<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5821-2>

Anspruch auf vorrangige Corona-Impfung?

Josef Franz Lindner

Der Beitrag geht der Frage nach, welche gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stehen, um eine vorrangige Impfung gegen das Corona-Virus zu erreichen.

I. Einleitung

Ende des Jahres 2020 hat die Impfung gegen das Coronavirus begonnen. Da zumindest in den ersten Monaten nicht genügend Impfstoff und logistische Impfkapazitäten zur Verfügung stehen, ist eine Priorisierung der impfberechtigten Personen notwendig. Die Kriterien dafür werden durch die Coronavirus-Impfverordnung des Bundesgesundheitsministeriums v. 18. 12. 2020¹ (CoronaImpfV) festgelegt. § 1 Abs. 1 S. 1 dieser Verordnung verbürgt einen Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus „im Rahmen der Verfügbarkeit der vorhandenen Impfstoffe“ für den in § 1 Abs. 1 S. 2 genannten Personenkreis, der letztlich die gesamte Bevölkerung, nicht nur die gesetzlich krankenversicherten Personen, umfasst. In § 1 Abs. 2 und §§ 2 ff. der Verordnung erfolgt eine Priorisierung nach Gruppen, nach der die für den Vollzug der Impfverordnung zuständigen Länder den Impfstoff zu nutzen haben. Der Impfanspruch besteht also nur im Rahmen der Priorisierungsregeln². Die Verordnung sieht zunächst drei Gruppen der Anspruchsberechtigten mit „höchster“, „hoher“, „erhöhter“ Priorität vor. Die vierte Gruppe bilden alle übrigen Anspruchsberechtigten³. Wie stets in Fällen von Mangelverwaltung ist die Frage des Rechtsschutzes aufgeworfen, insbesondere: Kann eine anspruchsberechtigte Person aus einer nachrangigen Gruppe mit Aussicht auf Erfolg auf vorrangige Berücksichtigung bei der Impfung klagen? Da die Impfverordnung durch den Staat, genauer durch die dafür jeweils zuständigen Gesundheitsbehörden der Länder (vgl. § 6 CoronaImpfV) vollzogen wird, gebietet bereits die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG die Möglichkeit des Rechtsschutzes gegen Priorisierungsentscheidungen der Exekutive.

II. Rechtsschutz unmittelbar gegen die CoronaImpfV

Zunächst steht bereits die Rechtmäßigkeit der CoronaImpfV selbst in Zweifel. Angesichts der betroffenen Rechtsgüter (Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) dürfte nach der Wesentlichkeitstheorie sowie nach dem Gebot der Bestimmtheit der gesetzlichen Verordnungsmächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG) kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass der Gesetzgeber zumindest die grundlegenden Priorisierungsregeln und -kriterien selbst treffen müsste. Das hat er bisher nicht getan, weder in § 20i SGB V⁴ noch in § 5 Abs. 2 IfSG, auf die die CoronaImpfV gestützt

ist. Die Festlegung einer Impfpriorisierung im Wege einer bloßen Verordnung des Bundesgesundheitsministeriums steht, unabhängig davon, ob sie materiell mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, auf verfassungsrechtlich kaum tragfähigem Boden, sie ist verfassungswidrig. Wie könnte dies gerichtlich geltend gemacht werden und könnte ein Kläger dadurch die eigene vorrangige Impfung erreichen?

1. Ein Normenkontrollantrag nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO kommt nicht in Betracht, weil ein solcher nur gegen Rechtsvorschriften „im Rang unter dem Landesgesetz“ statthaft ist. Eine Rechtsverordnung des Bundes steht indes nicht im Rang unter dem Landesgesetz. Auch eine analoge Anwendung des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO scheitert aus⁵.

2. Zu denken wäre an eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i. V. mit §§ 90 ff. BVerfGG unmittelbar gegen die CoronaImpfV, gestützt auf eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG oder der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG, verbunden mit einem Eilantrag nach § 32 BVerfGG. Ein solches Vorgehen dürfte im Ergebnis – jedenfalls im Hinblick auf eine Impfpriorisierung des Beschwerdeführers – nicht von Erfolg gekrönt sein. Zwar handelt es sich bei einer Rechtsverordnung des Bundes um einen Akt öffentlicher Gewalt, gegen den die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG statthaft ist. Fraglich ist aber, ob das Gebot der Rechtswegerschöpfung greift. Selbst wenn man dies – zumal aus Gründen der Eilbedürftigkeit der Sache und der besonderen Grundrechtsrelevanz der CoronaImpfV – verneint, eine Verfassungsbeschwerde also für zulässig hielte, und selbst wenn das BVerfG die Verordnung wegen Art. 80 Abs. 1 GG ggf. i. V. mit Art. 3 Abs. 1 GG für verfassungswidrig hielte, würde das einem Beschwerdeführer, dessen Rechtsschutzziel die vorrangige Impfung ist, nicht helfen. Denn entweder wäre bereits die

- 1) BAnz AT 21. 12. 2020 V3; ersetzt durch Verordnung vom 8. 2. 2021 (BAnz AT 8. 2. 2021 V1).
- 2) Eine ähnliche Regelungssystematik sieht der von der FDP-Fraktion eingebrachte Entwurf eines Gesetzes zur Priorisierung bei der Schutzimpfung gegen das Corona-Virus (Coronavirus-Impfgesetz) vom 15. 12. 2020 (BT-Dr. 19/25260) vor.
- 3) Innerhalb der Gruppen erfolgt zwar eine Priorisierung nach § 1 Abs. 2 S. 2 CoronaImpfV, der allerdings wenig aussagekräftige Kriterien vorgibt („infektiologische Erkenntnisse“). Insbesondere in der großen Gruppe der übrigen impfberechtigten Personen könnte es daher zu gerichtlich ausgetragenen Priorisierungsstreitigkeiten kommen. Der Ordnungsgeber hat dafür keine näheren Regeln aufgestellt und scheint davon auszugehen, dass die Impfung der priorisierten drei Gruppen (höchste, hohe, erhöhte Priorität) so viel Zeit in Anspruch nimmt, dass die Impfstoffknappheit behoben sein wird, sich das Mangelproblem also auf der Schiene der Zeit erledigt. Zu einem (erfolgreichen) Eilantrag auf vorrangige Impfung innerhalb der höchsten Priorisierungsgruppe s. VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 11. 1. 2021 – 20 L 1812.20 – Bewohner von Heimen dürften vorrangig vor Personen mit einem Alter über 80 Jahren, die nicht in Heimen wohnen, berücksichtigt werden, weil sie einem höheren Infektionsrisiko ausgesetzt sind, bestätigt durch OVG Münster, Beschl. v. 22. 1. 2021 – 13 B 58/21.
- 4) In § 20i Abs. 3 S. 2 Nr. 1 SGB V sind zwar Anspruchsvoraussetzungen für die Schutzimpfung genannt, es werden jedoch keine klaren Priorisierungsregeln normiert.
- 5) Zum Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen des Bundes s. Lindner, Öffentliches Recht, 2. Aufl. 2017, RdNr. 812 ff.

Prof. Dr. iur. Josef Franz Lindner,
Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Medizinrecht
und Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg
sowie Geschäftsführender Direktor des dortigen Instituts für Bio-,
Gesundheits- und Medizinrecht (IBGM),
Universität Augsburg,
Universitätsstraße 24, 86159 Augsburg, Deutschland

gesamte Verordnung nichtig – dann gäbe es überhaupt keine Rechtsgrundlage für und damit auch keinen Anspruch auf eine (priorisierte) Impfung, was dem Beschwerdeführer ersichtlich nichts nützte. Oder das BVerfG würde die Verordnung bis zum Erlass einer gesetzlichen Grundlage für übergangsweise anwendbar erklären – auch dies brächte dem eine andere Priorisierung begehrenden Beschwerdeführer keinen Anspruch auf vorrangige Berücksichtigung. Der gewünschte Erfolg wäre allenfalls dadurch erreichbar, dass das BVerfG die CoronaImpfV nicht nur wegen Fehlens einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigungsnorm (Art. 80 Abs. 1 GG), sondern auch materiell wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG oder gegen die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG für nichtig erklärte und eine verfassungskonforme Priorisierungsregelung (im Sinne des Beschwerdeführers) an Stelle des Gesetzgebers gleich selbst trafe. Dies wäre zwar prozessual – selbst im Rahmen einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG – nicht a priori ausgeschlossen, setzte jedoch in der Sache voraus, dass das BVerfG die in der CoronaImpfV getroffene Priorisierungsentscheidung für offensichtlich gleichheitswidrig im Sinne von willkürlich erachtete und zugleich eine gleichheitskonforme gesetzliche Ausgestaltung auf der Hand läge. Nur in einem solchen Fall könnte das BVerfG gewissermaßen zur Ersatzvornahme schreiten und derart intensiv in den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und damit Grundsatz der Gewaltenteilung eingreifen. Die Annahme einer solchen Ausnahmesituation erscheint im Falle der CoronaImpfV fernliegend. Die dort geregelten Priorisierungskriterien (insbesondere Personen mit hohem oder gesteigertem Risiko, abgestuft nach Lebensalter und Vorerkrankungen) erscheinen sowohl im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 GG als auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG sachgerecht, mindestens plausibel. Dass man auch eine andere Priorisierung hätte – mit guten Gründen – festlegen können, lässt jedenfalls die gewählte nicht als offensichtlich sachwidrig oder willkürlich erscheinen.

Gleiches würde im Übrigen gelten, wenn sich der Gesetzgeber doch entschiede, die Regeln zur Impfpriorisierung selbst zu regeln. Dann könnte diese gesetzliche Regelung Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein. Hinsichtlich der materiellen Erfolgsaussichten gälte nichts anderes.

III. Inzidente Überprüfung der CoronaImpfV

Wer um Rechtsschutz mit dem Ziel vorrangiger Impfung nachsuchen will, könnte sich an das VG wenden. Der Vollzug der CoronaImpfV erfolgt nach deren § 6 durch die Gesundheitsbehörden der Länder, also insbesondere durch die staatlichen und kommunalen Gesundheitsämter nach Maßgabe des Landesorganisationsrechts. Bei der Vergabe von Impfterminen nach Maßgabe der Priorisierungsregeln der CoronaImpfV handelt es sich – selbst wenn sich die Behörden privater Dritter als Verwaltungshelfer bedienen – um eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit. Da für diesbezügliche Streitigkeiten auch nicht ein anderer Rechtsweg, zumal der Rechtsweg zu den Sozialgerichten⁶ eröffnet ist, ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten (§ 40 VwGO) gegeben. Die statthafte Klageart hängt davon ab, wie man die Impfung bzw. die Vergabe von Impfterminen verwaltungsrechtlich qualifiziert. Sieht man darin einen Realakt, so wäre eine Klage auf vorrangige Impfung als allgemeine Leistungsklage (§ 43 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 VwGO) zu erheben. Qualifiziert man die Entscheidung über die Vergabe eines (vorrangigen) Impftermins hingegen als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG an, so kommt die Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO) in Betracht. Dafür müsste der Kläger vorab einen Antrag bei der zuständigen Gesundheitsbehörde auf vorrangige Zulassung zur Impfung stellen und sodann gegen die Ablehnung Widerspruch und Versagungsgegenklage oder Untätigkeits-

klage erheben. Wegen der Eilbedürftigkeit kommt sowohl bei der allgemeinen Leistungsklage als auch bei der Verpflichtungsklage ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO in Betracht. Schließlich könnte man subsidiär (§ 43 Abs. 2 VwGO) an die Erhebung einer Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO) denken, gerichtet auf Feststellung der vorrangigen Impfberechtigung. Auch diesbezüglich richtete sich der Eilrechtsschutz nach § 123 VwGO⁷. Die für alle Klagearten notwendige Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) lässt sich aus § 1 Abs. 1 CoronaImpfV herleiten, der einen Anspruch auf Impfung verbürgt, ergänzt durch das Gleichbehandlungsgrundrecht (Art. 3 Abs. 1 GG) und die grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG). In allen Verfahren käme es inzident auf die Wirksamkeit der CoronaImpfV, nach deren Maßgabe die Impfzuteilung erfolgt und die eine vorrangige Berücksichtigung des Klägers nicht zulässt, an. Hielte das VG die Verordnung für (formell und/oder materiell) nichtig, käme eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG zum BVerfG nicht in Betracht⁸. Allerdings entstünde auch hier wieder das Problem, dass im Falle der Nichtanwendung der Verordnung überhaupt keine Rechtsgrundlage für den Impfanspruch des Klägers gegeben wäre – und damit auch keine für seine vorrangige Impfung. Denn das VG kann die inzidente Verwerfung der CoronaImpfV (inter partes, nicht erga omnes⁹) nicht mit einer eigenen Priorisierungsentscheidung im Sinne des Klägers flankieren. Der Verordnungs- oder der Gesetzgeber müsste eine neue Priorisierungsnorm erlassen – die nicht zwingend im Sinne des Klägers ausfallen müsste.

IV. Ergebnis

Der Rechtsschutz des Einzelnen, gerichtet auf eine vorrangige Berücksichtigung bei der Impfung gegen Corona, ist zwar durch Art. 19 Abs. 4 GG geboten, im Ergebnis aber kaum aussichtsreich. Sowohl eine Verfassungsbeschwerde gegen die CoronaImpfV als auch eine inzidente Überprüfung der Priorisierungsregeln der CoronaImpfV durch die Fachgerichte (Verwaltungsgerichte) führen selbst

6) Zwar enthält die CoronaImpfV auch Regelungen mit sozial-, zumal krankenversicherungsrechtlichem Bezug, insbesondere im Hinblick auf die Kostenerstattung. Die Zuteilung von Impfterminen ist aber schon deswegen nicht dem Sozialversicherungsrecht zuzuordnen, weil der Impfanspruch als solcher nach § 1 Abs. 1 CoronaImpfV auch nicht sozialversicherten, insbesondere privat krankenversicherten Personen zusteht. Die Zuteilung von Impfterminen ist als solches keine „Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung“ im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG. Zwar räumt § 20i SGB V, auf den die CoronaImpfV auch gestützt ist, gesetzlich krankenversicherten Personen einen Anspruch auf Impfung ein, dies betrifft aber nur den Aspekt, dass eine Schutzimpfung zum Katalog der Leistungen der GKV gehört, nicht indes das Problem der Priorisierung im Knappheitsfall, von dem in § 20i SGB V keine nähere Rede ist. Zwar nennt § 20i Abs. 3 S. 2 Nr. 1 SGV bestimmte Kriterien (Alter, Gesundheitszustand) für den Anspruch auf eine Impfung, jedoch werden keine Priorisierungsentscheidungen getroffen.

7) Vgl. VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 11. 1. 2021 – 20 L 1812.20.

8) Anders wäre dies – im Hauptsacheverfahren – nur dann, wenn der Gesetzgeber selbst eine Priorisierungsregelung trafe.

9) Das VG kann die inzident überprüfte und für rechtswidrig erachtete Verordnung nicht für nichtig oder unwirksam erklären (arg. e § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO), sondern lediglich die Verordnung im Rahmen der Entscheidung über das Klagebegehren des Klägers nicht anwenden. Schon gar nicht darf das VG eine eigene Priorisierungsentscheidung an die Stelle der Verordnung setzen. Gleiches gälte, wenn der Gesetzgeber selbst eine Priorisierungsregelung trafe und ein VG bei der Inzidenzprüfung zum Ergebnis käme die gesetzliche Regelung wäre – etwa wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG – verfassungswidrig (vgl. auch die vorstehende Fn.).

dann, wenn man die CoronaImpfV für rechtswidrig hielte, nicht zu einer gerichtlichen Änderung der Priorisierung. Vielmehr müsste der Verordnungs-, besser der Gesetzgeber, dann eine neue Priorisierungsentscheidung treffen, die nicht zwingend im Sinne eines Anspruchs des Klägers auf vorrangige Impfung ausfallen müsste. Gegen eine *gesetzliche* Regelung¹⁰ könnte dann wiederum mit der Verfassungsbeschwerde vorgegangen werden. Zudem käme auch eine Inzidentprüfung der gesetzlichen Regelung im fachgerichtli-

chen Verfahren und ggf. eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG in Betracht. Die Erfolgsaussichten wären als ähnlich gering einzuschätzen.

10) Vgl. dazu den von der FDP-Fraktion eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Priorisierung bei der Schutzimpfung gegen das Corona-Virus (Coronavirus-Impfgesetz) v. 15.12.2020 (BT-Dr. 19/25260).

Das Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung

Laura Halm

Abstract

Der mögliche Nutzen der digitalen Gesundheitsversorgung ist aufgrund der immensen Vorteile für Therapiemöglichkeiten des Einzelnen offensichtlich.

Die digitale Gesundheitsversorgung steht verfassungsrechtlich aber auf wackeligen Beinen – im Gegensatz zur informationellen Selbstbestimmung, der in Deutschland eine erfreulich hohe Bedeutung zukommt. Ausgewogene, zukunftssträchtige Lösungen entstehen aber oft im Spannungsverhältnis verschiedener Grundrechte. Dieser Beitrag will daher die Debatte anregen, ob neben dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch stets ein korrespondierendes Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung mitgedacht werden sollte.

I. Ausgangslage

In Deutschland ist die Telematikinfrastruktur als Grundlage eines vernetzten und digitalen Gesundheitswesens bereits aufgebaut, und Arzt- und Zahnarztpraxen sind daran angeschlossen. Krankenhäuser sowie weitere Leistungserbringer werden folgen. Den gesetzlich Versicherten stehen erste medizinische Anwendungen, wie das Notfalldatenmanagement oder der elektronische Medikationsplan, zur Verfügung. Ab 2021 bekommen sie von ihren Krankenkassen eine elektronische Patientenakte angeboten, die sie freiwillig nutzen können. Diese wird in verschiedenen Ausbaustufen entwickelt und soll perspektivisch auch die Bereitstellung von Daten zu Forschungszwecken ermöglichen.

Der Nutzen der digitalen Gesundheitsversorgung ist aufgrund der immensen Vorteile für Therapiemöglichkeiten des Einzelnen offensichtlich. Insbesondere können digitale Technologien darin unterstützen, den Herausforderungen in der Gesundheitsversorgung zu begegnen: So sind Menschen in strukturschwachen Gebieten medizinisch zu versorgen, teure Innovationen zu bezahlen sowie immer mehr alte und auch chronisch kranke Menschen zu betreuen.

Deutschland ist traditionell das „Mutterland des Datenschutzes“. Dies führt dazu, dass die Datenschutzdebatten meist schon vorab geführt werden, bevor es Änderungen oder Innovationen im System gibt bzw. geben kann. Diese Debatten sind wichtig und notwendig, denn gerade

im Gesundheitsbereich mit seinen zwangsläufig höchst-sensiblen Daten muss der Datenschutz stets und selbstverständlich mitgedacht werden und die Digitalisierung des Gesundheitswesens begleiten. Allerdings: Einwände müssen auch stets Substanz haben und dürfen nicht auf vagen Vorstellungen fußen. Vielmehr sollten auch die unbestreitbaren und großen Vorteile, die die Digitalisierung des Gesundheitssystems für die Gesundheit des Einzelnen bringen kann, immer mit einkalkuliert werden. Vorteile, die jeder von uns erleben wird, sei es, weil man seinen Papier-Impfpass nicht mehr suchen muss oder, weil man eine individuelle Therapie z.B. zur Behandlung einer Krebserkrankung erhält.

Bei einem Thema von so zentraler Bedeutung für das Wohl sowohl der Gemeinschaft als auch des Einzelnen stellt sich ab einem gewissen Punkt – den wir derzeit durch die Digitalisierung des Gesundheitssystems erreichen, wenn nicht gar schon überschritten haben, – die Frage nach einer juristischen Grundlage: einem Recht auf digitale Gesundheitsversorgung.

Betrachtet man die Gesetzeslage, muss man festhalten: Das Recht auf digitale Gesundheitsversorgung ist verfassungsrechtlich nicht wortwörtlich als ein solches erfasst. Wichtige Anker lassen sich aber bereits jetzt aus den durch das BVerfG konkretisierten Grundrechten ableiten – hierfür soll dieser Beitrag erste Ansätze liefern. Ein solches Grundrecht könnte sich aus dem Grundrecht auf elementare Gesundheitsversorgung (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip) und auch aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) ergeben. Das Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung kann – korrespondierend mit dem Recht auf Datenschutz, welches ebenfalls im Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verankert ist, – die Gesundheitsversorgung auch verfassungsrechtlich für das Informationszeitalter und andere Herausforderungen rüsten. Die folgenden Zeilen beschäftigen sich aber keineswegs vollumfänglich oder abschließend mit dem Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung, sondern sollen bestenfalls der initiale Aufschlag für eine weitere Debatte sein.

II. Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip

Das Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung könnte sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip herleiten.

Rechtsanwältin und Unternehmensjuristin Laura Halm, gematik GmbH, Friedrichstraße 136, 10117 Berlin, Deutschland