

BWV



BUNDESWEHRVERWALTUNG

ZEITSCHRIFT FÜR VERWALTUNG UND RECHT IN DER BUNDESWEHR

Herausgegeben in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium der Verteidigung von

Andreas Conradi, Ministerialdirektor und
Abteilungsleiter im BMVg

Sabine Grohmann, Präsidentin des Bundesamtes
für das Personalmanagement der Bundeswehr

Ulrike Hauröder-Strüning, Präsidentin des Bundes-
amtes für Infrastruktur, Umweltschutz und Dienst-
leistungen der Bundeswehr

Klaus von Heimendahl, Generalleutnant und
Abteilungsleiter im BMVg

Gerd Hoofe, Staatssekretär im BMVg

Gabriele Korb, Präsidentin des Bundesamtes für
Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der
Bundeswehr

Christoph Reifferscheid, Präsident des Bildungs-
zentrums der Bundeswehr

Martina Rosenberg, Präsidentin des Bundesamtes
für den Militärischen Abschirmdienst

Barbara Wießalla, Ministerialdirektorin und Ab-
teilungsleiterin im BMVg

SCHRIFTLEITUNG

Dr. Christian Raap, Ministerialrat im BMVg

Karl-Heinz Dittrich, Regierungsdirektor a.D.

AUS DEM INHALT

von Graevenitz

**Öffentliche Vergabe aus zivilrechtlicher Sicht – Eine
Einführung** S. 49

Stark

**Corona und kein Ende – Maskenpflicht und Impfpflicht
von Amtsträgern und Soldaten** S. 53

KURZBEITRÄGE S. 61

RECHTSPRECHUNG

BVerwG, Beschl. v. 06.11.2020 – 1 WDS-VR 10.20
Soldatenrecht S. 69

AUS DEM GESCHÄFTSBEREICH DES BMVG S. 71

BUCHBESPRECHUNGEN S. 72

IMPRESSUM S. 72

Heft 3
März 2021
Seiten 49-72
BWV 65. Jahrgang

ISSN 0007-5957
Art.-Nr. 56392103
PVSt 2006

3

Carl Heymanns Verlag

Corona und kein Ende – Maskenpflicht und Impfpflicht von Amtsträgern und Soldaten

Professor Dr. iur. Ralf Stark*

A. Einleitung

Die Corona-Pandemie hält die Welt nach wie vor in Atem und bestimmt in weiten Teilen das gesellschaftliche und wirtschaftliche Leben auch in Deutschland. Die Länder sind gemeinsam mit der Bundesregierung bemüht, die gesundheitlichen, wirtschaftlichen, sozialen und gesellschaftlichen Folgen der Pandemie zu beherrschen und eine weitere Ausbreitung zu verhindern. Neben dem harten Lockdown im Frühjahr und Winter letzten Jahres mit teilweise weitreichenden Freiheitsbeschränkungen war eine der in allen Ländern geltenden Maßnahmen die Anordnung einer allgemeinen Maskenpflicht, welche überwiegend befolgt wurde, teilweise indes mit Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden musste.

Mit der Entwicklung eines Impfstoffes gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (nachfolgend Coronavirus) steigen nicht nur die Hoffnungen der Menschen auf eine Beendigung der Pandemie und damit einhergehenden Beschränkungen der Freiheitsrechte, sondern auch die Befürchtungen neuer Grundrechtsbeschränkungen, namentlich einer Impfpflicht. Dies zuvörderst für Angehörige von systemrelevanten Berufsgruppen wie Amtsträgern und Soldaten.

Der nachfolgende Beitrag definiert zunächst die hier im Fokus stehenden Berufsgruppen (»Amtsträger und Soldaten«) und setzt sich sodann kritisch mit der Maskenpflicht respektive einer Impfpflicht der vg. Personengruppen auseinander.

B. Zielgruppe und Handlungspflichten

I. Amtsträger und Soldaten

Der Begriff des Amtsträgers ist nicht staatsrechtlich, sondern lediglich einfachgesetzlich normiert. Damit werden als Amtsträger Personen bezeichnet, die nach deutschem Recht Beamte oder Richter sind, sich in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis befinden oder sonst dazu bestellt sind, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung, unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform, wahrzunehmen.¹ Dafür ist es irrelevant, ob die Tätigkeit **haupt- oder ehrenamtlich** durchgeführt wird. Mithin gelten auch Verwaltungsangestellte, ehrenamtliche Wahlhelfer, Bürgermeister, Referendare oder in der Probezeit befindliche Personen im öffentlichen-Dienst als Amtsträger.² Demgegenüber sind Soldaten keine Amtsträger.³ Sie werden jedoch in bestimmten Bereichen (vgl. bspw. § 48 Wehrstrafgesetz) den Amtsträgern gleichgestellt. Mit anderen Worten: Ihr Dienst steht dem Amt gleich.

Damit haben alle Personen, die in den vg. Bereichen tätig sind, eines gemeinsam: Sie sind für das Funktionieren des Staates unverzichtbar, weshalb ihnen besondere Privilegien,⁴ aber auch besondere Pflichten⁵ obliegen. Zwei der Pflichten, welche hier im Fokus stehen, sind die Maskenpflicht sowie die Impfpflicht.

II. Maskenpflicht

1. Allgemeine Maskenpflicht

Die allgemeine Maskenpflicht ist in den Corona-Schutzverordnungen der Länder normiert und findet darüber hinaus ihre Grundlage in ordnungsbehördlichen Verordnungen und Allgemeinverfügungen der Kommunen. Die gesetzliche Grundlage der Corona-Schutzverordnungen der Länder findet sich in § 32 Satz 1 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (IfSG) i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG vom 20.07.2000. Die Länder können die ihnen erteilte Ermächtigung gem. § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG auf andere Stellen übertragen (sog. Subdelegation).⁶ Soweit vereinzelt gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Verordnungsermächtigung Bedenken im Hinblick auf einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes erhoben wurden, sind diese nicht begründet.⁷ Denn die erforderlichen Vorgaben müssen sich dabei nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben, vielmehr genügt es, dass sie sich mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Vorgeschichte der Regelung.⁸ Mithin ist an dieser Stelle zu prüfen, welche Grundrechte durch eine Maskenpflicht betroffen sein können.

a) Körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

Vereinzelt finden sich Veröffentlichungen, die das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit durch das verpflichtende Tragen von Mund-Nasen-Schutzmasken tangiert sehen.⁹ Dies sei vorgeblich auch bei gesunden Menschen bedingt

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Professor für Staats- und Europarecht an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung des Landes NRW. Der Aufsatz wurde anlässlich einer Reservistendienstleistung des Verfassers im Dienstgrad Oberstleutnant in der Abt. Recht des BMVg (Referat R III 5) gefertigt und gibt nur die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. Hinsichtlich fachmedizinischer Fragen wurde der Verfasser durch Dr. med. Wolfgang Knüll (Rösrath) unterstützt.

1 Vgl. die Legaldefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

2 Der Bundesgerichtshof hat im Jahr 2009 entschieden, dass sogar verantwortliche Redakteure der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Amtsträger anzusehen sind (BGH, Urt. v. 27.11.2009 – 2 StR 104/09).

3 Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019 § 335a Rn. 12; Korte, in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2019, § 331 Rn. 52.

4 Bspw. keine persönliche Haftung bei Amtspflichtverletzungen aufgrund der Haftungsüberleitung auf den Staat gem. Art. 34 Satz 1 GG, vgl. Detterbeck, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 34 Rn. 55; Alimentationspflicht des Dienstherrn gegenüber dem Beamten und seiner Familie, vgl. Schnellenbach/Bodanowitz, Beamtenrecht in der Praxis, 10. Aufl. 2020, § 10 Rn. 8 ff.

5 Verschärfte Strafandrohung bei Amtsdelikten, vgl. §§ 340, 343, 344, 345 und 348 StGB.

6 Johann/Gabriel, Infektionsschutzrecht 2020, § 2 Rn. 7.

7 OVG Sachsen-Anhalt, BeckRS 2020, 8018, Rn. 23; VGH Baden-Württ., BeckRS 2020, 6351 Rn. 30 ff.; Johann/Gabriel, Infektionsschutzrecht, 2020, § 28 Rn. 5.

8 BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 – 1 BvR 1314/12 – juris Rn. 182; OVG Sachsen-Anhalt; Beschl. v. 11.06.2020 – 3 R 102/20 – juris Rn. 32 ff. m.w.N.

9 <https://www.wochenblick.at/knapp-dem-tod-entronnen-legionarskrankheit-aus-corona-maske>.

durch einen Anstieg des CO₂-Spiegels im Blut aufgrund der CO₂-Akkumulation hinter der Maske, welcher Symptome wie Kopfschmerzen, Unwohlsein, Schwindel pp. hervorrufen soll. Da Masken, vor allem feuchte Masken, ein idealer Nährboden für Bakterien, Viren und Pilze seien, bestünden hier zudem Gesundheitsgefahren, die zu einer Betroffenheit des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit führen könnten.¹⁰ Demgegenüber ist zu konstatieren, dass es bis dato nicht eine belastbare wissenschaftliche Untersuchung gibt, welche die vorstehend erwähnten Gefahren bestätigt.¹¹ Im Gegenteil folgt aus einer Veröffentlichung vom 02.10.2020 aufgrund einer aktuellen Untersuchung aus den USA,¹² dass eine Gesundheitsgefahr durch das Tragen einer herkömmlichen Mund-Nasen-Schutzmaske aus Stoff (nachfolgend M-N-S-Maske) nicht nachzuweisen ist.¹³ Gleiches gilt für feuchte M-N-S-Masken, wenn hier regelmäßig ein Maskenwechsel durchgeführt wird.^{14/15} Mithin kann bis dato seriös nicht von einer Betroffenheit des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit durch eine Maskenpflicht mit M-N-S-Masken ausgegangen werden.

b) Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Da das Tragen einer M-N-S-Maske somit nicht die körperliche Unversehrtheit tangiert, besteht eine Grundrechtsrelevanz lediglich im Hinblick auf die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit. Hierdurch ist jedes menschliche Verhalten geschützt,¹⁶ folglich auch das Recht, eine M-N-S-Maske zu tragen und/oder das Recht, eine M-N-S-Maske nicht tragen zu müssen. Dieses Grundrecht wird durch die – weit – gefassten Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung, Rechte anderer und das Sittengesetz (sog. Schrankentrias) beschränkt.¹⁷ Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört jedes Gesetz und damit nicht nur formelle (Parlaments-)Gesetze, sondern auch materielle Gesetze wie Rechtsverordnungen, ordnungsbehördliche Verordnungen oder/und Satzungen.¹⁸ Mithin kann die Maskenpflicht aufgrund der Corona-Schutzverordnungen grundsätzlich unproblematisch ergehen. Ob die Anordnung der Maskenpflicht in concreto rechtmäßig ist, ist einzelfallabhängig und stets am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu bestimmen, sodass sich diesbezüglich verallgemeinernde Aussagen verbieten. Dementsprechend uneinheitlich sind die Verordnungen und Allgemeinverfügungen sowie – spiegelbildlich – die Gerichtsentscheidungen quer durch die Republik.¹⁹

2. Maskenpflicht für Beamte, Richter und sonstige Amtsträger

Der Beamte muss auf die Erhaltung und – soweit erforderlich – auf die Wiederherstellung seiner Gesundheit achten.²⁰ Diese Pflicht ist – anders als bei den Soldaten der Bundeswehr (vgl. § 17a Abs. 1 SG) – gesetzlich nicht normiert. Da der Beamte indes gem. § 61 Abs. 1 BBG respektive gem. § 34 BeamStG zum vollen persönlichen Einsatz für seinen Beruf verpflichtet ist, gehört hierzu auch die persönliche Einsatzfähigkeit. Damit ist er ohne jeden Zweifel auch zur Gesunderhaltung verpflichtet, da andernfalls die Einsatzfähigkeit denklogisch nicht zu erreichen ist. Hierfür spricht auch das aus Art. 34 Abs. 4 GG folgende Dienst- und Treueverhältnis. Dementsprechend besteht für Beamte, insbesondere Polizeivollzugsbeamte, die Pflicht, sich körperlich fit und allgemein gesund zu erhalten. So ist bspw. für die Bundespolizisten explizit normiert (vgl. § 14 Abs. 3 BPolIV), dass die (Polizei-)

Beamten nicht nur zum Erhalt ihrer körperlichen Leistungsfähigkeit verpflichtet sind, sondern diese nach Möglichkeit auch noch zu steigern haben. Beamte, deren Dienstfähigkeit bereits eingeschränkt oder aufgehoben ist, unterliegen hiermit korrespondierend der Pflicht, diese nach Möglichkeit wieder zu erlangen. Legt man dies zugrunde, so ist im Hinblick auf die Maskenpflicht der Beamten wie folgt zu differenzieren:

Aufgrund der Verpflichtung zur Gesunderhaltung wäre der Beamte auch ohne gesonderte Anordnung (und zwar in und außer Dienst) verpflichtet, eine M-N-S-Maske zu tragen, wenn das Tragen der M-N-S-Maske (zumindest auch) dem Eigenschutz dient. Dies ist indes bei den M-N-S-Masken nicht der Fall.²¹ Anders ist es nur bei den partikelfiltrierenden Halbmasken (sog. FFP2- oder FFP3-Masken).²² Diesbezüglich ließe sich zwar aus Gründen des Eigenschutzes und damit der Pflicht zur Gesunderhaltung eine Maskenpflicht begründen, indes würde dies zu weiteren Folgeproblemen führen (Bereitstellung durch den Dienstherrn, damit einhergehende Lieferengpässe, beschränkte Tragezeit der FFP-Masken²³ und damit eine beschränkte Einsatzfähigkeit der Beamten).

10 <https://www.wochenblick.at/knapp-dem-tod-entronnen-legionnaireskrankheit-aus-corona-maske>.

11 Bis dato ist nur eine Studie der Technischen Universität München aus dem Jahre 2005 bekannt, welche sich mit der Rückatmung von CO₂ ausschließlich von sog. Operationsmasken bezieht (vgl. Butz, Rückatmung von Kohlendioxid bei Verwendung von Operationsmasken als hygienischer Mundschutz bei medizinischem Fachpersonal, TU München, 2005, Satz 32, 35 u. Satz 43.).

12 *Annals of the American Thoracic Society* (2020; DOI:10.1513/AnnalsAT-Satz 202007–812RL).

13 Anders ggf. aber bei FFP-Masken (vgl. Deutsche Gesellschaft für Hygiene und Mikrobiologie 04.11.2020, Infektionsprävention durch das Tragen von Masken – Gemeinsame Stellungnahme mit der GfR [Gesellschaft für Virologie, https://www.dghm.org/wp-content/uploads/2020/11/Masken_DGHM_Stellungnahme-DGHM-und-GfV041120.pdf m.w.N.]).

14 *Deutsches Ärzteblatt International*, 2020, 117: 674–5; DOI: 10.3238/Ärzteblatt 2020.0674.

15 Feuchte Masken haben nur die Eigenschaft, dass sie virendurchlässiger sind (vgl. Fraunhoferinstitut 11.05.2020 zur empfohlenen Tragedauer von Schutzmasken, https://www.itwm.fraunhofer.de/de/presse-publikationen/presseinformationen/2020/2020_05_11_tragedauer-schutzmasken-corona-krise.html).

16 BVerfGE 80, 137 (152); Schröder, JA 2016, 648.

17 BVerfGE 90, 145 (171); BVerfG, NJW 2019, 1433; Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 19; Lang, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, Art. 2 Rn. 24.

18 BVerfGE 80, 137(163); 90, 145 (172); BVerfG, NJW 2012, 1062 ff.; Schmidt, Grundrechte, 25. Aufl. 2020, Rn. 263 m.w.N.

19 Vgl. VGH München, Beschl. v. 11.05.2020, BeckRS 2020, 8311; OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 15.10.2020 – 3 MR 43/20; OVG Magdeburg, Beschl. v. 11.06.2020, BeckRS 2020, 12249; OVG Münster, Beschl. v. 20.08.2020 – 13 B 1197/20.NE; a.A.: VG Braunschweig, Beschl. v. 13.11.2020 – 4 B 396/20; VG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2020 – 26 L 2226/20.

20 Schnellenbach/Bodanowitz, *Beamtenrecht in der Praxis*, 10. Aufl. 2020, Rn. 10 m.w.N.

21 Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte 17.12.2020: Hinweise des BfArM zur Verwendung von Mund-Nasen-Bedeckungen, medizinischen Gesichtsmasken sowie partikelfiltrierenden Halbmasken (FFP-Masken), <https://www.bfarm.de/SharedDocs/Risikoinformationen/Medizinprodukte/DE/schutzmasken.html>.

22 Grätzel v. Grätz, *Schutz vor SARS-CoV-2. Wieviel Maske sollte es sein?*, MMV-Fortschritte der Medizin, Ausgabe 8/20 v. 30.04.2020.

23 RKI v. 06.01.2021, Infektionsschutzmaßnahmen – Welche Funktion bzw. Einsatzbereiche haben FFP2-Masken außerhalb der Indikationen des Arbeitsschutzes, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Arbeitsschutz_Tab.html#FN; Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege: Welche Tragezeiten sind für FFP2-Masken zu beachten?; <https://www.bgw-online.de/SharedDocs/FAQs/DE/News/Logo-Physio-Ergo/Corona-Tragedauer-FFP2.html>.

Sollte die Maskenpflicht für den dienstlichen Bereich demgegenüber aus Gründen des Fremdschutzes auch mit M-N-S-Masken angeordnet werden, folgt die Befolgung dieser Pflicht ohne weiteres aus § 62 Abs. 1 BBG respektive § 35 Abs. 1 BeamtStG. Entsprechendes – wie vor – gilt über die Verweisungsnorm des § 46 DRiG für Richter und gemäß den §§ 618 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 3, 5 ArbSchG für die sonstigen Amtsträger, welche Angestellte des öffentlichen Dienstes sind. Die Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers folgt hierbei aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 Satz 1 GewO. Für die Zivilangestellten der Bundeswehr folgt eine Anordnungsbefugnis daneben auch aus der Eigenvollzugskompetenz der Bundeswehr für ihren Bereich gem. § 54a IfSG i.V.m. den einschlägigen Regelungen des IfSG.²⁴

3. Maskenpflicht für Soldaten der Bundeswehr

Wie zuvor ausgeführt besteht gem. § 17a Abs. 1 Satz 1 SG die einfachgesetzlich normierte Pflicht des Soldaten, alles in seinen Kräften Stehende zu tun, um seine Gesundheit zu erhalten. Damit besteht für die Soldaten eine rechtliche Grundlage, diese Pflicht durch Befehl näher zu konkretisieren, insbesondere auch zur Vorbeugung einer Erkrankung bestimmte Verhaltensmaßnahmen zu ergreifen.²⁵ Analog den vorstehenden Ausführungen unter Pkt. 2 lässt sich daher eine Maskenpflicht mit FFP-Masken aus Gründen des Eigenschutzes von Gesetzes wegen begründen. Dies indes gleichfalls mit den zuvor aufgezeigten Folgeproblemen (Bereitstellung durch den Dienstherrn, damit einhergehende Lieferengpässe, beschränkte Tragezeit der FFP-Masken und damit eine beschränkte Einsatzfähigkeit der Soldaten).

Wird die Maskenpflicht mit M-N-S-Masken befohlen, welche – wie zuvor aufgezeigt – ausschließlich dem Fremdschutz dienen, lässt sich die (Befehls-)Anordnungsbefugnis aus § 10 Abs. 4 SG herleiten, weil eine diesbezügliche Anordnung der Gesunderhaltung der Soldaten und damit der Aufrechterhaltung der Einsatzbereitschaft der Bundeswehr dient, sodass ein dienstlicher Zweck erfüllt ist.²⁶ Schlussendlich besteht eine entsprechende Anordnungsbefugnis auch aus der Eigenvollzugskompetenz der Bundeswehr gem. § 54a IfSG i.V.m. den einschlägigen Regelungen des IfSG. Denn der Bundeswehr ist aufgrund der vgl. Norm die Spezialzuständigkeit des Vollzuges des IfSG in ihrem Bereich übertragen.²⁷ Dies wohlgermerkt nicht nur innerhalb militärischer Liegenschaften und Einrichtungen, sondern auch außerhalb. Denn mit der Formulierung »während ihrer Dienstausbung« wird ein zeitlicher Zusammenhang hergestellt; ein funktioneller Zusammenhang muss hierfür unbestritten nicht bestehen.²⁸ Insoweit besteht gem. § 54a Abs. 3 IfSG lediglich die Besonderheit, dass entsprechende Maßnahmen mit den zivilen Dienststellen abzusprechen sind, um wegen der Betroffenheit der allgemeinen Bevölkerung Rechtssicherheit zu schaffen.²⁹ An einer Maskenpflicht und einer entsprechenden Anordnungsbefugnis des Dienstherrn bestehen deshalb für die Soldaten der Bundeswehr keine Bedenken.

III. Impfpflicht

1. Allgemeine Impfpflicht

Die Frage nach einer allgemeinen Impfpflicht ist weder neu noch ungeklärt. Bis in die siebziger Jahre gab es – seinerzeit noch auf der Grundlage des Reichsimpfgesetzes von 1874 – eine allgemeine Impfpflicht gegen Pocken, welche

vom BVerwG mit Urteil vom 14.07.1959 für verfassungsgemäß erklärt wurde.³⁰ Seit dem 01.03.2020 besteht nunmehr aufgrund des § 20 Abs. 9 IfSG eine Impfpflicht gegen Masern für Personen in Gesundheits- und Gemeinschaftseinrichtungen, welche nach dem 31.12.1970 geboren sind. Dies betrifft Kinder in Kindertagesstätten und Schulen, Mitarbeitende in Kitas, Schulen oder anderen Gemeinschaftseinrichtungen, Tagesmütter, Bewohner und Mitarbeitende in Asylbewerber- und Flüchtlingsunterkünften, Beschäftigte in medizinischen Einrichtungen wie Arztpraxen, ambulanten Pflegediensten oder Krankenhäusern. Neu und (verfassungs-) rechtlich ungeklärt ist die Frage, ob es auch eine Impfpflicht gegen das Coronavirus mit dem neu entwickelten Impfstoff geben kann.

a) Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

Die allgemeine Impfpflicht in Form einer sprichwörtlichen Zwangsimpfung, welche notfalls im Wege der Vollstreckung durchgesetzt werden würde, stellt ohne jeden Zweifel einen Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG dar. Denn der Körper wird durch das Einstechen mit einer Nadel physisch tangiert und der menschliche Körper darüber hinaus durch die Impfung neuartigen mRNA Impfstoffen ausgesetzt. Dies mit dem Ziel der Befähigung zur Antikörperbildung gegen das Coronavirus. Nichts anderes gilt für den Fall, wenn eine Impfpflicht mit Hilfe des Ordnungswidrigkeiten- oder sogar des Strafrechts durchgesetzt werden würde respektive bestimmte Leistungen des Staates von dem Nachweis einer Impfung abhängig gemacht würden. In diesem Fall läge zumindest ein mittelbarer Grundrechtseingriff vor, weil für den Staat aufgrund der Bußgeld-/Strafandrohung oder durch das Vorenthalten von staatlichen Leistungen zumindest vorhersehbar (und gewollt) ist, dass es zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit kommt (Aspekt der Zurechenbarkeit).³¹

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

Ein solcher Eingriff wäre gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG nur aufgrund Gesetzes statthaft. Hierfür ist in formeller Hinsicht einzig fraglich, wer zum Erlass eines derartigen Gesetzes zuständig wäre und ob es für eine allgemeine Impfpflicht eines (Parlaments-)Gesetzes bedarf oder eine Impfpflicht auch durch Rechtsverordnung statuiert werden könnte.

24 Siehe hierzu nachfolgend unter Pkt. 3.

25 Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks, Soldatengesetz, 10. Aufl. § 17 Rn. 49 zur wortgleichen Vorläufervorschrift des § 17 Abs. 4 Satz 1 SG.

26 Zu weitgehend ist es sicherlich aus der im Grundgesetz gem. Art. 87a GG festgelegten Wehrverfassung ableiten zu wollen, dass die Grundrechte der Soldaten bereits ohne spezialgesetzliche Normierung rechtmäßig durch die gesetzlich begründeten Pflichten der Soldaten i.R.d. Erfordernisse des militärischen Dienstes beschränkt sind (in diesem Sinne aber: BVerwG, NVwZ 1996, 474).

27 Winkelmüller, in: Eckart/Winkelmüller, Infektionsschutzrecht, 2020, § 54a Rn. 2.

28 Ostermann, in: Kießling, Infektionsschutzgesetz, 2020, § 54a Rn. 2.

29 Winkelmüller in: Eckart/Winkelmüller, Infektionsschutzrecht, 2020, § 54a Rn. 2.

30 BVerwG, Urt. v. 14.07.1959 – I C 170.56.

31 Vgl. nur: BVerfG, NVwZ 2018, 224 ff.; BVerfG, NJW 2011, 2114; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Vorb. Art. 1–19, Rn. 51a; Murswiek, NVwZ 2003, 1 ff.; Schmidt, Grundrechte, 25. Aufl. 2020, Rn. 151.

aa) Die Gesetzgebungszuständigkeit

Grundsätzlich sind die Länder gem. Art. 70 Abs. 1 GG für die allgemeine Gesundheitsvorsorge zuständig.³² Gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG besitzt der Bund die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit nur für Maßnahmen gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten. Als gemeingefährlich gelten solche Krankheiten, die zu schweren Gesundheitsschäden oder zum Tod führen und eine gewisse Verbreitung aufweisen.³³ Übertragbar sind Krankheiten dann, wenn sie durch Krankheitserreger verursacht werden, die direkt oder mittelbar übertragen werden können.³⁴ Da das Coronavirus sowohl zu schweren Gesundheitsschäden als auch zum Tod führen kann und durch Krankheitserreger übertragbar ist, liegt die Zuständigkeit für die Einführung einer allgemeinen Impfpflicht ohne jeden Zweifel gem. Art. 72 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG beim Bund. Von dieser Zuständigkeit hat der Bund durch den Erlass des IfSG Gebrauch gemacht. Allerdings enthält das Gesetz bis dato (noch) keine Ermächtigung für eine generelle Impfpflicht. In § 20 Abs. 6 IfSG wird das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) lediglich ermächtigt, durch Rechtsverordnung anzuordnen, dass »bedrohte Teile der Bevölkerung« an Schutzimpfungen teilzunehmen haben, wenn eine übertragbare Krankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist. Von dieser Ermächtigung hat das BMG bekanntlich (noch) keinen Gebrauch gemacht. Solange dies (noch) nicht der Fall ist, wären die Länder zum Erlass einer Rechtsverordnung zur Impfpflicht gegen das Coronavirus zuständig. Hiervon wurde gleichfalls weder Gebrauch gemacht, noch wird dies – auf Länderebene – ernsthaft diskutiert. Dies sicherlich aus gutem Grund. Denn aufgrund der überragenden Bedeutung des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit bestehen an der Verfassungsmäßigkeit dieser Verordnungsermächtigung erhebliche Bedenken.³⁵ Aufgrund des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes und der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG³⁶ ist mit Nachdruck zu fordern, dass eine derartige Impfpflicht (unabhängig von der Einhaltung weiterer Erfordernisse) in jedem Fall von dem Parlament und nicht von der Exekutive zu beschließen ist.³⁷ Dies folgt ohne weiteres aus einem Erst-Recht-Schluss: Wenn nach der Rechtsprechung des BVerwG schon für Regelungen der Haar- und Barttracht von Polizeivollzugsbeamten und Soldaten der Bundeswehr ein förmliches (Parlaments-)Gesetz erforderlich ist,³⁸ dann doch wohl erst recht, wenn es um finale Eingriffe in den Körper (mit derzeit noch nicht absehbaren (Langzeit-)Folgen) geht.³⁹

bb) Verhältnismäßigkeit einer Impfpflicht

Soweit in Abhängigkeit der Inzidenzzahlen mal mehr, mal weniger eine (parlaments-)gesetzliche Impfpflicht auf Bundesebene thematisiert wird, reißen die Diskussionen über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Impfpflicht nicht ab.⁴⁰ Ein derartiges (Parlaments-)Gesetz müsste in materieller Hinsicht zuvörderst mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sein, also ein legitimes Ziel verfolgen, geeignet, erforderlich und angemessen sein.⁴¹

(1) Legitimer Zweck der Impfpflicht

Legitim ist der Zweck, wenn er auf das Wohl der Allgemeinheit gerichtet ist bzw. wenn ein öffentliches Interesse verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen ist.⁴² Da Impfungen jed-

weder Art sowohl der individual- als auch der bevölkerungsmedizinischen Prävention dienen, bestehen keine Zweifel, dass eine generelle Impfpflicht – auch und gerade aufgrund der dem Gesetzgeber zuzubilligenden Einschätzungsprärogative – ein legitimes Ziel verfolgt.

(2) Geeignetheit der Impfpflicht

Geeignet ist die Maßnahme dann, wenn sie überhaupt in der Lage ist, das gesetzte Ziel zu erreichen, zumindest aber zu fördern.⁴³ Die Zielsetzung von Schutzimpfungen ist zum einen der individuelle Krankheitsschutz, zum anderen der Populationschutz (Herdennimmunität).⁴⁴ Dies deshalb, weil indirekt auch nicht geimpfte Menschen vor einer Erkrankung geschützt werden, da sie die weitere Verbreitung einer Infektionskrankheit stoppen oder verringern. Nach den aktuell⁴⁵ vorliegenden Erkenntnissen liegt der Schutz einer Impfung mit den neuartigen mRNA-Impfstoffen und damit der Schutz, nicht an Corona zu erkranken, bei 95 %.⁴⁶ Auch wenn bis dato noch keine belastbaren Untersuchungen vorliegen, wie lange der Schutz nach der notwendigen zweimaligen Impfung andauert, bevor die Impfung aufgefrischt werden

32 Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 83; Oeter in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 134.

33 Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 83; Schnapf in: Hömig/Wolff, Grundgesetz, 12. Aufl. 2018, Art. Rn. 18; Wittreck in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 86.

34 Seiler in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 45. Edition, Stand: 15.11.2020, Art. 74 Rn. 70; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 135; Kluckert, Das neue Infektionsschutzrecht, § 14 Verhütung übertragbarer Krankheiten: Schutzimpfungen, 2020, Rn. 7.

35 Gassner, Impfwang und Verfassung: Mit Macht gegen Masern?, Legal Tribune Online v. 10.07.2013; Klafki, Risiko und Recht, 2017, Satz 347–350.

36 Der parlamentarische Gesetzgeber ist verpflichtet, in grundlegenden grundrechtsrelevanten Bereichen alle wesentlichen Regelungen selbst zu treffen, und darf diese nicht über mehr oder minder globale Ermächtigungen an die Executive delegieren (BVerfG, NJW 2015, 1280; BVerwG, NVwZ 2018, 1143; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.08.2018 – 4 S 36/18; Schmidt, Grundrechte, 25. Aufl. 2020, Rn. 187).

37 Ebenso: Gassner, Impfwang und Verfassung: Mit Macht gegen Masern?, Legal Tribune Online v. 10.07.2013; Klafki, Risiko und Recht, 2017, 347–350; Wolf, »Demokratie im Ausnahmezustand – Darf es eine Impfpflicht gegen Corona geben?«, E-Paperreihe, Juli 2020, Satz 1 ff.; a.A.: Kluckert, Das neue Infektionsschutzgesetz, 2020, § 14 Verhütung übertragbarer Krankheiten: Schutzimpfungen, Rn. 15 f.; Unklar insoweit Augsberg, der sich zwar einerseits »dringend für eine gesetzliche Grundlage im IfSG« ausspricht, die »grobe Leitlinien enthält«, andererseits aber ausführt, dass »auf der Basis [...] eine Rechtsverordnung des Bundesgesundheitsministeriums ergehen kann oder eine Verordnung, die zusätzlich noch auf eine Empfehlung der ständigen Impfkommision verweist« <https://www.aerztezeitung.de/Politik/Staatsrechtler-haelt-Impfpflicht-in-Teilbereichen-fuer-moeglich-415323.html>.

38 BVerwGE, 125, 85; BVerwG, NVwZ 2019, 1292.

39 Zu den Langzeitfolgen siehe hierzu nachfolgend unter Pkt. (4).

40 Augsberg (o. Fn. 37): »Eine Impfpflicht in Teilbereichen ist möglich«; Kluckert (o. Fn. 37), Rn. 23 ff.; Wolf, »Demokratie im Ausnahmezustand – Darf es eine Impfpflicht gegen Corona geben?«, E-Paperreihe, Juli 2020, Satz 1 ff.

41 Grundlegend hierzu: BVerfG, NJW 2019, 1433 u. BVerfG, NJW 2019, 833 jeweils unter Verweis auf die st. Rspr. BVerfGE 67, 157 (173); 120, 378 (427); 141, 229 (265).

42 BVerfGE, 124, 300 (311); Schmidt, Grundrechte, 25. Aufl. 2020, Rn. 170 m.w.N.

43 Vgl. nur BVerfGE, 81, 156 (192); BVerfG, NJW 2019, 830, zuletzt: BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15.

44 <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/praevention/impfungen/schutzimpfungen.html>.

45 Stand 2. KW 2021.

46 New England Journal of Medicine: Polack, Thomas et al.: Safety and Efficacy of the BNT 162B2 MRAN Covid-19 Vaccine.

muss, lässt sich bis hierhin konstatieren, dass eine allgemeine Corona-Schutzimpfung im Hinblick auf den individuellen Krankheitsschutz auf jeden Fall geeignet ist, das gesetzte Ziel zu erreichen. Im Hinblick auf den Populationsschutz ist gleichfalls nicht sicher belegt, ob geimpfte Personen dennoch das Coronavirus weitergeben können,⁴⁷ sodass die Geeignetheit einer Corona-Schutzimpfung insoweit in Frage gestellt werden könnte. Berücksichtigt man jedoch, dass Personen, die von Corona gesundet sind, zumindest für sechs Monate immun sind⁴⁸ und die Wahrscheinlichkeit, dass geimpfte Personen das Virus an Nichtgeimpfte weitergeben könnten, jedenfalls geringer ist als bei nicht geimpften Personen,⁴⁹ ist die Geeignetheit einer Impfpflicht auch unter diesem Aspekt zu bejahen.

(3) Erforderlichkeit der Impfpflicht

Darüber hinaus müsste eine generelle Impfpflicht auch erforderlich sein. Dies ist nur der Fall, wenn es kein gleichwirksames, milderer Mittel gibt, um das gesetzte Ziel zu erreichen.⁵⁰ Diesbezüglich wäre zunächst an Impfeempfehlungen zu denken, welche aufgrund des freiwilligen Charakters jedoch nicht gleich geeignet sind. Alternativ hierzu könnte man an (finanzielle) Anreize für solche Personen denken, die sich impfen lassen. Ein derartiges Vorhaben dürfte indes – m.E. zu Recht – erheblicher Kritik ausgesetzt sein. Denn es ist zu erwarten, dass sich die finanziell bedürftigen Personen dann aus allein monetären Gründen einer Impfung unterziehen, weshalb eine derartige Maßnahme keine breite Unterstützung finden dürfte. Mithin ist ein gleich wirksames, milderer Mittel als eine generelle Impfpflicht nicht ersichtlich.

(4) Angemessenheit der Impfpflicht

Der kardinale Gesichtspunkt ist damit, ob eine gesetzlich statuierte Impfpflicht auch angemessen wäre (sog. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).⁵¹ Mithin sind hier die Grundrechte der von einer Impfpflicht Betroffenen mit den Grundrechten Dritter und/oder den tangierten öffentlichen Interessen abzuwägen und in ein angemessenes Verhältnis zu setzen (praktische Konkordanz).⁵² Die Herstellung der praktischen Konkordanz wird nicht dadurch einfacher, dass sich auf beiden Seiten dieses Grundrechtsdreiecks (Bürger-Bürger-Staat) das gleiche Grundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) nur in verschiedenen Dimensionen gegenübersteht und zwischen diesen Grundrechten eine abstrakte Gleichwertigkeit besteht. Zudem wird die Abwägung in concreto zwischen dem Schutz der impfunfähigen Dritten vor ansteckenden Dritten und Abwehrgrundrechtsträgern vor dem staatlichen Eingriff dadurch erschwert, dass im Bereich beider Grundrechtsdimensionen in tatsächlicher Hinsicht bis dato noch unkalkulierte Risiken mitschwingen: Auf der Seite der zu Schützenden ist die Ansteckung (auch bei fehlendem Schutz durch die sog. Herdenimmunität) nicht sicher prognostizierbar. Auf der anderen Seite der Impfpflichtigen ist das Risiko einer Impfschädigung – trotz hoher Anforderungen an die Sicherheit der Impfstoffe – nicht gänzlich auszuschließen. Weiter helfen können deshalb nur die Erkenntnisse der evidenzbasierten Medizin, welche darüber Auskunft geben, wie groß das Realisierungsrisiko bzw. die Gefahrennähe der jeweiligen Grundrechtsdimensionen tatsächlich ist. Hiernach gilt:

Auf Seiten der von einer Impfpflicht betroffenen Personen ist – wie zuvor ausgeführt – das Grundrecht auf körperliche

Unversehrtheit betroffen. Die dafür aktuell vorgesehenen Impfsbstanzien sind im vorliegenden Falle insofern als »besonders andersartig« zu betrachten,⁵³ weil es sich bei allen bis dato zur Verfügung stehenden und geordneten mRNA-Impfstoffen⁵⁴ um vollkommen neuartige Wirkprinzipien der Unternehmen Biontech, Moderna und Curevac handelt, deren genauer Mechanismus der Immunsystemaktivierung noch nicht vollständig aufgeklärt ist.⁵⁵ Vergleichbares gilt bei einer Impfung mit dem bestellten Vector Impfstoff von Astra-Zeneca, bei dem ein genetischer Code des Coronavirus in die Erbanlage eines Virus von Schimpansen eingefügt wurde.⁵⁶ Das Impfprinzip mit dem Impfstoff von Astra-Zeneca ist zwar bereits in ähnlicher Weise in Form des Ebola-Impfstoffes erprobt worden,⁵⁷ dennoch gilt diese Art des Impfens, ebenso wie die v.g. Impfstoffe – wissenschaftlich unstrittig – als völlig neuartig.⁵⁸ Im Hinblick auf die Nebenwirkungen und Langzeitfolgen gilt es zu differenzieren: Nach allen bis dato vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnissen scheint die Verträglichkeit der neuartigen Impfstoffe sehr gut zu sein.^{59/60} Demgegenüber lässt sich im Hinblick auf die Lang-

47 Prof. Klaus Cichutek, Paul-Ehrlich-Institut, <https://www.swr.de/wissen/ansteckend-trotz-corona-impfung-forschung-100.html>.

48 BIORXIV: 15.11.2020 Dan, Mateus et al, Immunological Memory to Sars-CoV-2, Assessed for greater than six months after infection.

49 Pharmazeutische Zeitung v. 28.08.2020, Satz 3 Langzeitimmunität ist möglich.

50 St. Rspr.: BVerfG, 2018, 2112 unter Verweis auf BVerfGE, 113, 167 (259); 135, 90 (118); 145, 20 (80); lesenswert hierzu insb. BVerfG, NJW 2019, 830.

51 St. Rspr.: BVerfG, NJW 2019, 1433; BVerfG, NJW 2019, 830; BVerfGE, 117, 163 (182 ff.); ausführlich hierzu: Schmidt, Grundrechte, 25. Aufl. 2020, Rn. 170 ff.

52 Grundlegend BVerfGE, 128, 1 (41); 142, 74 (105 ff.) unter Verweis auf BVerfGE, 89, 214 (232), 129, 78 (101 ff.), 134, 204 (223).

53 Deutsches Ärzteblatt, 2020, 117 (21): A-1100/B-927; Zykla-Menhorn/Grunert, Genbasierte Impfstoffe – Hoffnungsträger auch zum Schutz vor SARS-CoV-2.

54 Bei einem RNA-Impfstoff wird dem Patienten eine RNA (englisch für ribonucleic acid) verabreicht, die den genetischen Code für ein Protein enthält. Gelangt dieser in die Zellflüssigkeit einer Zelle des Menschen, setzt er eine Bewegung in Gang, welche das gewünschte Protein erzeugt. Anschließend wird das Protein dem Immunsystem präsentiert – es wirkt damit als ein Antigen. Das Immunsystem lernt im Verlauf der Immunreaktion selektiv Zellen zu bekämpfen, die solche Antigene auf ihrer Zelloberfläche tragen, wie bspw. durch Viren infizierte Wirtszellen oder Tumorzellen, sodass der Mensch gegen diese immun wird. Die RNA selbst erzeugt keine Immunreaktion und wird nach kurzer Zeit in der Zelle abgebaut (vgl.: <https://biontech.de/de/covid-19-portal/mRNA-impfstoffe>).

55 Trilium Immunologie: Heft 3/2019 Design und Funktionsweise von mRNA basierten Impfstoffen zum Schutz vor Infektionskrankheiten.

56 The Lancet; Volume 396, Issue 10249, P467–478, August 15, 2020 folgeati; Ewer et al. Safety and immunogenicity of the ChAdOx1 nCoV-19 vaccine against SARS-CoV-2; a preliminary report of a phase 1/2, single blind, randomised controlled trial.

57 Pharmazeutische Zeitung v. 09.07.2020, SARS-CoV-2-Impfstoffe – Teil 2 Vektorviren als Plattform.

58 Deutsches Ärzteblatt 2020; 117 (43); A-2042/B-1734 Zykla-Menhorn, Vera COVID-19 Impfstoffe, Zwischen Vision und Illusion.

59 RKI, Epidemiologisches Bulletin 14.01.2021: Beschl. der STIKO für die Empfehlung der COVID-19-Impfung und die dazugehörige wissenschaftliche Begründung.

60 Bis dato wird lediglich davor gewarnt, hoch allergische Personen zu impfen, wengleich dies sicher erst konstatiert werden kann, wenn eine gewisse Anzahl von Personen geimpft wurde, weil schwere Nebenwirkungen erfahrungsgemäß selten auftreten. Dies war eindrucksvoll zu sehen anhand der Impfung gegen die Schweinegrippe. In Schweden häuften sich in den darauffolgenden Jahren Fälle von Narkolepsie, einer Art Schlafkrankheit (vgl. <https://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/schweinegrippe-impfung-schweden-entschaedigt-narkolepsie-patienten-a-1092175.html> v. 13.05.2016, 13:27 Uhr; ferner Ärzte-Zeitung v. 10.12.2020, Biontech/Pfizer Impfstoff – Warnung vor Anaphylaxie).

zeitfolgen aufgrund der Neuartigkeit des Impfstoffes keine seriöse Beurteilung abgeben. Zwar darf es wohl als gesichert angesehen werden, dass die v.g. Impfstoffe – entgegen der Annahme von einigen Verschwörungstheoretikern⁶¹ – nicht in die DNA des Menschen eindringen.⁶² Gleichwohl sind aber mangels Erfahrungswerten weder ungewollte Autoimmunreaktionen noch sonstige Langzeitfolgen auf absehbare Zeit auszuschließen.⁶³ Auch wenn es grundsätzlich bei jeder noch so bewährten Impfung zu Langzeitfolgen kommen kann (die unerwünscht oder auch gefährlich sind), gilt dies eben für den neuartigen Impfstoff erst recht. Dies deshalb, weil – naturgemäß – noch gar nicht erforscht sein kann, ob und welche Langzeitwirkungen entstehen können. Deshalb gibt es auch keinen vernünftigen Grund, den Einwand gefährlicher und unerwünschter Wirkungen für die in Rede stehenden Impfstoffe gegen das Coronavirus unbeschadet ihrer Seltenheit a priori zu negieren. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass sich die Pharmaindustrie bei Einführung des Impfstoffes von einer Haftung für diese Impfstoffe befreien ließ und diese (wohl nicht ohne Grund) dem Hoheitsträger zugewiesen hat.⁶⁴ Damit wirkt der Eingriff in das Recht der körperlichen Unversehrtheit bei einer Impfpflicht gegen das Coronavirus umso schwerer. Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass nur mit einer generellen Impfpflicht jene Menschen vor der Ansteckung mit dem Coronavirus geschützt werden können, die aufgrund ihres Alters oder/und Gesundheitszustandes nicht geimpft werden dürfen. Angesichts der – wie aufgezeigt – noch nicht erforschten Langzeitfolgen bei einer Impfung mit den neuartigen Impfstoffen kann eine abschließende Beurteilung gegenwärtig nicht vorgenommen werden und wäre schlichtweg spekulativ/unseriös. Vielmehr lässt sich aufgrund der unsicheren Datenbasis und der weiterhin rasant fortschreitenden Entwicklung keine verlässliche Tatsachengrundlage finden, welche eine fundierte Prognose zulässt. Mithin ist nach sorgfältiger Güterabwägung eine allgemeine Impfpflicht – Stand heute⁶⁵ – nicht angemessen und damit verfassungswidrig.

2. Impfpflicht für Beamte, Richter und sonstige Amtsträger

Ob eine Impfpflicht für Beamte, Richter und sonstige Amtsträger angeordnet werden kann, ist vom Grundsatz her mit den gleichen – zuvor aufgezeigten – Maßstäben zu messen. Denn auch wenn sich der Hoheitsträger grundsätzlich nicht auf Grundrechte berufen kann,⁶⁶ gilt das nicht für das Verhältnis des Dienstherrn zu den Beamten, Richtern und sonstigen Amtsträgern. Hier ist nach der Überwindung der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis^{67/68} anerkannt, dass auch Beamte, Richter und sonstige Amtsträger, trotz der öffentlich-rechtlichen Sonderverbindung zum Staat, Grundrechtsträger sind.⁶⁹ Grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahmen, wie die hier in Rede stehende Impfpflicht, bedürfen deshalb stets einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage und müssen auch den übrigen verfassungsrechtlichen Anforderungen insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.⁷⁰ Auch wenn sich für den Beamten aufgrund der in Art. 33 Abs. 5 GG verankerten hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums besondere Pflichten gegenüber dem Dienstherrn ergeben und der Staat deshalb im Rahmen des Art. 33 Abs. 5 GG seinen Repräsentanten weitergehende Pflichten als dem Bürger auferlegen kann als gegenüber solchen Personen, die sich nicht in einem sog. Sonderstatus befinden,⁷¹ kann die Auferlegung einer Impfpflicht auch gegen-

über diesen Personengruppen – entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht⁷² – nur aufgrund einer formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage erfolgen. Dies folgt auch hier aus dem v.g. Erst-Recht-Schluss: Wenn nach der Rechtsprechung des BVerwG schon für Regelungen der Haar- und Bartracht von Polizeivollzugsbeamten und Soldaten der Bundeswehr ein förmliches (Parlaments-)Gesetz erforderlich ist,⁷³ dann doch wohl erst recht, wenn es um finale Eingriffe in den Körper mit derzeit noch nicht absehbaren (Langzeit-)Folgen geht. Dieses Gesetz muss zudem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Insoweit kann vom Grundsatz her auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

Da eine Impfpflicht auch und gerade gegenüber den Beamten, Richtern und sonstigen Amtsträgern ein legitimes Ziel verfolgt, nämlich dem Eigenschutz der Beamten, Richter und sonstigen Amtsträger zu dienen und die Weitergabe des Erregers an andere Menschen zu verhindern sowie die Funktionsfähigkeit des Staates zu erhalten, wird auch hier ein legitimes Ziel verfolgt. Entsprechendes – wie vor – gilt für die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Impfpflicht. Insoweit kann gleichfalls auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Der kardinale Gesichtspunkt ist damit auch hier, ob eine auf den v.g. Adressatenkreis beschränkte Corona-Schutzimpfung angemessen wäre. Diesbezüglich gelten gleichfalls die unter Pkt. 2 aufgezeigten Abwägungskriterien.

Anders als vorstehend konstatiert, könnte eine Impfpflicht von Beamten, Richtern und sonstigen Amtsträgern möglicherweise dann anzunehmen sein, wenn den Beamten, Richtern und sonstigen Amtsträgern ein erhöhtes Maß an Risikobereitschaft (sog. Gefahrtragungspflicht) zugemutet werden könnte. Dies ist für Polizeivollzugsbeamte – anders als für Richter und sonstige Amtsträger – der Fall, weil dies dem Wesen des Polizeidienstes immanent ist. Demgemäß ist

61 <https://www.heidelberg24.de/region/attila-hildmann-biontech-corona-impfstoff-mainz-ugur-sahin-o-ezlem-tuerceci-telegram-90096069.html>.

62 Pharmazeutische Zeitung: 20.11.2020, Warum mRNA-Impfstoffe nicht das Erbgut verändern; vgl. auch dpa Presseportal, Faktencheck Veränderung von Erbgut durch Impfstoffbestandteile quasi ausgeschlossen.

63 Paul-Ehrlich-Institut: Coronavirus SARS-CoV-2/COVID-19.

64 Die EU-Kommission hat hierfür einen Betrag von 400 Mio. € zur Verfügung gestellt (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_208111). November 2020 Brüssel/Coronavirus: Kommission genehmigt Vertrag mit Biontech-Pfizer-Allianz zur Sicherstellung des Zugangs zu einem potenziellen Impfstoff).

65 2. KW 2021.

66 Anders nur bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wenn sie unmittelbar dem durch ein Grundrecht geschützten Lebensbereich zuzuordnen sind, wie bei Rundfunk- und Medienanstalten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG); Universitäten (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 2. Var. GG); Religionsgemeinschaften (Art. 4 Abs. 1/Abs. 2 GG i.V.m. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV), betreffend Art. 28 Abs. 2 GG ebenfalls die Gemeinden und soweit es um die Justiz- und Verfahrensgrundrechte (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG u. Art. 103 Abs. 1 GG) geht.

67 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1924, S. 101 ff.

68 Auch als Sonderstatusverhältnis oder Sonderrechtsverhältnis bezeichnet.

69 Grundlegend hierzu BVerfGE, 33, 1 ff.; (sog. Strafgefangenenentscheidung); ferner BVerfGE, 116, 69 ff. (Jugendstrafvollzugsentscheidung); in jüngster Zeit nochmals ausdrücklich bestätigt in BVerfG, Beschl. v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 79 (Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen).

70 Heute unbestritten: BVerfGE, 108; 282 (297 ff.); BVerfG, NJW 2013, 3219; BVerfG, NJW 2018, 1188; BVerfG, Beschl. v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 82.

71 Schröder, JA 2016, 644.

72 Anderer Ansicht: Bretschneider/Peter, NVwZ 2020, 1464.

73 BVerwGE, 125, 85; BVerwG, NVwZ 2019, 1292.

für Terrorlagen und vergleichbare Einsätze anerkannt, dass Polizeivollzugsbeamte (ähnlich wie Feuerwehrleute) sich zum Schutz des Lebens von Bürgern offensiv auch in das Leben gefährdende Situationen begeben müssen.⁷⁴ Dies ist auch gerechtfertigt, weil es zum einen dem Sinnbild des helfenden Polizeibeamten entspricht, zum anderen ist er genau hierfür ausgebildet worden. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass Vorstehendes nur für bestimmte Einsatzlagen, nicht aber für eine erhöhte Gefährdung durch Schutzimpfungen gelten kann. Insoweit ist die Gefährdung durch »die Kugel eines Terroristen« nicht vergleichbar mit der »Spritze des Impfarztes«. Mithin gibt es für Polizeivollzugsbeamte aus dem Gesichtspunkt einer erhöhten Gefahrtragungspflicht keine (erhöhte) Verpflichtung, sich einer Corona-Schutzimpfung zu unterziehen. Vorstehendes gilt erst Recht für Beamte, Richter und sonstige Amtsträger, welche zu keiner erhöhten Gefahrtragung verpflichtet sind. Dies mit der Folge, dass die Anordnung einer Impfpflicht auch im Verhältnis zu den hier in Rede stehenden Personengruppen verfassungswidrig wäre.

Anders wäre nur dann zu entscheiden, wenn den vg. Personengruppen aus dem Gesichtspunkt der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Staates a priori eine erhöhte Duldungspflicht zugemutet werden könnte. Hierfür könnte insbesondere sprechen, dass die vg. Personengruppen – wie ausgeführt – für das Funktionieren des Staates unabdingbar (»systemrelevant«) sind und diese Personen mit vielen Personen in Kontakt kommen, sodass das Ansteckungsrisiko ebenso erhöht ist wie die Gefahr ihres Ausfalls und damit die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Staates.

Hiergegen spricht jedoch zum einen, dass nicht alle der hier in Rede stehenden Personen (Beamte, Richter und sonstige Amtsträger) mehr als andere Menschen »viele Kontakte« haben, zum anderen betrifft dies auch zahlreiche weitere Personengruppen, wie medizinisches Personal, Pflegekräfte, Mitarbeiter in Supermärkten, Tankstellen pp., sodass sich derartige verallgemeinernde Aussagen verbieten.

Unabhängig von der Anzahl der Kontakte könnte eine erhöhte Duldungspflicht aus dem Gesichtspunkt der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Staates dann anzunehmen sein, wenn eine Corona-Erkrankung zu einem signifikanten Ausfall der Dienstfähigkeit der Beamten, Richter und sonstigen Amtsträger führen könnte. Obgleich auch jüngere und mittelalte Personen sowie Personen ohne Vorerkrankungen schwer an Corona erkranken können mit der Folge einer längerfristigen Dienstunfähigkeit, bildet dies eher die Ausnahme.⁷⁵ Die Personengruppe, die am meisten gefährdet ist, einen schweren Verlauf zu erleiden, befindet sich jenseits des Diensthöchstalters. Der weitaus größere Anteil der Personen, die sich im Dienst befinden, leidet an einem leichten oder mittelschweren Verlauf, sodass die Dauer der akuten Infektionen regelmäßig nicht zu einem längeren Dienstauftritt führen wird.⁷⁶ Allerdings scheinen auch leichte und mittelschwere Verläufe Langzeitfolgen nach sich ziehen zu können,⁷⁷ sodass die Gefahr besteht, dass auch jüngere und mittelalte Personen längere Zeit unter Atemnot, Müdigkeit, Störungen des Kurzzeitgedächtnisses oder Ähnliches leiden können. Dies hätte zweifellos zur Folge, dass bei häufigem Auftreten derart gravierender Langzeitfolgen bei Beamten, Richtern und sonstigen Amtsträgern die Funktionsfähigkeit des Staates gefährdet wäre. Zu berücksichtigen ist indes, dass

es noch keine ausreichend aussagefähigen Studien über die Anzahl und Dauer derartiger Langzeitfolgen bei mildereren und mittelschweren Verläufen der Erkrankung gibt. Es ist daher durchaus denkbar, dass derartige Langzeitfolgen eher eine Ausnahme bleiben. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass eine eventuelle Erkrankung möglicherweise für einige Beamte, Richter und sonstige Amtsträger zu einem längerfristigen Ausfall der Dienstfähigkeit führen kann. Nach den derzeitigen Erkenntnissen bleibt dies jedoch eine vergleichsweise geringe Eventualität. Dies mit der Folge, dass der Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit des Staates derzeit nicht überzeugend für eine Impfpflicht bei Beamten, Richtern und sonstigen Amtsträgern angeführt werden kann. Mithin verbleibt es bei der Verfassungswidrigkeit einer Impfpflicht auch gegenüber Beamten, Richtern und sonstigen Amtsträgern.

3. Impfpflicht für Soldaten

Auch und gerade für die Soldaten der Bundeswehr ist anerkannt, dass für sie eine erhöhte Gefahrtragungspflicht besteht.⁷⁸ Zu berücksichtigen ist jedoch zum einen, dass dies im erhöhten Maße nur für den Verteidigungsfall, nicht aber zum Schutz für sonstige Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit (bspw. der Volksgesundheit) gilt.⁷⁹ Zum anderen ist die Gefahrtragungspflicht des Soldaten aus den unter Pkt. 2 genannten Gründen nicht geeignet, eine Impfpflicht des Soldaten zu begründen. Anders als bei den zuvor genannten Personengruppen besteht für die Soldaten der Bundeswehr gem. § 17a Abs. 2 Satz 2 GG indes eine gesetzlich statuierte Impfpflicht. Insoweit ist das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG für die Soldaten ausdrücklich eingeschränkt. Welche Maßnahmen und damit Impfungen der Soldat im Einzelnen zu dulden hat, bestimmen die für den Vollzug des IfSG im Bereich der Bundeswehr zuständigen Stellen. Die Duldungspflicht umfasst damit auch solche Impfstoffe, die zwar in Deutschland nicht zugelassen sind, jedoch auf der AMG-Zivilschutzausnahmeverordnung⁸⁰ des Bundesgesundheitsministeriums zu § 71 Abs. 2 AMG in Verkehr gebracht werden dürfen. Diesbezüglich gibt es in der Bundeswehr seit dem 24.11.2017 eine Zentrale Dienstvorschrift (ZDv A-840/8), welche die »Impf- und weitere ausgewählten Prophylaxemaßnahmen« vorschreiben, die für die jeweiligen Einsatzgebiete und Einsatzoptionen zur Anwendung kommen sollen. Der Begriff der »Einsatzkräfte«

74 Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 34; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann, StGB, 5. Aufl. 2017, StGB, § 35 Rn. 41 f.; Lempp, in: Haus/Krumm/Quarch, Gesamtes Verkehrsrecht, 2. Aufl. 2017, § 323c Rn. 10; BGH, NJW 1993, 544.

75 Deutsches Ärzteblatt Nr. 25/2020 Kremer, Turner: 117: 432–3 Altersabhängigkeit der Todesraten im Zusammenhang mit COVID-19 in Deutschland.

76 RKI am 08.01.2021: Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV2 und COVID-19; https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html.

77 JAMA Internal Medicine Sept 9, 2020: Clinical Outcome in Young US-Adults Hospitalized with COVID-19; Deutsches Ärzteblatt 16.09.2020: Experte warnt vor Langzeitfolgen von COVID-19-Erkrankungen.

78 Dabei geht die Gefahrtragungspflicht soweit, dass er zur Erfüllung seines militärischen Auftrages auch eine äußerste Lebensgefahr bis hin zur größten Wahrscheinlichkeit des Todes hinzunehmen hat (Lingens, Der Schutz von Leben und Gesundheit im Wehrdienstverhältnis unter Berücksichtigung der Pflicht zur Gesunderhaltung, 1982, S. 35 m.w.N.).

79 Lingens (o. Fn. 78) S. 73.

80 Verordnung über die Zulassung von Ausnahmen von Vorschriften des Arzneimittelgesetzes für die Bereiche des Zivil- und Katastrophenschutzes der Bundeswehr, Bundespolizei sowie der Bereitschaftspolizeien der Länder.

wird hierbei extensiv aufgefasst. Danach sind Einsatzkräfte im Sinne der ZDv Kräfte der Bundeswehr sowie Reservendienstleistende, für die eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für die Teilnahme an einem Einsatz in einem Einsatzgebiet besteht.⁸¹ Aber auch im Falle von Naturkatastrophen, besonders schweren Unglücksfällen und aktuell auch in der Corona-Pandemie unterstützt die Bundeswehr nach dem Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der Amtshilfe personell und materiell gem. Art. 35 GG. Dabei stützt sie sich auf sämtliche verfügbaren Kräfte. Diese umfassen neben allen aktiven Soldaten auch Reservendienst Leistende.⁸² Mithin sind alle militärischen Angehörigen der Bundeswehr im Rahmen der Amtshilfe Bestandteil der »Hilfs- und Katastrophenkräfte Inland« und duldungspflichtig zu impfen gemäß dem Impfschema »Hilfs- und Katastrophenkräfte Inland«, sofern in der Person des Soldaten keine individuelle medizinische Kontraindikation vorliegt.⁸³ Auch wenn die Voraussetzungen einer Impfpflicht für die Soldaten der Bundeswehr damit weitaus geringer sind als bei den Beamten, Richtern und sonstigen Amtsträgern, wird sich die Frage nach einer Impfpflicht mit den neu entwickelten Impfstoffen sachgerecht auch hier nur durch eine sorgfältige Folgen-/Interessenabwägung beurteilen lassen können. Danach gilt:

Zunächst ist auch und gerade für die Soldaten der Bundeswehr zu konstatieren, dass diese für das Funktionieren des Staates unabdingbar und damit systemrelevant sind. Ebenso wie zum Teil die (Polizei-)Beamten haben die Soldaten der Bundeswehr teilweise engen und häufigen Kontakt mit einer Vielzahl von Menschen und sind so einem erhöhten Ansteckungsrisiko ausgesetzt. Dies ganz aktuell auch dadurch bedingt, dass die Soldaten der Bundeswehr in der Pandemiebekämpfung in Altenheimen, Testzentren pp. aktiv sind. Hinzu kommt, dass Soldaten im täglichen Dienst – erst recht bei der Kampftruppe und im Auslandseinsatz – auf engem Raum zusammenleben, was das Ansteckungsrisiko signifikant erhöht. Demgegenüber gilt auch hier zu berücksichtigen, dass die Langzeitfolgen und die Eingriffe in die Steuerungs- und Regulationsvorgänge des menschlichen Körpers bei den neuen Impfstoffen – wie unter Pkt. 2 ausgeführt – noch weitestgehend ungeklärt sind. Zwar steht fest, dass es bei den Probanden der Impfstudie mit dem Coronavirus nur bei einem sehr kleinen Teil zu schweren Nebenwirkungen wie etwa Fieber kommt,⁸⁴ die überwiegende Mehrzahl der Infizierten

hat demgegenüber gar keine oder nur leichte grippeähnliche Beschwerden.⁸⁵ Da sich im aktiven Dienst der Bundeswehr ganz überwiegend (und fast denkbare) nur wehrdiensttaugliche und damit gesunde Menschen befinden, besteht bei den aufgezeigten geringfügigen Beschränkungen der körperlichen Leistungs- und damit Dienstfähigkeit keine signifikante Gefahr für die Einsatzbereitschaft der Bundeswehr im Ganzen.^{86/87} Mithin überwiegen – Stand heute –⁸⁸ die (Langzeit-) Gefahren einer Impfung mit den neu entwickelten Impfstoffen das Interesse des Dienstherrn an einer Impfung des Soldaten. Eine verpflichtende Corona-Schutzimpfung für Soldaten der Bundeswehr wäre deshalb – Stand heute –⁸⁸ ebenfalls nicht angemessen und damit verfassungswidrig.

C. Zusammenfassung

Eine Maskenpflicht gegenüber Amtsträgern und Soldaten mit M-N-S-Masken ist ohne weiteres statthaft. Demgegenüber erscheint – Stand heute –⁸⁸ eine Impfpflicht für Amtsträger nicht angemessen und damit nicht verhältnismäßig. Dies gilt erst recht ohne die Schaffung einer formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Demgegenüber besteht bereits heute eine gesetzlich normierte Impfpflicht für die Soldaten der Bundeswehr, sodass grundsätzlich von einer Impfpflicht der Soldaten ausgegangen werden kann. Aufgrund der noch nicht erforschten Langzeitfolgen einer Impfung mit den neu entwickelten Impfstoffen und der fehlenden, bestenfalls rudimentären Beschränkungen der Einsatzfähigkeit der Bundeswehr, scheidet eine Impfpflicht gegen das Coronavirus – Stand heute⁸⁸ – auch für die Soldaten der Bundeswehr aus.

81 ZDv A-840/8, Nr. 404.

82 ZDv A-840/8, Nr. 405.

83 ZDv A-840/8, Nr. 406.

84 New England Journal of Medicine November 12, 2020 An mRNA Vaccine against SARS-CoV-2 – Preliminary Report.

85 Dingermann, Pharmazeutische Zeitung 11.12.2020, Biontech-Impfstoff- Mit diesen Nebenwirkungen ist zu rechnen.

86 Wegen etwaiger Langzeitfolgen erkrankter Soldaten wird auf die Ausführungen der Impfpflicht von Richtern, Beamten und sonstigen Amtsträgern unter Pkt. 2 verwiesen.

87 Wegen etwaiger Langzeitfolgen erkrankter Soldaten wird auf die Ausführungen zu der Impfpflicht von Beamten, Richtern und sonstigen Amtsträgern verwiesen.

88 2. KW 2021.