



Deutsches Institut  
für Gesundheitsrecht

# **Betretungs- und Tätigkeitsverbote im Rahmen der einrichtungsbezogenen Impfpflicht**

**Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Studie zur  
Reformbedürftigkeit des § 20a Abs. 5 IfSG**

von

**Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan**

Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht  
Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Öffentliches Wirtschaftsrecht sowie Sozialrecht  
an der Freien Universität Berlin

und

**Dipl.-Jur. Christian Janssen**

Wissenschaftlicher Mitarbeiter  
an der Freien Universität Berlin

Berlin, im Juni 2022

# Inhaltsverzeichnis

## Erster Teil: Einführung

I. Kritik hinsichtlich § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG	4
II. Gegenstand und Gang der Untersuchung	7
III. Entstehungsgeschichte und Änderung des § 20a IfSG	7
IV. Wesentliche Regelungen des § 20a IfSG	9

## Zweiter Teil: Abwehrgrundrechte und staatliche Schutzpflichten

I. Grundrechte der im Gesundheitsbereich Tätigen	12
1. Betroffene Grundrechte	12
a) Recht auf körperliche Unversehrtheit	12
b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	14
c) Berufsfreiheit	16
d) Eigentumsfreiheit	16
e) Glaubens- und Gewissensfreiheit	17
f) Allgemeine Handlungsfreiheit	18
2. Gewichtung der Grundrechtseingriffe	18
a) Recht auf körperliche Unversehrtheit	19
b) Berufsfreiheit	20
aa) Differenzierung nach Art der ausgeübten Tätigkeit	20
bb) Besondere Belastung für Personen in Gesundheitsberufen	22
c) Weitere Faktoren	24
aa) „Grundrechtliche lose-lose-Situation“	25
bb) Milderung der Eingriffsintensität durch zeitliche Begrenzung?	26
d) Schwerwiegende Grundrechtseingriffe	26
3. Rechtfertigung der gesetzgeberischen Grundrechtseingriffe	27
II. Staatliche Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	27
1. Schutz vulnerabler Personen	28
2. Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Gesundheitsversorgung	30

## Dritter Teil: Gesetzesvollzug durch die Gesundheitsämter

I. Absehen von Betretungs- und Tätigkeitsverbotsanordnungen	34
1. § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG als Ermessensvorschrift	34
2. Entschließungs- und Auswahlermessen	35
a) Pflicht zur Verbotsanordnung in der Regel der Fälle?	36
aa) Nicht durch gesetzliche Direktiven begründbar	36
bb) Keine „regelmäßige Ermessensreduzierung auf Null“	38
b) Keine besonderen Bindungen des Ermessens	41
II. Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten	43
1. Grundrechte als gesetzliche Grenzen des Ermessens	43
2. Rechtssichere Entscheidungshilfen für die Gesundheitsämter?	45
a) Handreichung des Bundesministeriums für Gesundheit	45
b) Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften auf Länderebene	45
3. Rechtsunsicherheit	47

### **Vierter Teil: Reformbedürftigkeit des § 20a Abs. 5 IfSG**

I. Rechtssicherheit	49
II. Wesentlichkeit	49
III. Ermessensleitende Vorgaben auf Bundesebene	51

### **Fünfter Teil: Vorschlag einer Gesetzesänderung**

I. Änderungsentwurf	52
II. Begründung	53
1. Allgemeine Begründung	53
2. Begründung im Einzelnen	54
a) § 20a Abs. 5 Satz 4	54
b) § 20a Abs. 5 Satz 5	54
aa) § 20a Abs. 5 Satz 5 Nr. 1	54
bb) § 20a Abs. 5 Satz 5 Nr. 2	55
c) § 20a Abs. 5 Satz 6	56
d) § 20a Abs. 5 Satz 7	57
e) § 20a Abs. 5 Satz 8	59
f) § 20a Abs. 5 Satz 9	60

### **Sechster Teil: Zusammenfassung in Leitsätzen**

### **Literaturverzeichnis**

## Erster Teil: Einführung

Die sogenannte „einrichtungsbezogene Impfpflicht“ ist von großer praktischer Relevanz<sup>1</sup> und damit auch von erheblichem rechtswissenschaftlichen<sup>2</sup> Interesse. Nach dem politischen Scheitern einer allgemeinen bzw. altersbezogenen Impfpflicht ist von Berufsverbänden die Frage nach der Richtigkeit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht aufgeworfen worden.<sup>3</sup> Denn die einrichtungsbezogene Impfpflicht war ursprünglich wohl als Vorläufer einer allgemeinen Impfpflicht gedacht<sup>4</sup>. Sie ist nach gegenwärtiger Rechtslage zunächst bis zum 31.12.2022 befristet<sup>5</sup>. Nachdem das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 27.04.2022 im Hauptsacheverfahren die einrichtungsbezogene Impfpflicht als verfassungsgemäß beurteilt hat<sup>6</sup>, kann auch mit Blick auf eine nicht auszuschließende Verschärfung der Pandemie im Herbst sowie Winter 2022 und angesichts von Äußerungen des Bundesministers für Gesundheit *Lauterbach*<sup>7</sup> von einem politischen Willen zur Aufrechterhaltung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht – möglicherweise auch über die derzeitige Befristung hinaus<sup>8</sup> – ausgegangen werden. Damit stellt sich die **Frage nach der Reformbedürftigkeit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht**<sup>9</sup>, zumal im Rahmen der gegenwärtigen Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht das besonders praktisch relevante Problem auftaucht, welche Spielräume den Gesundheitsämtern bei der Entscheidung über die Anordnung von Betretungs- und Tätigkeitsverboten im Hinblick auf nicht immunisierte Personen im Gesundheitswesen zustehen. Bislang wurden – soweit ersichtlich – Betretungs- oder Tätigkeitsverbote zumindest weit überwiegend nicht angeordnet<sup>10</sup>; „in größerem Maße“ ist laut dem Deutschen Städtetag „in der zweiten Jahreshälfte 2022“ mit entsprechenden Anordnungen zu rechnen<sup>11</sup>.

### I. Kritik hinsichtlich § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG

Die handwerkliche Umsetzung der ansonsten kaum beanstandeten Grundidee der einrichtungsbezogenen Impfpflicht hat in der juristischen Literatur und Praxis

---

<sup>1</sup> Am 13.05.2022 waren in Sachsen etwa 23.600 Beschäftigte und damit ca. jeder Zwölfte im Gesundheitsbereich ohne Immunitätsnachweis. Vgl. dazu den Online-Beitrag des MDR Sachsen vom 13.05.2022 (<https://www.mdr.de/nachrichten/sachsen/corona-impfpflicht-ungeimpft-pflege-gesundheitsamt-bussgeld-100.html>). Grundsätzlich ist die Impfquote je nach Einrichtungs- bzw. Unternehmenstyp und Bundesland durchaus unterschiedlich. So waren in Niedersachsen bereits zum 07.05.2022 über 95 % der Beschäftigten im Gesundheitsbereich vollständig geimpft. Gleichwohl verblieben zu diesem Stichtag absolut gesehen in Niedersachsen rund 11.000 nicht oder nicht vollständig Geimpfte. Siehe dazu den Online-Beitrag des NDR vom 07.05.2022

insgesamt **viel Kritik** erfahren: So wird formuliert, die Vorschrift weise „zahlreiche Unklarheiten“<sup>12</sup> auf, bringe „erhebliche Rechtsunsicherheiten“<sup>13</sup> mit sich und sei „terminologisch unpräzise [und] missverständlich“<sup>14, 15</sup>.

---

(<https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/Niedersachsen-Impfquote-im-Gesundheitswesen-ueber-95-Prozent,impfpflicht320.html>).

<sup>2</sup> Vgl. *Steinbeis*, Verfassungsblog (17.12.2021), <https://verfassungsblog.de/ein-hartes-jahr/>, nach dem der folgende Beitrag zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht der am meisten aufgerufene Beitrag auf [verfassungsblog.de](https://verfassungsblog.de) im Jahr 2021 war: *Rixen/Sagan*, Verfassungsblog (11.12.2021), <https://verfassungsblog.de/impfpflicht-oder-2g-minus-k/>.

<sup>3</sup> Siehe die schriftliche Stellungnahme der Deutschen Krankenhausgesellschaft vom 25.04.2022 zu Anträgen zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)27(1), S. 2 f.; vgl. auch die schriftliche Stellungnahme des Bundesverbandes privater Anbieter sozialer Dienste e. V. vom 25.04.2022 zu Anträgen zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)27(2), S. 3.

<sup>4</sup> Vgl. *Kießling*, NVwZ 2022, 15 (19).

<sup>5</sup> BGBl. I, S. 5162, Art. 2 Nr. 1 und 2a in Verbindung mit Art. 23 Abs. 4.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris.

<sup>7</sup> Siehe dazu den Online-Beitrag des Ärzteblatts vom 02.05.2022 (<https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/133835/Einrichtungsbezogene-Impfpflicht-steht-nicht-zur-Disposition>).

<sup>8</sup> Eine Verlängerung über das Jahr 2022 wurde im Bundestagsausschuss für Gesundheit bereits angesprochen, vgl. die schriftliche Stellungnahme des Deutschen Städtetages vom 27.04.2022 zu Anträgen zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)27(4), S. 2 f.

<sup>9</sup> Siehe die in § 5 Abs. 9 IfSG gesetzlich angeordnete Evaluierung des § 20a IfSG auch auf seine Reformbedürftigkeit hin.

<sup>10</sup> Vgl. den Online-Beitrag der Süddeutschen Zeitung vom 19.05.2022 (<https://www.sueddeutsche.de/politik/impfpflicht-pflegeheime-praxis-1.5588349>) sowie den Online-Beitrag des MDR Sachsen vom 13.05.2022 (<https://www.mdr.de/nachrichten/sachsen/corona-impfpflicht-ungeimpft-pflege-gesundheitsamt-bussgeld-100.html>).

<sup>11</sup> Schriftliche Stellungnahme des Deutschen Städtetages vom 27.04.2022 zu Anträgen zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)27(4), S. 2. Vgl. auch *Hahn* für den Deutschen Städtetag in der Anhörung vom 27.04.2022 vor dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Protokoll der 22. Sitzung vom 27.04.2022, Protokoll-Nr. 20/22, S. 14: „[...] Tätigkeitsverbote und Betretungsverbote im Wesentlichen erst im August/September 2022 [...]“.

<sup>12</sup> So *Noll/Chama*, MDR 2022, 406 (411).

<sup>13</sup> So *Schmidt/Schneider*, NZA-RR 2022, 121 (124).

<sup>14</sup> So *Weigert*, NZA 2022, 166.

<sup>15</sup> Vgl. auch *Berneith*, COVuR 2022, 136 ff., der auf „einige ungeklärte Fragen und faktische Hindernisse“ (136) sowie darauf hinweist, dass § 20a IfSG „an mehreren Stellen“ nicht zu Ende

Auf Kritik gestoßen ist insbesondere auch § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG. Diese Vorschrift beinhaltet die **Ermächtigung der Gesundheitsämter zur Anordnung von Betretungs- und Tätigkeitsverboten**. Die politische Bedeutung dieser Ermächtigungsgrundlage gezeigt hat schon die viel diskutierte Ankündigung des Ministerpräsidenten des Freistaates Bayern *Söder* vom 07.02.2022, die einrichtungsbezogene Impfpflicht in Bayern vorerst aussetzen und „großzügige Übergangslösungen“ anbieten zu wollen.<sup>16</sup> Es wurde in diesem Zusammenhang vorgetragen, die einrichtungsbezogene Impfpflicht könne „die Belastungs- und Pflegesituation deutlich verschlechtern“; zudem wurde kritisiert, es fehle an klaren Vollzugsvorgaben des Bundes.<sup>17</sup> Auf beide Gesichtspunkte zielte zuvor bereits ein Beschluss der Gesundheitsministerkonferenz vom 24.01.2022 ab, in dem es heißt:

„Die Länder bitten das BMG, gemeinsam mit den Ländern unverzüglich alle offenen Vollzugsfragen durch Vollzugshinweise einschließlich der notwendigen Abwägungskriterien abzustimmen, welche die Gesundheitsämter bei der Ausübung ihres Ermessensspielraums im Sinne eines bundeseinheitlichen Vollzugs leiten sollen.

[...]

Angesichts der Vielzahl der von der einrichtungsbezogenen Impfpflicht betroffenen Personen und der vielfach regional bestehenden Versorgungsprobleme stellt der Vollzug die betroffenen Einrichtungen und Unternehmen sowie die Gesundheitsämter vor enorme Herausforderungen. Insbesondere die Versorgungssicherheit für die pflegebedürftigen und kranken Menschen sowie für die Menschen mit Behinderung darf durch die Sanktionen wie Betretungs- und Tätigkeitsverbote nicht gefährdet werden.“<sup>18</sup>

Fehlende rechtsverbindliche und bundeseinheitliche Vorgaben für den Gesetzesvollzug durch die Gesundheitsämter und die offene Frage, wie genau die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems gewährleistet bleiben soll, wurden auch bereits in der Literatur erörtert.<sup>19</sup> In der Sitzung des Bundestagsausschusses für

---

gedacht sei (139). Vgl. auch die schriftliche Stellungnahme des Deutschen Städtetages vom 27.04.2022 zu Anträgen zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)27(4), S. 1: Der bisherige rechtliche Rahmen für die Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht sei „schlecht“.

<sup>16</sup> Siehe dazu *Doelfs*, kma 03/2022, 40; *Lindner*, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.

<sup>17</sup> Vgl. *Doelfs*, kma 03/2022, 40.

<sup>18</sup> Der Beschluss der Gesundheitsministerkonferenz ist abrufbar unter <https://www.gmkonline.de/Beschluesse.html?uid=265&jahr=2022>.

<sup>19</sup> Vgl. *Lindner*, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>; *Noll/Chama*, MDR 2022, 406 (411).

Gesundheit vom 27.04.2022 wurden unter anderem diese beiden Gesichtspunkte in einem Antrag der CDU/CSU-Fraktion<sup>20</sup> erneut angemerkt.<sup>21</sup>

## II. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Diese inhaltlich bislang nicht weiterführende Debatte ist insbesondere auf die problematische Ermächtigungsgrundlage in **§ 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG** zurückzuführen. Die vorliegende Studie untersucht diese Vorschrift **hinsichtlich** ihrer **Reformbedürftigkeit** und geht dabei von dem typischen Sachverhalt aus, dass trotz einer Aufforderung des Gesundheitsamts (§ 20a Abs. 5 Satz 1 IfSG) diesem nicht ein Immunitätsnachweis vorgelegt wird (§ 20a Abs. 5 Satz 3 in Verbindung mit Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 IfSG).

Nach einer Darstellung der Entstehungsgeschichte, der Änderung und der wesentlichen Regelungen des § 20a IfSG untersucht diese Studie in ihrem zweiten Teil die grundrechtlichen Bezüge der einrichtungsbezogenen Impfpflicht. Auf dieser Grundlage erörtert der dritte Teil der Untersuchung die de lege lata bestehenden Spielräume der Gesundheitsämter in Zusammenhang mit Betretungs- und Tätigkeitsverboten. Die im Falle der Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten in diesem Teil dargestellte Rechtsunsicherheit leitet über in den vierten Teil der vorliegenden Studie, der die Reformbedürftigkeit des § 20a Abs. 5 IfSG darstellt. Im fünften Teil wird ein begründeter Änderungsentwurf vorgelegt, der insbesondere die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems und die Versorgungsfähigkeit betroffener Einrichtungen sowie Unternehmen als Grenze der Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht adressiert (fünfter Teil). Die Studie schließt in ihrem sechsten und letzten Teil mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Leitsätzen.

## III. Entstehungsgeschichte und Änderung des § 20a IfSG

Am 06.12.2021 brachten die Fraktionen von SPD, BÜNDNIS 90/Die GRÜNEN und FDP als unterstützende Fraktionen der zu diesem Zeitpunkt noch nicht vereinigten Bundesregierung den „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der

---

<sup>20</sup> BT-Drucks. 20/687, S. 1 ff.

<sup>21</sup> Das Wortprotokoll zu dieser Anhörung (Protokoll der 22. Sitzung vom 27.04.2022, Protokoll-Nr. 20/22) ist abrufbar unter [https://www.bundestag.de/resource/blob/898960/cfdb80fa637c9e21a435fc2edee4bcf8/22\\_-27-04-2022\\_Einrichbez-Impfpfl-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/898960/cfdb80fa637c9e21a435fc2edee4bcf8/22_-27-04-2022_Einrichbez-Impfpfl-data.pdf).

Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie“<sup>22</sup> ein.

Trotz der seit der Impfstoffverfügbarkeit geregelten Bevorzugung der Gesundheitsberufe im Rahmen der Impfpriorisierung bestanden nach der Entwurfsbegründung in diesen Berufen wie auch in der Gesamtbevölkerung „relevante Impflücken“<sup>23</sup>. Durch das gesetzliche Erfordernis eines Immunitätsnachweises in den Gesundheitsberufen sollen die als besonders schutzbedürftig geltenden „vulnerable[n] Personengruppen“<sup>24</sup> – mithin solche mit einem hohen Risiko für schwere oder tödliche Erkrankungen nach einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 – geschützt werden.<sup>25</sup>

Bemerkenswert schnell<sup>26</sup> verlief das parlamentarische Beratungsverfahren: Nach der Beschlussempfehlung des Hauptausschusses vom 09.12.2021<sup>27</sup> zur Annahme des Gesetzentwurfs in leicht geänderter Fassung nahm der Deutsche Bundestag diesen durch Gesetzesbeschluss vom 10.12.2021 an.<sup>28</sup> Der Bundesrat erklärte noch am selben Tag seine Zustimmung.<sup>29</sup> Das „**Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie**“ ist am 11.12.2022 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden.<sup>30</sup>

Mit dem Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften vom 18.03.2022<sup>31</sup> wurden Änderungen im Hinblick auf die gesetzliche

---

<sup>22</sup> BT-Drucks. 20/188.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 20/188, S. 2; ferner heißt es dort: „(88 Prozent Gesamtimpfquote für medizinisches Personal und Pflegepersonal, 87 Prozent für Berufsgruppen ohne besonderes Ansteckungsrisiko), wobei [...] sogar noch von einer Überschätzung der Impfquoten ausgegangen werden muss“. Vgl dazu auch *Berneith*, COVuR 2022, 135; *Tabbara*, NZS 2022, 171 (172).

<sup>24</sup> BT-Drucks. 20/188, S. 1 und dort näher spezifiziert: „Hochaltrige Menschen und Personen mit akuten oder chronischen Grundkrankheiten [...], bestimmte Patientengruppen, insbesondere solche mit Immunschwäche [...], (ältere) pflegebedürftige Personen, insbesondere Bewohnerinnen und Bewohner von Pflegeheimen, [...] die von Angeboten für Menschen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen betreuten Personen [...]“.

<sup>25</sup> BT-Drucks. 20/188, S. 2, 6 und 37 f.; vgl. auch *Bonitz/Schleiff*, NZA 2022, 233.

<sup>26</sup> Vgl. *Bonitz/Schleiff*, NZA 2022, 233 (238).

<sup>27</sup> BT-Drucks. 20/250, S. 3.

<sup>28</sup> BR-Drucks. 830/21, S. 1.

<sup>29</sup> BR-Drucks. 830/21 (Beschluss), S. 1.

<sup>30</sup> BGBl. I, S. 5162.

<sup>31</sup> BGBl. I, S. 466.

Ausgestaltung der Anforderungen an Immunitätsnachweise vorgenommen. Zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht am 10.02.2022 in einem infolge eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ergangenen Beschluss diesbezüglich Zweifel an der gesetzlichen Ausgestaltung geäußert, die im Wege einer doppelt dynamischen Verweisung geregelt war.<sup>32</sup> Darüber hinaus zielten im Zuge der parlamentarischen Beratungen zur allgemeinen Impfpflicht eingebrachte Gesetzentwürfe auch auf Gesetzesänderungen hinsichtlich der einrichtungsbezogenen Impfpflicht ab<sup>33</sup>. Da die Entwürfe aber keine Mehrheit im Parlament erhalten konnten, sind diese Reformvorschläge nicht Gesetz geworden.

#### IV. Wesentliche Regelungen des § 20a IfSG

Mit § 20a IfSG hat der Gesetzgeber in Orientierung an die Masernimpfpflicht<sup>34</sup> für Personen, die in Gesundheitsberufen oder in Berufen, in denen Pflegebedürftige und Menschen mit Behinderung betreut werden, tätig sind, das Erfordernis eines Immunitätsnachweises geregelt (§ 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG). Die Personen also, die in den in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG abschließend benannten Einrichtungen oder Unternehmen aus dem Gesundheits-, Pflege- und Betreuungsbereich (Gesundheitsbereich) tätig sind, müssen ab dem 15.03.2022 über einen Impf- oder Genesenachweis verfügen und hatten gemäß § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG bis zum Ablauf des 15.03.2022 diesen Nachweis der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens vorzulegen (**Nachweispflicht**). Erfolgte eine solche Vorlage nicht oder bestanden Zweifel an der Echtheit des Nachweises, musste der Leiter der Einrichtung oder des Unternehmens unverzüglich das zuständige Gesundheitsamt benachrichtigen und diesem personenbezogene Daten übermitteln (§ 20a Abs. 2 Satz 2 IfSG). Die soeben dargestellten Regelungen des § 20a Abs. 1 und Abs. 2 IfSG sind „self executing“; sie entfalten ohne behördliche Umsetzung unmittelbare Verpflichtungen.<sup>35</sup>

Personen, die erst ab dem 16.03.2022 eine entsprechende Tätigkeit aufnehmen sollen (**Neufälle**), müssen den Nachweis gemäß § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG zu Beginn ihrer Tätigkeit vorlegen (vgl. § 20a Abs. 3 Satz 1 IfSG). Ansonsten ist eine Beschäftigung in den entsprechenden Einrichtungen oder Unternehmen ausgeschlossen (§ 20a Abs. 4 Satz 4 und 5 IfSG). Auch diese Regelungen sind „self executing“;

---

<sup>32</sup> Siehe dazu BVerfG, NJW 2022, 1308 (1309 Rn. 14).

<sup>33</sup> Vgl. BT-Drucks. 20/899; BT-Drucks. 20/954.

<sup>34</sup> BT-Drucks. 20/250, S. 37.

<sup>35</sup> *Lindner*, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.

die Verbote gelten also unmittelbar durch die gesetzliche Anordnung. § 20a Abs. 4 Satz 4 und 5 IfSG finden für bereits vor dem 16.03.2022 im Gesundheitsbereich Tätige (Bestandsfälle) *keine* Anwendung.<sup>36</sup>

Für **Bestandsfälle** ist in § 20a Abs. 5 IfSG ein Verwaltungsverfahren geregelt. Dieser Absatz adressiert die Kontrolle der einrichtungsbezogenen Impfpflicht, bedarf daher des Vollzugs durch die Gesundheitsämter und ist damit nicht „self-executing“.<sup>37</sup> Umsetzungsmaßnahmen bestehen etwa in der durch das Gesundheitsamt angeordneten Aufforderung an die betroffenen Personen, diesem einen Nachweis nach § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG vorzulegen (§ 20a Abs. 5 Satz 1 IfSG). Von besonderer Bedeutung ist dabei **§ 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG**: Danach kann das Gesundheitsamt einer Person, die trotz der Anforderung nach § 20a Abs. 5 Satz 1 IfSG keinen Nachweis innerhalb einer angemessenen Frist vorlegt oder der Anordnung einer ärztlichen Untersuchung nach Satz 2 nicht Folge leistet, untersagen, dass sie die dem Betrieb einer in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtung oder eines in Absatz 1 Satz 1 genannten Unternehmens dienenden Räume betritt (**Betretungsverbot**) oder in einer solchen Einrichtung oder einem solchen Unternehmen tätig wird (**Tätigkeitsverbot**). Nach § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h IfSG sind verschiedene Verpflichtungen **bußgeldbewehrt**. Nach derzeitiger Rechtslage wird § 20a IfSG am 01.01.2023 samt der Bußgeldvorschriften außer Kraft treten.<sup>38</sup>

Gemäß § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG wird nicht allein auf das Vorliegen eines Impfnachweises (vgl. § 22a Abs. 1 IfSG) abgestellt. Denn es genügt nach dieser Vorschrift auch ein Genesenennachweis (vgl. 22a Abs. 2 IfSG). Zudem besteht bei einer medizinischen Kontraindikation (vgl. § 20a Abs. 1 Satz 2 IfSG)<sup>39</sup> keine entsprechende Nachweispflicht<sup>40</sup>. Die Entscheidung über eine Impfung bleibt weiterhin eine freiwillige<sup>41</sup>, weil etwa mit einem Wechsel in einen gesundheitsfremden

---

<sup>36</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 253; a. A. *Weigert*, NZA 2022, 166 (168 ff.). Siehe hierzu noch nachfolgend S. 32 f.

<sup>37</sup> *Lindner*, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.

<sup>38</sup> BGBl. I, S. 5162, Art. 2 Nr. 1 und 2a in Verbindung mit Art. 23 Abs. 4.

<sup>39</sup> Diese kann etwa im Falle einer Unverträglichkeit der zugelassenen Impfstoffe angenommen werden, vgl. *Berneith*, COVuR 2022, 135 (137).

<sup>40</sup> Hier besteht lediglich die Verpflichtung, ein ärztliches Zeugnis über die medizinische Kontraindikation der Leitung des jeweiligen Unternehmens oder der jeweiligen Einrichtung vorzulegen (§ 20a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 IfSG); dies gilt auch für Frauen, die sich im ersten Schwangerschaftsdrittel befinden (§ 20a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 IfSG).

<sup>41</sup> Darauf weist auch die Begründung des Gesetzentwurfs hin: BT-Drucks. 20/188, S. 42.

Beruf den Verpflichtungen aus § 20a IfSG entgangen werden kann.<sup>42</sup> Aufgrund dieses Regelwerks ist der vielfach in Bezug auf § 20a IfSG verwendete Begriff „einrichtungsbezogene Impfpflicht“ eigentlich nicht treffend<sup>43</sup>. In der Sache handelt es sich um eine „sogenannte **einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht**“<sup>44</sup>. Gleichwohl wird die Regelung in § 20a IfSG nicht nur in der Presse, sondern auch vom Gesetzgeber<sup>45</sup>, der Literatur<sup>46</sup> und deshalb auch in dieser Studie als „einrichtungsbezogene Impfpflicht“ bezeichnet.

---

<sup>42</sup> *Berneith*, COVuR 2022, 135 (136); siehe auch *Rixen/Sagan*, Verfassungsblog (11.12.2021), <https://verfassungsblog.de/impfpflicht-oder-2g-minus-k/>; *Scheuer*, Betriebs-Berater (18.03.2022), [https://betriebs-berater.com/11448/2022/bb\\_2022\\_12\\_b4/](https://betriebs-berater.com/11448/2022/bb_2022_12_b4/).

<sup>43</sup> *Berneith*, COVuR 2022, 135 (136); siehe dazu auch *Rixen/Sagan*, Verfassungsblog (11.12.2021), <https://verfassungsblog.de/impfpflicht-oder-2g-minus-k/>; *Scheuer*, Betriebs-Berater (18.03.2022), [https://betriebs-berater.com/11448/2022/bb\\_2022\\_12\\_b4/](https://betriebs-berater.com/11448/2022/bb_2022_12_b4/).

<sup>44</sup> So BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 1 – ohne die Hervorhebungen.

<sup>45</sup> BT-Drucks. 20/188, S. 4, 30 und 36.

<sup>46</sup> Vgl. statt vieler *Schmidt/Schneider*, NZA-RR 2022, 121.

## **Zweiter Teil: Abwehrgrundrechte und staatliche Schutzpflichten**

Nachfolgend wird zunächst untersucht, welche Grundrechte durch die einrichtungsbezogene Impfpflicht und insbesondere durch die Ermächtigung in § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG betroffen sind. Grundrechtsdimensional kann unterschieden werden zwischen den mit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht verbundenen Eingriffen in grundrechtliche Freiheiten der Betroffenen (Abwehrfunktion) und den in diesem Zusammenhang relevanten staatlichen Schutzpflichten.

### **I. Grundrechte der im Gesundheitsbereich Tätigen**

Von Bedeutung sind hier zunächst die Grundrechte der im Gesundheitsbereich Tätigen, in die durch die einrichtungsbezogene Impfpflicht und ihre Durchsetzung gemäß § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG eingegriffen wird. Im Anschluss an die diesbezügliche Behandlung erfolgt eine insbesondere an dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.04.2022 orientierte Untersuchung, die das Gewicht der Grundrechtseingriffe und die vom Bundesverfassungsgericht angenommene Rechtfertigung der gesetzgeberischen Grundrechtseingriffe in den Blick nimmt.

#### **1. Betroffene Grundrechte**

##### **a) Recht auf körperliche Unversehrtheit**

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit die körperliche Integrität im biologisch-physiologischen Sinne<sup>47</sup> und damit auch das diesbezügliche **Selbstbestimmungsrecht**<sup>48</sup>. Die körperliche Unversehrtheit ist durch jede *wesentliche* Veränderung der Beschaffenheit der körperlichen Substanz betroffen.<sup>49</sup> Das Bundesverfassungsgericht führt in seinem Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht vom 27.04.2022 im Hinblick auf dieses Selbstbestimmungsrecht aus:

„Es bleibt vom Grundsatz her dem freien Willen der Grundrechtsträger überlassen, ob und welche medizinischen Maßnahmen sie für sich in Anspruch

---

<sup>47</sup> BVerfGE 56, 54 (73); *Schütz*, JuS 1996, 498 (502).

<sup>48</sup> BVerfGE 128, 282 (300); 129, 269 (280); 133, 112 (131 Rn. 49); BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 111 m. w. N.

<sup>49</sup> *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 28 Rn. 7.

nehmen wollen. Das Selbstbestimmungsrecht umfasst auch – eigenverantwortlich getroffene – medizinisch unvernünftige Entscheidungen.“<sup>50</sup>

Eine **bloße Impfpflicht** ist **abzugrenzen vom Impfzwang**. Impfzwang ist gegeben, wenn nötigenfalls mit Mitteln des Verwaltungszwanges (vgl. §§ 6 ff. VwVG) gegen den Willen des Impfpflichtigen die Impfung auch tatsächlich durchgeführt wird.<sup>51</sup> Die einrichtungsbezogene Impfpflicht macht indes lediglich die (weitere) Tätigkeit in den benannten Einrichtungen und Unternehmen grundsätzlich von einem Immunitätsnachweis abhängig (§ 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG). Man kann dies auch als „besondere Form der Impfverpflichtung“<sup>52</sup> beschreiben. Wie in der Literatur bereits festgestellt wurde, greift auch diese in das auf die körperliche Unversehrtheit bezogene Selbstbestimmungsrecht ein; es kann nämlich nur dann von der Berufsfreiheit (wie gewollt) Gebrauch gemacht werden<sup>53</sup>, wenn der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit durch die Schutzimpfung entgegen dem ursprünglichen Willen durchgeführt wird.<sup>54</sup>

Das Bundesverfassungsgericht nimmt in seinem Hauptsache-Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht Bezug auf seine Rechtsprechung<sup>55</sup> zur Annahme von mittelbaren oder faktischen Grundrechtseingriffen anhand des Kriteriums des **funktionalen Eingriffsäquivalents**<sup>56</sup>: In den Leitsätzen dieses Beschlusses wird vom Bundesverfassungsgericht ein **mittelbarer Eingriff** auch im Hinblick auf das von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG umfasste Selbstbestimmungsrecht<sup>57</sup> für möglich gehalten (erstes Zitat) und ein solcher Eingriff durch die einrichtungsbezogene Impfpflicht angenommen (zweites Zitat):

„Als Abwehrrecht schützt Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich auch vor staatlichen Maßnahmen, die lediglich mittelbar zu einer Beeinträchtigung der

---

<sup>50</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 111. Kritisch zu dieser Formulierung: *F. Zimmermann*, Legal Tribune Online (20.05.2022), <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/Einrichtungsbezogene-impfpflicht-corona-bverfg-1-bvr-2649-21/>.

<sup>51</sup> *Bonitz/Schleiff*, NZA 2022, 233; vgl. auch *Aligbe*, ARP 2022, 2 (2 f.).

<sup>52</sup> So *Aligbe*, ARP 2022, 2 (3). Ähnlich: *Bonitz/Schleiff*, NZA 2022 233: „indirekte Impfpflicht“; so auch *Rixen/Sagan*, Verfassungsblog (11.12.2021), <https://verfassungsblog.de/impfpflicht-oder-2g-minus-k/>.

<sup>53</sup> Siehe dazu S. 16 und 20 ff.

<sup>54</sup> *Aligbe*, ARP 2022, 2 (3); siehe auch *Gräf*, NZS 2022, 175 (176): „zumindest mittelbarer [...] Eingriff“.

<sup>55</sup> BVerfGE 148, 40 (51 Rn. 28); 153, 182 (265 Rn. 215).

<sup>56</sup> Vgl. dazu auch *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 24 Rn. 8.

<sup>57</sup> Vgl. zu mittelbaren Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit bereits BVerfGE 66, 39 (60).

körperlichen Unversehrtheit und des diesbezüglichen Selbstbestimmungsrechts führen, wenn ein Gesetz an die Wahrnehmung einer grundrechtlich geschützten Freiheit eine nachteilige Folge knüpft, um dieser Grundrechtswahrnehmung entgegenzuwirken.“<sup>58</sup>

„Die in § 20a IfSG geregelte Pflicht, eine COVID-19-Schutzimpfung nachzuweisen, kommt nach ihrer Zielsetzung und Wirkung als funktionales Äquivalent einem direkten Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gleich. Das Gesetz knüpft an eine Entscheidung gegen die die körperliche Unversehrtheit berührende Impfung nachteilige Folgen; die Konfrontation mit diesen Nachteilen soll auch nach der gesetzgeberischen Zielsetzung zu einer Entscheidung zu Gunsten einer Impfung bewegen. Die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit ist nicht bloßer Reflex der gesetzlichen Regelung.“<sup>59</sup>

Es liegt also – auch vor dem Hintergrund der Ermächtigung in § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG – „ein zielgerichteter mittelbarer Eingriff in die körperliche Unversehrtheit vor.“<sup>60</sup> Die formal weiterhin bestehende Freiwilligkeit einer Impfung führt somit nicht zu einer Ablehnung eines Eingriffs in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit.<sup>61</sup>

Die für solche Eingriffe notwendige Beachtung des **Zitiergebots** (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG)<sup>62</sup> erfüllt Art. 20a Abs. 8 IfSG: „Durch die Absätze 1 bis 5 wird das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes) eingeschränkt.“

## b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Auch das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, welches durch verschiedene Schutzkomplexe einen besonderen Schutz der Privatsphäre gewährleistet<sup>63</sup>, ist durch die einrichtungsbezogene Impfpflicht betroffen.

---

<sup>58</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Ls. 1, vgl. auch Rn. 113.

<sup>59</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Ls. 2, vgl. auch Rn. 114.

<sup>60</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 114. Wohl für die Annahme eines Eingriffs nach klassischem Verständnis: *Rixen*, Verfassungsblog (25.05.2022), <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhaltnismasigkeit/>; vgl. auch *Rixen/Sagan*, Verfassungsblog (11.12.2021), <https://verfassungsblog.de/impfpflicht-oder-2g-minus-k/>.

<sup>61</sup> So im Ergebnis auch die Begründung des Gesetzentwurfs: BT-Drucks. 20/188, S. 42.

<sup>62</sup> *Aligbe*, ARP 2022, 2 (3).

<sup>63</sup> Siehe dazu *Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 5 ff.

Dies gilt zunächst aufgrund der Verpflichtung zur Preisgabe etwa des Impfstatus oder des Genesenenstatus an die Leitung der betreffenden Einrichtung bzw. des betreffenden Unternehmens (vgl. § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG) und deren Verpflichtung zur Meldung an das zuständige Gesundheitsamt bei fehlendem Immunitätsnachweis (vgl. § 20a Abs. 2 Satz 2 IfSG). Insoweit liegt ein Eingriff in das vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfasste **Recht auf informationelle Selbstbestimmung**<sup>64</sup> vor<sup>65</sup>, da diese weitergegebene Information aufgrund ihres Gesundheitsbezuges grundsätzlich dem privaten Bereich<sup>66</sup> zuzuordnen ist.<sup>67</sup>

Ein **eigenständiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** ist unabhängig von der Datenweitergabe mit der Ansicht vieler Literaturstimmen allein schon durch die Nachweispflicht (§ 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG) in Verbindung mit der nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG möglichen Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbots anzunehmen: Denn die aufgrund des Menschenwürdebezugs durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht verbrieft **Selbstbestimmung und Eigenverantwortlichkeit des Einzelnen** über wichtige, das eigene Leben betreffende Fragen wird durch diese Regelungen und der damit verbundenen Drucksituation beschränkt.<sup>68</sup> Insoweit ist – anders als vom Bundesverfassungsgericht in dem Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht dargestellt<sup>69</sup> – neben dem Selbstbestimmungsrecht im Hinblick auf die körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG in Idealkonkurrenz anwendbar.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> Siehe dazu *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 27 Rn. 8.

<sup>65</sup> Vgl. dazu *Fuhlrott/Fischer*, NJW 2021, 657 (658 f.).

<sup>66</sup> Vgl. dazu *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 27 Rn. 7 ff.

<sup>67</sup> Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung konnte im Verfassungsbeschwerdeverfahren nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts von den Beschwerdeführern schon nicht substantiiert dargelegt werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 92).

<sup>68</sup> So auch *Gräf*, NZS 2022 175 (176); *Rixen*, Verfassungsblog (25.05.2022), <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhältnismasigkeit/>; *Tabbara*, NZS 2022 171 (171); ebenso wohl *Aligbe*, ARP 2022, 2 (3). Siehe in Bezug auf eine allgemeine Impfpflicht *Hofmann/Neuhöfer*, NVwZ 2022, 19 (22).

<sup>69</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 111.

<sup>70</sup> Siehe dazu *Rixen*, Verfassungsblog (25.05.2022), <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhältnismasigkeit/> m. w. N.

### c) Berufsfreiheit

Ein Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG ist jede „auf Erwerb gerichtete Tätigkeit [...], die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient“.<sup>71</sup> Trotz der unterschiedlichen in Art. 12 Abs. 1 GG genannten Schutzkomplexe ist ein **einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit** gewährleistet<sup>72</sup>, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Hauptsache-Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht erneut ausführt.<sup>73</sup> Ferner heißt es in dem Beschluss:

„Umfasst ist nicht nur die Entscheidung über den Eintritt in den Beruf, sondern auch darüber, ob und wie lange der einmal ergriffene Beruf fortgesetzt werden soll [...]. Neben der Entscheidung für eine konkrete Beschäftigung in dem gewählten Beruf ist auch der Wille der Einzelnen geschützt, einen Arbeitsplatz beizubehalten oder ihn aufzugeben. Das Grundrecht entfaltet seinen Schutz gegen alle staatlichen Maßnahmen, die diese Wahlfreiheit beschränken [...] und etwa zur Aufgabe eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingen [...].“<sup>74</sup>

Unter Bezugnahme auf Rechtsprechung<sup>75</sup> zu Eingriffen in die Berufsfreiheit nach klassischem Verständnis (die eine „Berufstätigkeit unmittelbar unterbinden oder beschränken“<sup>76</sup>) erkennt das Bundesverfassungsgericht in den Verpflichtungen aus § 20a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 IfSG in Verbindung mit dem nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG möglichen Betretungs- und Tätigkeitsverboten **unmittelbare sowie zielgerichtete Eingriffe in die Berufsfreiheit** der im Gesundheitsbereich Tätigen.<sup>77</sup>

### d) Eigentumsfreiheit

Weiterhin können durch die Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG Eingriffe in die durch Art. 14 GG geschützte

---

<sup>71</sup> BVerfGE 102, 197 (212); 110, 304 (321); 111, 10 (28); 115, 276 (300); 145, 20 (67); fast wortgleich BVerfGE 97, 228 (252 f.); 110, 141 (156); 115, 205 (229); BVerfG (Kammerbeschl.), NVwZ 2009, 905; NVwZ 2012, 1535 (1536). Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 246 m. w. N.

<sup>72</sup> Siehe näher *Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 1.

<sup>73</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 246.

<sup>74</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 246.

<sup>75</sup> BVerfGE 113, 29 (48); 155, 238 (277 Rn. 95); vgl. auch BVerfGE 8, 71 (76); 145, 20 (70 f. Rn. 129).

<sup>76</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 249.

<sup>77</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 250 ff.

Eigentumsfreiheit erfolgen. Dieses Grundrecht umfasst auch das **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb**.<sup>78</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat zwar bislang die Einschlägigkeit des Schutzbereichs der Eigentumsfreiheit in Zusammenhang mit eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieben offen gelassen.<sup>79</sup> Gerade im Corona-Kontext hat sich im Zusammenhang mit zur Eindämmung der Pandemie angeordneten vorübergehenden Betriebsschließungen aber gezeigt, dass Fachgerichte und Autoren in der Literatur überwiegend von einem Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes über Art. 14 GG ausgehen.<sup>80</sup> Die Grundsätze des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes (Schutz der gewinnbringenden Rechtsbestandteile des Gewerbebetriebes; Schutz des Betriebsvermögens) können etwa auch auf Praxen Freier Berufe übertragen werden.<sup>81</sup> Deshalb kann sich z. B. der Inhaber einer Zahnarztpraxis auf Art. 14 GG berufen, wenn er durch die Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten vorhandenes Stammpersonal nicht weiter beschäftigen kann und ohne dieses die Versorgungsfähigkeit seiner Praxis nicht mehr gewährleistet ist.<sup>82</sup>

#### e) Glaubens- und Gewissensfreiheit

Weiterhin ist es im Einzelfall möglich, dass mit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht und durch Anordnungen von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten Eingriffe in das Grundrecht der **Glaubensfreiheit** aus Art. 4 Abs. 1 GG erfolgen.<sup>83</sup> Dies ist dann anzunehmen, wenn ein Betroffener eine „persönliche Zwangslage“<sup>84</sup> substantiiert darlegen und die Ablehnung einer Impfung aus Religions- bzw.

---

<sup>78</sup> *Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 12 m. w. N.

<sup>79</sup> Siehe aus der jüngsten Rechtsprechung BVerfGE 143, 246 (331 f. Rn. 240 m. w. N.); 155, 238 (274 Rn. 86).

<sup>80</sup> Siehe dazu *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022 (im Erscheinen), § 126 Rn. 35 m. w. N.

<sup>81</sup> *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 40 Rn. 10.

<sup>82</sup> So auch die schriftliche Stellungnahme der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung und der Bundeszahnärztekammer vom 18.03.2022 zu Gesetzentwürfen und Anträgen über eine gesetzliche Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)17(3), S. 6. Im Verfassungsbeschwerdeverfahren wurde eine Verletzung der Eigentumsfreiheit schon nicht gerügt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 29) und vom Bundesverfassungsgericht auch nicht geprüft.

<sup>83</sup> Vgl. *Gräf*, NZS 2022, 175 (180 f.).

<sup>84</sup> *Schaks/Krahner*, MedR 2015, 860 (864), in Bezug auf die Masernimpfpflicht.

Bekennnisgründen<sup>85</sup> so schlüssig begründen kann.<sup>86</sup> Auch eine Berufung auf das Grundrecht der **Gewissensfreiheit** aus Art. 4 Abs. 1 GG<sup>87</sup> kann im Einzelfall unter entsprechenden Anforderungen möglich sein.<sup>88</sup> Eine Zugehörigkeit zur sogenannten „Querdenker-Szene“ oder ein „Glaube“ an Verschwörungstheorien eröffnet jedenfalls nicht den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG.<sup>89</sup> Gehört demgegenüber ein Betroffener z. B. einer Glaubensgemeinschaft an, die ihren Mitgliedern eine Impfung verbietet, ist Art. 4 Abs. 1 GG in Form der Glaubensfreiheit einschlägig.<sup>90</sup>

## f) Allgemeine Handlungsfreiheit

Das hier auch betroffene Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG<sup>91</sup> kommt lediglich in Bezug auf **Ausländer**, die sich nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen können<sup>92</sup>, und hinsichtlich der **Bußgeldandrohungen** aus § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h IfSG<sup>93</sup> zur Anwendung, und tritt ansonsten durch Schutzbereichseröffnungen speziellerer Grundrechte konkurrenzrechtlich zurück<sup>94</sup>.

## 2. Gewichtung der Grundrechtseingriffe

Nimmt man richtigerweise einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG an, ist geltungsverstärkend

---

<sup>85</sup> Siehe zum einheitlichen Grundrecht der Glaubensfreiheit *Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 4 ff.

<sup>86</sup> *Gräf*, NZS 2022, 175 (181).

<sup>87</sup> Siehe zu diesem Grundrecht und seinem eigenständigen Charakter *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 31 Rn. 19 f.

<sup>88</sup> Vgl. *Gräf*, NZS 2022, 175 (181).

<sup>89</sup> Vgl. *Gräf*, NZS 2022, 175 (181).

<sup>90</sup> Vgl. *Gräf*, NZS 2022, 175 (180). Eine Verletzung des Art. 4 Abs. 1 GG konnte im Verfassungsbeschwerdeverfahren von den Beschwerdeführern nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts schon nicht substantiiert dargelegt werden, vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 94.

<sup>91</sup> Siehe dazu *Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 1 ff.

<sup>92</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 266: „Die allgemeine Handlungsfreiheit garantiert insoweit aber keinen weitergehenden Schutz als Art. 12 Abs. 1 GG“. Vgl. dazu BVerfGE 78, 179 (196 f.); *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 23 Rn. 5; § 40 Rn. 21.

<sup>93</sup> Die Bußgeldtatbestände in § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h IfSG beurteilte das BVerfG als formell und materiell verfassungsgemäß, vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 268 ff.

<sup>94</sup> Vgl. *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 25 Rn. 1 und § 27 Rn. 1.

der besondere Menschenwürdebezug dieses Grundrechts<sup>95</sup> zu berücksichtigen. Ist darüber hinaus im Einzelfall Art. 4 Abs. 1 GG etwa in Form der individuellen Glaubensfreiheit berührt, wird ein Grundrecht, das nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorbehaltlos gewährleistet wird<sup>96</sup>, eingeschränkt. Wenn zudem auch die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie gegebenenfalls die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG neben dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG betroffen sind, so zeigt dies bereits, dass durch die einrichtungsbezogene Impfpflicht **einige wesentliche Grundrechte** berührt sein können.

Für eine Gewichtung der *konkreten Eingriffsintensität* der einrichtungsbezogenen Impfpflicht ist der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht vom 27.04.2022 näher zu untersuchen.

### a) Recht auf körperliche Unversehrtheit

In Bezug auf den Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit formuliert das Bundesverfassungsgericht in diesem Beschluss im Hinblick auf die Eingriffsintensität:

„Die durch § 20a IfSG eingeführte Nachweispflicht greift mit *erheblichem Gewicht* in das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein.

[...] Das Einbringen eines Stoffes in den Körper setzt zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts betreffend den eigenen Körper grundsätzlich die Einwilligung der Betroffenen voraus. Die Impfung löst konkrete körperliche Reaktionen aus, die sich als Immunantwort auf die Verabreichung des Impfstoffes darstellen. Zwar klingen diese nach relativ kurzer Zeit vollständig ab. Dies lässt aber die mit der Immunantwort nicht selten einhergehenden Nebenwirkungen wie etwa Kopf- und Gliederschmerzen unberührt, die die Betroffenen auch über mehrere Tage in ihrem körperlichen Wohlbefinden nicht unerheblich beeinträchtigen können.

Daneben können im Einzelfall auch schwerwiegende und/oder länger andauernde Nebenwirkungen oder Impfkomplicationen eintreten. Zwar handelt es sich bei den gemeldeten schwerwiegenden Nebenwirkungen zunächst nur um Verdachtsfälle, die nur zu einem Teil auch nachweislich zwingend kausal auf

---

<sup>95</sup> Rixen, Verfassungsblog (25.05.2022), <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhaltnismasigkeit/>. Siehe ferner Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 27 Rn. 6 und 18.

<sup>96</sup> Siehe dazu Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 31 Rn. 15 und 18 m. w. N.

die Impfung zurückzuführen sind. Auch waren die gemeldeten schwerwiegenden Nebenwirkungen sehr selten und in der Regel nicht von Dauer [...]. Gleichwohl muss davon ausgegangen werden, dass eine Impfung im ganz extremen Ausnahmefall auch tödlich sein kann. Dies erhöht die Eingriffstiefe maßgeblich auch deshalb, weil die Impfung einem in der Regel gesunden Menschen verabreicht wird, und zwar grundsätzlich zweifach und ab 1. Oktober 2022 auch dreifach.<sup>97</sup>

## b) Berufsfreiheit

Im Hinblick auf die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit ist die sogenannte Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichts in ihren Grundgedanken immer noch von Bedeutung.<sup>98</sup> Es ist also zu untersuchen, in welche der in Art. 12 Abs. 1 GG genannten Teilgarantien durch die einrichtungsbezogene Impfpflicht eingegriffen wird.

### aa) Differenzierung nach Art der ausgeübten Tätigkeit

Eine wichtige Unterscheidung ist zwischen der Berufsausübung und der Berufswahl vorzunehmen. Nach einer häufig verwendeten „Faustformel“ betrifft die Berufswahl das „Ob“ und die Berufsausübung das „Wie“ der beruflichen Betätigung.

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, die einrichtungsbezogene Impfpflicht greife lediglich in die Freiheit der *Berufsausübung* ein, da Arbeitnehmer ihren Beruf nur bei Fehlen einer Impfung nicht ausüben könnten und Arbeitgeber lediglich in ihrer Personalorganisation betroffen seien.<sup>99</sup> In der Begründung des Gesetzentwurfs wird auch nur auf die „Freiheit der *Berufsausübung*“ abgestellt.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 206 ff. – ohne die Hervorhebungen.

<sup>98</sup> *Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 29. Siehe dazu und zur Herleitung der Stufentheorie ausführlich *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022 (im Erscheinen), § 125 Rn. 80 ff.

<sup>99</sup> *Rixen/Sagan*, Verfassungsblog (11.12.2021), <https://verfassungsblog.de/impfpflicht-oder-2g-minus-k/>.

<sup>100</sup> BT-Drucks. 20/188, S. 42 – ohne die Hervorhebung. Diese Terminologie wird vor allem in jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts jedoch auch zur Beschreibung des Grundrechts der Berufsfreiheit insgesamt verwendet, vgl. dazu BVerfGE 111, 10 (28); BVerfG (Kammerbeschl.), NJW 2015, 2949 (2950 Rn. 36 und 2952 Rn. 44); NZS 2016, 942 (943 Rn. 21); vgl. auch *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 40 Rn. 2.

Im Hinblick auf Betretungs- und Tätigkeitsverbote nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG ist jedoch zwischen verschiedenen Fallkonstellationen zu differenzieren, denn die „Belastungswirkungen, die von § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG ausgehen, unterscheiden sich je nach Art der ausgeübten Tätigkeit.“<sup>101</sup>

Wenn entsprechende Verbotsanordnungen erfolgen, wird es sich hinsichtlich **gesundheitsfremder Berufe** regelmäßig um einen Eingriff in die **freie Wahl des Arbeitsplatzes**<sup>102</sup> handeln. Das Bundesverfassungsgericht führt dazu in seinem jüngsten Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht etwa in Bezug auf Verwaltungs-, Reinigungs- und Küchenpersonal aus:

„Diese Personen können [...] bei einem *Arbeitsplatzwechsel* ihre gewählte berufliche Tätigkeit als solche weiter ausüben, solange sie nur nicht mehr in von § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG erfassten Einrichtungen oder Unternehmen tätig werden. Sie sind daher nicht zu einer vollständigen beruflichen Neuorientierung gezwungen, sondern nur zu einem Arbeitsplatzwechsel.“<sup>103</sup>

(Betretungs- und) Tätigkeitsverbote nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG stellen in Bezug auf **in Gesundheitsberufen Beschäftigte** demgegenüber regelmäßig Berufswahlbeschränkungen dar. Denn bei weiterer Impfunwilligkeit ist nicht nur die bisher ausgeübte Tätigkeit, sondern sind Tätigkeiten in allen in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen verboten (§ 20a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG). Ein beruflicher Wechsel in einen anderen Gesundheitsbereich unterliegt so zumindest erheblichen Beschränkungen.<sup>104</sup> Entsprechend formuliert auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Hauptsache-Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht:

„Die gesetzliche Regelung belastet dabei insbesondere diejenigen Personen, die auch im Falle eines Arbeitsplatzwechsels stets vom Erfordernis einer Impfung oder Genesung betroffen wären und sich diesem folglich nur durch Ausübung einer berufsfremden Tätigkeit entziehen können, wie etwa Pflege-

---

<sup>101</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 259.

<sup>102</sup> Vgl. dazu *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 40 Rn. 19.

<sup>103</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 261.

<sup>104</sup> Aufgrund dieses weiten Ausschlusses einer beruflichen Umorientierung im Gesundheitsbereich dürfte es für die Einordnung solcher Verbote als Berufswahlbeschränkung nicht darauf ankommen, ob es sich z. B. bei einem Rettungssanitäter [§ 20a Abs. 1 Satz 1 Buchst. k) IfSG] um einen eigenständigen Beruf (dieses Kriterium findet andeutungsweise Erwähnung in BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 209; siehe nachfolgend auch S. 24) oder lediglich um eine besondere Ausübungsform eines übergeordneten Berufs handelt [vgl. dazu BVerfGE 11, 30 (41 f.); siehe zu diesem sogenannten Kassenarzt-Urteil auch *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022 (im Erscheinen), § 125 Rn. 103].

fachkräfte, Ärzte, Psychotherapeuten oder medizinische Fachangestellte. Ihnen wird durch den fehlenden Nachweis einer Impfung oder Genesung nicht nur der gegenwärtige, sondern ganz weitgehend jeder Arbeitsplatz in ihrem erlernten Berufsfeld bis zum 31. Dezember 2022 deutschlandweit unzugänglich und damit *die freie Wahl über die Fortsetzung ihres Berufs ganz weitgehend unmöglich gemacht.*<sup>105</sup>

Ähnlich äußert sich das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf im Gesundheitsbereich **selbständig Tätige**:

„Die Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbots hindert selbständig Tätige im Gesundheits- und Pflegebereich während der Geltungsdauer des angegriffenen Gesetzes regelmäßig an der weiteren Ausübung ihres Berufs und/oder ihrer Tätigkeit.“<sup>106</sup>

Können **Mitarbeiter von Selbständigen** aufgrund von nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG angeordneten Verboten nicht weiter ihren Tätigkeiten nachgehen, liegt durch diesen Eingriff in die Personalorganisation zunächst lediglich eine Beschränkung der *Berufsausübungsfreiheit* der Arbeitgeber vor.<sup>107</sup> Wenn aber durch eine solche Anordnung ein Personalmangel entsteht, der zum Wegfall der Versorgungsfähigkeit der betroffenen Einrichtung oder des betroffenen Unternehmens führt, ist aufgrund der Eingriffsintensität<sup>108</sup> im Ergebnis von einer *Berufswahlbeschränkung* auszugehen.

### bb) Besondere Belastung für Personen in Gesundheitsberufen

Vielfach wird bei Verbotsanordnungen nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG also von **Berufswahlbeschränkungen** auszugehen sein.<sup>109</sup> Da das Kriterium der Immunität gegen das Coronavirus an die Person anknüpft, könnte dies dafür sprechen, von *subjektiven Berufswahlbeschränkungen* auszugehen, die nach Maßgabe der

---

<sup>105</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 260 – ohne die Hervorhebungen.

<sup>106</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 259.

<sup>107</sup> So auch *Rixen/Sagan*, Verfassungsblog (11.12.2021), <https://verfassungsblog.de/impfpflicht-oder-2g-minus-k/>.

<sup>108</sup> Die Stufentheorie ist vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Weise flexibel anzuwenden [vgl. BVerfGE 11, 30 (44 f.); ausführlich *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022 (im Erscheinen), § 125 Rn. 92 f., 103], dass unter der Berücksichtigung der Eingriffsintensität eine formal als *Berufsausübungsregelung* zu qualifizierende Bestimmung der Wirkung nach sogar als objektive *Berufswahlbeschränkung* angesehen werden kann.

<sup>109</sup> Siehe dazu S. 21 ff.

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „nur zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes und unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit statthaft“ sind<sup>110</sup>.

Während in anderen Entscheidungen aus der jüngsten Zeit das Bundesverfassungsgericht noch Begrifflichkeiten der Stufentheorie ausdrücklich verwendet<sup>111</sup>, werden solche im Hauptsache-Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht weitgehend<sup>112</sup> vermieden.

Typischerweise zielen subjektive Berufswahlbeschränkungen auf Kenntnisse und Fertigkeiten ab, die Berufswillige für die Ausübung des Berufes insbesondere zum Schutz der Allgemeinheit benötigen.<sup>113</sup> Die betroffenen Personen ohne Immunitätsnachweis verfügen in der Regel aber bereits über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten – sie können sogar hochqualifiziert sein – und stellen unter diesem Gesichtspunkt keine Gefahr für die Allgemeinheit dar. Dies könnte neben der Vielzahl möglicher Fallkonstellationen und der Tatsache, dass es bei der einrichtungsbezogenen Impfpflicht vielfach um die *Fortsetzung* eines an sich schon erfolgreich gewählten Berufes geht, auch der Grund sein, warum das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG nicht ausdrücklich von subjektiven Berufswahlbeschränkungen spricht.

Jedenfalls nimmt das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht vom 27.04.2022 implizit eine Gewichtung der Grundrechtseingriffe nach Maßgabe der Frage vor, welche Form der Berufsfreiheit (Freiheit der Berufsausübung, Freiheit der Arbeitsplatzwahl oder freie Wahl des

---

<sup>110</sup> BVerfGE 93, 213 (235); 117, 126 (138); vgl. ferner BVerfGE 123, 186 (239).

<sup>111</sup> BVerfGE 145, 20 (67 Rn. 121, 71 Rn. 132, 84 Rn. 164, 85 Rn. 167); BVerfGE 153, 1 (50 Rn. 110); vgl. dazu *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022 (im Erscheinen), § 125 Rn. 91.

<sup>112</sup> Es heißt zumindest, die Eingriffe in die Berufsfreiheit dienen „überragend wichtigen Rechtsgütern“ (BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 256). Solche Formulierungen (vgl. a. a. O. Rn. 169) und ähnliche Begrifflichkeiten wie „überragend wichtige Gemeinwohlbelange“ (a. a. O. Rn. 155), „dringlichen Schutz der Rechtsgüter Dritter von überragender Bedeutung“ (vgl. a. a. O. Rn. 205) und „Verfassungsgüter mit überragendem Stellenwert“ (a. a. O. Rn. 214) finden sich auch bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, die das Bundesverfassungsgericht ebenso schon in ähnlicher Form in den Beschlüssen „Bundesnotbremse I“ [vgl. BVerfG, NJW 2022, 139 (150 Rn. 174 ff., 151 Rn. 188, 156 Rn. 218, 157 Rn. 227 ff., 162 Rn. 275, 164 Rn. 289, 165 Rn. 292)] und „Bundesnotbremse II“ [BVerfG, NJW 2022, 167 (176 Rn. 111, 179 Rn. 133, 181 Rn. 153, 182 Rn. 157 ff.)] verwendet hat.

<sup>113</sup> Vgl. BVerfGE 7, 377 (406 f.); *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022 (im Erscheinen), § 125 Rn. 115.

Berufes) eingeschränkt wird<sup>114</sup>. Daran zeigt sich erneut, dass **Grundgedanken der Stufentheorie** auch heute noch in der Verfassungsrechtsprechung eine Rolle spielen.<sup>115</sup> Zudem belegen auch weitere Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit in diesem Beschluss, die sich – etwas ungewöhnlich – im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Eingriff in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit befinden: Das Gericht hat die für Betroffene zumindest **zeitweilig nicht nutzbare Ausbildung** bei der Gewichtung der Eingriffsintensität erschwerend berücksichtigt. Die betreffende Passage in dem Beschluss lautet:

„Lehnen sie [Betroffene] eine Impfung ab, können sie insbesondere dann, wenn es sich um einen typischen und spezialisierten Beruf im Gesundheits- und Pflegebereich handelt, diesen Beruf in der Regel nicht mehr weiter ausüben. Eine Erwerbstätigkeit ist insoweit – jedenfalls für die Geltungsdauer des Gesetzes – nur noch berufsfremd möglich, was für die Betroffenen *in besonderem Maße belastend* ist, wenn sie etwa *zum Erwerb einer (zahn)ärztlichen Approbation eine lange Phase der Berufsqualifikation* bewältigen mussten. Soweit andere Berufsfelder betroffen sind, verlieren Betroffene jedenfalls ihren bisherigen Arbeitsplatz oder müssen zumindest innerhalb der Einrichtung oder des Unternehmens ihren Tätigkeitsbereich oder ins reine Home-Office wechseln. Die *Intensität* der mit der Nachweispflicht verbundenen Freiheitsbeeinträchtigungen *erhöht sich weiter* dadurch, dass nach einer Anforderung des Gesundheitsamts, den Nachweis innerhalb einer angemessenen Frist zu erbringen, ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot angeordnet werden kann, wobei beides bußgeldbewehrt ist (vgl. § 73 Abs. 1a Nr. 7f und 7h IfSG). Gleichzeitig drohen angestellten Tätigen in der Regel arbeitsrechtliche Konsequenzen wie insbesondere eine Freistellung ohne Lohnfortzahlung oder eine Kündigung.“<sup>116</sup>

### c) Weitere Faktoren

Neben der Betrachtung der Eingriffsintensität anhand einzelner Grundrechte sind noch weitere Faktoren im Hinblick auf die Gewichtung der Eingriffsintensität zu berücksichtigen.

---

<sup>114</sup> Siehe BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 259 ff.; siehe auch bereits S. 21 f.

<sup>115</sup> Vgl. *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022 (im Erscheinen), § 125 Rn. 92 f.; zu Recht wird nämlich der Judikatur des BVerfG bescheinigt, „durch Kombination der urspr. Stufentheorie mit flexibleren Legitimationskriterien des Übermaßverbots eine **verfeinerte Dogmatik** zum Wohle der Einzelfallgerechtigkeit entwickelt“ zu haben [so *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 151].

<sup>116</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 209.

### aa) „Grundrechtliche lose-lose-Situation“

In der Literatur<sup>117</sup> und auch vom Bundesverfassungsgericht<sup>118</sup> ist zu Recht darauf hingewiesen worden, dass die Alternative, eine Impfpflicht allein für die vulnerablen Personengruppen einzuführen, kein milderes und gleich wirksames Mittel im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung darstellt. Der bloße Hinweis aber, der derzeit geltenden einrichtungsbezogenen Impfpflicht könnten im Gesundheitsbereich Tätige durch einen Wechsel des Arbeitsplatzes entgehen<sup>119</sup>, berücksichtigt das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht hinreichend. Denn andere Tätigkeiten im Gesundheitsbereich dürften für Personen in Gesundheitsberufen aufgrund des fehlenden Immunitätsnachweises vielfach ausgeschlossen sein.<sup>120</sup>

Insofern befinden sich diese Personen in einer „**grundrechtlichen lose-lose-Situation**“: Als erste Option kommt in Betracht, sich entgegen dem ursprünglichen Willen impfen zu lassen und insoweit die Selbstbestimmung einzubüßen. Zweitens besteht die Möglichkeit, in Verwirklichung der Selbstbestimmung weiterhin von einer Schutzimpfung abzusehen, aber berufliche Nachteile in Kauf nehmen zu müssen, die einen Wechsel in – sofern möglich – gesundheitsfremde Berufe zusammen mit eventuellen finanziellen Einbußen oder die Arbeitslosigkeit<sup>121</sup> bedeuten können. Das Bundesverfassungsgericht formuliert dazu in seinem Hauptsache-Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht:

„Die Regelung stellt die Betroffenen [...] de facto vor die Wahl, entweder ihre bisherige Tätigkeit aufzugeben oder aber in die Beeinträchtigung ihrer körperlichen Integrität einzuwilligen.“<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> *Tabbara*, NZS 2022, 171 (172).

<sup>118</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 199.

<sup>119</sup> So *Tabbara*, NZS 2022, 171 (172).

<sup>120</sup> Siehe dazu oben S. 21 f.

<sup>121</sup> Siehe zu sperrzeitrechtlichen Folgen im Hinblick auf sozialversicherungsrechtliche Arbeitslosengeldansprüche *Gräf*, NZS 2022, 175 (177 ff.).

<sup>122</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 209.

### **bb) Milderung der Eingriffsintensität durch zeitliche Begrenzung?**

Die Eingriffsintensität wird auch nicht durch die bislang geltende Befristung von § 20a IfSG<sup>123</sup> und angeordnete Betretungs- oder Tätigkeitsverbote<sup>124</sup> bis zum 31.12.2022 abgemildert. Das Bundesverfassungsgericht führt zur zeitlichen Begrenzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht aus:

„Die mit der einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht verbundenen Freiheitseinbußen können von den Betroffenen nach dem Außerkrafttreten der angegriffenen Regelungen auch nicht vollständig revidiert oder kompensiert werden, sondern können weiterhin belastende Wirkungen entfalten. Eine durchgeführte Impfung ist irreversibel. Auch ein Wechsel des Berufs oder der konkreten Tätigkeit kann nach über neun Monaten – trotz der hohen Nachfrage nach Arbeitskräften im Gesundheits- und Pflegebereich – nicht sicher wieder rückgängig gemacht werden. Dies gilt zumal für selbständig Tätige, die nach einer über neunmonatigen Praxisschließung auch existenziell betroffen sein können.

Hinzu kommt, dass die Nachweispflicht nur eine von bislang vielen belastenden Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung ist und gerade Angehörige der Medizin-, Pflege- und Betreuungsberufe in der Pandemie besonderen Belastungen ausgesetzt waren und sind.“<sup>125</sup>

### **d) Schwerwiegende Grundrechtseingriffe**

Das Bundesverfassungsgericht stuft die mit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht verbundenen Grundrechtseingriffe an vielen Stellen seines Beschlusses als erheblich ein.<sup>126</sup> In der Literatur werden die Grundrechtseingriffe sehr deutlich als massiv und schwerwiegend eingeordnet.<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> BGBl. I, S. 5162, Art. 2 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 4.

<sup>124</sup> Vgl. zu der in der Praxis aufgrund des Wegfalls der Ermächtigungsgrundlage vorgesehenen zeitlichen Befristung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten etwa den Erlass des Ministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Gleichstellung des Landes Sachsen-Anhalt über das Vorgehen der unteren Gesundheitsbehörden bei der Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht nach § 20a IfSG vom 04.03.2022 (<https://ms.sachsen-anhalt.de/themen/gesundheits/aktuell/coronavirus/impfpflicht/>), S. 14.

<sup>125</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 210 f.

<sup>126</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 169, 188, 205 ff., 221 und 259.

<sup>127</sup> Siehe etwa *Tabbara*, NZS 2022, 171 (171 und 173).

### 3. Rechtfertigung der gesetzgeberischen Grundrechtseingriffe

Das Bundesverfassungsgericht führt in seinem Hauptsache-Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht aus: „Der Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist gerechtfertigt. Er dient einem legitimen Zweck [...] und ist zur Erreichung dieses Zwecks geeignet [...] sowie erforderlich [...]. Er belastet die Grundrechtsträger auch nicht in unzumutbarer Weise; insbesondere ist er unter Berücksichtigung der besonderen Schutzbedürftigkeit vulnerabler Personen nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne“.<sup>128</sup> Auch die Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG sieht das Bundesverfassungsgericht in diesem Beschluss als gegeben an<sup>129</sup>, wobei hier der Umfang der Prüfung doch deutlich hinter derjenigen zum Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit zurückbleibt. Dort stützt sich das Bundesverfassungsgericht insbesondere darauf, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nachgekommen ist<sup>130</sup> und seine diesbezüglichen Annahmen zum Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses sowie auch zum Zeitpunkt des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vertretbar<sup>131</sup> waren.<sup>132</sup>

Das Bundesverfassungsgericht erklärt in seinem Beschluss vom 27.04.2022 lediglich die *Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers*, eine einrichtungsbezogene Impfpflicht einzuführen, für verfassungsgemäß und präjudiziert nicht die Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG durch die Gesundheitsämter als verhältnismäßig.<sup>133</sup>

## II. Staatliche Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG die Pflicht der staatlichen Organe, sich **schützend und fördernd vor die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit** zu stellen und diese insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen

---

<sup>128</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 149.

<sup>129</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 244.

<sup>130</sup> Siehe dazu nachfolgend S. 28 f.

<sup>131</sup> Siehe zur Vertretbarkeitsprüfung des BVerfG auch S. 44 f.

<sup>132</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 155 ff.

<sup>133</sup> Siehe dazu auch noch S. 29 f.

von Seiten anderer zu bewahren.<sup>134</sup> Der Staat ist insoweit also nicht zur Unterlassung verpflichtet, sondern **zum Handeln aufgefordert**.<sup>135</sup> In diesem Zusammenhang hebt das Bundesverfassungsgericht Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG hervor, wonach es Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ist, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen: „Daraus können sich verfassungsrechtliche Schutzpflichten ergeben, die es gebieten, rechtliche Regelungen so auszugestalten, daß auch die Gefahr von Grundrechtsverletzungen eingedämmt bleibt“.<sup>136</sup> „Die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG greift nicht erst dann ein, wenn Verletzungen bereits eingetreten sind, sondern ist auch in die Zukunft gerichtet.“<sup>137</sup> Den Staat treffen in Zusammenhang mit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht Schutzpflichten in zweierlei Hinsicht. Zum einen muss er vulnerable Personen vor einer SARS-CoV-2-Infektion bzw. vor einem möglichen schweren oder tödlichen COVID-19 Krankheitsverlauf schützen. Andererseits ist der Staat verpflichtet, die Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Gesundheitsversorgung für diese sowie auch für andere Patientengruppen sicherzustellen.

## 1. Schutz vulnerabler Personen

Das Bundesverfassungsgericht betont unter Rückgriff auf die sogenannte „Bundesnotbremse I“-Entscheidung<sup>138</sup> in seinem Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, dass aus „Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG [...] auch eine Schutzpflicht des Staates folgen [kann], Vorsorge gegen Gesundheitsbeeinträchtigungen zu treffen. Dies umfasst den Schutz vulnerabler Personen vor sämtlichen mit einer SARS-CoV-2-Infektion einhergehenden Gesundheits- und Lebensgefahren, insbesondere vor schweren Krankheitsverläufen und Langzeitfolgen und gilt im besonderen Maße, wenn sich – wie hier – Betroffene weder selbst wirksam schützen [...] noch dem Kontakt ausweichen können, weil sie auf eine medizinische Behandlung, (dauerhafte) Pflege, Betreuung oder auf Unterstützungsleistungen angewiesen sind.“<sup>139</sup> Der Gesetzgeber kann also, wenn er mit der einrichtungsbezogenen

---

<sup>134</sup> BVerfGE 39, 1 (41); 46, 160 (164); 49, 89 (142); 53, 30 (57); 56, 54 (73); 77, 170 (214 f.); 79, 174 (201 f.); 88, 203 (251); 115, 25 (44 f.); 115, 118 (152); 120, 274 (319); 140, 229 (237 Rn. 20); 141, 220 (268 Rn. 100); 142, 313 (337 Rn. 69); 143, 101 (138 Rn. 124); 157, 30 (111 Rn. 145).

<sup>135</sup> *Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 58.

<sup>136</sup> BVerfGE 49, 89 (142); vgl. auch BVerfGE 88, 203 (251); BVerfG (Kammerbeschl.), NVwZ 2009, 1494 (1495); NVwZ 2011, 991 (993 Rn. 37).

<sup>137</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 155; vgl. auch BVerfGE 157, 30 (111 Rn. 146).

<sup>138</sup> BVerfG, NJW 2022, 139 (150 Rn. 176).

<sup>139</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 155.

Impfpflicht den Schutz der vulnerablen Personengruppen durch eine Erhöhung der Impfquote in den betroffenen Gesundheitsbereichen bezweckt<sup>140</sup>, sich auf die aus **Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates** stützen.<sup>141</sup>

Verfassungsrechtlich geboten – im Sinne der einzig verfassungsrechtlich zulässigen Entscheidung des Gesetzgebers – war die Einführung einer einrichtungsbezogenen Impfpflicht andererseits jedoch nicht. Zwar „verdichtete sich Anfang Dezember 2021 die den Gesetzgeber treffende Schutzverpflichtung gegenüber vulnerablen Personen“, weil „zu dieser Zeit [...] die pandemische Lage nach einer kurzzeitigen Entspannung im Rahmen der vierten Infektionswelle erneut durch eine besondere Infektionsdynamik geprägt [war], mit der eine zunehmend größere Infektionswahrscheinlichkeit [insbesondere hinsichtlich der vulnerablen Personen] einherging.“<sup>142</sup> Ferner war unter diesen Umständen die „staatliche Schutzpflicht gegenüber vulnerablen Personen [...] in besonderem Maße aktiviert“.<sup>143</sup> Jedoch gilt auch in pandemischen Zeiten, dass die staatliche Erfüllung von Schutzpflichten nur begrenzt justiziabel ist.<sup>144</sup> So formuliert das Bundesverfassungsgericht in seinem Hauptsache-Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht zunächst allgemein: „Insbesondere im Fall einer Kollision der abwehr- und der schutzrechtlichen Dimensionen der Grundrechte obliegt es vorrangig dem **demokratisch legitimierten Gesetzgeber**, die entgegenstehenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter unter Ausnutzung seines **Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums** gegeneinander abzuwägen und in einen Ausgleich zu bringen.“<sup>145</sup> Die Entscheidung des Gesetzgebers – so das Bundesverfassungsgericht konkret in Bezug auf § 20a IfSG – zur Einführung einer einrichtungsbezogenen Impfpflicht beruht „unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Einschätzungs- und Entscheidungsspielraums [...] auf einer verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden

---

<sup>140</sup> Siehe oben S. 8.

<sup>141</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 155 ff.

<sup>142</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 217 – ohne die Hervorhebungen.

<sup>143</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 218 – ohne die Hervorhebungen.

<sup>144</sup> BVerfG (Kammerbeschluss) NVwZ 2020, 1823 (1824 Rn. 7). Vgl. dazu Sodan, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2018, Vorb. Art. 1 Rn. 27 f.

<sup>145</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 203 – ohne die Hervorhebungen.

Abwägung“.<sup>146</sup> Eine andere Abwägung mit anderen Schutzmaßnahmen wäre gleichwohl grundsätzlich auch verfassungsrechtlich zulässig gewesen.

## 2. Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Gesundheitsversorgung

In dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.11.2021 („Bundesnotbremse I“) macht das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf Kontaktbeschränkungen in der Begründung des Gesetzentwurfs<sup>147</sup> und im Regelungskonzept zur sogenannten Bundesnotbremse „die Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems [...] als Zwischenziel [des] Gesundheits- und Lebensschutzes“<sup>148</sup> aus. In diesem Zusammenhang sind auch folgende Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts aus diesem Beschluss von Relevanz: „Ohne ein funktionsfähiges Gesundheitssystem wäre [...] auch der Schutz von Leben und Gesundheit solcher Patienten in Frage gestellt gewesen, die nicht an COVID-19, sondern an *anderen behandlungsbedürftigen Krankheiten* litten und gar intensivpflichtig waren.“<sup>149</sup>

Aufgrund von angeordneten Verboten nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG kann ein Personalengpass entstehen, der die Funktionsfähigkeit der Gesundheitsversorgung zu gefährden vermag.<sup>150</sup> Die einrichtungsbezogene Impfpflicht ist im Hinblick auf den Erhalt eines funktionsfähigen Gesundheitssystems mit den Kontaktbeschränkungen im Rahmen der sogenannten Bundesnotbremse durchaus vergleichbar. Denn es macht im Ergebnis keinen Unterschied, ob eine Gefährdung der Gesundheitsversorgung durch eine Zunahme der Fallzahlen, dem damit verbundenem Anstieg

---

<sup>146</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 232.

<sup>147</sup> BT-Drucks. 19/28444, S. 1 und 8.

<sup>148</sup> BVerfG, NJW 2022, 139 (150 Rn. 175).

<sup>149</sup> BVerfG, NJW 2022, 139 (150 Rn. 175) – ohne die Hervorhebungen.

<sup>150</sup> Vgl. für den Bereich der Pflege die schriftliche Stellungnahme des Bundesverbandes privater Anbieter sozialer Dienste e. V. vom 25.04.2022 zu Anträgen zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)27(2), S. 7: „In die Abwägung von dem durch die einrichtungsbezogene Impfpflicht zu erreichendem Nutzen und den damit verbundenen Belastungen sind auch die für die zwingend erforderliche Sicherstellung der Versorgung negativen Folgen einbeziehen. Der Personalmangel in der Pflege ist bereits seit längerer Zeit eklatant und spitzt sich mit jedem Mitarbeitenden, der der Pflege den Rücken kehrt oder kehren muss, weiter dramatisch zu.“ Vgl. in Bezug auf Krankenhäuser die Ausführungen von *Gaß* für die Deutsche Krankenhausgesellschaft e. V. in der Anhörung vom 27.04.2022 vor dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Protokoll der 22. Sitzung vom 27.04.2022, Protokoll-Nr. 20/22, S. 9: „Angesichts der knappen Personaldecke haben einzelne Krankenhäuser die Sorge, dass sie bestimmte Leistungsgebiete nicht mehr in der Weise durchgängig zur Verfügung stellen können, weil es aufgrund der Strukturvorgaben, denen wir im Personalbereich in den Krankenhäusern unterliegen, auch an einzelnen Fachkräften hängen kann.“

der Hospitalisierungen und der Anzahl an intensivpflichtigen Patienten<sup>151</sup> oder durch einen infolge einer einrichtungsbezogenen Impfpflicht entstandenen Personalmangel im Gesundheitsbereich entsteht. So wird auch in der Literatur bezogen auf die einrichtungsbezogene Literatur zutreffend formuliert: „Auch im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit medizinischer und pflegerischer Einrichtungen kommt dem Staat eine Schutzpflicht zu“.<sup>152</sup>

Insofern ist die **fehlende Erwähnung des Belanges der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems** in der Entwurfsbegründung zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht überraschend. Diese Begründung führt neben dem „Schutz der vulnerablen Personengruppen vor einer COVID-19-Erkrankung“ lediglich den „Schutz der öffentlichen Gesundheit“ als zusätzlichen Zweck an.<sup>153</sup> Vom „Schutz der öffentlichen Gesundheit“ könnte die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems mitgemeint sein<sup>154</sup>, zumal „die öffentliche Gesundheit“ in § 5 Abs. 1 Satz 6 IfSG Erwähnung findet. Jedoch wird der „Schutz der öffentlichen Gesundheit“ in der Entwurfsbegründung gerade als Argument für die Einführung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht verwendet<sup>155</sup> und nicht als Begrenzung ihrer Umsetzung. Das Bundesverfassungsgericht nimmt deswegen an, „dass es dem Gesetzgeber insoweit allein um den Schutz solcher Personen geht, die er als besonders vulnerabel beschreibt“.<sup>156</sup>

Andere Patientengruppen sowie deren Gesundheits- und Lebensschutz finden unter dieser Prämisse im Hauptsache-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht – anders als in dem Beschluss vom 19.11.2021 („Bundesnotbremse I“) – überhaupt keine Berücksichtigung. Die Funktionsfähigkeit der Gesundheitsversorgung insgesamt wird lediglich im Rahmen der Eignung des § 20a IfSG kurz wie folgt erwähnt:

„Der in § 20a IfSG geregelten Nachweispflicht fehlt auch nicht deshalb die Eignung, weil sie sich gegenläufig auswirken würde. Es stellt die Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Eignungsprognose nicht infrage, dass jedenfalls ein Teil der in den in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen tätigen Personen weiterhin ungeimpft bleiben will und deshalb ihre

---

<sup>151</sup> So BVerfG, NJW 2022, 139 (150 ff. Rn. 178 ff.).

<sup>152</sup> Lindner, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.

<sup>153</sup> BT-Drucks. 20/188, S. 4 und 30.

<sup>154</sup> Vgl. dazu Schmidt/Schneider, NZA-RR 2022, 121 (123).

<sup>155</sup> Vgl. BT-Drucks. 20/188, S. 4 und 30.

<sup>156</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 154.

Tätigkeit von sich aus beenden oder aber mit einem Tätigkeits- oder Betretungsverbot belegt werden wird. *Dies könnte zwar die Funktionsfähigkeit solcher Einrichtungen und Unternehmen gefährden* und sich letztlich zu Lasten vulnerabler Personen auswirken. Gesicherte Erkenntnisse, dass es zu solchen systemgefährdenden Auswirkungen kommen würde, lagen jedoch zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes nicht vor.<sup>157</sup>

Zudem führten die fehlende Erwähnung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems in den Gesetzgebungsmaterialien und die nicht ganz eindeutige Formulierung in § 20a Abs. 3 Satz 1 IfSG („Personen, die [...] ab dem 16. März 2022 tätig werden sollen) zwischenzeitlich zu Irritationen. Es wurde in der Literatur nämlich tatsächlich diskutiert, ob die Berufsverbote aus § 20a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG auch für Bestandsfälle Anwendung finden<sup>158</sup>. Eine solche Annahme hätte eine Reduzierung des Personalkörpers im Gesundheitsbereich vom 15. auf den 16.03.2022 um ca. zwölf Prozent zur Folge gehabt.<sup>159</sup> Insbesondere die Systematik<sup>160</sup> des § 20a IfSG und Hinweise aus der Entwurfsbegründung<sup>161</sup> zeigen jedoch deutlich: Der Gesetzgeber hat eine solch plötzliche Schrumpfung des Personalkörpers nicht gewollt. Um die Funktionsfähigkeit der Gesundheitsversorgung nicht zu gefährden, bestimmt er für **Bestandsfälle** keine unmittelbaren beruflichen Verbote durch Gesetz, sondern regelt für diese **in § 20a Abs. 5 IfSG ein Verwaltungsverfahren**<sup>162</sup>. Dass der Gesetzgeber die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems bei der Konzipierung des § 20a IfSG „stillschweigend“<sup>163</sup> berücksichtigt hat, zeigt also vor allem die Systematik des § 20a IfSG<sup>164</sup> und wird überdies durch eine vom

---

<sup>157</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 182 – ohne die Hervorhebungen.

<sup>158</sup> Vgl. *Schmidt/Schneider*, NZA-RR 2022, 121 (123); *Weigert*, NZA 2022, 166 (168 ff.).

<sup>159</sup> Siehe dazu *Schmidt/Schneider*, NZA-RR 2022, 121 (123).

<sup>160</sup> Ansonsten verlören § 20a Abs. 2 und Abs. 5 IfSG (weitgehend) ihren Anwendungsbereich.

<sup>161</sup> BT-Drucks. 20/188, S. 40: „Absatz 3 regelt das Verfahren für Personen, die in den genannten Einrichtungen ab dem 16. März 2022 *neu* tätig werden wollen“ – ohne die Hervorhebung.

<sup>162</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 253.

<sup>163</sup> Dass der Gesetzgeber den Gesichtspunkt der funktionsfähigen Gesundheitsversorgung nicht als Grenze der Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht ausdrücklich benannt hat, ist zu kritisieren. Möglicherweise befürchtete der Gesetzgeber, dass mit einem solchen Hinweis im Gesetz oder in der Entwurfsbegründung der „Impfdruck“ verringert würde. Dies wäre jedoch keine redliche Vorgehensweise und dürfte das Differenzierungsvermögen der im Gesundheitsbereich Tätigen verkennen.

<sup>164</sup> So auch die Fachaufsichtliche Weisung zur Umsetzung des § 20a Infektionsschutzgesetz in Mecklenburg-Vorpommern von März 2022 (<https://www.regierung->

Bundesministerium für Gesundheit im Namen der Bundesregierung vorgenommene Beantwortung einer Kleinen Anfrage<sup>165</sup> bestätigt.

Die teilweise deutlich kritisierte<sup>166</sup> starke Orientierung des Bundesverfassungsgerichts an Ausführungen von Entwurfsbegründungen im Corona-Kontext wird zu einem Problem, wenn – wie hier – allein aus dem gesetzlichen Regelungszusammenhang ein auch vom Gesetzgeber berücksichtigter Gesichtspunkt deutlich wird. So ist die vom Bundesverfassungsgericht im Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht getätigte Aussage, die in § 20a IfSG geregelte Verfahrensweise im Hinblick auf Bestandsfälle lasse erkennen, „dass der Gesetzgeber jedenfalls nicht einseitig allein den Belangen vulnerabler Personen Vorrang eingeräumt hat, sondern auch die Interessen der von der Nachweispflicht Betroffenen im Blick hatte“<sup>167</sup>, eine unpräzise Darstellung der gesetzgeberischen Motive. Es fehlt an der Stelle ein Hinweis auf die auch vom Gesetzgeber mitbedachte Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems. Diese Verkürzung geht aber zurück auf eine nicht sehr normklare Vorschrift, welche die Funktionsfähigkeit der Gesundheitsversorgung als Grenze der Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht weder durch den Wortlaut des § 20a IfSG noch in der Entwurfsbegründung adressiert.

---

mv.de/static/Regierungsportal/Ministerium%20f%C3%BCr%20Soziales,%20Integration%20und%20Gleichstellung/Dateien/Impfpflicht%20Fachaufsichtliche%20Weisung%20zur%20Umsetzung%20des%20%C2%A7%2020a%20IfSG%20in%20M-V%20-%201.%20Fassung.pdf), S. 16: „Dass auch der Gesetzgeber der Versorgungssicherheit eine besondere Bedeutung beimisst, legt er dar, indem er für Bestandspersonal – anders als bei neuem Personal – zunächst ein behördliches Verfahren vorgesehen hat mit dem Ergebnis, dass die Entscheidung insoweit nicht bereits vorbestimmt ist.“

<sup>165</sup> Vgl. BT-Drucks. 20/477, S. 6. Siehe dazu auch noch S. 40 f.

<sup>166</sup> *Kingreen*, Verfassungsblog (15.02.2022), <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes-ii/>, der nach den Beschlüssen zur Bundesnotbremse vom Bundesverfassungsgericht künftig nur noch „ein paar voluminöse Textbausteine im Maßstabsteil und eine als Verhältnismäßigkeitsprüfung getarnte brave Nacherzählung der Gesetzesbegründung im Subsumtionsteil“ erwartet. Siehe ferner *Rixen*, Verfassungsblog (25.05.2022), <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhaltnismasigkeit/>.

<sup>167</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 220.

## Dritter Teil: Gesetzesvollzug durch die Gesundheitsämter

Aus der vom Gesetzgeber gewählten Gesetzeskonstruktion folgt, dass im Hinblick auf Bestandsfälle zur weiteren Gefahrenabwehr den Gesundheitsämtern eine besondere Bedeutung zukommt. Nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG *kann* ein Gesundheitsamt bei unterbliebener Vorlage eines Immunitätsnachweises ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot anordnen. Einerseits stellt sich die Frage, inwieweit die Gesundheitsämter auch von der Anordnung von Betretungs- und Tätigkeitsverboten absehen können. Andererseits ist zu untersuchen, mit welchen rechtlichen Grenzen und Problemen die Gesundheitsämter im Falle der Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten konfrontiert werden.

### I. Absehen von Betretungs- und Tätigkeitsverbotsanordnungen

#### 1. § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG als Ermessensvorschrift

Leitet eine Ermächtigungsgrundlage die Rechtsfolge mit dem Wort „kann“ ein, deutet dies regelmäßig auf eine Ermessensvorschrift hin.<sup>168</sup> Hätte der Gesetzgeber lediglich eine zeitlich versetzte, aber in *allen* Fällen vorzunehmende Anordnung von Betretungs- und Tätigkeitsverboten durch die Gesundheitsämter beabsichtigt, hätte er eine gebundene Entscheidung mit Formulierungen wie „hat zu“ oder „muss“ geregelt. Zwar können in ganz ausgewählten Fällen Normen, die „Kann-Formulierungen“ enthalten, bei Vorliegen des Tatbestandes *stets* die Pflicht zur Wahrnehmung der vom Gesetzgeber zugewiesenen Kompetenz beinhalten (sogenanntes „Ermächtigungs- oder Kompetenz-Kann“).<sup>169</sup> Durch die Systematik des § 20a IfSG hat der Gesetzgeber jedoch die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems berücksichtigt.<sup>170</sup> Ein „Ermächtigungs- oder Kompetenz-Kann“ ist mit § 20a

---

<sup>168</sup> *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 19 (Stand der Kommentierung: Juli 2021); *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 69 Rn. 1; *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 69.

<sup>169</sup> Vgl. etwa in Bezug auf § 35 Abs. 2 BauGB BVerwGE 18, 247 (250). Vgl. in der Literatur *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 19 (Stand der Kommentierung: Juli 2021); *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 71.

<sup>170</sup> Siehe dazu oben S. 32 f.

Abs. 5 Satz 3 IfSG also offensichtlich nicht gemeint. Es handelt sich bei dieser Norm um eine **Ermessensvorschrift**.

## 2. Entschließungs- und Auswahlmessen

Räumt eine Vorschrift der Verwaltung ein Ermessen ein, ist diese bei der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes im Grundsatz nicht auf eine bestimmte Rechtsfolge festgelegt, sondern kann auf Rechtsfolgenseite zwischen verschiedenen Verhaltensweisen wählen.<sup>171</sup> Differenzieren lässt sich zwischen Entschließungs- und Auswahlmessen. Ein Entschließungsermessen ist gegeben, wenn die Behörde wählen kann, ob sie überhaupt tätig werden möchte („Frage des Ob“).<sup>172</sup> Ein Auswahlmessen betrifft die Frage, welche von mehreren denkbaren Maßnahmen die Verwaltung ergreifen möchte oder wie eine Maßnahme näher ausgestaltet werden soll („Frage des Wie“).<sup>173</sup>

Dass § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG den Gesundheitsämtern ein **Auswahlmessen** eröffnet, zeigt schon der Wortlaut der Norm, der die Möglichkeit der Anordnung eines Betretungs- *oder* Tätigkeitsverbotes (auch beides ist möglich<sup>174</sup>) beinhaltet. Das Gesundheitsamt hat also im Rahmen des Auswahlmessens auch zu prüfen, inwieweit als milderer Mittel die Beschränkung auf ein Betretungsverbot in Betracht kommt, sofern eine weitere berufliche Tätigkeit z. B. im Home-Office möglich ist.<sup>175</sup> Zudem besteht ein Auswahlmessen etwa im Hinblick auf die Bemessung der Dauer eines entsprechenden Verbots.<sup>176</sup>

---

<sup>171</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 69 Rn. 1.

<sup>172</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 69 Rn. 4; Wolff, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 73.

<sup>173</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 69 Rn. 4.

<sup>174</sup> Aligbe, in: Eckart/Winkelmüller (Hrsg.), BeckOK Infektionsschutzrecht, 11. Edition, § 20a IfSG Rn. 192 (Stand der Kommentierung: 01.04.2022); vgl. auch den Erlass des Ministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Gleichstellung des Landes Sachsen-Anhalt über das Vorgehen der unteren Gesundheitsbehörden bei der Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht nach § 20a IfSG vom 04.03.2022 (<https://ms.sachsen-anhalt.de/themen/gesundheits/aktuell/coronavirus/impfpflicht/>), S. 12.

<sup>175</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 215. Dies dürfte jedoch bei den von § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG adressierten Berufen regelmäßig nicht in Betracht kommen, vgl. Rixen, Verfassungsblog (25.05.2022), <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhaltnismaessigkeit/>.

<sup>176</sup> Vgl. BT-Drucks. 20/188, S. 42.

### a) Pflicht zur Verbotsanordnung in der Regel der Fälle?

Fraglich ist, inwieweit einem Gesundheitsamt im Hinblick auf § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG auch ein **Entschließungsermessen** zusteht, ob es also bei unterbliebener Vorlage eines Immunitätsnachweises von der Anordnung von Betretungs- und Tätigkeitsverboten absehen kann. In der Literatur wird dies teilweise insoweit verneint, als davon ausgegangen wird, in der Regel müsse eine entsprechende Anordnung durch das Gesundheitsamt erfolgen.<sup>177</sup> Das Bundesverfassungsgericht scheint in seinem Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht vom 27.04.2022 dieser Ansicht zu folgen; bislang in der Öffentlichkeit noch nicht hinreichend wahrgenommene Ausführungen in dieser Entscheidung im Rahmen der Prüfung, ob eine unmittelbare Betroffenheit der Beschwerdeführer gegeben ist, lauten:

„Zwar ist dem Gesundheitsamt jeweils ein Ermessensspielraum eingeräumt. Es steht jedoch nicht zu erwarten, dass das Gesundheitsamt diesen regelmäßig zu Gunsten der Beschwerdeführenden nutzen und insbesondere weder die Vorlage eines Nachweises anfordern noch ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot anordnen wird, so dass es ihnen möglich wäre, ihre bisherige Tätigkeit ohne Nachweis fortzuführen. Denn der § 20a Abs. 5 IfSG zugrundeliegende Regelungszweck, vulnerable Personen zu schützen [...], legt sowohl die Anforderung des Nachweises als auch – bei dessen nicht rechtzeitiger Vorlage – *den Erlass einer Anordnung nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG in der Regel nahe*. Vorbehaltlich besonders gelagerter Einzelfälle dürfte daher für das Gesundheitsamt *letztlich kein insoweit relevanter Spielraum bestehen*.“<sup>178</sup>

Eine Begründung einer solchen Einengung des Ermessens der Gesundheitsämter in Bezug auf § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG kann jedoch weder im Wege von gesetzlichen Direktiven noch durch die Rechtsfigur der Ermessensreduzierung auf Null gelingen.

#### aa) Nicht durch gesetzliche Direktiven begründbar

Gesetzliche Direktiven **steuern die Ermessensausübung von vornherein**; das Ermessen der Behörde unterliegt so einer besonderen gesetzlichen Bindung und hat sich an der gesetzlichen Leitentscheidung zu orientieren.<sup>179</sup> Der klassische Fall

---

<sup>177</sup> Gräf, NZS 2022, 175 (181); Rixen/Sagan, Verfassungsblog (11.12.2021), <https://verfassungsblog.de/impfpflicht-oder-2g-minus-k/>; Schmidt/Schneider, NZA-RR 2022, 121 (123); a. A. Berneith, COVuR 2022, 135 (138); Lindner, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.

<sup>178</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 85 – ohne die Hervorhebungen.

<sup>179</sup> Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 20 (Stand der Kommentierung: Juli 2021).

einer gesetzlichen Direktive ist eine „**Soll-Vorschrift**“<sup>180</sup>. Dass eine Untersagungsverfügung nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG in der Regel – also außer atypischen Fällen – ergehen muss, lässt sich aus dem Wortlaut der Ermächtigung nicht begründen.<sup>181</sup> Auch für die Annahme einer „Soll-Vorschrift“ aus dem Regelungszusammenhang<sup>182</sup> gibt § 20a Abs. 5 IfSG nichts her.

Eine gesetzliche Direktive kann sich aber auch aus dem von der Ermessensnorm verfolgten **Zweck** ergeben.<sup>183</sup> So wird in der Rechtsprechung<sup>184</sup> über die Rechtsfigur des sogenannten **intendierten Ermessens** häufig auch eine gesetzliche Vorzeichnung der Ermessensentscheidung angenommen, ohne dass dafür im Wortlaut der Norm Anhaltspunkte bestehen; solche Vorschriften werden dann ähnlich wie eine „Soll-Vorschrift“ behandelt.<sup>185</sup> Bei der **Anerkennung eines intendierten Ermessens** ist aber eine **besondere Vorsicht** geboten.<sup>186</sup> Denn es ist „im gewaltenteiligen Staat nicht Aufgabe der Rechtsprechung, zur ‚Rettung‘ behördlicher Entscheidungen ergebnisbezogene Regelungen zu erfinden, für die ein normativer Ansatz fehlt und die das Verwaltungsverfahren entwerten.“<sup>187</sup> Unabhängig davon ist für die Annahme eines intendierten Ermessens der im Rahmen einer systematischen Auslegung zu ermittelnde Zweck und Kontext<sup>188</sup> bei § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG nicht gegeben: So wurde bereits neben dem Schutz der vulnerablen Personen

---

<sup>180</sup> *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 138.

<sup>181</sup> Vgl. auch *Berneith*, COVuR 2022, 135 (138); *Lindner*, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.

<sup>182</sup> Siehe dazu BVerwGE 92, 169 (170 f.); *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 139.

<sup>183</sup> *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 21 (Stand der Kommentierung: Juli 2021).

<sup>184</sup> Siehe dazu etwa BVerwG, NJW 1986, 738 (739 f.); NVwZ 2003, 221 (223).

<sup>185</sup> Siehe *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 27 (Stand der Kommentierung: Juli 2021) m. w. N.; siehe auch *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 69 Rn. 2; vgl. ferner *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 143.

<sup>186</sup> Vgl. zur gebotenen Zurückhaltung bei der Annahme von intendiertem Ermessen *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 145, mit Verweis auf das ordnungsrechtliche Opportunitätsprinzip.

<sup>187</sup> *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 76 (Stand der Kommentierung: Juli 2021); siehe auch *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 145; vgl. ferner *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 69 Rn. 2.

<sup>188</sup> *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 28 (Stand der Kommentierung: Juli 2021).

die vom Gesetzgeber auch **berücksichtigte Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems** aufgezeigt<sup>189</sup>. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass von einer Ermächtigung verfolgte Zwecke auch zu einer Lockerung der gesetzlichen Bindung des Ermessens führen können.<sup>190</sup>

Ferner lässt sich auch aus § 1 IfSG keine gesetzliche Direktive für die Gesundheitsämter herleiten, bei nicht vorgelegtem Immunitätsnachweis in der Regel ein Verbot nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG anzuordnen. Zwar lautet § 1 Abs. 1 IfSG: „Zweck des Gesetzes ist es, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern.“ Zum einen aber lassen sich aus solchen **Leitvorschriften nur bedingt Direktiven für die Ermessensausübung** ableiten.<sup>191</sup> Zweitens heißt es in § 1 Abs. 2 Satz 2 IfSG: „Die Eigenverantwortung der Träger und Leiter von Gemeinschaftseinrichtungen, Lebensmittelbetrieben, Gesundheitseinrichtungen sowie des Einzelnen bei der Prävention übertragbarer Krankheiten soll verdeutlicht und gefördert werden.“ Die in dieser Vorschrift betonte Eigenverantwortung der benannten Akteure spricht somit auch gegen die Annahme einer entsprechenden gesetzlichen Direktive.

Eine gesetzliche Direktive für die Ermessensausübung lässt sich also aus dem Wortlaut, dem Regelungszusammenhang von § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG, dem Zweck der Vorschrift über die Rechtsfigur des intendierten Ermessens und § 1 IfSG jeweils nicht herleiten. Auch weil im Zweifel keine gesetzliche Direktive anzunehmen ist<sup>192</sup>, muss in Bezug auf § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG eine solche verneint werden.

### **bb) Keine „regelmäßige Ermessensreduzierung auf Null“**

In Fällen, in denen trotz verschiedener Handlungsmöglichkeiten nur *eine bestimmte* Entscheidung der Verwaltung die einzig rechtmäßige ist, liegt eine sogenannte Ermessensreduzierung auf Null vor.<sup>193</sup> Von einer solchen kann bereits

---

<sup>189</sup> Siehe dazu oben S. 32 f.

<sup>190</sup> Vgl. *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 20 (Stand der Kommentierung: Juli 2021).

<sup>191</sup> Vgl. *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 20 (Stand der Kommentierung: Juli 2021), in Bezug auf umweltrechtliche Leitvorschriften.

<sup>192</sup> Siehe dazu *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 21 und 28 (Stand der Kommentierung: Juli 2021).

<sup>193</sup> *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 69 Rn. 9; *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 129 und 136.

gesprochen werden, wenn allein das Entschließungsermessen auf Null reduziert ist.<sup>194</sup> Stößt z. B. ein Polizist auf eine gewaltsame Auseinandersetzung, ist sein Entschließungsermessen regelmäßig auf Null reduziert – er muss aufgrund der bedrohten Rechtsgüter einschreiten.<sup>195</sup> Bei einer Ermessenreduzierung auf Null **kommt die Entscheidung der Behörde** damit im Hinblick auf ihre gerichtliche Überprüfbarkeit **einer gebundenen Entscheidung gleich**; es bedarf deshalb keiner Ermessensbetätigung; im Unterschied zu gesetzlichen Direktiven, die das Ermessen generell vorzeichnen, ist die Ermessensreduzierung auf Null auf den Einzelfall bezogen.<sup>196</sup>

Auf die Rechtsfigur der Ermessensreduzierung auf Null stützen sich Stimmen in der Literatur: Mit Blick auf das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel des Schutzes vulnerabler Personen sei das Entschließungsermessen „in aller Regel“<sup>197</sup> oder „vielfach“<sup>198</sup> auf Null reduziert<sup>199</sup>. Entgegen gehalten werden muss dem zunächst, dass „eine schematische Ermessensreduzierung [...] regelmäßig nicht in Betracht“<sup>200</sup> kommt. Denn eine Ermessensreduzierung auf Null ist immer einzelfallbezogen und nur in Ausnahmefällen anzunehmen.<sup>201</sup> Hinsichtlich der einrichtungsbezogenen Impfpflicht muss das Gesundheitsamt aufgrund der über Art. 1 Abs. 3 GG auch für die Behörde relevanten Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG stets die

---

<sup>194</sup> *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 39 (Stand der Kommentierung: Juli 2021).

<sup>195</sup> *Siegel/Waldhoff*, Öffentliches Recht in Berlin, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 124. Vgl. ferner *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 133.

<sup>196</sup> *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 39 (Stand der Kommentierung: Juli 2021).

<sup>197</sup> So *Rixen/Sagan*, Verfassungsblog (11.12.2021), <https://verfassungsblog.de/impfpflicht-oder-2g-minus-k/>.

<sup>198</sup> *Schmidt/Schneider*, NZA-RR 2022, 121 (123): „Angesichts des überragenden öffentlichen Interesses an der Eindämmung der Corona-Pandemie und der von ihr ausgehenden Gefährdungen [...]“; dabei nicht ausdrücklich auf das Entschließungsermessen bezogen.

<sup>199</sup> Ähnlich auch *Gräf*, NZS 2022, 175 (181): „Nach der Gesetzessystematik und dem Schutzzweck des § 20a IfSG“ dürften die Gesundheitsämter im Rahmen ihres Entschließungsermessens nur „ausnahmsweise und einzelfallbezogen“ von der Anordnung von Tätigkeits- und Betretungsverboten absehen.

<sup>200</sup> *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 41 (Stand der Kommentierung: Juli 2021).

<sup>201</sup> Siehe dazu *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 129 ff.

**Funktionsfähigkeit der Gesundheitsversorgung** im Blick behalten.<sup>202</sup> Wenn durch ein Verbot nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems in der umgebenden Region gefährdet würde, hat eine solche Anordnung (erstmal) zu unterbleiben; dies dürfte bei einer Gefährdung der Versorgungsfähigkeit einer betroffenen Einrichtung oder des betroffenen Unternehmens regelmäßig entsprechend gelten<sup>203</sup>. Aufgrund der für die Gesundheitsversorgung bestehenden „Zweischneidigkeit“ von Betretungs- und Tätigkeitsverboten lässt sich eine Ermessensreduzierung auf Null auch nicht mit dem Gefahrenabwehrcharakter<sup>204</sup> des Infektionsschutzgesetzes begründen. In einem Erlass des Landes Hessen heißt es zutreffend: „Grundsätzlich besitzt die Gewährleistung der medizinischen und pflegerischen Versorgung wegen Art. 2 Abs. 2 GG mindestens die gleiche Bedeutung wie der durch § 20a IfSG bezweckte Schutz vor Infektionen mit SARS-CoV-2.“<sup>205</sup> Die mit der Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten verbundenen **erheblichen Grundrechtseingriffe**<sup>206</sup> sprechen überdies auch dagegen, hier regelmäßig eine Ermessensreduzierung auf Null anzunehmen. Es bedarf stets einer genauen Prüfung des konkreten Einzelfalls, ob die Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes vor dem Hintergrund des aktuellen Pandemiegeschehens verhältnismäßig ist.<sup>207</sup>

Dies ist offenbar auch die Rechtsauffassung der Bundesregierung. In einer Beantwortung einer Kleinen Anfrage durch das Bundesministerium für Gesundheit im Namen der Bundesregierung heißt es: „Bei Nichtvorlage des Nachweises trotz Aufforderung entscheidet das zuständige Gesundheitsamt *nach pflichtgemäßem Ermessen im Einzelfall* über die weiteren Maßnahmen (z. B. ein Betretungs- oder

---

<sup>202</sup> Vgl. *Berneith*, COVuR 2022, 135 (138); *Lindner*, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.

<sup>203</sup> Dies wird teilweise auch von der Gegenansicht zugestanden: vgl. *Gräf*, NZS 2022, 175 (181); *Schmidt/Schneider*, NZA-RR 2022, 121 (122).

<sup>204</sup> Siehe dazu *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar*, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 129.

<sup>205</sup> Erlass zum Vollzug der „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“ nach § 20a IfSG (Immunitätsnachweis gegen COVID-19) des Hessischen Ministeriums für Soziales und Integration vom 28.03.2022 ([https://soziales.hessen.de/sites/soziales.hessen.de/files/2022-03/20220228\\_erlass\\_zum\\_vollzug\\_der\\_einrichtungsbezogenen\\_impfpflicht\\_nach\\_ss\\_20a\\_ifsg\\_0.pdf](https://soziales.hessen.de/sites/soziales.hessen.de/files/2022-03/20220228_erlass_zum_vollzug_der_einrichtungsbezogenen_impfpflicht_nach_ss_20a_ifsg_0.pdf)), S. 16.

<sup>206</sup> Siehe dazu oben S. 18 ff.

<sup>207</sup> *Berneith*, COVuR 2022, 135 (138): „Vielmehr bedarf es trotz der Notwendigkeit, vulnerable Personen bestmöglich zu schützen, einer Entscheidung im Einzelfall mit entsprechender Sensibilität.“ Vgl. auch *Aligbe*, in: *Eckart/Winkelmüller* (Hrsg.), *BeckOK Infektionsschutzrecht*, 11. Edition, § 20a IfSG Rn. 190 ff. (Stand der Kommentierung: 01.04.2022); vgl. ferner *Sodan*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 56 Rn. 58.

Tätigkeitsverbot) und wird dabei auch die Personalsituation in der Einrichtung berücksichtigt.“<sup>208</sup>

### **b) Keine besonderen Bindungen des Ermessens**

Liegt also weder eine gesetzliche Direktive noch eine „regelmäßige Ermessensenreduzierung auf Null“ vor, ist das Gesundheitsamt regelmäßig *nicht* verpflichtet, ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot anzuordnen. Mit anderen Worten: Das Gesundheitsamt ist bei der **Ermessensausübung insoweit keinen besonderen Bindungen** unterworfen.<sup>209</sup>

Die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, der Erlass einer Anordnung nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG liege „in der Regel nahe“ und „vorbehaltlich besonders gelagerter Einzelfälle dürfte [...] für das Gesundheitsamt letztlich kein insoweit relevanter Spielraum“ verbleiben,<sup>210</sup> trifft vor dem Hintergrund der erörterten Maßstäbe der Verwaltungsrechtsdogmatik und dem – vom Bundesverfassungsgericht nicht hinreichend herausgearbeiteten<sup>211</sup> – Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit der Gesundheitsversorgung also nicht zu. Die vorsichtigen Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts zeigen auch verbleibende Restunsicherheiten in der Entscheidung. Das Bundesverfassungsgericht nimmt die unmittelbare Betroffenheit der Beschwerdeführer zudem letztlich „maßgeblich“ in Rücksicht auf den mit der Nachweispflicht aus § 20a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 IfSG verbundenen „besonderen Entscheidungs- und Handlungsdruck“ der Betroffenen an.<sup>212</sup> Schließlich vermag eine Betonung des Einzelfallcharakters der Ermessensentscheidung des Gesundheitsamtes als eine (echte) Milderung der Grundrechtseingriffe<sup>213</sup> nicht zu überzeugen, wenn hinsichtlich § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG dem Gesundheitsamt regelmäßig kein relevanter Spielraum verbleiben soll.

Die Anordnung einer Untersagung nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG muss aufgrund des gesetzlich eingeräumten Ermessens also „nicht stets und unverzüglich

---

<sup>208</sup> BT-Drucks. 20/477, S. 6 – ohne die Hervorhebungen.

<sup>209</sup> So im Ergebnis auch *Berneith*, COVuR 2022, 135 (138); *Lindner*, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.

<sup>210</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 85. Siehe dazu auch oben S. 36.

<sup>211</sup> Siehe dazu S. 31 ff.

<sup>212</sup> Siehe BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 86.

<sup>213</sup> So aber BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 220 und 262.

erfolgen<sup>214</sup>. Damit kann ein Gesundheitsamt vor dem Hintergrund der begrenzten Justiziabilität von Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG<sup>215</sup> im Grundsatz auch aus **Zweckmäßigkeitserwägungen** im Sinne eines vorsorgenden Schutzes der **Funktionsfähigkeit der Gesundheitsversorgung** von entsprechenden Verboten absehen. Der vom Gesetzgeber erklärtermaßen durch § 20a IfSG verfolgte Zweck, vulnerable Personen zu schützen, würde dadurch nicht per se in Frage gestellt<sup>216</sup>. Denn die Nachweispflicht aus § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG käme unabhängig davon im Hinblick auf Neufälle (vgl. § 20a Abs. 3 IfSG) zur Anwendung. Zudem ist die Nichtvorlage eines Immunitätsnachweises trotz Aufforderung durch das Gesundheitsamt nach § 20a Abs. 5 Satz 1 IfSG (hier spricht der Wortlaut gegen die Annahme eines Entschließungsermessens<sup>217</sup>) im Hinblick Bestandsfälle bußgeldbewehrt (§ 73 Abs. 1a Nr. 7h IfSG). Der Schutz vulnerabler Personen kann etwa auch durch tägliche Testungen – bevorzugt PCR-Testungen<sup>218</sup> – erreicht werden<sup>219</sup>. So kommt etwa das Land Hessen im Rahmen eines Erlasses zu folgender Zweckmäßigkeitserwägung: „Regelmäßig ist angesichts der Möglichkeit des individuellen Schutzes vor COVID-19-Erkrankungen durch Schutzimpfungen [gemeint ist bezogen auf die Patienten] sogar von einer übersteigenden Bedeutung der Versorgungssicherheit auszugehen.“<sup>220</sup> Dass es grundsätzlich auch zulässig sein kann, keine oder lediglich kaum Betretungs- und Tätigkeitsverbote anzuordnen, deckt sich mit der derzeit zu beobachtenden behutsamen Verwaltungspraxis der Gesundheitsämter<sup>221</sup>.

---

<sup>214</sup> *Lindner*, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.

<sup>215</sup> Siehe dazu oben S. 29 f.

<sup>216</sup> So aber *Gräf*, NZS 2022, 175 (181 Fn. 106), der in systematischer Hinsicht auf die Pflicht aus § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG verweist.

<sup>217</sup> A. A. wohl *Berneith*, COVuR 2022, 135 (137 f.). Die Frage offen lassend *Lindner*, Verfassungsblog 2022, <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.

<sup>218</sup> Vgl. *Tabbara*, NZS 2022, 171 (172) m. w. N.

<sup>219</sup> *Lindner*, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>; vgl. auch *Aligbe*, in: Eckart/Winkelmüller (Hrsg.), BeckOK Infektionsschutzrecht, 11. Edition, § 20a IfSG Rn. 194 (Stand der Kommentierung: 01.04.2022).

<sup>220</sup> Erlass zum Vollzug der „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“ nach § 20a IfSG (Immunitätsnachweis gegen COVID-19) des Hessischen Ministeriums für Soziales und Integration vom 28.03.2022 ([https://soziales.hessen.de/sites/soziales.hessen.de/files/2022-03/20220228\\_erlass\\_zum\\_vollzug\\_der\\_einrichtungsbezogenen\\_impfpflicht\\_nach\\_ss\\_20a\\_ifsg\\_0.pdf](https://soziales.hessen.de/sites/soziales.hessen.de/files/2022-03/20220228_erlass_zum_vollzug_der_einrichtungsbezogenen_impfpflicht_nach_ss_20a_ifsg_0.pdf)), S. 16.

<sup>221</sup> Siehe dazu den Online-Beitrag der Süddeutschen Zeitung vom 19.05.2022 (<https://www.sueddeutsche.de/politik/impfpflicht-pflegeheime-praxis-1.5588349>) und den der Welt vom 11.06.2022 (<https://www.welt.de/politik/deutschland/article239301533/Impfpflicht-fuer-Pflegekraefte->

Ein Gesundheitsamt darf jedoch die Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten auch **nicht kategorisch von vornherein ausschließen**, denn dies stellte – weil die Länder zum Vollzug der Bundesgesetze<sup>222</sup> und damit Gesundheitsämter zur Ermessensausübung „nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet“<sup>223</sup> sind – einen Ermessensfehler in Form des Ermessensnichtgebrauchs<sup>224</sup> dar. Ansonsten besteht aber aufgrund des Fehlens besonderer Bindungen der Ermessensausübung ein „beachtlicher Vollzugsspielraum“<sup>225</sup> der Gesundheitsämter.

## II. Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten

### 1. Grundrechte als gesetzliche Grenzen des Ermessens

Beabsichtigt ein Gesundheitsamt seinen Ermessensspielraum durch die Anordnung eines Tätigkeits- oder Betretungsverbot nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG zu nutzen, darf es die **gesetzlichen Grenzen des Ermessens** (vgl. § 114 Satz 1 VwGO und § 40 VwVfG) nicht überschreiten. Gesetzliche Grenzen des Ermessens stellen insbesondere **Grundrechte von Betroffenen** in Verbindung mit dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** dar, welche als höherrangiges Recht nicht verletzt werden dürfen.<sup>226</sup>

So muss das Gesundheitsamt im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens in jedem Einzelfall nicht nur „zwischen Gesichtspunkten des Infektionsschutzes und der Versorgungssicherheit“<sup>227</sup> abwägen, sondern auch die mit der Anordnung eines

---

Erster-Landkreis-rueckt-ab.html); vgl. auch Pressemitteilung der Bayerischen Staatsregierung vom 01.03.2022 (<https://www.bayern.de/holetschek-legt-konzept-fuer-einrichtungsbegleitende-impfpflicht-vor-gesundheitsminister-bayern-setzt-auf-pragmatische-umsetzung-mit-augenmass/>); Pressemitteilung der Senatsverwaltung für Wissenschaft, Gesundheit, Pflege und Gleichstellung von Berlin vom 04.03.2022 (<https://www.berlin.de/sen/wgpg/service/presse/2022/pressemitteilung.1183056.php>).

<sup>222</sup> Lindner, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.

<sup>223</sup> Wolff, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn 114a.

<sup>224</sup> Siehe dazu Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 69 Rn. 7; Wolff, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 83 und 114a.

<sup>225</sup> Lindner, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.

<sup>226</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 69 Rn. 8; Wolff, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 129.

<sup>227</sup> Berneith, COVuR 2022, 135 (138).

Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes einhergehenden erheblichen Eingriffe in Grundrechte<sup>228</sup> im Hinblick auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüfen. Eine pauschale Berufung auf die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates zum Schutz vulnerabler Personen – eine solche klingt in der Begründung des Gesetzentwurfs an<sup>229</sup> – ist dabei nicht ausreichend<sup>230</sup>. Es bedarf in jedem Einzelfall einer Gewichtung der Grundrechtseingriffe und einer Abwägung insbesondere dahingehend, ob die Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG zum Schutz vulnerabler Personen auch vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung der Pandemie erforderlich und angemessen ist.<sup>231</sup>

Dass das Bundesverfassungsgericht die einrichtungsbezogene Impfpflicht und damit auch § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG für vereinbar mit Grundrechten hält, macht die Entscheidung der Gesundheitsämter nicht einfacher. Denn das Bundesverfassungsgericht hat lediglich die *Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers*, eine einrichtungsbezogene Impfpflicht einzuführen, für verfassungsgemäß erklärt und nicht die Anwendung des § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG durch die Gesundheitsämter als verhältnismäßig präjudiziert. Diese beiden Ebenen dürfen nicht miteinander vermengt werden, zumal die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Hinblick auf behördliche Ermessensentscheidungen im Vergleich zur gesetzlichen Grundlage eine strengere sein kann: „Der Gesetzgeber ist im Rahmen seiner Generalisierungsbefugnis freier, ‚Härtefälle‘ zu akzeptieren, als die Behörde, der ein Instrument zur Berücksichtigung der Einzelfallgerechtigkeit an die Hand gegeben ist.“<sup>232</sup> Eine Reduzierung des Maßstabs der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Wege einer bloßen Vertretbarkeits-

---

<sup>228</sup> Siehe dazu oben S. 18 ff.

<sup>229</sup> BT-Drucks. 20/188, S. 42: „Der Eingriff in das Grundrecht der Freiheit der Berufsausübung (Artikel 12 Absatz 1 GG) bei der Erteilung des Tätigkeitsverbots ist grundsätzlich durch die mit Satz 1 verfolgten Zwecke des öffentlichen Gesundheitsschutzes und des Schutzes vulnerabler Personengruppen vor einer COVID-19-Erkrankung gerechtfertigt.“

<sup>230</sup> Vgl. *Sodan*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 56 Rn. 58.

<sup>231</sup> Vgl. *Aligbe*, in: Eckart/Winkel Müller (Hrsg.), *BeckOK Infektionsschutzrecht*, 11. Edition, § 20a IfSG Rn. 191 ff. (Stand der Kommentierung: 01.04.2022); *Berneith*, *COVuR* 2022, 135 (138); vgl. ferner *Sodan*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 56 Rn. 58. Insofern greift es zu kurz, wenn es in der Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Drucks. 20/188, S. 42) lediglich heißt, die Berufsfreiheit sei bei der Bemessung der Dauer der Untersuchung zu berücksichtigen.

<sup>232</sup> *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar*, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 149; vgl. ferner *Sodan*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Bd. III, 2. Aufl. 2022 (im Erscheinen), § 87 Rn. 7.

kontrolle, wie sie das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 27.04.2022 zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht vorgenommen hat<sup>233</sup>, ist für die gerichtliche Einzelfallüberprüfung von Verboten nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG somit nicht angezeigt.

## 2. Rechtssichere Entscheidungshilfen für die Gesundheitsämter?

### a) Handreichung des Bundesministeriums für Gesundheit

Den schon frühen Forderungen nach bundeseinheitlichen Vollzugsvorgaben<sup>234</sup> ist das Bundesministerium für Gesundheit zwar durch eine „Handreichung zur Impfprävention in Bezug auf einrichtungsbezogene Tätigkeiten“ begegnet<sup>235</sup>. Diese beinhaltet aber schon keine Kriterien für die Ermessensausübung nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG und ist vor allem weder für die Gesundheitsämter noch für Gerichte rechtlich bindend und **kann so eine Rechtssicherheit nicht gewährleisten**.<sup>236</sup>

### b) Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften auf Länderebene

Ob die von einzelnen Bundesländern veröffentlichten **ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften** eine Rechtssicherheit gewährleisten können, ist fraglich, zumal diese kein parlamentarisches Beratungsverfahren durchlaufen haben. Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften binden Behördenmitarbeiter, wobei

---

<sup>233</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 152, 168, 187 und 204. Dazu kritisch *Rixen*, Verfassungsblog (25.05.2022), <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhaltnismasigkeit/>.

<sup>234</sup> Siehe dazu oben S. 6 f.

<sup>235</sup> Die Handreichung des Bundesministeriums für Gesundheit ist abrufbar unter [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/C/Coronavirus/FAQs\\_zu\\_20a\\_IfSG.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/FAQs_zu_20a_IfSG.pdf).

<sup>236</sup> *Noll/Chama*, MDR 2022, 406. Vgl. auch die schriftliche Stellungnahme des Bundesverbandes privater Anbieter sozialer Dienste e. V. vom 25.04.2022 zu Anträgen zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)27(2), S. 4. „Problematisch war jedoch, dass es in den diversen Fassungen mehrfach dazu kam, dass vorherige Aussagen teils ersatzlos gestrichen und teils ins Gegenteil geändert wurden. Das Ziel einer Handlungssicherheit wurde so nicht immer erreicht.“ Vor dem Hintergrund dieses Praxisberichts ergibt die folgende rechtspolitische Schlussfolgerung von *Scheuer* [Betriebs-Berater 2022 (18.03.2022), [https://betriebs-berater.com/11448/2022/bb\\_2022\\_12\\_b4/](https://betriebs-berater.com/11448/2022/bb_2022_12_b4/)] Sinn: „Auch mit dieser Handreichung ist eine konsequente und inhaltlich konsistente Anwendung der Regelung in der Praxis nicht zu erwarten.“

diese in atypischen Fällen von den Vorgaben abweichen können.<sup>237</sup> Gerichte sind demgegenüber an ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften nicht gebunden und wenden diese nicht an, können aber bei unsachgemäßer Abweichung von der auf einer gesetzeskonformen Verwaltungsvorschrift beruhenden Verwaltungspraxis einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG feststellen, solange keine Berufung auf eine „Gleichheit im Unrecht“ erfolgt.<sup>238</sup> Ansonsten führt der bloße Verstoß gegen eine solche Verwaltungsvorschrift nicht zur Rechtswidrigkeit, die bloße Beachtung aber auch nicht zur Rechtmäßigkeit der Ermessensausübung.<sup>239</sup>

Zudem sind die aufzufindenden Vorgaben zur Ermessensausübung nicht nur vom Umfang her, sondern auch inhaltlich in wesentlichen Fragen **sehr unterschiedlich**.<sup>240</sup> Während z. B. dem Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems in Hessen<sup>241</sup> eine hohe Bedeutung im Vergleich zum Schutz vulnerabler Personen beigemessen wird, gilt in Mecklenburg-Vorpommern<sup>242</sup> nahezu das

---

<sup>237</sup> Siehe dazu *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 64 Rn. 3. Vgl. z. B. die Fachaufsichtliche Weisung zur Umsetzung des § 20a Infektionsschutzgesetz in Mecklenburg-Vorpommern vom März 2022 (<https://www.regierung-mv.de/static/Regierungsportal/Ministerium%20f%C3%BCr%20Soziales,%20Integration%20und%20Gleichstellung/Dateien/Impfpflicht%20Fachaufsichtliche%20Weisung%20zur%20Umsetzung%20des%20C2%A7%2020a%20IfSG%20in%20M-V%20-%20201.%20Fassung.pdf>), S. 14: „Die nachfolgenden ermessenslenkenden Hinweise sollen eine landesweit vergleichbare und möglichst gleichförmige Verwaltungspraxis fördern. Dies entbindet die zuständige Behörde gleichwohl nicht von ihrer Pflicht, ihr Ermessen selbstständig und einzelfallbezogen auszuüben, so dass diese Ermessensbetätigung im Einzelfall auch eine von den hiesigen Darstellungen abweichende Entscheidung zum Ergebnis haben kann.“

<sup>238</sup> *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 76 (Stand der Kommentierung: Juli 2021).

<sup>239</sup> *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Kommentar, Loseblatt, § 114 VwGO Rn. 76 (Stand der Kommentierung: Juli 2021).

<sup>240</sup> Vgl. auch *Hahn* für den Deutschen Städtetag in der Anhörung vom 27.04.2022 vor dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Protokoll der 22. Sitzung vom 27.04.2022, Protokoll-Nr. 20/22, S. 15.

<sup>241</sup> Erlass zum Vollzug der „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“ nach § 20a IfSG (Immunitätsnachweis gegen COVID-19) des Hessischen Ministeriums für Soziales und Integration vom 28.03.2022 ([https://soziales.hessen.de/sites/soziales.hessen.de/files/2022-03/20220228\\_erlass\\_zum\\_vollzug\\_der\\_einrichtungsbezogenen\\_impfpflicht\\_nach\\_ss\\_20a\\_ifsg\\_0.pdf](https://soziales.hessen.de/sites/soziales.hessen.de/files/2022-03/20220228_erlass_zum_vollzug_der_einrichtungsbezogenen_impfpflicht_nach_ss_20a_ifsg_0.pdf)), S. 16: „Regelmäßig ist angesichts der Möglichkeit des individuellen Schutzes vor COVID-19-Erkrankungen durch Schutzimpfungen sogar von einer übersteigenden Bedeutung der Versorgungssicherheit auszugehen.“

<sup>242</sup> Vgl. die Fachaufsichtliche Weisung zur Umsetzung des § 20a Infektionsschutzgesetz in Mecklenburg-Vorpommern vom März 2022 (<https://www.regierung->

Gegenteil. Hieran wird deutlich, wie ungeschickt es vom Bundesgesetzgeber war, die Funktionsfähigkeit im Gesundheitssystem nicht im Gesetz oder zumindest in der Begründung des Gesetzentwurfs zu verankern und zu gewichten.

### 3. Rechtsunsicherheit

Die von den Gesundheitsämtern vorzunehmende Abwägung zwischen den Grundrechten der von der einrichtungsbezogenen Impfpflicht Betroffenen und dem Schutz vulnerabler Personen bei gleichzeitiger Berücksichtigung der Funktionsfähigkeit der Gesundheitsversorgung ist schon in rechtlicher Hinsicht äußerst schwierig. Hinzu kommen in tatsächlicher Hinsicht die prekäre Personalsituation der Gesundheitsämter und die Fülle der durch sie zu bewältigenden Aufgaben.<sup>243</sup> Die Gesundheitsämter werden unter diesen Umständen mit einer eigentlich „kaum lösbaren Ermessensentscheidung konfrontiert“<sup>244</sup>. Es wird in der Literatur „eine Klagewelle bei den Verwaltungsgerichten“<sup>245</sup> prognostiziert; auf kommunaler Ebene wird ein „**hohes Risiko der Aufhebung von Verbotserfügungen durch Verwaltungsgerichte**“<sup>246</sup> gesehen. Eine Verwirklichung dieses Risikos ist aufgrund der Schwierigkeit der jeweils vom zuständigen Gesundheitsamt vorzunehmenden Abwägung nicht unwahrscheinlich. Denn Verwaltungsgerichte haben bislang – auch im vorläufigen Rechtsschutz<sup>247</sup> – richtigerweise eine kritische Überprüfung der zur Eindämmung der Corona-Pandemie ergangenen Grundrechtsein-

---

mv.de/static/Regierungsportal/Ministerium%20f%C3%BCr%20Soziales,%20Integration%20und%20Gleichstellung/Dateien/Impfpflicht%20Fachaufsichtliche%20Weisung%20zur%20Umsetzung%20des%20C2%A7%2020a%20IfSG%20in%20M-V%20-%201.%20Fassung.pdf), S. 16: „In den meisten Fällen dürfte der Schutz der vulnerablen Gruppen eine mögliche Einschränkung der konkreten Versorgungssituation vor Ort überwiegen.“

<sup>243</sup> Vgl. *Berneith*, COVuR 2022, 135 (138).

<sup>244</sup> *Scheuer*, Betriebs-Berater (18.03.2022), [https://beriebs-berater.com/11448/2022/bb\\_2022\\_12\\_b4/](https://beriebs-berater.com/11448/2022/bb_2022_12_b4/).

<sup>245</sup> *Scheuer*, Betriebs-Berater (18.03.2022), [https://beriebs-berater.com/11448/2022/bb\\_2022\\_12\\_b4/](https://beriebs-berater.com/11448/2022/bb_2022_12_b4/).

<sup>246</sup> Schriftliche Stellungnahme des Deutschen Städtetages vom 27.04.2022 zu Anträgen zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)27(4), S. 1 – ohne die Hervorhebungen. Vgl. auch *Hahn* für den Deutschen Städtetag in der Anhörung vom 27.04.2022 vor dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Protokoll der 22. Sitzung vom 27.04.2022, Protokoll-Nr. 20/22, S. 15.

<sup>247</sup> Siehe zum Wegfall der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage auch bei der Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes § 20a Abs. 5 Satz 4 IfSG und zum dagegen gerichteten Rechtsschutz § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Abs. 5 VwGO.

griffe vorgenommen.<sup>248</sup> Auch nach Erlass von Verwaltungsvorschriften auf Länderebene wird weiterhin eine Rechtsunsicherheit angenommen, wie die dem Bundestagsausschuss für Gesundheit eingereichte Stellungnahme des Deutschen Städtetages belegt<sup>249</sup>.

---

<sup>248</sup> Vgl. dazu in Bezug auf das Grundrecht der Berufsfreiheit *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022 (im Erscheinen), § 125 Rn. 113 f.

<sup>249</sup> Schriftliche Stellungnahme des Deutschen Städtetages vom 27.04.2022 zu Anträgen zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)27(4), S. 1 ff.

## Vierter Teil: Reformbedürftigkeit des § 20a Abs. 5 IfSG

Zur Herstellung von Rechtssicherheit, aufgrund der Wesentlichkeit der Pandemiebekämpfung und zur Ermöglichung eines anhand bundeseinheitlicher Kriterien erfolgenden Vollzugs der einrichtungsbezogenen Impfpflicht sollte § 20a Abs. 5 IfSG im Hinblick auf die Anordnung von Betretungs- und Tätigkeitsverboten präzisiert und umfangreicher ausgestaltet werden.

### I. Rechtssicherheit

Das **verfassungsrechtliche Gebot der Rechtssicherheit** garantiert als Teilelement des Rechtsstaatsstaatsprinzips die Klarheit und Beständigkeit staatlicher Entscheidungen.<sup>250</sup> Die bei Anordnungen nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG bestehende Rechtsunsicherheit<sup>251</sup> ist aus rechtspolitischer Sicht vor dem Hintergrund dieses verfassungsrechtlichen Gebots und angesichts der Wichtigkeit der Pandemiebekämpfung insgesamt problematisch.<sup>252</sup> Aus rechtspolitischer Sicht sollten aus Gründen der Rechtssicherheit Impfpflichten regelnde Vorschriften umfassend in einem formellen Gesetz aufgenommen werden.<sup>253</sup> Um eine Rechtssicherheit für Betretungs- und Tätigkeitsverbotsanordnungen herzustellen, sollte die hierfür geschaffene Ermächtigung also präzisiert und umfangreicher ausgestaltet werden.

### II. Wesentlichkeit

Aufgrund der mit § 20a IfSG und insbesondere dessen Abs. 5 Satz 3 IfSG einhergehenden erheblichen Grundrechtseingriffe<sup>254</sup> ist an den aus den Staatsstrukturprinzipien von Demokratie und Rechtsstaat entwickelten Parlamentsvorbehalt zu

---

<sup>250</sup> *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 7 Rn. 33.

<sup>251</sup> Siehe dazu oben S. 47 f.

<sup>252</sup> Weshalb der Bund „es unterlassen hat, in dieser nicht nur rechtlich (auch arbeitsrechtlich) schwierigen, sondern zur Bekämpfung der Pandemie essentiellen Materie den Ländern Vollzugshinweise an die Hand zu geben, ist nicht nachvollziehbar“; so *Lindner*, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>, allerdings bezogen auf fehlende Verwaltungsvorschriften des Bundes.

<sup>253</sup> Ähnlich *Schaks/Krahmert*, MedR 2015, 860 (864). Bezogen auf die einrichtungsbezogene Impfpflicht *Bonitz/Schleiff*, NZA 2022, 233 (238): Wesentliche Fragen solle man nicht den Gerichten überlassen.

<sup>254</sup> Siehe dazu oben S. 18 ff.

erinnern.<sup>255</sup> Der parlamentarische Gesetzgeber muss die „grundlegenden“<sup>256</sup>, „wesentlichen Entscheidungen“<sup>257</sup> selbst treffen.<sup>258</sup> Diese sogenannte Wesentlichkeitstheorie lässt sich auch zur Klärung der notwendigen **Regelungsdichte** fruchtbar machen; der Umfang des parlamentarischen Regelungsvorbehalts bemisst sich „nach der **Intensität**, mit welcher die Grundrechte der Regelungsadressaten betroffen werden“.<sup>259</sup>

Das Bundesverfassungsgericht sieht in dem Fehlen von gesetzlichen Kriterien für die Ermessensausübung der Gesundheitsämter nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG keinen Verstoß gegen die auch aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz folgenden Grundsätze der Normenklarheit und Bestimmtheit<sup>260</sup>, weil „es in der Natur einer Ermessensvorschrift“ liege, „der Verwaltung Spielräume für eine am Einzelfall orientierte Entscheidung zu belassen.“<sup>261</sup>

Rechtspolitisch betrachtet kann man aber durchaus davon sprechen, dass der **Gesetzgeber** durch die fehlende Normierung von Ermessenskriterien sich **der Verantwortung weitgehend entzogen** und diese den Bundesländern sowie den ohnehin schon belasteten Gesundheitsämtern aufgebürdet hat. Die Intensität der Grundrechtseingriffe und die an sich komplexe Materie sprechen aus rechtspolitischer Sicht dafür, Korrekturen vorzunehmen und § 20a Abs. 5 IfSG im Hinblick auf die Ermessensausübung bei der Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten präziser und umfangreicher auszugestalten.

Ermessenleitende Vorgaben könnten auch nach Art. 84 Abs. 2 GG durch die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates im Wege einer Verwaltungsvorschrift geregelt werden.<sup>262</sup> Dies würde eine Bundeseinheitlichkeit der Ermessenskriterien ermöglichen, aber nicht das Bedürfnis nach einer Verankerung von

---

<sup>255</sup> Siehe dazu *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 24 Rn. 27.

<sup>256</sup> BVerfGE 33, 303 (346).

<sup>257</sup> BVerfGE 45, 400 (417 f.); 47, 46 (78 f.); 49, 89 (126 f.); 58, 257 (268 f.); 82, 209 (224); 98, 218 (251).

<sup>258</sup> Siehe in Bezug auf die Berufsfreiheit *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022 (im Erscheinen), § 125 Rn. 82.

<sup>259</sup> BVerfGE 58, 257 (274) – ohne die Hervorhebung.

<sup>260</sup> Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 142 m. w. N.

<sup>261</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 147.

<sup>262</sup> Vgl. *Lindner*, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungs-verstos-nicht-unbedingt/>.

Ermessensvorgaben in einem formellen Gesetz befriedigen. Denn verloren ginge bei diesem Weg auch der mit einem Gesetzgebungsverfahren zusammenhängende Beratungseffekt. So wünscht sich auch der Deutsche Städtetag „eine Debatte darüber, inwieweit der Bundesgesetzgeber [...] an einer so ausgestalteten einrichtungsbezogenen Impfpflicht festhalten will.“<sup>263</sup> Eine Regelung von Ermessensvorgaben auf der Ebene einer Verwaltungsvorschrift des Bundes ist also nicht der vorzugswürdige Weg. Eine solche könnte zur Konkretisierung der zuvor in § 20a Abs. 5 IfSG einzufügenden Ermessensvorgaben zusätzlich erlassen werden.

### III. Ermessensleitende Vorgaben auf Bundesebene

Das Bedürfnis nach einer genaueren Regelung von Ermessensvorgaben kann nicht durch die bereits angesprochenen ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften in Bundesländern erfüllt werden. Denn eine **Bundeseinheitlichkeit** der Vorgaben lässt sich in Anbetracht der gegenwärtigen Unterschiedlichkeit der Verwaltungsvorschriften nicht gewährleisten.<sup>264</sup> Diese Unterschiedlichkeit dürfte der allgemeinen Akzeptanz der einrichtungsbezogenen Impfpflicht abträglich sein.<sup>265</sup> Regionale Besonderheiten (etwa im Hinblick auf die Impfquote oder die Entwicklung der Fallzahlen) können in der Anwendung von in § 20a Abs. 5 IfSG einzufügender Vorgaben dennoch berücksichtigt werden.

---

<sup>263</sup> Schriftliche Stellungnahme des Deutschen Städtetages vom 27.04.2022 zu Anträgen zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)27(4), S. 2.

<sup>264</sup> *Noll/Chama*, MDR 2022, 406. Siehe dazu auch oben S. 46 f.

<sup>265</sup> Vgl. dazu *Noll/Chama*, MDR 2022, 406 (411), welche die Gefahr eines „föderalen Flickentepichs“ sehen. Ähnlich *Scheuer*, Betriebs-Berater (18.03.2022), [https://betriebs-berater.com/11448/2022/bb\\_2022\\_12\\_b4/](https://betriebs-berater.com/11448/2022/bb_2022_12_b4/).

## Fünfter Teil: Vorschlag einer Gesetzesänderung

Aufgrund der dargestellten Reformbedürftigkeit wird eine Gesetzesänderung vorgeschlagen, welche ermessenleitende Direktiven und Kriterien für die Ermessensausübung in § 20a Abs. 5 IfSG einfügt. Diese sollen die Gesundheitsämter bei der wichtigen Frage der Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten leiten und so eine Rechtssicherheit sowie Bundeseinheitlichkeit im Vollzug der einrichtungsbezogenen Impfpflicht gewährleisten. Dass auf Bundesebene den zum Vollzug berufenen Landesbehörden (vgl. Art. 83 GG) ermessenleitende Direktiven und Kriterien vorgegeben werden, ist an sich ein im föderalen Bundesstaat (verfassungs)rechtlich unproblematischer Vorgang.<sup>266</sup> Die folgenden Ausführungen beginnen mit dem Änderungsentwurf zum Infektionsschutzgesetz. Darauf folgt eine Begründung.

### I. Änderungsentwurf

*In § 20a Abs. 5 werden nach Satz 3 folgende Sätze 4 bis 9 eingefügt:*

*„<sup>4</sup>Bezüglich Personen nach Satz 3, die in einer Einrichtung oder einem Unternehmen nach Absatz 1 dauerhaft tätig, insbesondere dort beschäftigt oder als Inhaber tätig sind, hat das Gesundheitsamt bei der Entscheidung über den Erlass eines Verbots nach Satz 3 zu prüfen, ob ein solches Verbot für den Schutz vulnerabler Personen erforderlich und angemessen ist. <sup>5</sup>Das Gesundheitsamt hat hinsichtlich der Erforderlichkeit und Angemessenheit eines solchen Verbots insbesondere*

- 1. die Höhe des in Einrichtungen oder Unternehmen der betreffenden Art typischerweise bestehenden Risikos einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und*
- 2. die nach Zweckbestimmung, Eigenart oder spezifischer Fachrichtung der Einrichtungen oder Unternehmen der betreffenden Art typischerweise vorzufindende Höhe des Anteils an vulnerablen Personen unter den dort behandelten, betreuten oder untergebrachten Personen sowie die dortige typische Verweildauer vulnerabler Personen zu berücksichtigen.*

*<sup>6</sup>Würde durch ein Verbot nach Satz 3 die Gesundheitsversorgung in der umgebenden Region gefährdet oder erheblich beeinträchtigt, hat ein solches Verbot zu unterbleiben. <sup>7</sup>Würde durch ein Verbot nach Satz 3 die Versorgungsfähigkeit der*

---

<sup>266</sup> Vgl. Lindner, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungs-verstos-nicht-unbedingt/>.

*betroffenen Einrichtung oder des betroffenen Unternehmens gefährdet oder erheblich beeinträchtigt, soll ein solches Verbot unterbleiben.<sup>8</sup> Bevor ein Verbot nach Satz 3 ergeht, ein Verwaltungszwangsverfahren eingeleitet wird oder ein Bußgeldverfahren stattfindet, ist die betroffene Person auf die Möglichkeit einer Impfberatung und einer kostenlosen Schutzimpfung hinzuweisen; ihr ist Gelegenheit zu geben, einen Nachweis innerhalb einer angemessenen Frist vorzulegen.<sup>9</sup> Soweit Verbote nach Satz 3 ergehen, sind diese mit der auflösenden Bedingung (Nebenbestimmung) zu versehen, dass das Verbot in dem Moment endet, in dem die Person, die Adressat des Verbots ist, einen Nachweis nach Absatz 2 der Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens, in der bzw. dem die Person zuvor tätig war, und dem Gesundheitsamt oder der nach Absatz 2 Satz 3 Nr. 1 bestimmten Stelle vorlegt.“*

*Der bisherige § 20a Abs. 5 Satz 4 wird § 20a Abs. 5 Satz 10.*

## **II. Begründung**

### **1. Allgemeine Begründung**

Mit der Einfügung der Sätze 4 bis 7 in § 20a Abs. 5 IfSG werden ermessensleitende Direktiven und Kriterien für eine rechtssichere und anhand bundeseinheitlicher Kriterien erfolgende Ermessensausübung gesetzlich geregelt. Insbesondere das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz der vulnerablen Personengruppen durch die Einführung sowie Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht und der von Verfassungs wegen notwendigen Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Gesundheitsversorgung als Grenze der Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht wird berücksichtigt (vgl. § 20a Abs. 5 Satz 6 und 7).

Aus § 20a Abs. 5 Satz 4 bis 7 ergibt sich ein **konkretes Prüfprogramm für die Ermessensausübung**. Zunächst ist nach § 20a Abs. 5 Satz 6 zu prüfen, ob mit der Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes die Gesundheitsversorgung in der umgebenden Region gefährdet oder erheblich beeinträchtigt würde. Würde dies der Fall sein, hat ein solches Verbot zu unterbleiben. Würde durch die Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes die Versorgungsfähigkeit der betroffenen Einrichtung oder des betroffenen Unternehmens gefährdet oder erheblich beeinträchtigt, soll nach der normativen Leitentscheidung in der Regel ein solches Verbot unterbleiben (§ 20a Abs. 5 Satz 7). Liegen die vorgenannten Gefährdungen oder erhebliche Beeinträchtigungen nicht vor, kann im Ausgangspunkt ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot nach § 20a Abs. 5 Satz 3 angeordnet werden. Bei der Entscheidung über die Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes ist aber im Einzelfall zu prüfen, ob ein solches Verbot vor dem Hintergrund der damit verbundenen Grundrechtseingriffe für den Schutz vulnerabler Personen erforderlich und angemessen ist (§ 20a Abs. 5 Satz 4). Dabei sind gemäß § 20a Abs.

5 Satz 5 insbesondere die genannten Ermessenskriterien [Höhe des typischerweise bestehenden Infektionsrisikos (§ 20a Abs. 5 Satz 5 Nr. 1) und Höhe des Anteils vulnerabler Personen sowie deren typische Verweildauer (§ 20a Abs. 5 Satz 5 Nr. 2) in den Einrichtungen oder Unternehmen der betreffenden Art] zu berücksichtigen.

§ 20a Abs. 5 Satz 8 und 9 enthalten vor dem Hintergrund der erheblichen Grundrechtseingriffe notwendige Verfahrensanforderungen im Vorfeld und im Nachgang zu Anordnungen von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten.

## **2. Begründung im Einzelnen**

### **a) § 20a Abs. 5 Satz 4**

Diese Vorschrift ist im Hinblick auf die Ermessensausübung eine klarstellende Regelung, welche die Gesundheitsämter sensibilisieren soll, im Einzelfall die Verhältnismäßigkeit eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes zu überprüfen.<sup>267</sup> So wird auch auf gesetzlicher Ebene klargestellt, dass die teilweise in der Literatur vertretene und auch vom Bundesverfassungsgericht angedeutete Annahme, in der Regel der Fälle sei ein Tätigkeits- oder Betretungsverbot anzuordnen, in dieser Pauschalität nicht richtig ist<sup>268</sup>.

### **b) § 20a Abs. 5 Satz 5**

Diese Regelung stellt Ermessenskriterien auf, welche die Gesundheitsämter bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen haben.

#### **aa) § 20a Abs. 5 Satz 5 Nr. 1**

Die Höhe des in Einrichtungen oder Unternehmen der betreffenden Art typischerweise bestehenden Risikos einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ist

---

<sup>267</sup> Vgl. dazu den Erlass des Thüringer Ministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie vom 26.04.2022 ([https://www.tmasgff.de/fileadmin/user\\_upload/Gesundheit/COVID-19/Impfkampagne/Einrichtungsbezogene\\_Impfpflicht/20220426\\_Erlass\\_Einrichtungsbezogene\\_Impfpflicht\\_Unterschriftfassung.pdf](https://www.tmasgff.de/fileadmin/user_upload/Gesundheit/COVID-19/Impfkampagne/Einrichtungsbezogene_Impfpflicht/20220426_Erlass_Einrichtungsbezogene_Impfpflicht_Unterschriftfassung.pdf)), S. 12: „Bei der Ermessensentscheidung darüber, ob ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot gemäß § 20a Abs. 5 S. 3 IfSG [...] ausgesprochen werden soll, ist dieses Ermessen durch das Gesundheitsamt pflichtgemäß auszuüben und eine *Gesamtwürdigung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles* vorzunehmen, bei der neben der konkreten Situation in der Einrichtung/dem Unternehmen auch personenbezogene Aspekte zu berücksichtigen sind“ – ohne die Hervorhebungen.

<sup>268</sup> Siehe dazu oben S. 36 ff.

im Hinblick auf die Erforderlichkeit und Angemessenheit von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten zu berücksichtigen.<sup>269</sup> Die Berufsgenossenschaft für Gesundheit und Pflege (BGW) hat erhebliche Unterschiede in den verschiedenen Gesundheitsbereichen festgestellt. So ist z. B. das Risiko einer Infektion in Zahnarztpraxen das mit Abstand geringste, was mit den dortigen pandemieunabhängig hohen Hygienestandards zusammenhängt. Das Gesundheitsamt muss bei der Anwendung dieses Ermessenskriteriums auch die Hygienestandards berücksichtigen, die in der betroffenen Einrichtung oder dem betroffenen Unternehmen typischerweise aufgrund der Eigenart der dortigen Behandlungen, Betreuungen oder Unterbringungen zur Verhinderung von Infektionen ergriffen werden. Da der Gesichtspunkt der Hygienestandards mit der Höhe des Infektionsrisikos zusammenhängt bedarf es keiner eigenständigen gesetzlichen Normierung.

#### **bb) § 20a Abs. 5 Satz 5 Nr. 2**

Weiterhin ist die nach Zweckbestimmung, Eigenart oder spezifischer Fachrichtung der Einrichtungen oder Unternehmen der betreffenden Art typischerweise vorzufindende Höhe des Anteils an vulnerablen Personen unter den dort behandelten, betreuten oder untergebrachten Personen sowie die dortige typische Verweildauer vulnerabler Personen zu berücksichtigen.<sup>270</sup> Denn die Wahrscheinlichkeit eines schweren Krankheitsverlaufs ist in der ganz weit überwiegenden Anzahl der Fälle auf vulnerable Personen beschränkt. Im Hinblick auf die Höhe des Anteils vulnerabler Personen sind je nach Einrichtung oder Unternehmen starke Unterschiede auszumachen. So ist deren Anteil in Pflegeeinrichtungen und Krankenhäusern oder auch auf typische Alterserkrankungen spezialisierten Arztpraxen bestimmter Fachrichtungen typischerweise relativ hoch. Demgegenüber ist der Anteil etwa in anderen Einrichtungen wie z. B. Kinderarztpraxen oder Hausarztpraxen kaum signifikant höher ist als in Einrichtungen des täglichen Lebens (z. B. Einzelhandel, Gastronomie oder Behörden). In Einrichtungen mit einem typischerweise hohen Anteil vulnerabler Personen wie z. B. in einer stationären Pflegeeinrichtung für Hochalt-rige können Betretungs- oder Tätigkeitsverbote daher weitaus eher verhältnismäßig sein als in Einrichtungen mit einem geringen oder durchschnittlichen Anteil

---

<sup>269</sup> Dieser Änderungsvorschlag sowie die folgende Begründung sind orientiert an der schriftlichen Stellungnahme der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung und der Bundeszahnärztekammer vom 18.03.2022 zu Gesetzentwürfen und Anträgen über eine gesetzliche Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)17(3), S. 4 und 7.

<sup>270</sup> Dieser Änderungsvorschlag sowie die folgende Begründung sind orientiert an der schriftlichen Stellungnahme der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung und der Bundeszahnärztekammer vom 18.03.2022 zu Gesetzentwürfen und Anträgen über eine gesetzliche Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)17(3), S. 4 f. und 7 f.

vulnerabler Personen. Die Gesundheitsämter können diesem Zusammenhang auch berücksichtigen, wie eng und regelmäßig der Kontakt mit vulnerablen Personen im Zusammenhang mit der konkret ausgeübten Tätigkeit der betroffenen Person ist.<sup>271</sup>

### c) § 20a Abs. 5 Satz 6

Nach § 20a Abs. 5 Satz 6 hat ein Verbot nach Satz 3 zu unterbleiben, wenn durch ein solches Verbot die Gesundheitsversorgung in der umgebenden Region gefährdet oder erheblich beeinträchtigt würde. Diese Vorschrift hebt die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hinsichtlich der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Gesundheitsversorgung hervor. So wurde auch bereits auf Verwaltungsebene formuliert, dass bei der Ermessensausübung „dem Ermessenskriterium der Gefährdung der Versorgungssicherheit ein besonderes Gewicht beizumessen“ sei<sup>272</sup>. Dieses Kriterium bedarf deshalb der *gesetzlichen* Verankerung.

Um die regionale Gesundheitsversorgung sicherzustellen, muss die allgemeine Versorgungssituation (etwa in Bezug auf Arzt- oder Zahnarztpraxen die Praxisdichte) in der jeweiligen Region berücksichtigt werden. Kommt es durch die Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten z. B. zu Praxisschließungen, wiegt dies umso schwerer (vgl. § 20a Abs. 5 Satz 7), je geringer die Praxisdichte in der jeweiligen Region ist.<sup>273</sup> Auch eine Reduzierung der Versorgungskapazitäten einzelner Einrichtungen oder Unternehmen ist im Hinblick auf die allgemeine Versorgungssituation entsprechend zu berücksichtigen. Zur Feststellung, wann eine

---

<sup>271</sup> Vgl. Erlass des Ministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Gleichstellung des Landes Sachsen-Anhalt über das Vorgehen der unteren Gesundheitsbehörden bei der Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht nach § 20a IfSG vom 04.03.2022 (<https://ms.sachsen-anhalt.de/themen/gesundheit/aktuell/coronavirus/impfpflicht/>), S. 12; Erlass des Thüringer Ministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie vom 26.04.2022 ([https://www.tmasgff.de/fileadmin/user\\_upload/Gesundheit/COVID-19/Impfkampagne/Einrichtungsbezogene\\_Impfpflicht/20220426\\_Erlass\\_Einrichtungsbezogene\\_Impfpflicht\\_Unterschriftfassung.pdf](https://www.tmasgff.de/fileadmin/user_upload/Gesundheit/COVID-19/Impfkampagne/Einrichtungsbezogene_Impfpflicht/20220426_Erlass_Einrichtungsbezogene_Impfpflicht_Unterschriftfassung.pdf)), S. 12.

<sup>272</sup> Erlass des Thüringer Ministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie vom 26.04.2022 ([https://www.tmasgff.de/fileadmin/user\\_upload/Gesundheit/COVID-19/Impfkampagne/Einrichtungsbezogene\\_Impfpflicht/20220426\\_Erlass\\_Einrichtungsbezogene\\_Impfpflicht\\_Unterschriftfassung.pdf](https://www.tmasgff.de/fileadmin/user_upload/Gesundheit/COVID-19/Impfkampagne/Einrichtungsbezogene_Impfpflicht/20220426_Erlass_Einrichtungsbezogene_Impfpflicht_Unterschriftfassung.pdf)), S. 14.

<sup>273</sup> Vgl. dazu die schriftliche Stellungnahme der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung und der Bundeszahnärztekammer vom 18.03.2022 zu Gesetzentwürfen und Anträgen über eine gesetzliche Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)17(3), S. 7 f.

Gefährdung oder erhebliche Beeinträchtigung der Versorgungssituation in der umgebenden Region gegeben ist, kommen verschiedene Kriterien in Betracht.<sup>274</sup>

Das Gesundheitsamt kann grundsätzlich aufgrund der begrenzten Justiziabilität der staatlichen Schutzpflicht im Hinblick auf den Schutz vulnerabler Personen<sup>275</sup> die Versorgungsfähigkeit der umgebenden Region auch ohne deren Gefährdung oder erhebliche Beeinträchtigung als Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkt berücksichtigen und somit auch vorsorglich von der Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten zur Schonung des Personalkörpers im Gesundheitsbereich absehen.<sup>276</sup>

#### **d) § 20a Abs. 5 Satz 7**

Ein Verbot nach Satz 3 soll unterbleiben, wenn durch ein solches Verbot die Versorgungsfähigkeit der betroffenen Einrichtung oder des betroffenen Unternehmens gefährdet oder erheblich beeinträchtigt würde. Bei § 20a Abs. 5 Satz 7 handelt es sich um eine gesetzliche Direktive in Form einer „Soll-Vorschrift“<sup>277</sup>. Aufgrund der mit einer Gefährdung oder erheblichen Beeinträchtigung der Versorgungsfähigkeit einer Einrichtung oder eines Unternehmens einhergehenden erheblichen Grundrechtseingriffe<sup>278</sup> und angesichts der die Versorgungsfähigkeit der umgebenden Region (vgl. § 20a Abs. 5 Satz 6) abträglichen Folgen hat das Gesundheitsamt gemäß der durch die Vorschrift vermittelten Leitentscheidung regelmäßig in diesen

---

<sup>274</sup> Vgl. den Erlass des Thüringer Ministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie vom 26.04.2022 ([https://www.tmasgff.de/fileadmin/user\\_upload/Gesundheit/COVID-19/Impfkampagne/Einrichtungsbezogene\\_Impfpflicht/20220426\\_Erlass\\_Einrichtungsbezogene\\_Impfpflicht\\_Unterschriftfassung.pdf](https://www.tmasgff.de/fileadmin/user_upload/Gesundheit/COVID-19/Impfkampagne/Einrichtungsbezogene_Impfpflicht/20220426_Erlass_Einrichtungsbezogene_Impfpflicht_Unterschriftfassung.pdf)), S. 13 Fn. 1:

„In der Regel ist davon auszugehen, dass insbesondere dann nicht mehr genügende Kapazitäten bestehen, wenn

- durch das individuelle Verbot Planbetten nach dem Thüringer Krankenhausplan nicht mehr betrieben werden können; die Krankenhausplanung erfolgt bedarfsgerecht, sodass der Ausfall jedes einzelnen Krankenhausbereiches die Versorgungssicherheit gefährdet,
- durch das individuelle Verbot eine Unterversorgung oder eine drohende Unterversorgung i. S. von § 100 SGB V im ambulanten medizinischen oder zahnmedizinischen Bereich entstehen würde;
- bereits vor einem Verbot Wartelisten für den Zugang zu Leistungen bestehen (z.B. Aufnahme in stationären Pflegeeinrichtungen); insbesondere für den Zugang zu stationären und ambulanten pflegerischen Leistungen ist hier die quantitative Angebotsstruktur zu eruieren,
- es zu Schließungen gesamter stationärer Pflegeeinrichtungen oder gesamter Einrichtungen der Eingliederungshilfe kommen würde.“

<sup>275</sup> Siehe dazu S. 29 f.

<sup>276</sup> Siehe S. 41 f.

<sup>277</sup> Siehe dazu oben S. 36 f.

<sup>278</sup> Siehe S. 18 ff.

Fällen von einem Verbot nach Satz 3 abzusehen. Zudem würde es durch eine Gefährdung oder erheblichen Beeinträchtigung der Versorgungsfähigkeit der betroffenen Einrichtung oder des betroffenen Unternehmens häufig zu Auflösungen von gewachsenen Behandlungsverhältnissen kommen, die aufgrund besonderer Vertrauensbeziehungen z. B. zwischen Arzt und Patient<sup>279</sup> in der Regel nicht zumutbar sind.<sup>280</sup>

Da Betretungs- oder Tätigkeitsverbote insbesondere kleinere Einrichtungen oder Unternehmen stark belasten, hat das Gesundheitsamt bei der Frage, ob die Funktionsfähigkeit der betroffenen Einrichtung oder des Unternehmens gefährdet oder erheblich beeinträchtigt würde, insbesondere die Größe der Einrichtung oder des Unternehmens sowie deren Personalsituation bzw. Mitarbeiterzahl zu berücksichtigen.<sup>281</sup> An die von der Leitung der betroffenen Einrichtungen oder des betroffenen Unternehmens vorzunehmende Darstellung einer Gefährdung oder einer erheblichen Beeinträchtigung der Versorgungsfähigkeit sollten nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden.<sup>282</sup>

Kann nach einer Verbotsverfügung die Versorgung in der Einrichtung oder dem Unternehmen unverändert fortgeführt werden, spricht unter dem Aspekt der Versorgungssicherheit nichts gegen ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot.<sup>283</sup> Eine Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes kann im Falle einer Gefährdung oder erheblichen Beeinträchtigung der Versorgungsfähigkeit der betroffenen Einrichtung oder des betroffenen Unternehmens entgegen der gesetzlichen Leitentscheidung im Ausnahmefall doch erfolgen, wenn die Gesundheitsversorgung der

---

<sup>279</sup> Vgl. dazu *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022 (im Erscheinen), § 125 Rn. 47.

<sup>280</sup> Vgl. dazu die schriftliche Stellungnahme der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung und der Bundeszahnärztekammer vom 18.03.2022 zu Gesetzentwürfen und Anträgen über eine gesetzliche Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)17(3), S. 6 f.

<sup>281</sup> Vgl. dazu die schriftliche Stellungnahme der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung und der Bundeszahnärztekammer vom 18.03.2022 zu Gesetzentwürfen und Anträgen über eine gesetzliche Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)17(3), S. 4.

<sup>282</sup> Vgl. den Erlass zum Vollzug der „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“ nach § 20a IfSG (Immunitätsnachweis gegen COVID-19) des Hessischen Ministeriums für Soziales und Integration vom 28.03.2022 ([https://soziales.hessen.de/sites/soziales.hessen.de/files/2022-03/20220228\\_erlass\\_zum\\_vollzug\\_der\\_einrichtungsbezogenen\\_impfpflicht\\_nach\\_ss\\_20a\\_ifsg\\_0.pdf](https://soziales.hessen.de/sites/soziales.hessen.de/files/2022-03/20220228_erlass_zum_vollzug_der_einrichtungsbezogenen_impfpflicht_nach_ss_20a_ifsg_0.pdf)), S. 17.

<sup>283</sup> Erlass des Thüringer Ministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie vom 26.04.2022 ([https://www.tmasgff.de/fileadmin/user\\_upload/Gesundheit/COVID-19/Impfkampagne/Einrichtungsbezogene\\_Impfpflicht/20220426\\_Erlass\\_Einrichtungsbezogene\\_Impfpflicht\\_Unterschriftfassung.pdf](https://www.tmasgff.de/fileadmin/user_upload/Gesundheit/COVID-19/Impfkampagne/Einrichtungsbezogene_Impfpflicht/20220426_Erlass_Einrichtungsbezogene_Impfpflicht_Unterschriftfassung.pdf)), S. 12.

umgebenden Region hierdurch nicht gefährdet oder erheblich beeinträchtigt wird (§ 20a Abs. 5 Satz 6) und der Schutz vulnerabler Personen insbesondere unter Berücksichtigung der in § 20a Abs. 5 Satz 5 genannten Ermessenskriterien dies dennoch gebietet. Insofern obliegt den Gesundheitsämtern trotz der gesetzlichen Direktive ein hinreichender Ermessenspielraum, um auf die Vielzahl möglicher Konstellationen sachgerecht reagieren zu können.

Das Gesundheitsamt kann grundsätzlich aufgrund der begrenzten Justiziabilität der staatlichen Schutzpflicht in Bezug auf den Schutz vulnerabler Personen<sup>284</sup> die Versorgungsfähigkeit der betroffenen Einrichtung oder des betroffenen Unternehmens auch ohne Vorliegen einer Gefährdung oder einer erheblichen Beeinträchtigung als Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkt berücksichtigen und somit auch vorsorglich von der Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten zur Schonung des Personalkörpers der Einrichtung oder des Unternehmens absehen.<sup>285</sup>

#### **e) § 20a Abs. 5 Satz 8**

Anordnungen von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG stellen schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte der nicht immunisierten Personen dar.<sup>286</sup> Deswegen sind betreffende Personen vorher aus Gründen der Verhältnismäßigkeit neben der obligatorischen Anhörung (vgl. § 28 VwVfG) auf die Möglichkeit einer Impfberatung und einer kostenlosen Schutzimpfung hinzuweisen; ihnen ist Gelegenheit zu geben, einen Nachweis innerhalb einer angemessenen Frist vorzulegen, um den behördlichen Ausspruch eines solchen Verbots abwenden zu können. Dies muss ebenso vor der Durchführung eines Verwaltungszwangsverfahrens und der Durchführung eines Bußgeldverfahrens gelten.<sup>287</sup> Durch eine qualifizierte Impfberatung kann die Bereitschaft zur Impfung bei bislang Impfunwilligen gesteigert werden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den mittlerweile

---

<sup>284</sup> Siehe dazu S. 29 f.

<sup>285</sup> Siehe S. 41 f.

<sup>286</sup> Siehe S. 18 ff.

<sup>287</sup> Dieser Änderungsvorschlag und seine Begründung sind orientiert an der schriftlichen Stellungnahme der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung und der Bundeszahnärztekammer vom 18.03.2022 zu Gesetzentwürfen und Anträgen über eine gesetzliche Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)17(3), S. 5 und 8. Vgl. zu ähnlich gemachten Vorschlägen zur Reformierung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht im Rahmen der Debatte um eine allgemeine Impfpflicht: BT-Drucks. 20/899, S. 17 (§ 20c Abs. 6 S. 1); BT-Drucks. 20/954, S. 16 (§ 20d Abs. 6 S. 1).

verfügbaren Novavax-Impfstoff, der für Impfunwillige aufgrund der vielfach geäußerten Bedenken gegen die mRNA-Impfstoffe eine Alternative sein könnte.

**f) § 20a Abs. 5 Satz 9**

Aufgrund der mit einem Tätigkeits- oder Betretungsverbot verbundenen schwerwiegenden Grundrechtseingriffe<sup>288</sup> muss eine solches Verbot unter der auflösenden Bedingung (Nebenbestimmung im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG) erfolgen, dass eine Impfung trotz Verstreichens der Frist nach Satz 8 nachgeholt wird.<sup>289</sup> Das Verbot muss in diesem Fall automatisch enden, weil der Grund für das Verbot wegfällt. So kann grundrechtsfördernd ein für die ansonsten notwendige Aufhebung der Verbotsanordnung zeitintensives Verwaltungsverfahren vermieden werden. Auch nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.04.2022 ist „ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot aufzuheben, sobald ein gültiger Nachweis im Sinne des § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG vorgelegt wird.“<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> Siehe dazu oben S. 18 ff.

<sup>289</sup> Dieser Änderungsvorschlag und die nachfolgende Begründung sind orientiert an der schriftlichen Stellungnahme der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung und der Bundeszahnärztekammer vom 18.03.2022 zu Gesetzentwürfen und Anträgen über eine gesetzliche Impfpflicht, vorgelegt dem Bundestagsausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 20(14)17(3), S. 8. Vgl. zu ähnlichen Vorschlägen zur Reformierung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht im Rahmen der Debatte um eine allgemeine Impfpflicht: BT-Drucks. 20/899, S. 17 (§ 20c Abs. 6 Satz 1); BT-Drucks. 20/954, S. 16 (§ 20d Abs. 6 Satz 1).

<sup>290</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 262.

## Sechster Teil: Zusammenfassung in Leitsätzen

Wesentliche Ergebnisse der gesamten Untersuchung lassen sich in Leitsätzen wie folgt zusammenfassen:

- I. In § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG hat der Gesetzgeber für Personen in Gesundheits-, Pflege- und Betreuungsberufen das Erfordernis eines Immunitätsnachweises geregelt. Dadurch sollen die als besonders schutzbedürftig geltenden vulnerablen Personengruppen – mithin solche mit einem hohen Risiko für schwere oder tödliche Erkrankungen nach einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 – geschützt werden.
- II. Für Bestandsfälle, also bereits vor dem 16.03.2022 im Gesundheitsbereich Tätige, regelt § 20a Abs. 5 IfSG ein Verwaltungsverfahren. Von besonderer Bedeutung ist dabei § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG: Danach kann das Gesundheitsamt gegenüber einer Person, die trotz der Aufforderung nach § 20a Abs. 5 Satz 1 IfSG keinen Nachweis innerhalb einer angemessenen Frist vorlegt, ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot anordnen. Nach derzeitiger Rechtslage wird § 20a IfSG am 01.01.2023 zusammen mit diesbezüglichen Bußgeldvorschriften außer Kraft treten.
- III. Das Bundesverfassungsgericht hält in seinem Beschluss vom 27.04.2022 im Hauptsacheverfahren die einrichtungsbezogene Impfpflicht für verfassungsgemäß. Auch mit Blick auf eine nicht auszuschließende Verschärfung der Pandemie im Herbst und Winter 2022 und angesichts von Äußerungen des Bundesministers für Gesundheit *Lauterbach* kann einstweilen von einem politischen Willen zur Aufrechterhaltung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht – möglicherweise auch über die gegenwärtige Befristung hinaus – ausgegangen werden.
- IV. Bislang sind – soweit ersichtlich – Betretungs- oder Tätigkeitsverbote zumindest weit überwiegend nicht angeordnet worden. Laut Prognosen des Deutschen Städtetages kann ab der zweiten Jahreshälfte 2022 damit aber gerechnet werden.
- V. Mit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht und insbesondere den nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG möglichen Betretungs- und Tätigkeitsverboten gehen Grundrechtseingriffe einher, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 27.04.2022 als erheblich einstuft und die in der Literatur als schwerwiegend eingeordnet werden. Das Bundesverfassungsgericht hält in dem vorgenannten Beschluss die durch den Gesetzgeber erfolgenden Grundrechtseingriffe für verhältnismäßig.

1. Dem Bundesverfassungsgericht zufolge ist der mittelbare Eingriff in das auf die körperliche Unversehrtheit bezogene Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG von erheblichem Gewicht, weil abgesehen von kurzzeitigen oder auch länger andauernden (schweren) Nebenwirkungen oder Impfkomplicationen davon ausgegangen werden muss, dass eine Impfung eines gesunden Menschen in extremen Ausnahmefällen auch zum Tode führen kann.
2. Zudem ist mit zahlreichen Stimmen aus der Literatur unabhängig vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG anzunehmen, welches geltungsverstärkend einen besonderen Menschenwürdebezug aufweist.
3. Im Hinblick auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG erfolgt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts durch die einrichtungsbezogene Impfpflicht und insbesondere im Hinblick auf § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG ein Eingriff nach klassischem Verständnis. Zur Gewichtung der Eingriffsintensität bedarf es einer Differenzierung zwischen der Art der ausgeübten Tätigkeit.
  - a) Wenn entsprechende Verbotsanordnungen nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG erfolgen, handelt es sich hinsichtlich gesundheitsfremder Berufe regelmäßig um einen Eingriff in die *freie Wahl des Arbeitsplatzes*. So ist etwa Verwaltungs-, Reinigungs- und Küchenpersonal nicht zu einer vollständigen beruflichen Neuorientierung gezwungen, sondern kann mit einem Wechsel des Arbeitsplatzes in einen gesundheitsfremden Bereich den Beruf fortsetzen.
  - b) In Bezug auf in Gesundheitsberufen Beschäftigte ist regelmäßig von *Berufswahlbeschränkungen* auszugehen. Denn bei weiterer Impfwilligkeit ist nicht nur die bisher ausgeübte Tätigkeit, sondern sind Tätigkeiten in allen in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen verboten (§ 20a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG). Ein beruflicher Wechsel in einen anderen Gesundheitsbereich unterliegt so zumindest erheblichen Beschränkungen. Das Bundesverfassungsgericht begründet die besondere Schwere des Eingriffs auch damit, dass eine lange Phase der Berufsqualifikation bis auf Weiteres nicht mehr nutzbar sein kann.
  - c) Dies gilt in entsprechender Weise für im Gesundheitsbereich selbstständig Tätige. Können Mitarbeiter von Selbständigen aufgrund von

Verboten nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG nicht mehr ihren Tätigkeiten nachgehen, ist, wenn dadurch ein Personalmangel entsteht, der zum Wegfall der Versorgungsfähigkeit der betroffenen Einrichtung oder des betroffenen Unternehmens führt, aufgrund der Eingriffsintensität im Ergebnis von einer Berufswahlbeschränkung auszugehen.

4. Kommt es aufgrund von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten zu personalbedingten Schließungen von betroffenen Einrichtungen oder betroffenen Unternehmen, ist in Bezug auf Selbständige auch das Grundrecht der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG in der Ausprägung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einschlägig.
5. Im Einzelfall kann Art. 4 Abs. 1 GG etwa in Form der individuellen Glaubensfreiheit als nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht berührt sein.
6. Erschwerend kommt für die Gewichtung der Grundrechtseingriffe hinzu, dass Betroffene vor die Wahl gestellt werden, entweder ihre bisherige berufliche Tätigkeit aufgeben oder entgegen dem ursprünglichen Willen sich impfen lassen zu müssen („grundrechtliche lose-lose-Situation“).
7. Die Eingriffsintensität wird dem Bundesverfassungsgericht zufolge auch nicht durch die befristete Gültigkeit von § 20a und angeordneter Betretungs- oder Tätigkeitsverbote bis zum 31.12.2022 abgemildert, da die eingebüßte Selbstbestimmung im Hinblick auf die körperliche Unversehrtheit oder die wirtschaftlichen Nachteile nicht revidierbar bzw. kompensierbar sind.
8. Das Bundesverfassungsgericht sieht in seinem Beschluss vom 27.04.2022 die gesetzgeberischen Eingriffe in die von ihm geprüften Grundrechte, namentlich das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, als verhältnismäßig an. Bei der umfangreicheren Prüfung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit stützt sich das Bundesverfassungsgericht insbesondere darauf, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nachgekommen ist und seine diesbezüglichen Annahmen zum Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses sowie auch zum Zeitpunkt des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vertretbar waren. Hiermit hat das Bundesverfassungsgericht aber nicht die Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten nach § 20a Abs. 5

Satz 3 IfSG durch die Gesundheitsämter als verhältnismäßig präjudiziert.

- VI. In Zusammenhang mit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht sind zwei aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflichten relevant.
1. Der Gesetzgeber kann, wenn er mit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht den Schutz der vulnerablen Personengruppen durch eine Erhöhung der Impfquote in den betroffenen Gesundheitsbereichen bezweckt, sich auf eine aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates stützen. Verfassungsrechtlich geboten – im Sinne der einzig verfassungsrechtlich zulässigen Entscheidung des Gesetzgebers – war die Einführung einer einrichtungsbezogenen Impfpflicht aufgrund des nur begrenzt gerichtlich überprüfbaren Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers andererseits jedoch nicht.
  2. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss „Bundesnotbremse I“ vom 19.11.2021 die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems und in diesem Zusammenhang auch den Gesundheits- und Lebensschutz im Hinblick auf andere behandlungsbedürftige Krankheiten hervorgehoben. Aufgrund von angeordneten Verboten nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG kann ein Personalengpass entstehen, der die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu gefährden vermag. Wie auch schon in der Literatur hinsichtlich der einrichtungsbezogenen Impfpflicht erkannt wird, trifft den Staat die Schutzpflicht, eine funktionsfähige Gesundheitsversorgung für vulnerable Personen sowie auch für andere Patientengruppen sicherzustellen. Der Gesetzgeber hat die Funktionsfähigkeit der Gesundheitsversorgung als Grenze der Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht zwar nicht ausdrücklich benannt, aber dadurch berücksichtigt, indem er für Bestandsfälle keine unmittelbaren Berufsverbote, sondern in § 20a Abs. 5 IfSG ein Verwaltungsverfahren geregelt hat.
- VII. Insoweit kommt § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG eine besondere Bedeutung zu. Nach dieser Vorschrift *kann* das Gesundheitsamt bei unterbliebener Vorlage eines Immunitätsnachweises ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot anordnen. Diese Ermächtigungsgrundlage ist eine Ermessensvorschrift.
- VIII. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass die Gesundheitsämter in der Regel verpflichtet seien, eine Verbotsanordnung nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG zu erlassen. Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinem Beschluss vom 27.04.2022 in eine ähnliche Richtung geäußert. Eine

Begründung einer solchen Einengung des Ermessens der Gesundheitsämter kann jedoch weder im Wege von gesetzlichen Direktiven noch durch die Rechtsfigur der Ermessensreduzierung auf Null gelingen.

1. Denn eine entsprechende gesetzliche Direktive kann nicht mit dem Wortlaut und auch nicht aus dem Regelungszusammenhang des § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG heraus begründet werden. Angesichts der auch vom Gesetzgeber bezweckten Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Gesundheitsversorgung lässt sich ebenso wenig durch den Zweck der Vorschrift über die Rechtsfigur des intendierten Ermessens eine solche Direktive herleiten. Auch aus der Leitvorschrift des § 1 IfSG kann eine solche Einengung des Ermessens nicht begründet werden.
2. Eine Ermessensreduzierung auf Null ist grundsätzlich auf den Einzelfall bezogen und ist im Rahmen der einrichtungsbezogenen Impfpflicht aufgrund des vom Gesetzgeber mitbedachten Erhalts einer funktionsfähigen Gesundheitsversorgung und angesichts der schwerwiegenden Grundrechtseingriffe durch Betretungs- oder Tätigkeitsverbote regelmäßig nicht gegeben.
3. Das Gesundheitsamt ist also in der Regel nicht dazu verpflichtet, ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot anzuordnen, sondern ist bei der Ermessensausübung nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG keinen besonderen Bindungen unterworfen. Damit kann ein Gesundheitsamt vor dem Hintergrund der begrenzten Justiziabilität von Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG im Grundsatz auch aus Zweckmäßigkeitserwägungen im Sinne eines vorsorgenden Schutzes der Funktionsfähigkeit der Gesundheitsversorgung von entsprechenden Verboten absehen. Es darf jedoch andererseits die Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten auch nicht kategorisch von vornherein ausschließen.

IX. Beabsichtigt ein Gesundheitsamt die Anordnung eines Tätigkeits- oder Betretungsverbotes nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG, so muss es insbesondere Grundrechte von Betroffenen in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als gesetzliche Grenzen des Ermessens (vgl. § 114 Satz 1 VwGO und § 40 VwVfG) beachten.

1. Es bedarf in jedem Einzelfall einer Gewichtung der Grundrechtseingriffe und einer Abwägung insbesondere dahingehend, ob die Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG zum Schutz vulnerabler Personen auch vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung der Pandemie erforderlich und angemessen ist. Dass das

Bundesverfassungsgericht in der Hauptsache die einrichtungsbezogene Impfpflicht und damit auch § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG für vereinbar mit Grundrechten erklärt hat, macht die Entscheidung der Gesundheitsämter nicht einfacher. Denn das Bundesverfassungsgericht hat nicht die Anwendung des § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG durch die Gesundheitsämter als verhältnismäßig präjudiziert.

2. Eine rechtssichere Entscheidungshilfe für die Gesundheitsämter kann die Handreichung des Bundesministeriums für Gesundheit schon aufgrund ihrer Unverbindlichkeit nicht gewährleisten. Ob die von einzelnen Bundesländern veröffentlichten ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften eine solche Rechtssicherheit gewährleisten können, ist fraglich, zumal diese kein parlamentarisches Beratungsverfahren durchlaufen haben.
3. Die von den Gesundheitsämtern vorzunehmende Abwägung der Gesundheitsämter zwischen den Grundrechten der von der einrichtungsbezogenen Impfpflicht Betroffenen und dem Schutz vulnerabler Personen bei gleichzeitiger Berücksichtigung der Funktionsfähigkeit der Gesundheitsversorgung ist schon in rechtlicher Hinsicht äußerst schwierig. Hinzu kommen in tatsächlicher Hinsicht die prekäre Personalsituation der Gesundheitsämter und die Fülle der durch sie zu bewältigenden Aufgaben.
4. In der Literatur und der Praxis werden deshalb Bedenken im Hinblick auf die Gerichtsfestigkeit von Verbotsverfügungen nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG geäußert. Diese sind auch angesichts der im Laufe der Pandemie von Verwaltungsgerichten vorgenommenen kritischen Überprüfung von zur Eindämmung der Corona-Pandemie erfolgten Grundrechtseingriffe nicht unberechtigt.

X. Zur Herstellung von Rechtssicherheit, aufgrund der Wesentlichkeit der Pandemiebekämpfung und zur Ermöglichung eines anhand bundeseinheitlicher Kriterien erfolgenden Vollzugs der einrichtungsbezogenen Impfpflicht sollte § 20a Abs. 5 IfSG im Hinblick auf die Anordnung von Betretungs- und Tätigkeitsverboten präzisiert und umfangreicher ausgestaltet werden.

1. Denn aus rechtspolitischer Sicht sollten aus Gründen der Rechtssicherheit Impfpflichten regelnde Vorschriften umfassend in einem formellen Gesetz aufgenommen werden.
2. Rechtspolitisch betrachtet kann man durchaus davon sprechen, dass der Gesetzgeber durch die fehlende Normierung von Ermessenskriterien

sich der Verantwortung weitgehend entzogen und diese den Bundesländern und den ohnehin schon belasteten Gesundheitsämtern aufgebürdet hat. Die Intensität der Grundrechtseingriffe und die an sich komplexe Materie sprechen aus rechtspolitischer Sicht dafür, Korrekturen vorzunehmen sowie § 20a Abs. 5 IfSG im Hinblick auf die Ermessensausübung bei der Anordnung von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten präziser und umfangreicher auszugestalten. Eine Regelung von Ermessensvorgaben auf Ebene einer Verwaltungsvorschrift des Bundes ist zudem nicht der vorzugswürdige Weg, da dies nicht das Bedürfnis nach einer Verankerung von Ermessensvorgaben in einem formellen Gesetz befriedigte, zumal auch der mit einem Gesetzgebungsverfahren zusammenhängende Beratungseffekt verloren ginge.

3. Das Bedürfnis nach einer genaueren Regelung von Ermessensvorgaben kann nicht durch ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften in Bundesländern erfüllt werden. Denn eine Bundeseinheitlichkeit der Kriterien lässt sich so nicht gewährleisten.

- XI. Aufgrund der Reformbedürftigkeit des § 20a Abs. 5 IfSG wird eine Gesetzesänderung vorgeschlagen, die ermessenleitende Direktiven und Kriterien für die Ermessensausübung in § 20a Abs. 5 IfSG einfügt. Dieser Vorschlag lautet wie folgt:

*In § 20a Abs. 5 werden nach Satz 3 folgende Sätze 4 bis 9 eingefügt:*

*„<sup>4</sup>Bezüglich Personen nach Satz 3, die in einer Einrichtung oder einem Unternehmen nach Absatz 1 dauerhaft tätig, insbesondere dort beschäftigt oder als Inhaber tätig sind, hat das Gesundheitsamt bei der Entscheidung über den Erlass eines Verbots nach Satz 3 zu prüfen, ob ein solches Verbot für den Schutz vulnerabler Personen erforderlich und angemessen ist. <sup>5</sup>Das Gesundheitsamt hat hinsichtlich der Erforderlichkeit und Angemessenheit eines solchen Verbots insbesondere*

- 1. die Höhe des in Einrichtungen oder Unternehmen der betreffenden Art typischerweise bestehenden Risikos einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und*
- 2. die nach Zweckbestimmung, Eigenart oder spezifischer Fachrichtung der Einrichtungen oder Unternehmen der betreffenden Art typischerweise vorzufindende Höhe des Anteils an vulnerablen Personen unter den dort behandelten, betreuten oder untergebrachten Personen sowie die dortige typische Verweildauer vulnerabler Personen zu berücksichtigen.*

*<sup>6</sup>Würde durch ein Verbot nach Satz 3 die Gesundheitsversorgung in der umgebenden Region gefährdet oder erheblich beeinträchtigt, hat ein solches Verbot zu unterbleiben. <sup>7</sup>Würde durch ein Verbot nach Satz 3 die Versorgungsfähigkeit der betroffenen Einrichtung oder des betroffenen Unternehmens gefährdet oder erheblich beeinträchtigt, soll ein solches Verbot unterbleiben. <sup>8</sup>Bevor ein Verbot nach Satz 3 ergeht, ein Verwaltungszwangsverfahren eingeleitet wird oder ein Bußgeldverfahren stattfindet, ist die betroffene Person auf die Möglichkeit einer Impfberatung und einer kostenlosen Schutzimpfung hinzuweisen und ist ihr Gelegenheit zu geben, einen Nachweis innerhalb einer angemessenen Frist vorzulegen. <sup>9</sup>Soweit Verbote nach Satz 3 ergehen, sind diese mit der auflösenden Bedingung (Nebenbestimmung) zu versehen, dass das Verbot in dem Moment endet, in dem die Person, die Adressat des Verbots ist, einen Nachweis nach Absatz 2 der Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens, in der bzw. dem die Person zuvor tätig war, und dem Gesundheitsamt oder der nach Absatz 2 Satz 3 Nr. 1 bestimmten Stelle vorlegt.“*

*Der bisherige § 20a Abs. 5 Satz 4 wird § 20a Abs. 5 Satz 10.*

Mit der Einfügung der Sätze 4 bis 7 in § 20a Abs. 5 IfSG werden ermessensleitende Direktiven und Kriterien für eine rechtssichere und anhand bundeseinheitlicher Kriterien erfolgende Ermessensausübung gesetzlich geregelt. Insbesondere das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz der vulnerablen Personengruppen durch die Einführung sowie Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht und der von Verfassungs wegen notwendigen Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Gesundheitsversorgung wird berücksichtigt (vgl. § 20a Abs. 5 Satz 6 und 7).

Aus § 20a Abs. 5 Satz 4 bis 7 ergibt sich ein konkretes Prüfprogramm für die Ermessensausübung. Zunächst ist nach § 20a Abs. 5 Satz 6 zu prüfen, ob mit der Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes die Gesundheitsversorgung in der umgebenden Region gefährdet oder erheblich beeinträchtigt würde. Wäre dies der Fall, hat ein solches Verbot zu unterbleiben. Würde durch die Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes die Versorgungsfähigkeit der betroffenen Einrichtung oder des betroffenen Unternehmens gefährdet oder erheblich beeinträchtigt, soll nach der normativen Leitentscheidung in der Regel ein solches Verbot unterbleiben (§ 20a Abs. 5 Satz 7). Liegen die vorgenannten Gefährdungen oder erhebliche Beeinträchtigungen nicht vor, kann im Ausgangspunkt ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot nach § 20a Abs. 5 Satz 3 angeordnet werden. Bei der Entscheidung über die Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbotes ist aber im Einzelfall zu prüfen, ob ein solches Verbot vor dem Hintergrund der damit verbundenen Grundrechts-

eingriffe für den Schutz vulnerabler Personen erforderlich und angemessen ist (§ 20a Abs. 5 Satz 4). Dabei sind gemäß § 20a Abs. 5 Satz 5 insbesondere die genannten Ermessenskriterien [Höhe des typischerweise bestehenden Infektionsrisikos (§ 20a Abs. 5 Satz 5 Nr. 1) und Höhe des Anteils vulnerabler Personen sowie deren typische Verweildauer (§ 20a Abs. 5 Satz 5 Nr. 2) in den Einrichtungen oder Unternehmen der betreffenden Art] zu berücksichtigen.

§ 20a Abs. 5 Satz 8 und 9 enthalten vor dem Hintergrund der erheblichen Grundrechtseingriffe notwendige Verfahrensanforderungen im Vorfeld und im Nachgang zu Anordnungen von Betretungs- oder Tätigkeitsverboten.

## Literaturverzeichnis

- Aligbe*, Patrick: Impfpflichten in Gesundheitseinrichtungen, in: ARP 2022, 2–5.
- Berneith*, Daniel: Die sogenannte „einrichtungsbezogene Impfpflicht“ des § 20 a IfSG als weitere Herausforderung für die Gesundheitsämter, in: COVuR 2022, 135–139.
- Bonitz*, Kai / *Schleiff*, Shahnaz: Die einrichtungsbezogene Impfpflicht – Risiken und Nebenwirkungen, in: NZA 2022, 233–238.
- Doelfs*, Guntram: Drohendes Fiasko: Politischer Grabenkampf bremst Impfpflicht aus, in: kma 03/2022, 40–41.
- Eckart*, Christian / *Winkel Müller*, Michael (Hrsg.), BeckOK Infektionsschutzrecht, 11. Edition, Stand: 01.04.2022, München.
- Fuhlrott*, Michael / *Fischer*, Katharina: Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, in: NJW 2021, 657–661.
- Gräf*, Stephan: Sperrzeitrechtliche Folgen der „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“, in: NZS 2022, 175–181.
- Hofmann*, Andreas / *Neuhöfer*, Stefan: Das „Corona“-Virus und die allgemeine Impfpflicht. Eine neue Herausforderung für das Verfassungsrecht, in: NVwZ 2022, 19–24.
- Kießling*, Andrea: Corona-Maßnahmen in Herbst und Winter 2021/22 nach Ende der „epidemischen Lage“ – Update, in: NVwZ 2022, 15–19.
- Kingreen*, Thorsten: Whatever it takes II? Der Gesetzentwurf zur Impfpflicht ab 18, Verfassungsblog (15.02.2022), <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes-ii/>.
- Lindner*, Josef Franz: Ein Verfassungsverstoß? Nicht unbedingt. Zur „Aussetzung“ der einrichtungsbezogenen Impfpflicht, Verfassungsblog (10.02.2022), <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>.
- Noll*, Tobias / *Chama*, Oliver: Die einrichtungsbezogene Impfpflicht, in: MDR 2022, 406–411.

- Rixen*, Stephan: Abschied von der Verhältnismäßigkeit?, Verfassungsblog (25.05.2022), <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhaltnismasigkeit/>.
- Rixen*, Stephan / *Sagan*, Adam: Impfpflicht oder „2G minus K“? Zur „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“, Verfassungsblog (11.12.2021), <https://verfassungsblog.de/impfpflicht-oder-2g-minus-k/>.
- Sachs*, Michael (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl., München 2021.
- Schaks*, Nils / *Krahnert*, Sebastian: Die Einführung einer Impfpflicht zur Bekämpfung der Masern. Eine zulässige staatliche Handlungsoption, in: MedR 2015, 860–866.
- Scheuer*, Steffen: Einrichtungsbezogene Impfpflicht – ein zahloser Tiger, Betriebs-Berater (18.03.2022), [https://betriebs-berater.com/11448/2022/bb\\_2022\\_12\\_b4/](https://betriebs-berater.com/11448/2022/bb_2022_12_b4/).
- Schmidt*, Alexander / *Schneider*, Christopher: Die einrichtungsbezogene Impfpflicht – Gesetzliches Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot auch für Bestandpersonal?, in: NZA-RR 2022, 121–124.
- Schoch*, Friedrich / *Schneider*, Jens-Peter (Hrsg.): Verwaltungsrecht. Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, München, Loseblatt (Stand: Juli 2021).
- Schütz*, Peter: Artemis und Aurora vor den Schranken des Bauplanungsrechts – BVerwG, NJW 1995, 2648, in: JuS 1996, 498–505.
- Siegel*, Thorsten / *Waldhoff*, Christian: Öffentliches Recht in Berlin. Verfassungs- und Organisationsrecht, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl., München 2020.
- Sodan*, Helge (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 2018.
- Sodan*, Helge: Verfassungsrechtliche Grundlagen der Krankenversicherung, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl., München 2018, § 2.
- Infektionsschutzrecht, in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Herrmann Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl., Heidelberg 2020, § 56.

- Berufsfreiheit, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl., München 2022 (im Erscheinen), § 125.
- Eigentumsfreiheit und Erbrecht, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl., München 2022 (im Erscheinen), § 126.
- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2. Aufl., München 2022 (im Erscheinen), § 87.

*Sodan, Helge / Ziekow, Jan*: Grundkurs Öffentliches Recht. Staats- und Verwaltungsrecht, 9. Aufl., München 2020.

*Sodan, Helge / Ziekow, Jan (Hrsg.)*: Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2018.

*Tabbara, Annette*: Die einrichtungsbezogene Impfpflicht in Angeboten der Behindertenhilfe, in: NZS 2022, 171–175.

*Weigert, Daniel*: Der Anwendungsbereich der neuen Impfpflicht im Gesundheitswesen nach § 20 a IfSG, in: NZA 2022, 166–170.

*Zimmermann, Felix*: Mehr Differenzierung wagen. BVerfG zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, Legal Tribune Online (20.05.2022), <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/Einrichtungsbezogene-impfpflicht-corona-bverfg-1-bvr-2649-21/>.