

**Sachverhalt - Corona-Schutzimpfung -****Staatsrecht**

Der alleinstehende Manfred (M) ist leidenschaftlicher Golfer. Diesem Hobby frönt er nahezu täglich im Golfclub in der Nähe von Göttingen. Hier traf der 68 Jahre alte M im Frühjahr 2006 die Frauke (F). Obwohl F deutlich jünger als M ist, entwickelt sich zwischen beiden eine Liebesbeziehung und M ist überglücklich, als F ihm im Sommer 2006 mitteilt, dass sie ein Kind von M erwartet. Beide heiraten und im Jahr 2007 wird das Kind (K) geboren. Drei Jahre später bekommt K noch ein Geschwisterchen (G). Die Familie lebt glücklich in Göttingen. F geht bald wieder ihrer Berufstätigkeit nach, da sich M um die Kinderbetreuung kümmert, während F arbeitet.

Im Frühjahr des Jahres 2020 kam es in Deutschland zu ersten Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Am 11.03.2020 erklärte die WHO die bisherige Epidemie zur Pandemie. Infolge der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 entsteht die meldepflichtige Krankheit COVID-19. Der Krankheitsverlauf ist unspezifisch und variiert stark. Infolge der unterschiedlichen Krankheitsverläufe ist die Dunkelziffer groß. Bei ca. 14 % der Betroffenen ist der Verlauf schwer, bei 5 % so schwer, dass eine intensivmedizinische Versorgung erfolgen muss. Das Risiko infolge der Infektion zu versterben wächst mit fortschreitendem Lebensalter. Der Fall-Verstorbenen-Anteil liegt bei Erkrankten bis etwa 50 Jahren bei 0,1 %, dieser Anteil steigt ab dem 50. Lebensjahr an und liegt bei Personen über 80 Jahren häufig über 10 %. Für die Berechnung des Fall-Verstorbenen-Anteils teilt man die Zahl der gemeldeten verstorbenen Fälle durch die Zahl der gemeldeten Fälle in einer Population. 86 % aller mit COVID-19 Verstorbenen waren über 80 Jahre alt. Die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 erfolgt von Mensch zu Mensch hauptsächlich über die respiratorische Aufnahme virushaltiger Partikel.

Seit dem 26.12.2020 wird in Deutschland gegen COVID-19 geimpft. Bislang stehen zwei Impfstoffe zur Verfügung, ein weiterer Impfstoff wurde durch die Europäische Arzneimittelbehörde zugelassen. Da initial nicht ausreichend Impfstoff zur Verfügung steht um den gesamten Bedarf zu decken, wurden prioritär zu impfende Risikogruppen definiert, die eine besonders hohe Vulnerabilität oder ein besonders hohes Expositionsrisiko haben. Modellierungsergebnisse belegen, dass die größtmögliche Verhinderung von schweren Erkrankungsfällen und Tod erzielt werden kann, wenn die Impfung zuerst Menschen im Alter  $\geq 80$  Jahren angeboten wird. Zudem trat ein großer Anteil an Todesfällen und Ausbrüchen unter BewohnerInnen von Senioren- und Altenpflegeheimen auf. Durch eine zielgerichtete Impfung dieser beiden Personengruppen werden auch die meisten Hospitalisierungen verhindert und es wird die größte Anzahl an Lebensjahren gewonnen. Nach Analysen der London School of Economics gehen etwa die Hälfte (46 %) der COVID-19-Todesfälle in Europa auf Verstorbene in Pflegeheimen zurück. Die Priorisierungsempfehlung hat nur solange Gültigkeit, bis genügend Impfstoff verfügbar ist.

M ist im Frühjahr 2021 83 Jahre alt. Er lebt mit der berufstätigen F, die mittlerweile 48 Jahre alt ist, mit dem 14-jährigen K und der 11-jährigen G zusammen. Der gesetzlich krankenversicherte M wendet sich an die für die Vergabe von Impfterminen zuständige Göttinger Impfhotline und wollte dort um eine Terminierung zur Impfung innerhalb der ersten Gruppe nach § 2 CoronalmpfV bitten. Als er diese nicht erreicht, schaut er auf die Internetseite des Landes Niedersachsen. Aus dieser ergibt sich, dass „die Terminvergabe für die Impfzentren ... aktuell noch nicht möglich ist“. Es sei derzeit geplant, dass die Patientenhotline erst ab dem 01.02.21 für die Terminvergabe bereitstehen solle. Das Impfzentrum in Göttingen würde voraussichtlich erst ab dem 15.02.21 öffnen. Erst dann würden auch die Bürgerinnen und Bürger über 80 Jahre, die nicht in Pflege- oder Alteneinrichtungen wohnen geimpft werden können.

M beantragt erfolglos in allen Instanzen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes das Land Niedersachsen zu verpflichten ihm eine unverzügliche Impfung zu gewährleisten. Zur Begründung führt er aus, dass er aufgrund seines Alters, seiner Vorerkrankungen und der Schulpflicht-

tigkeit seiner Kinder und der Berufstätigkeit seiner Ehefrau auch einem hohen Risiko ausgesetzt sei. Es könnte ihm ja nicht vorgeworfen werden, dass er nicht im Pflegeheim wohnt. Das Land Niedersachsen trägt vor, es könne ja nur der vorhandene Impfstoff verimpft werden. Derzeit stünden dem Land nicht ausreichend Impfstoff zur Verfügung um alle Personen, etwa 800.000, die der Gruppe mit höchster Priorität angehören, zu impfen.

Nunmehr erhebt M Individualverfassungsbeschwerde (VB) zum BVerfG, weil er meint, dass er das Hauptsacheverfahren nicht abwarten könne und die Sache von großem Interesse sei. Darüber hinaus ist er der Auffassung, dass sich das Parlament mit der Impfung hätte befassen müssen und nicht bloß ein Minister, schließlich ginge es quasi um die Verteilung von Lebenschancen in seinem Alter. Bei der Einreichung der VB war M noch nicht geimpft. M ist sehr erfreut, dass er zwischenzeitlich geimpft wurde. Gleichwohl möchte er, dass das BVerfG in der Sache entscheidet. **In einem Gutachten sind die Erfolgsaussichten der Individualverfassungsbeschwerde zu prüfen, wobei auf alle Rechtsfragen einzugehen ist, ggf. hilfsgutachterlich.**

## **Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG)**

### **§ 20 Schutzimpfungen und andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe**

(5) Die obersten Landesgesundheitsbehörden können bestimmen, dass die Gesundheitsämter unentgeltlich Schutzimpfungen oder andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe gegen bestimmte übertragbare Krankheiten durchführen. Die zuständigen Behörden können mit den Maßnahmen nach Satz 1 Dritte beauftragen. Soweit die von der Maßnahme betroffene Person gegen einen anderen Kostenträger einen Anspruch auf entsprechende Leistungen hat oder einen Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen für entsprechende Leistungen hätte, ist dieser zur Tragung der Sachkosten verpflichtet. Wenn Dritte nach Satz 2 beauftragt wurden, ist der andere Kostenträger auch zur Tragung dieser Kosten verpflichtet, soweit diese angemessen sind.

## **Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Impfverordnung - CoronaimpfV)**

### **§ 1 Anspruch**

(1) Personen nach Satz 2 haben im Rahmen der Verfügbarkeit der vorhandenen Impfstoffe Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2.

Anspruchsberechtigt nach Satz 1 sind:

1. Personen, die in der Bundesrepublik Deutschland in der gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung versichert sind,
2. Personen, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort in der Bundesrepublik Deutschland haben,
3. Personen, die in der Bundesrepublik Deutschland in einer in den §§ 2 bis 4 genannten Einrichtung oder in einem in den §§ 2 bis 4 genannten Unternehmen behandelt, gepflegt oder betreut werden oder tätig sind, und
4. Personen, die im Auftrag einer in den §§ 2 bis 4 genannten Einrichtung oder eines in den §§ 2 bis 4 genannten Unternehmens im Ausland tätig sind. **Anmerkung vom weiteren Abdruck wurde abgesehen.**

(2) Die Länder und der Bund sollen den vorhandenen Impfstoff so nutzen, dass die Anspruchsberechtigten in der folgenden Reihenfolge berücksichtigt werden:

1. Anspruchsberechtigte nach § 2,
2. Anspruchsberechtigte nach § 3,
3. Anspruchsberechtigte nach § 4 und
4. alle übrigen Anspruchsberechtigten nach Absatz 1.

Innerhalb der in Satz 1 genannten Gruppen von Anspruchsberechtigten können auf Grundlage der jeweils vorliegenden infektiologischen Erkenntnisse, der jeweils aktuellen Empfehlung der

Ständigen Impfkommission beim Robert Koch-Institut und der epidemiologischen Situation vor Ort bestimmte Anspruchsberechtigte vorrangig berücksichtigt werden.

## § 2 Schutzimpfungen mit höchster Priorität

Folgende Personen haben mit höchster Priorität Anspruch auf Schutzimpfung:

1. Personen, die das 80. Lebensjahr vollendet haben,
2. Personen, die in stationären Einrichtungen zur Behandlung, Betreuung oder Pflege älterer oder pflegebedürftiger Menschen behandelt, betreut oder gepflegt werden oder tätig sind,
3. Personen, die im Rahmen ambulanter Pflegedienste regelmäßig ältere oder pflegebedürftige Menschen behandeln, betreuen oder pflegen,
4. Personen, die in Bereichen medizinischer Einrichtungen mit einem sehr hohen Expositionsrisiko in Bezug auf das Coronavirus SARS-CoV-2 tätig sind, insbesondere auf Intensivstationen, in Notaufnahmen, in Rettungsdiensten, als Leistungserbringer der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung, in den Impfzentren im Sinne von § 6 Absatz 1 Satz 1 sowie in Bereichen, in denen für eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 relevante aerosolgenerierende Tätigkeiten durchgeführt werden,
5. Personen, die in medizinischen Einrichtungen regelmäßig Personen behandeln, betreuen oder pflegen, bei denen ein sehr hohes Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf nach einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht, insbesondere in der Onkologie oder Transplantationsmedizin.

## § 6 Leistungserbringung

(1) Leistungen nach § 1 Absatz 1 werden in Impfzentren und durch mobile Impfteams, die den Impfzentren angegliedert sind, erbracht. Die Impfzentren werden von den Ländern oder im Auftrag der Länder errichtet und betrieben. Der Bund kann zur Durchführung von Schutzimpfungen bei den Beschäftigten des Bundes, insbesondere bei Personen, die als Funktionsträger in relevanter Position tätig sind, eigene Impfzentren betreiben.

## Lösung - Corona-Schutzimpfung -

Die Individualverfassungsbeschwerde des M gegen das Urteil, welches seinen Impfanspruch ausschließt, deren Annahme gem. § 93a BVerfGG unterstellt wird, hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist, Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff BVerfGG.

### A. Zulässigkeit

#### I. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) für eine Individualverfassungsbeschwerde ergibt sich aus Art. 93 I Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90ff BVerfGG.

#### II. Beschwerdefähigkeit

M ist als natürliche Person grundrechtsfähig und damit grundsätzlich »**jedermann**« iSd Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG und somit beschwerdefähig.<sup>1</sup>

#### III. Verfahrens-/Prozessfähigkeit

In anderen Gerichtsverfahren bedeutet Prozessfähigkeit, die Fähigkeit **selbst** oder **durch** einen Prozessbevollmächtigten Prozesshandlungen vornehmen zu können. Prozessfähig ist, wer eine VB selbst führen und selbst rechtswirksam Prozesshandlungen vornehmen kann.<sup>2</sup> Die **Prozessfähigkeit** ist an der Geschäftsfähigkeit ausgerichtet, **§ 173 VwGO iVm § 51 ZPO**.<sup>3</sup> Das BVerfGG regelt die Prozessfähigkeit nicht. Wegen der Besonderheiten der VB können die Regelungen der Verfahrensordnungen auch nicht allgemein analog angewendet werden.<sup>4</sup>

☞ Im Rahmen der VB muss sich daher die Fähigkeit Verfahrenshandlungen vorzunehmen aus dem geltend gemachten Grundrecht ergeben.<sup>5</sup> M ist **volljährig** und somit **verfahrensfähig**.

#### IV. Beschwerdegegenstand

Streitgegenstand der VB ist die behauptete Grundrechtsverletzung des Beschwerdeführers (Bf) durch den **konkret** bestimmten **Hoheitsakt**.<sup>6</sup> Als tauglicher Beschwerdegegenstand kommen alle **Maßnahmen** oder **Unterlassungen** in Betracht, die der inländisch öffentlichen Gewalt zugerechnet werden können<sup>7</sup> → **Art. 1 III GG** alle Akte der inländischen öffentlichen Gewalt<sup>8</sup> M rügt, dass er keine Impfung vom Land Niedersachsen erhalten hat. Dabei handelt es sich um ein **Unterlassen** seitens der Exekutive. Als Beschwerdegegenstand kommt somit das Unterlassen der Exekutive in Betracht, welches in der letztinstanzlichen Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz als Akt der öffentlichen Gewalt, Art. 93 I Nr. 4a GG, als rechtmäßig bestätigt wurde.

#### V. Beschwerdebefugnis

##### 1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

M müsste behaupten können, durch das Urteil als Akt der öffentlichen Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem grundrechtsgleichen Recht verletzt zu sein, Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG. Eine Behauptung iSd § 90 I BVerfGG ist anzunehmen, wenn nach der **Möglichkeitsprüfung** die Verletzung eines subjektiven Rechts durch die öffentliche Gewalt nicht von vornherein **ausgeschlossen** ist.

**Fraglich** ist woraus sich ein **Anspruch** auf vorzeitige Impfung ergeben könnte. Neben der Abwehrfunktion der Grundrechte, besitzen die Grundrechte Leben und körperliche Unversehrtheit auch einen **objektiv-rechtlichen Gehalt**, aus denen sich eine **staatliche Pflicht** zum Schutz

<sup>1</sup> Vgl. Kuch, Unerfüllter Kinderwunsch, JuS 2019, 643 (644) - Klausur.

<sup>2</sup> Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 531, Hillgruber/Goss, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 178.

<sup>3</sup> Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge-Bethge, BVerfGG, 61. EL 2021, § 90 Rn. 169.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.05.1970. Az: 1 BvR 83/69, Rn. 53, www.servat-unibe.ch.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.05.1970. Az: 1 BvR 83/69, Rn. 53, www.servat-unibe.ch.

<sup>6</sup> Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge-Bethge, BVerfGG, 61. EL 2021, § 90 Rn. 175g.

<sup>7</sup> Ehlers/Schoch-Scherzberg, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 15 Rn. 47.

<sup>8</sup> Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge-Bethge, BVerfGG, 61. EL 2021, § 90 Rn. 327.

jedes Menschenlebens ergibt.<sup>9</sup> Aus **Art. 2 II 1 GG** kann daher eine Schutzpflicht des Staates für Gesundheit und Leben abgeleitet werden. Die objektive staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG kann sich im Einzelfall auch zu einem **Schutzanspruch des Einzelnen** verdichten, wenn das Leben oder die körperliche Unversehrtheit konkret gefährdet sind.<sup>10</sup> Die Schutzpflichten des Staates können sich auch derart verdichten, dass dem Einzelnen ein Mindestmaß an Schutz zu gewährleisten ist, da ansonsten ein Verstoß gegen die Schutzpflichten vorläge, woraus dann ein **Leistungsanspruch** erwächst.<sup>11</sup> **Unmittelbar** aus Art. 2 II 1 GG ergibt sich hingegen der Anspruch nicht, weil sich die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 II 1 GG nicht so stark verdichtet, dass die Versagung der Impfung bereits eine Versagung eines Mindestmaßes an Schutz bedeutet, wodurch bereits der grundsätzlich weite Einschätzungs- Gestaltungs- und Wertungsspielraum des Staates bei der Erfüllung seiner Schutzpflichten.<sup>12</sup> Aus **Art. 2 II 1 iVm Art. 3 I GG** könnte sich aber möglicherweise ein verfassungsrechtlicher Teilhabeanspruch ergeben.<sup>13</sup> Somit ist M möglicherweise in seinem Teilhabeanspruch aus Art. 2 II 1 GG iVm. Art. 3 I GG verletzt.

## 2. Hinreichende Betroffenheit

Die nach § 90 I BVerfGG erforderliche Behauptung der Rechtsverletzung setzt voraus, dass der Bf durch den Hoheitsakt selbst betroffen ist. Popularklagen sind somit ausgeschlossen, weil **fremde Rechte** grundsätzlich nicht gerügt werden können.

- Die Voraussetzung der **eigenen** und **gegenwärtigen Betroffenheit** ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Bf darlegt, dass er mit **einiger Wahrscheinlichkeit** durch die auf den angegriffenen Vorschriften beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten **berührt** wird.<sup>14</sup>

Somit ist M selbst betroffen. Darüber hinaus ist M auch durch den »**Akt der öffentlichen Gewalt**«, der den Beschwerdegegenstand bildet, »**schnon und noch**« betroffen sein, somit ist er auch unmittelbar betroffen.

## VI. Rechtswegerschöpfung/Subsidiarität, § 90 II BVerfGG

### 1. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG

**Fraglich** ist, ob der Rechtsweg nicht erschöpft ist, weil M eine **endgültige fachgerichtliche Prüfung** noch im **Hauptsacheverfahren** herbeiführen kann. Aufgrund des Vorliegens einer letztinstanzlichen Entscheidung im Verfahren des **einstweiligen Rechtsschutzes** ist der Rechtsweg generell gem. § 90 II BVerfGG erschöpft. Mit dem BVerfG ist davon auszugehen, dass es sich bei dem Hauptsacheverfahren nicht um einen **eigenständigen** Rechtsweg handelt und das Hauptsacheverfahren keinen »**Rechtsweg**« gegen die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz darstellt.<sup>15</sup> Der Rechtsweg ist somit erschöpft.

### 2. Grundsatz der Subsidiarität

Darüber hinaus kann dem § 90 II 1 BVerfGG der **weitergehende Grundsatz** der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde entnommen werden. Dieser erfordert, dass der Bf nicht nur den Instanzenzug durchläuft, sondern **grundsätzlich alle weiteren prozessualen Möglichkeiten** nutzt, um eine **Korrektur** der gerügten Grundrechtsverletzung durch die Fachgerichte zu erreichen.<sup>16</sup> **Fraglich** ist allerdings, ob in Fällen, in denen lediglich ein abschließendes Urteil/Beschluss im **vorläufigen Rechtsschutz** vorliegt eine **Subsidiarität** der Verfassungsbeschwerde gem. § 90 II BVerfGG angenommen werden kann.

<sup>9</sup> Gröpl/Windthorst/von Coelln, 4. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 123.

<sup>10</sup> Gröpl/Windthorst/von Coelln, 4. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 124

<sup>11</sup> Muhs/Riesen, Klausurwissen Staatsrecht II, 2020, S. 63.

<sup>12</sup> Vgl. Sozialgericht Oldenburg, Beschluss vom 21.01.2021, S. 7

<sup>13</sup> Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 21. Januar 2021, Az: L 5 SV 1/21 B ER, S. 7; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 11.01.2021, Az: 20 L 1812/20, Rn. 51

<sup>14</sup> BVerfGE 100, 313 (354).

<sup>15</sup> BVerfG, NJW 2000, 3195.

<sup>16</sup> Muhs/Riesen, Klausurwissen Staatsrecht II, 2020, S. 48ff.

- Der **Grundsatz der Subsidiarität** gebietet es in diesen Fällen, dass zunächst die Entscheidung in der Hauptsache abgewartet wird, weil insoweit der Rechtsweg im Eilverfahren zumindest alleine nicht ausreicht.<sup>17</sup> Nach dem **materiellen Gebot** der Subsidiarität muss der Antragsteller somit über den einstweiligen Rechtsschutz hinaus die **Erschöpfung** des Rechtsweges in der Hauptsache abwarten.

### 3. Keine Ausnahme

Die Verfassungsbeschwerde des M ist dennoch zulässig, wenn eine **Ausnahme** gem. § 90 II 2 BVerfGG vorliegt. Zunächst könnte eine Ausnahme gem. § 90 II 2 Alt. 1 BVerfGG in Betracht kommen. Von allgemeiner Bedeutung ist eine VB, wenn die zu erwartende Entscheidung über den Einzelfall hinaus Klarheit über die Rechtslage in einer **Vielzahl gleichgelagerter Fälle** schafft.<sup>18</sup> Dies erscheint hier zweifelhaft, aber auch nicht abwegig. Von allgemeiner Bedeutung ist ein Streitgegenstand auch dann, wenn die Frage, ob die einer Entscheidung zugrunde liegende Gesetzesnorm verfassungswidrig ist.<sup>19</sup> Zwar rügt der Bf auch die Nichtbeachtung des Parlamentsvorbehalts, sodass nach überzeugender Auffassung in der Lit von der Verfassungswidrigkeit der Impfverordnung ausgegangen werden kann.<sup>20</sup> Aus diesem Aspekt eine Ausnahme herzuleiten, erscheint zumindest aufbautechnisch problematisch. Überzeugender ist es, eine Ausnahmen iSd § 90 II 2 Alt. 2 BVerfGG anzunehmen, weil ein **schwerer und unabwendbarer Nachteil** für M entstünde, falls er das Hauptsacheverfahren abwarten müsste.

- Eine solche Ausnahme läge vor, wenn dem Antragsteller ein **schwerer und unabwendbarer Nachteil** droht. Voraussetzung dafür ist, dass ein besonders intensiver Grundrechtseingriff vorliegt, der zu einer **irreparablen Grundrechtsverletzung** führen kann, wenn das BVerfG nicht vor Erschöpfung des Rechtsweges über die VB entscheidet.<sup>21</sup>

Ein schwerwiegender Verlauf einer Covid-Erkrankung ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Sollte M erkranken, so wäre eine schwere Gesundheitsbeeinträchtigung und sogar eine Bedrohung seines Lebens möglich. Somit erscheint es vor dem zusätzlichen Aspekt der Zumutbarkeit gerechtfertigt eine Ausnahme iSd § 90 II 2 Alt. 2 BVerfGG anzunehmen.

### VI. Form/Frist

Die Verfassungsbeschwerde müsste schriftlich iSd § 23 I BVerfGG und fristgemäß innerhalb eines Monats gem. § 93 I 2 BVerfGG erhoben werden.<sup>22</sup>

### VII. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis besteht auch weiterhin, insbesondere vor dem Hintergrund, dass M noch nicht geimpft wurde. Umfassender muss auf das Rechtsschutzbedürfnis begründet werden, wenn zwischenzeitlich eine Impfung erfolgt wäre und sich die Sache erledigt hätte. Gleichwohl kann das **Rechtsschutzbedürfnis fortwirken**. Dies könnte wegen einer fortwährenden Beeinträchtigung in Betracht kommen, weil ein **Rehabilitationsinteresse** besteht oder bei einer **verfassungsrechtlich grundsätzlich bedeutenden Frage** bzw. bei **besonders belastenden Grundrechtseingriffen**.<sup>23</sup> Somit ist die VB zulässig.

### B. Begründetheit

Die Individualverfassungsbeschwerde des M ist gem. **Art. 93 I Nr. 4a GG** begründet, wenn ihn das Urteil in einem seiner Grundrechte in verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise verletzt. In Betracht kommt vorliegend eine Verletzung von Art. 2 II 1 bzw. Art. 3 I GG.

<sup>17</sup> BVerGE 77, 381 (401); 80, 40 (45); Hillgruber/Goos, 5. Aufl. 2020, Rn. 307.

<sup>18</sup> Hillgruber/Goos, 5. Aufl. 2020, Verfassungsprozessrecht, Rn. 312.

<sup>19</sup> Hillgruber/Goos, 5. Aufl. 2020, Verfassungsprozessrecht, Rn. 312.

<sup>20</sup> Kingreen, Stellungnahme als Einzelgutachter zum Entwurf eines Gesetzes zur Priorisierung bei der Schutzimpfung gegen das Corona-Virus SARS-CoV-2, S. 2f.

<sup>21</sup> BVerGE 8, 222 (226); Hillgruber/Goos, 5. Aufl. 2020, Verfassungsprozessrecht, Rn. 313.

<sup>22</sup> Muhs/Riesen, Klausurwissen Staatsrecht II, 2020, S. 52f.

<sup>23</sup> Muhs/Riesen, Klausurwissen Staatsrecht II, 2020, S. 54f.

## I. Prüfungsmaßstab

Das BVerfG ist keine »**Superrevisionsinstanz**« und prüft ausschließlich die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts. Der Gegenstand des Verfahrens, Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts sowie Feststellung und Würdigung des Sachverhalts werden vom BVerfG grundsätzlich nicht geprüft. Allerdings müssen die Gerichte bei Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts den in den Grundrechten zum Ausdruck gebrachten Wertmaßstäben Rechnung tragen. Dies ist dann nicht der Fall, wenn Verfahrensgrundrechte nicht beachtet wurden, ein verfassungswidriges Gesetz angewendet oder die **Bedeutung von Grundrechten verkannt** wurde. In Betracht kommt zunächst eine Verkennung der Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG bei der Verimpfung des knappen Impfstoffs.

### 1. Bestehen und Umfang einer Schutzpflicht

#### a) Herleitung

Neben der Abwehrfunktion der Grundrechte, besitzen die Grundrechte Leben und körperliche Unversehrtheit auch einen **objektiv-rechtlichen Gehalt**, aus dem sich eine staatliche Pflicht zum Schutz jeden Menschenlebens ergibt.<sup>24</sup> Aus Art. 2 II 1 GG kann daher eine Schutzpflicht des Staates für Gesundheit und Leben abgeleitet werden. **Fraglich** ist, ob Adressat dieser Schutzpflicht neben dem Gesetzgeber auch die Exekutive ist. Zwar richtet sich die Erfüllung einer Schutzpflicht in erster Linie an den Gesetzgeber, weil das Parlament nach des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 III GG wichtige Gestaltungsfragen in Bezug auf die Grundrechte selbst zu treffen hat.<sup>25</sup> Die Durchführung der Impfung erfolgt aber durch die Länder, sodass sich im Einzelfall auch eine andere Priorisierung als verhältnismäßig erweisen kann, weil zB ein Härtefall vorliegt. Dabei sind im Einzelfall erforderlichenfalls die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht zu beachten, weil gem. Art. 1 III GG die Grundrechte auch die Exekutive als unmittelbar geltendes Recht binden, soweit nicht ein einfaches Gesetz nach Art. 20 III GG Vorrang genießt.

#### b) Qualität der Gefahr

Am 11.03.2020 erklärte die WHO die bisherige Epidemie zur Pandemie. Infolge der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 entsteht die meldepflichtige Krankheit COVID-19. Bei ca. 14 % der Betroffenen ist der Verlauf schwer, bei 5 % so schwer, dass eine intensivmedizinische Versorgung erfolgen muss. Das Risiko infolge der Infektion zu versterben wächst mit fortschreitendem Lebensalter. Der Fall-Verstorbenen-Anteil liegt bei Erkrankten bis etwa 50 Jahren bei 0,1 %, und liegt bei Personen über 80 Jahren häufig über 10 %. 86 % aller mit COVID-19 Verstorbenen waren über 80 Jahre alt. Durch die Lebenssituation des M ist er gezwungen sich weiterhin um seine schulpflichtigen Kinder zu kümmern, die teilweise am Präsenzunterricht teilnehmen, dadurch ist auch M einem erhöhten Infektionsrisiko ausgesetzt und dieses auch nicht durch eigene Maßnahmen, wie der Quarantäne, minimieren.

#### c) Qualität des Rechtsguts

Die Rechtsgüter Leben und Gesundheit sind von überragender Bedeutung für den Einzelnen und das Leben stellt einen Höchstwert innerhalb des Grundgesetzes dar.<sup>26</sup>

### 2. Verletzung der Schutzpflicht

#### a) Untermaßverbot

Insbesondere dem Gesetzgeber wird bei der Erfüllung Schutzpflichten ein **weiter** Gestaltungsspielraum eingeräumt.<sup>27</sup> Die Exekutive hat davon durch den Erlass der CoronalmpfV Gebrauch

<sup>24</sup> Gröpl/Windhorst/von Coelln, 4. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 123.

<sup>25</sup> Vgl. Kingreen, Stellungnahme als Einzelgutachter zum Entwurf eines Gesetzes zur Priorisierung bei der Schutzimpfung gegen das Corona-Virus SARS-CoV-2, S. 2f; Dürig/Herzog/Scholz-Di Fabio, 97. EL 2021, Art. 2 Abs. 2 Rn. 50.

<sup>26</sup> Gröpl/Windhorst/von Coelln, 4. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 142.

<sup>27</sup> Muhs/Riesen, Klausurwissen Staatsrecht II, 2020, S. 66.

gemacht und einen Impfanspruch in § 1 CoronalmpfV statuiert. Fraglich ist, ob das Land Niedersachsen M dadurch unzulässig beeinträchtigt, dass er nicht zu der höchstpriorisierten Gruppe der Heimbewohner gezählt wird. Eine **unzulässige Beeinträchtigung** liegt vor, wenn diese Eingruppierung nicht dem Schutzzweck dient. Die CoronalmpfV regelt einen Impfanspruch und, dass zunächst Personen, die das 80. Lebensjahr vollendet, zu impfen sind. Lediglich innerhalb dieser höchsten Priorisierung hat das Land Niedersachen mit den Heimbewohnern begonnen, sodass M noch keinen Anspruch auf Impfung hat. Da der Impfstoff zurzeit knapp ist und besonders Menschen, die in Heimen leben zu den Verstorbenen zählen, wurde mit dieser besonders vulnerablen Gruppe begonnen, hierin ist ein **stimmiges Schutzkonzept** zu sehen, sodass keine unzulässige Beeinträchtigung bei M feststellbar ist.

### III. Verletzung von Art. 3 I GG iVm Art. 2 II 1 GG

M könnte darüber hinaus in seinem **Recht auf chancengleiches Partizipieren** an Bestehendem verletzt sein. Somit könnte sich unmittelbar aus Art. 3 GG iVm Art. 2 II 1 GG ein Impfanspruch ergeben, wenn § 1 CoronalmpfV, wegen der Nichtbeachtung des Parlamentsvorbehalts aus Art. 20 III GG verfassungswidrig wäre. Insoweit könnte die **CoronalmpfV eine vorrangige einfachgesetzliche Regelung** für den Anspruch auf eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 sein. Problematisch ist jedoch, ob der parlamentarische Gesetzgeber die für die Vergabe wesentlichen Fragen selbst hätte regeln müssen. Die CoronalmpfV könnte mit dem verfassungsrechtlichen **Wesentlichkeitsgrundsatz** unvereinbar und daher verfassungswidrig und folglich nichtig sein.

#### aa) Bestimmtheitstrias, Art. 80 I 2 GG

Der delegierende Gesetzgeber muss in der Ermächtigungsgrundlage angeben, welche Sachfragen (Inhalt) in welchem Umfang (Ausmaß) und mit welcher Zielrichtung (Zweck) von der Exekutive durch Verordnung geregelt werden können.<sup>28</sup> Nach § 5 II 1 Nr. 4 lit. c und lit. f IfSG soll der Bundesgesundheitsminister dazu ermächtigt werden, das Verfahren der Herstellung und Verteilung der Impfstoffe zu regeln. Insofern bildet § 5 II 1 Nr. 4 IfSG eine Rechtsgrundlage für die §§ 5 ff CoronalmpfV. Allerdings wird dem Bundesgesundheitsminister nicht die Regelung einer Impfpriorisierung übertragen.<sup>29</sup> **AA vertretbar**

#### bb) Wesentlichkeitsvorbehalt aus Art. 80 I 2 GG

Fraglich ist, ob § 1 I 1, II 1 Nr. 1 iVm § 2 Nr. 1 CoronalmpfV den **Anforderungen an den Wesentlichkeitsvorbehalt** entspricht. Nach Art. 80 I 1 GG kann ein Bundesminister zwar eine Rechtsverordnung erlassen. Allerdings darf diese Delegationsmöglichkeit nicht so weit gehen, dass wesentliche Entscheidungen für die Grundrechtsausübung anderen Normgebern überlassen werden und der Parlamentsvorbehalt unterlaufen wird.<sup>30</sup> Deshalb muss der Gesetzgeber in **grundlegenden normativen Bereichen**, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlichen Regelungen zugänglich sind, alle **wesentlichen Entscheidungen** selbst treffen. Dies wird zum Teil aus **Art. 80 I 2 GG** hergeleitet, weil die Anforderungen zum Inhalt Zweck und Ausmaß des ermächtigenden Gesetzes im Kontext zum Vorbehalt des Gesetzes zu sehen sind.<sup>31</sup> Bei besonders einschneidenden Maßnahmen kann es daher geboten sein, dass der parlamentarische Gesetzgeber auch die Einzelheiten im Wesentlichen oder gar abschließend regelt.<sup>32</sup>

☞ Auch wenn für die Begrenzung eines Grundrechtrechts ein einfacher Gesetzesvorbehalt besteht, muss diese Beschränkungsmöglichkeit stets **im Lichte der Bedeutung des Grundrechts** gesehen werden<sup>33</sup>. ➔ **in dubio pro libertate**<sup>34</sup>

<sup>28</sup> Dürig/Herzog/Scholz-Remmert, 97. EL 2021, Art. 80 Rn. 63; Muhs/Riesen, Staatsrecht II, VB, S. 119.

<sup>29</sup> Vgl. Leisner-Egensperger, Stellungnahme, BT-Drs. 19/25260, S. 5f, www.bundestag.de.

<sup>30</sup> Muhs/Riesen, Staatsrecht II, VB, S. 119.

<sup>31</sup> Voßkuhle/Wischmeyer, JuS 2015, 311 (313); Dürig/Herzog/Scholz-Remmert, 97. EL 2021, Art. 80 Rn. 69ff.

<sup>32</sup> BVerfG, Beschluss vom 20.10.1980, Az: 1 BvR 640/80, Rn. 86, www.servat.unibe.ch/dfr; Muhs/Riesen, Staatsrecht II, VB, S. 119.

<sup>33</sup> Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, S. 134.

<sup>34</sup> Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, S. 29.

Man kann die Priorisierung bei Schutzimpfungen als eine »**Zuteilung von Lebenschancen**« auffassen, weil in den kommenden Monaten Menschen am Coronavirus SARS-CoV-2 sterben werden, weil für sie nicht rechtzeitig Impfstoff zur Verfügung stand. Dies hat dann zur Folge, dass die **Entscheidung über die Priorisierung** eine **wesentliche Entscheidung** über den Höchstwert Leben darstellt.

☞ Als Bezugspunkt für die Konkretisierung des Gesetzvorbehalts kann zunächst an den **Ge-setzesvorbehalt des Art. 2 II 3 GG** angeknüpft werden.<sup>35</sup> Nach dem Wortlaut des **Art. 2 II 3 GG** »auf Grund eines Gesetzes« scheint es, dass ein materielles Gesetz als Eingriffsgrundlage genügen würde. Für Eingriffe in das Leben und gezielte schwere Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit wird vertreten, dass sie unter einem strengen Parlamentsvorbehalt stehen, die ausschließlich durch förmliches Gesetz erfolgen.<sup>36</sup> Auch für die Verwirklichung der staatlichen Schutzpflicht erscheint ein stärkerer Parlamentsvorbehalt geboten, da die Nichtgewährung einer Impfung immer auch ein mittelbarer Eingriff in das Leben darstellen kann.

Also muss der **parlamentarische Gesetzgeber** die Entscheidung wer mit welcher Priorität Anspruch auf die Schutzimpfung hat, selbst treffen.<sup>37</sup> Nach hier vertretener Auffassung liegt ein Verstoß gegen den Wesentlichkeitsvorbehalt aus **Art. 80 I 2 GG iVm Art. 2 II 3 GG** vor. Die CoronalmpfV ist demnach verfassungswidrig und damit nichtig. **AA vertretbar**<sup>38</sup>

### cc) Teilhabeanspruch

Weiterhin ist zu untersuchen, ob aus den **Grundrechten ein Teilhabeanspruch** zugunsten des M auf sofortige Impfung hergeleitet werden kann. Die Grundrechte des Grundgesetzes wirken in zwei Dimensionen. Adressat ist zum einen der Staat, weil die Grundrechte nach **Art. 1 III GG eine objektive Pflicht** zu einem Verhalten begründen. Die Kehrseite ist die subjektiv-rechtliche Dimension. Sie gewährt dem Einzelnen dasjenige Tun und Unterlassen, wozu der Staat verpflichtet ist, einzufordern.<sup>39</sup> Diese Schutzpflichten des Staates können sich derart verdichten, dass dem Einzelnen ein Mindestmaß an Anspruch zu gewährleisten ist, da ansonsten ein Verstoß gegen die Schutzpflichten vorläge. **In der Regel** kann aus den Grundrechten kein unmittelbares Leistungsrecht abgeleitet werden. Ein Leistungsanspruch ergibt sich in der Regel nur mittelbar **aus Art. 3 I GG iVm dem jeweiligen Freiheitsrecht** als Teilhaberecht. Insoweit besteht ein Anspruch auf chancengleiches Partizipieren am Bestehenden.<sup>40</sup> Gewährt der Staat eine staatliche Leistung, folgt aus Art. 3 I GG ein Anspruch auf Teilhabe, wenn die Nichtleistung dem Anspruchsteller gegenüber eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt. Dieser Anspruch steht allerdings unter dem Vorbehalt des Möglichen.<sup>41</sup>

☞ Diese Grenzen des Möglichen sind auch unter Gleichheitsgrundrechten **sachgerechte Gründe** für die Beschränkung des Anspruchs.

Insoweit kann M verlangen, dass die vorhandenen Impfstoffkapazitäten nach sachgerechten Maßstäben verteilt werden. Die durch das Land Niedersachsen festgelegte Reihenfolge der Verteilung der Impfstoffe müsste somit **verhältnismäßig** sein.

### Verfolgung eines legitimen Zwecks

Die Priorisierung von Bewohnern von Alten- und Pflegeheimen wird vorgenommen, um schwere COVID-19-Erkrankungen und entsprechende Todesfälle zu verhindern. Gerade die

<sup>35</sup> Vgl. Dürig/Herzog/Scholz-Remmert, 97. EL 202, Art. 80 Rn. 70.

<sup>36</sup> Gröpl/Windhorst/von Coelln-Windhorst, 4. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 144.

<sup>37</sup> Kingreen, Schriftliche Stellungnahme, BT-Drs. 19/25260, S. 2ff, [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de); Augsberg: Ito vom 25.11.2020, [www.ito.de](http://www.ito.de).

<sup>38</sup> ausdrücklich offengelassen: LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 02.02.2021, Az: L 5 SV 1/21 B ER, Rn. 18, [www.rechtsprechung.niedersachsen.de](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de); VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 11.01.2021, Az: 20 L 1812/20, Rn. 66ff, [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de).

<sup>39</sup> Muhs/Riesen, Staatsrecht II, VB, S. 65.

<sup>40</sup> Muhs/Riesen, Staatsrecht II, VB, S. 63f.

<sup>41</sup> VG Hannover, Beschluss vom 25.01.2021, Az: 15 B 269/21, Rn. 27, [www.rechtsprechung.niedersachsen.de](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de).

Bewohner von Alten- und Pflegeheimen sind durch die unterschiedlichen Kontakte und aufgrund der Tatsache, dass eine enge räumliche Nähe zu anderen Betroffenen besteht stärker gefährdet einen schweren Verlauf der Erkrankung zu erleben. Schwere Verläufe erfordern medizinische und intensivmedizinische Betreuung. Da gerade die intensivmedizinischen Kapazitäten begrenzt sind und mit der Pandemie ohnehin eine stärkere Belastung von intensivmedizinischen Stationen gegeben ist, ist die vorrangige Impfung von besonders anfälligen Personen auch ein legitimer Zweck.

### Geeignetheit

- Die **Geeignetheit** einer Maßnahme verlangt, dass diese zur Zielerreichung zwecktauglich ist. Es genügt, wenn der gewünschte Erfolg gefördert wird bzw. teilweise erzielt wird.<sup>42</sup>

In den Alten- und Pflegeheimen ist das Ausbruchspotenzial als besonders hoch anzusehen. Eine Erkrankung hat für die betroffenen Bewohner ausweislich der statistischen Untersuchungen ein besonderes Risiko eines schweren bzw. tödlichen Verlaufs. Durch die Verhinderung schwerer Verläufe sinkt das Risiko einer Überlastung medizinischer Versorgungseinrichtungen.<sup>43</sup> Die Priorisierung ist mithin geeignet.

### Erforderlichkeit

- Die **Erforderlichkeit** einer Maßnahme ist anzunehmen, wenn von mehreren vorhandenen und zur Zielerreichung geeigneten Maßnahmen dasjenige ausgewählt wird, das den Betroffenen am wenigsten beeinträchtigt.

Zurzeit ist nicht so viel Impfstoff verfügbar, dass die Bevölkerung insgesamt geimpft werden kann. Um die Bevölkerung vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 bestmöglich zu schützen, ist es nach den Angaben der STIKO und des Deutschen Ethikrates sowie der Leopoldina notwendig, zunächst vorrangig die Personen zu impfen, die ein besonders hohes Risiko für einen tödlichen oder schweren Verlauf von COVID-19 aufweisen, ein besonders hohes arbeitsbedingtes Expositionsrisko gegenüber SARS-CoV-2 haben oder aufgrund ihrer Tätigkeit in häufigem Kontakt zu besonders durch COVID-19 gefährdeten Personen stehen. Dies trifft auf die Bewohner und Bewohnerinnen in Pflege- und Altenheimen in besonderem Maße zu. Diese haben im Vergleich zu Personen desselben Alters, die nicht in einer solchen Einrichtung leben, ein deutlich erhöhtes Risiko, sich mit SARS-CoV-2 zu infizieren und an COVID-19 zu versterben.<sup>44</sup> Zur Verhinderung einer Überlastung von medizinischen Einrichtungen ist kein milderes Mittel ersichtlich.

### Angemessenheit

- Das eingesetzte **Mittel** darf nicht **außer Verhältnis** zu dem verfolgten **Zweck** stehen.

Durch die mit der Priorisierung verbundene vorübergehende Zurückstellung der übrigen impfinteressierten Einwohner des Landes und damit auch des M liegt ein **mittelbarer Grundrechtseingriff** vor. Demgegenüber überwiegen die öffentlichen Interessen an einer Impfung besonders vulnerabler Gruppen, zu denen insbesondere die in Pflegeeinrichtungen wohnenden Menschen gehören. So dient die priorisierte Impfung einerseits dem persönlichen Schutz dieser Personen, andererseits aber auch der Wahrung der Funktionsfähigkeit der medizinischen Versorgungseinrichtungen. Aufgrund des bereits dargelegten Risikos eines besonders schweren Krankheitsverlaufes dieser Personengruppe sowie der Gefahr der raschen Verbreitung des Virus innerhalb einer Einrichtung, können Ausbruchsgeschehen in Pflege- und Altenheimen zu besonderen Belastungen der Intensivkapazitäten in den Kliniken führen. Die Aufrechterhaltung der medizinischen Versorgung und der Schutz besonders gefährdeter Gruppen ist ein überragendes Interesse der Allgemeinheit, das das Individualinteresse des Antragstellers

<sup>42</sup> Waechter, Polizei- und Ordnungsrecht, 2000, Rn. 447.

<sup>43</sup> Vgl. VG Hannover, Beschluss vom 25.01.2021, Az: 15 B 269/21, Rn. 19, [www.rechtsprechung.niedersachsen.de](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de); VG Hamburg, Beschluss vom 04.02.2021, Az: 19 E 373/21, S. 8, [www.justiz.hamburg.de](http://www.justiz.hamburg.de).

<sup>44</sup> VG Hannover, Beschluss vom 25.01.2021, Az: 15 B 269/21, Rn. 19, [www.rechtsprechung.niedersachsen.de](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de).

an einer sofortigen Schutzimpfung überwiegt.<sup>45</sup> Die Priorisierung erfolgt somit sachlich ge-rechtfertigt. Darüber hinaus macht der Antragsteller nicht geltend, dass es sich bei seiner Per-son um einen besonderen Härtefall handelt. M hat somit keinen Teilhabeanspruch. Die Indivi-dualverfassungsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

---

<sup>45</sup> VG Hannover, Beschluss vom 25.01.2021, Az: 15 B 269/21, Rn. 20, [www.rechtsprechung.niedersachsen.de](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de).