertrauen.

## 2. Ergänzung der Ermächtigungsgrundlagen für die CoronaimpfV

[34] Parlamentarisch legitimieren ließe sich die gegenwärtige CoronaimpfV durch Ergänzung des § 20 i III SGB V, auf deren Grundlage sie dann neu erlassen werden müsste. Legt man die Empfehlungen der gemeinsamen Arbeitsgruppe zugrunde, müsste die Gesetzesnovellierung durch Einfügung der folgenden Sätze 3 bis 5 in § 20 i III SGB V erfolgen:

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

[36] Nicht normierungsfähig ist die von der Arbeitsgruppe verwendete Formulierung „Aufrechterhaltung staatlicher Funktionen und des öffentlichen Lebens“<sup>39</sup>. Denn sie hielte einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nach dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 80 I 2 GG nicht Stand. Will man das Kriterium der Aufrechterhaltung staatlicher Funktionen beibehalten, so bedarf es unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel jedenfalls einer Verengung, etwa durch das Adjektiv „zentral“. Im Sinn der Erhaltung zentraler staatlicher Funktionen sind auch die näheren Ausführungen des Positionspapiers der gemeinsamen Arbeitsgruppe zu diesem Merkmal zu verstehen. Darin werden genannt „Personen (Personengruppen), die in basalen Bereichen der Daseinsvorsorge und für die Aufrechterhaltung zentraler staatlicher Funktionen eine Schlüsselstellung besitzen“<sup>40</sup>.

[37] Auf eine Übernahme des Begriffs der Daseinsvorsorge sollte allerdings verzichtet werden. Denn dieser von *Ernst Forsthoff* 1938 in die rechtswissenschaftliche Diskussion eingebracht<sup>41</sup> und von ihm selbst später relativierte<sup>42</sup> Begriff hat sich in den letzten Jahrzehnten nicht als abgrenzungstauglich erwiesen.

[38] So sieht das *BVerfG* Daseinsvorsorge begrenzt auf Leistungen, „derer der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“<sup>43</sup>. Demgegenüber wird der Begriff im Schrifttum auf das gesamte Gewährleistungsspektrum der Selbstverwaltungsangelegenheiten iSd Art. 28 II 1 GG erstreckt. In diesem weiten Verständnis dienen der Vorsorge für das Dasein der Bevölkerung auch Verkehrsdienstleistungen, stationäre Krankenversorgung, Bildungs- und Kultureinrichtungen, Kommunikationsnetze und vieles mehr.<sup>44</sup> In einem spezifisch wirtschaftlichen Zusammenhang wird der Begriff der Daseinsvorsorge schließlich in Gemeinde- und Kommunalordnungen der Länder verwendet.<sup>45</sup>

[39] Damit aber erweist sich der Begriff der Daseinsvorsorge als derart vielgestaltig, dass er sich für eine rechtsstaatlich bestimmte Ermächtigungsgrundlage nicht eignet. Jedenfalls

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

37 So § 6 des GE BT-Drs. 19/25260.

38 *BVerfGE* 8, 155 (171) = NJW 1959, 235.

39 Positionspapier, 3.

40 Positionspapier, 3.

41 *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, 6.

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

43 *BVerfGE* 66, 248 (258) = NJW 1984, 1872.

44 Grdl. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, 132 ff.; vgl. auch *Waldhoff* JuS 2013, 1150.

45 Vgl. etwa § 102 I Nr. 3 BWGemO; Art. 87 I Nr. 4 BayGO; § 71 II Nr. 4 ThürKO; s. dazu auch *Leisner-Egensperger*, Kommunalrecht, in *Baldus/Knauff*, Landesrecht Thüringen, 2019, § 5 Rn. 61 f.

zu unbestimmt ist die Formulierung „Aufrechterhaltung des öffentlichen Lebens“. Denn auf sie könnten sich sämtliche Berufsträger berufen – von den Mitarbeitern von Möbelhäusern über Bankangestellte, Gastwirte, Kulturschaffende bis hin zu Betreibern von Fitnessstudios.

## V. Fazit

[40] 1. Die Regelung der Impfpriorisierung betrifft einen für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Sachbereich. Verfassungsrechtlich führt dies zum Erfordernis einer parlamentarischen Normierung von Priorisierungsziel und möglichen Priorisierungskriterien. Die Ermächtigungsgrundlagen der CoronaImpfV genügen diesen Anforderungen nicht. Daher ist die CoronaImpfV, die

gegenwärtige Rechtsgrundlage der in Deutschland praktizierten Impfpriorisierung, verfassungswidrig.

[41] 2. Verfassungsrechtliche Abhilfe ist nicht in einem Corona-Impfgesetz hoher Regelungsdichte zu suchen, sondern in einer dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 80 I 2 GG genügenden Ergänzung des § 20 i III SGB V. Zur Stärkung der Impfkzeptanz der Bevölkerung ist eine auf dieser Grundlage neu erlassene CoronaImpfV besser geeignet als ein Corona-Impfgesetz. Denn während „Priorisierung aufgrund Gesetzes“ einer verfassungsrechtlichen Notwendigkeit folgt, suggeriert „Priorisierung durch Gesetz“ eine Rechtssicherheit, die es auf der Grundlage des gegenwärtigen Entwicklungs- und Erkenntnisstands zur Impfpriorisierung nicht geben kann. ■