

Bundesverfassungsgericht: Eilantrag gegen Pflege-Impfpflicht gescheitert - Corona-Pflege-Impfpflicht kann zunächst in Kraft treten

## Was bedeutet der BVerfG-Beschluss zur Impfpflicht für Gewerkschaften, Betriebs- und Personalräte?

Eine Einschätzung mit Ratschlägen von Armin Kammrad vom 7. März 2022

Die [BVerfG-Pressemitteilung Nr. 12/2022 vom 11. Februar 2022](#) (1) zum [Beschluss des Ersten Senats vom 10. Februar 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 1-23](#) (2) beginnt mit folgender Zusammenfassung:

*"Mit heute veröffentlichtem Beschluss hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, mit dem die Beschwerdeführenden begehren, den Vollzug von § 20a und § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h Infektionsschutzgesetz (IfSG) („einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht“) vorläufig auszusetzen. Die Einführung der einrichtungs- und unternehmensbezogenen Pflicht zum Nachweis einer Impfung, Genesung oder Kontraindikation in § 20a IfSG als solche begegnet zum Zeitpunkt der Entscheidung zwar keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Es bestehen aber jedenfalls Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der in § 20a IfSG gewählten gesetzlichen Regelungstechnik einer doppelten dynamischen Verweisung, da die Vorschrift auf die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung verweist, die ihrerseits wiederum auf Internetseiten des Paul-Ehrlich-Instituts und des Robert Koch-Instituts verweist. Die abschließende Prüfung der Verfassungsmäßigkeit bleibt jedoch dem Hauptsacheverfahren vorbehalten. Die deshalb gebotene Folgenabwägung rechtfertigt den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht. Die hier den Beschwerdeführenden drohenden Nachteile überwiegen in ihrem Ausmaß und ihrer Schwere nicht diejenigen Nachteile, die bei einer vorläufigen Außerkraftsetzung der angegriffenen Regelung für vulnerable Menschen zu besorgen wären...."*

Das sind die offensichtlichsten Kernpunkte des Beschlusses des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 10. Februar 2022. Doch wie bewerten? Schwierig. So lässt sich eine einigermaßen erschöpfende Einordnung des Beschlusses nur im Zusammenhang mit der umstrittenen Gesetzesregelung vornehmen. Erschwerend kommt noch die sich ändernde Gesetzesauslegung durch Bund und Länder hinzu. So betonte der [Bund-Länder-Gipfel am 16. Februar 2022](#) (3) zum Vollzug von § 20a und § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h [Infektionsschutzgesetz \(IfSG\)](#) (4), dass die Gesundheitsämter ein Ermessen bei der Umsetzung der Maßnahmen hätten, was bereits dem Gesetz entnommen werden kann. Interessant ist die nun vom Gipfel daraus gefolgerte Konsequenz: "Ein Betretungsverbot stellt die letzte Stufe dar. Daher wird es [am 15. März] nicht sofort flächendeckend automatisch zu derartigen Betretungsverboten kommen. Bei Bußgeldverfahren [nach § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h IfSG] gilt das Opportunitätsprinzip.", also die Ausnahme wird zur Regel (vgl. Beschluss Pkt.7). Eine genaue Betrachtung der Ablehnung der Anträge von ca. 70 Beschwerdeführer\*innen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Gesetz bleibt jedoch trotzdem wichtig. Dies auch mit Blick auf Pläne zur Einführung einer Allgemeinen Impfpflicht ab 18, die [Thorsten Kingreen beim Verfassungsblog am 15. Februar](#) (5) sehr schön rechtlich aufdröselte. Was die epidemiologische und virologische Seite betrifft, liegt [Ugur Sahin von Biontech mit seiner Prophezeiung am 17. Februar](#) (6), dass wir noch "die nächsten zehn Jahre mit dem Virus leben müssen" unter Umständen nicht ganz falsch, was aber auch bedeuten würde, dass das Thema "Impfpflicht" uns noch eine ganze Weile begleiten kann. Viel Stoff also, der noch komplexer dadurch wird, dass landauf, landab der Beschluss des BVerfG zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht häufig sehr eigenwillig interpretiert wird, woran allerdings das Gericht selbst, wie ich zeigen werde, nicht ganz unschuldig ist.

### I.

Mit seinem Ablehnungsbeschluss vom 10. Februar entscheidet sich das BVerfG zum "Zeitpunkt der Entscheidung" für einen bindenden Immunitätsnachweis nach § 20a IfSG, d.h. dafür, dass die Beschäftigten in den im Gesetz genannten Einrichtungen und Unternehmen ab dem 15. März 2022

"entweder geimpft oder genesen" (oder aus gesundheitlichen Gründen vom Impfen befreit) sein müssen. Das obwohl - laut jüngsten [Pressemeldungen](#) (7) und neuem Bund-Länder-Beschluss (3) - "Ende März", also nahezu zeitgleich, "alle »tiefgreifenderen Schutzmaßnahmen« fallen" sollen. Wie passt das zusammen? Verfassungsgemäße Pflicht bei gleichzeitiger Lockerung aller anderen Schutzmaßnahmen? Beispielsweise keine "verpflichtenden Homeoffice-Regelungen mehr" (7) (dazu kritisch [DGB](#) (8)). Was von der einrichtungsbezogenen Impfpflicht nach § 20a IfSG viele derjenigen halten, die davon unmittelbar betroffen sind, brachte [Nelli Tügel](#) (9) kürzlich mit "Der Freedom Day kommt, der Pflegenotstand bleibt" gut auf den Punkt. Ist es nicht dieser Pflegenotstand, der die "vulnerablen Menschen" viel mehr gefährdet als eine zu geringe Impfquote in der Pflege?

Noch befremdlicher wird es, durch die im Gesetz genannte Nachweispflicht "im Sinne des § 2 Nummer 2 oder Nummer 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung". Doch was besagt überhaupt die [COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung](#) [SchAusnahmV] (10), deren "jeweils geltende() Fassung", nach § 20a Abs.2 sowohl für den Impf- sowie Genesenennachweis bindend sein soll? Wer da unter § 2 Nr. 3 (für Geimpfte) oder unter § 2 Nr. 5 (für Genesene) in der SchAusnahmV (10) nachschaut, kann etwas irritiert sein. Werden da doch Angaben verlangt, die nicht eindeutig bestimmt sind. So steht zwar der verwendete Impfstoff im Impfpass. Aber wie viele Einzelimpfungen (b.) oder wie viele Auffrischungen (c.) für einen "vollständigen Impfschutz" erforderlich sind - oder die jeweiligen Intervallzeiten bis zu einem "vollständigen Impfschutz" (d.)... Wer weiß das schon! Schlimmer noch: Einen "vollständigen Impfschutz" gibt es genau betrachtet bis heute nicht - zumindest, wenn diese Anforderung wörtlich genommen wird. Das Schutzniveau der Impfung bleibt im Falle von Covid-19 relativ, unbestimmt und auch umstritten. "Wir können (...) die Pandemie nicht wegimpfen, denn wir sind vor einer Omikron-Infektion fast gar nicht geschützt durch die Impfung", vertrat beispielsweise Ende Januar der Virologe [Alexander Kekulé](#) (11).

Scheitert also die Nachweispflicht eines "vollständigen" Impfschutzes bereits an der fehlenden Möglichkeit den gesetzlichen Forderungen nachzukommen? Virologisch betrachtet vielleicht. Aber formal betrachtet meint der Gesetzgeber mit dem "vollständigen Impfschutz" gar nicht, dass die Impfung vollständig schützt, sondern das, was das "Paul-Ehrlich-Institut im Benehmen mit dem Robert Koch-Institut (...) unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben..." jeweils unter "vollständig" versteht (10, § 2 Pkt 3 und 5). Entsprechend weist [die Virologin Sandra Ciesek am 15. Februar](#) (12) daraufhin, dass zwar eine "möglichst lückenlose Immunität" das angestrebte Ziel sei (S.8). Allerdings bereits "der Booster, also die dritte Impfung, (...) mittlerweile als der vollständige Schutz" gilt (S.11), vielleicht auch ein Grund, weshalb Ciesek sich nicht für eine Impfpflicht, sondern für "die Schließung der Lücken der Immunität" (S.10) ausspricht. Es geht somit beim in der SchAusnahmV angestrebte Impfschutz nur um den Schutz, der aktuell möglich ist bzw. möglich sein soll. Das macht die Sache jedoch nicht unbedingt einfacher. Denn erstens kann dieses Verständnis wissenschaftlich umstritten sein. Zweitens - und das ist viel entscheidender - fordert die SchAusnahmV auf, "unter der Adresse [www.pei.de/impfstoffe/covid-19](http://www.pei.de/impfstoffe/covid-19)" nachzuschauen, falls man/frau wissen will, was aktuell unter einem "vollständigen Impfschutz" verstanden wird. Laut [Bundestag](#) (13) soll so "eine rasche Anpassung der Vorgaben an aktuelle Entwicklungen im wissenschaftlichen Bereich ermöglicht werden." Soll heißen: Die Anforderungen an den Impfschutz sollen in dem Zeitraum bis zum 1. Januar 2023 (Gültigkeit von § 20a IfSG in der jetzigen Fassung) wissenschaftlich ohne Gesetzesänderung aktualisiert werden können. Das klingt zwar sehr vielversprechend, bedeutet jedoch auch, dass die Zahl und die Art der für einen "vollständigen" Impfschutz noch erforderlichen Auffrischungsimpfungen, nach oben offen sind. Wie [Herrn Lauterbachs Entzug der RKI-Kompetenz bezüglich Genesenenstatus am 16. Februar](#) (14) zeigte, betrifft die Unbestimmtheit auch den Genesenenstatus.

Diese vielleicht erfreulich klingende Abgabe der Verantwortung an die Wissenschaft hat nur leider einen Haken. Diese will nämlich gar nicht anstelle der Politik entscheiden, wie nicht nur Sandra Ciesek, sondern auch [Christina Drosten](#) (15) wiederholt betont. "Die Forschung hat geliefert. Jetzt wird das alles an die Politik übergeben", erklärte [Drosten am 1. März 2022](#) (16).

Es besteht in sofern gar keine gesicherte und verpflichtende Bindung des Ordnungsgebers an die Wissenschaft, wie umgekehrt sich die Wissenschaft nicht an die Stelle der Politik setzen will. Völlig zu recht zweifelt deshalb das BVerfG die Verfassungskonformität dieser Verweiskette IfSG > SchAusnahmV > [Internetseite des Paul-Ehrlich-Instituts](#) (17) an, weil *"nicht dem Ordnungsgeber selbst die Konkretisierung des vorzulegenden Impf- oder Genesenennachweises und damit auch der geimpften und genesenen Personen im Sinne des Gesetzes übertragen ist, sondern dies den genannten Bundesinstituten überlassen wird."* (2, Rn. 14). Allerdings lehnt das Gericht die Realisierung deshalb nicht ab, obwohl durch diese Unbestimmtheit Missbrauch nicht ausgeschlossen werden kann.

## II.

Das BVerfG beschränkt sich viel mehr auf die Feststellung, dass § 20a IfSG *"zum Zeitpunkt der Entscheidung (...) keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken"* begegnet (1). Zur Begründung wird auch folgende Standardregel angeführt: *"Das Bundesverfassungsgericht darf von seiner Befugnis, den Vollzug eines Gesetzes auszusetzen, nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen, weil dies einen erheblichen Eingriff in die originäre Zuständigkeit des Gesetzgebers darstellt"* (2, Rn. 11). Außerdem beruft sich das Gericht auf eine Anzahl von fachlichen Stellungnahmen (vgl. 2, Rn. 7). Wie ich noch zeigen werde, funktioniert diese höchstrichterliche Zurückhaltung in diesem Fall jedoch nicht so ganz: Denn auch eine Folgeabwägung muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen - und das nicht nur vier Wochen vor Gesetzesvollzug. Impfen setzt als Eingriff in die körperliche Unversehrtheit eine Verhältnismäßigkeit voraus, deren Fehlen sich weder mit mangelnder Entscheidungskompetenz noch durch fehlende Bestimmtheit entschuldig lässt.

Zwar reicht es für den rechtlichen Maßstab der Geeignetheit, *"dass das gewählte Mittel den Zweck (etwas) fördert"*, und besteht rechtlich Erforderlichkeit bereits, wenn *"es kein milderes Mittel gibt, welches gleich geeignet ist, um den angestrebten Zweck zu fördern"*, erklärt [Ute Sacksofsky beim Verfassungsblog am 21. Januar](#) (18). Da es jedoch bei der *"Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (...)"* um die Abwägung zwischen der Intensität der Grundrechtseingriffe und dem Gewicht der Gemeinwohlinteressen, denen die staatliche Maßnahme dient geht, geht es für Sacksofsky *"nicht nur um den abstrakten Rang des betroffenen Gemeinwohlgutes, sondern auch um den Grad, in dem dieses durch die jeweilige Maßnahme verwirklicht wird."* Dies hält (hielt?) Ute Sacksofsky beim derzeitigen Stand des gesetzlich verlangten "vollständigen" Impfschutzes für nicht gegeben. *"Impfpflichten sind verfassungsrechtlich nur in engen Grenzen zulässig. In der aktuellen Situation werden diese engen Grenzen verfehlt."* (18). Dem widerspricht [Klaus Ferdinand Gärditz am 24. Januar](#) (19). *"Grundrechtsadäquater Angemessenheitskontrolle wird man so nicht gerecht"*, wendet er ein. Ein Einwand, den Ute Sacksofsky dann beim [Verfassungsblog am 28. Januar](#) (20) auf Missverständnisse und auf verfassungsrechtliche Fehlinterpretationen zurückführt. Interessant sind Gärditz Einwände jedoch besonders aus folgendem Grund:

So beruft er sich bei seiner Ablehnung von Sacksofskys Sichtweise auf wissenschaftliche Objektivität: *"Wissenschaft ist politisch systemrelevant, und in der Haltung zu wissenschaftlichem Wissen spiegeln sich verfassungsstrukturelle Prämissen einer politischen Ordnung."* Egalität darf für Gärditz nicht *"zum konstruktivistischen Wunderland der tausend individuellen Wahrheiten"* verzerrt werden (19), wobei Gärditz, das sei hier ausdrücklich vermerkt, davon ausgeht, *"dass (...) wissenschaftliche Wissen nur vorläufige Richtigkeit beanspruchen"* kann, die *"einer fortwährenden Überprüfung durch eine breite Fachgemeinschaft unterzogen"* werden muss (19). Zur Begründung des BVerfG besteht jedoch der wichtige Unterschied, dass sich das BVerfG gerade nicht nur auf den Stand Wissenschaft beruft, sondern eine Unbestimmtheit in der Regelverweiskette gerade dadurch als gegeben ansieht, dass bei dieser wichtigen Entscheidung auf der Wissenschaft sich verpflichtet fühlende Institute (wie RKI) verwiesen wird. Sacksofsky ist deshalb zu zustimmen, wenn sie ihre Kritik an Gärditz wie folgt zusammenfasst: *"Eine Schrankenziehung kann nicht allein auf Gemeinwohlinteressen rekurrieren, sondern muss die entgegenstehenden Interessen der Grundrechtsträger\*in einbeziehen. Der Streit geht also darum, ob das Selbstverständnis der Einzelnen auch bei der Bestimmung der Intensität des Grundrechtseingriffs eine Rolle spielt. Gärditz lehnt das rundweg ab. Er übersieht damit eine wesentliche Funktion des Grundrechtsschutzes."* (20). Sacksofsky beschränkt sich also bei ihrer Bewertung der

Angemessenheit nicht auf die Wissenschaft, sondern auf das Verhältnis vom individuellen Interesse zu Gemeinwohlinteresse. Aber trifft diese Kritik auf das BVerfG nicht ebenso zu? Solche Bedenken kommen gerade deshalb auf, weil das BVerfG zwar die von den Beschwerdeführenden vorgetragenen Grundrechtseingriffe als möglicherweise berechtigt betrachtet, jedoch einem Gruppenschutz (Schutz der Allgemeinheit) - wenn auch evtl. nur zeitlich begrenzt - dem Vorrang gibt, sich dabei jedoch maßgeblich auf wissenschaftliche Einschätzungen bezüglich des Schutzbedürfnis besonders gefährdeter Gruppen stützt. In sofern ähnelt die Argumentation des BVerfG doch der vom Gärditz.

Gärditz Einwand ist auch fragwürdig, weil die Art seines Bezugs auf den Stand der Wissenschaft für eine gesetzliche normierte Impfpflicht, immer dann zum Problem wird, wenn - wie bei der Frage nach dem "vollständigen Impfschutz" (vgl. oben) - die Kausalität nicht eindeutig bestimmt werden kann. Gärditz geht von einer ideologiefreien (objektiven) Wissenschaft als verfassungsrechtlichen Maßstab aus, und verkennt dabei, dass genau solch ein Wissenschaftsverständnis Ausdruck einer spezifischen Ideologie ist. So wies bereits der irländisch-britische Biowissenschaftler und Marxist John Desmond Bernal in seiner, zuletzt 1968 überarbeiteten *"Science in History"* (dt. *"Sozialgeschichte der Wissenschaft"*, Rowohlt 1970) auf eine komplexe Dialektik von Wissenschaft und Gesellschaft hin: *"Die Beziehungen zwischen Wissenschaft und Gesellschaft, die ständig andere Formen annehmen, können nur dann völlig verstanden werden, wenn man dabei sowohl die materiellen als auch die ideologischen Faktoren berücksichtigt"* (Bd. 4, S.1136). Sacksofsky betont in sofern die Seite der Demokratie, wie Gärditz demgegenüber die Wissenschaft als Leitlinie verabsolutiert, obwohl die Wissenschaft viel weniger eindeutig sein kann, als das, was für eine bindende gesetzliche Regelung aus ihr herausgelesen wird (vgl. dazu auch die oben zitierte Ablehnung einer Impfpflicht durch die Virologin Sandra Ciesek). Zwar verweist Gärditz zur Rechtfertigung seines Standpunktes auf die Klimadebatte. Er setzt sich jedoch nicht damit auseinanderzusetzen, dass die herrschende Politik die Erkenntnisse der Forschung beim Klimaschutz gerade zu wenig berücksichtigt, was vom BVerfG gerade nicht beanstandet wird, wie ich in meinem [Beitrag vom 3. Mai 2021](#) zu zeigen versuchte (21). Gegenüber den beiden eher ideologisch geprägten Anschauung, mal Primat Wissenschaft, mal Primat subjektive Grundrechte, verweist Thorsten Kingreen beim Verfassungsblog (5) zu recht auf *"das Spannungsverhältnis zwischen dem subjektiven Selbstverständnis des Grundrechtsträgers auf der einen und der Notwendigkeit objektiver Plausibilisierung auf der anderen Seite"*. Dieses Spannungsverhältnis ist gerade Ausdruck einer funktionierenden Demokratie. Wissenschaft ist auf eine ihr entsprechenden gesellschaftlichen Politik angewiesen; Klimaschutz ist ein gesellschaftliches Problem, ja, ein Systemproblem. Hieran scheitert jeder Hinweis auf wissenschaftliche Objektivität, wenn er nicht zugleich politisch ist. Denn es wäre ja schön, wenn das BVerfG die zur Begrenzung des Klimawandels viel radikalere außerparlamentarische Politik unterstützen würde, statt bei der Verteidigung des Eigentums dessen Verpflichtung des Gebrauchs zum *"Wohle der Allgemeinheit"*, wie dies Art. 14 Abs. 2 GG fordert, zu wenig zu beachten. Anders gesagt: Für das BVerfG gibt es keinen Klimaschutz ohne Sicherung der kapitalistischen Systemabläufe.

Auch bei der Debatte um Corona-Schutzmaßnahmen spielt der Ideologiegesichtspunkt eine zentrale Rolle - und nicht nur bei den Gegnern wissenschaftlicher Erkenntnisse. Geht es bei der Impfpflicht nun um Gesundheitsschutz oder um Systemschutz? Die - allerdings meist unausgesprochene Wahrheit - soll angeblich Beidem gerecht werden. Aber kann das funktionieren? Ein Blick in die Arbeitssituation im Pflegebereich widerspricht dem nicht zufällig. Es sind zwar nur gesunde Arbeitskräfte ausbeutbar. Das lässt jedoch nicht den Umkehrschluss zu, dass Ausbeutung auf gesundheitliche Probleme Rücksicht nimmt. Aktuell zeigt die Debatte um eine Impfpflicht vor allem, dass verschiedene ideologische Zweckbestimmungen (Selbstschutz vs Systemschutz) nicht einfach auf eine Methode des Umgangs vereinheitlicht werden können. So setzt der wissenschaftliche Sinn des Impfens keinesfalls voraus, dass dies zwangsweise durchgesetzt werden muss, wie umgekehrt freiwilliges Impfen keinesfalls wissenschaftliche Einsichten widersprechen muss, sondern diesen mehr dienen kann, als jeglicher gesetzgeberische Zwang. Genaugenommen hat eine Impfpflicht überhaupt nichts mit Wissenschaft zu tun, sondern ist Produkt der streitbaren Ansicht, dass nur gesetzlicher Zwang (noch) hilft.



### III.

Obwohl das BVerfG eine Impfpflicht (zumindest für den Moment) befürwortet, stellen sich bei der Nachweispflichtigen nach § 20a IfSG rechtliche Durchführungsprobleme, die zwar vom Gericht übersehen werden, aber trotzdem vorhanden und sehr entscheidend sind.

So hatte sich - auch durch das wankelmütige Verhalten von Herrn Söder ("erstmalig" keine Nachweispflicht) - die Frage gestellt, ob die existierenden Regelungen überhaupt für einen Gesetzesvollzug ausreichen. Nach § 20a Abs. 5 IfSG sind dazu nämlich Verwaltungsvorschriften erforderlich, deren bisheriges Fehlen vom BVerfG nicht berücksichtigt wird, obwohl ohne sie der Beschluss (bis zur Entscheidung in der Hauptsache) praktisch gar nicht so realisiert werden kann, wie das Gericht es in seiner Folgeabwägung befürwortet. Wie [Josef Franz Lindner beim Verfassungsblog am 10. Februar 2022](#) (22) völlig zu recht kritisierte, hat nämlich der Bund keine erlassen: *"Weshalb die Bundesregierung 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"* für Lindner *"nicht nachvollziehbar."* Zwar kann nur das zuständige Gesundheitsamt entsprechend § 20a Abs. 5 bei Verweigerung der Nachweispflicht oder bei Betreten der Arbeitsstätte ein Tätigkeitsverbot verhängen, und nicht der Arbeitgeber ohne Einvernehmen mit dem Gesundheitsamt. Dabei sei - nach Lindner - jedoch *"in Rechnung zu stellen, dass Personen, die einen Impfnachweis nicht vorlegen, im Falle des Betretens oder der Tätigkeit in einer entsprechenden Einrichtung der Testpflicht unterliegen oder unterworfen werden können, so dass der Gesetzeszweck der einrichtungsbezogenen Impfpflicht im Falle eines Absehens von einem Betretungs- oder Tätigkeitsverbot nicht in Frage gestellt wird. (...) Insofern könnte es daher zu der Situation kommen, dass Anordnungen nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG für einen Zeitraum von einigen Wochen zunächst nicht erfolgen. Wollte der Bund dies verhindern, hätte er die einfache Möglichkeit, Verwaltungsvorschriften zu erlassen, denen solche des Landes dann nicht widersprechen dürften."* (22) Das hat er aber nicht getan. Die Abwägung zu Gunsten einer einrichtungsbezogenen Impfpflicht des BVerfG läuft dadurch ins Leere.

Die Probleme beim Gesetzesvollzug sind jedoch nicht die einzigen, welche sich durch die Folgeabwägung des BVerfG zugunsten einer einrichtungsbezogenen Impfpflicht bis zur Entscheidung in der Hauptsache stellen. So stärkt das Gericht die Gegner dieser einrichtungsspezifischen Impfpflicht zumindest in sofern, wie es betont: *"Die Verfassungsbeschwerde vieler Beschwerdeführender ist, jedenfalls soweit eine Verletzung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 103 Abs. 2 GG gerügt wird, nicht von vornherein unzulässig."* (2, Rn. 13). Zu behaupten, dass es verfassungswidrig wäre, sich gegen eine *"einrichtungs- und unternehmensbezogene"* Impfpflicht zu wenden, ist somit im Moment gleich aus mehreren Gründen falsch: Erstens handelt es sich nur um die Ablehnung einer Einstweiligen Anordnung, welcher der Senat nicht mit einer Entscheidung, sondern nur mit einer Folgeabwägung nachkommt. Zweitens rechtfertigt das BVerfG genaugenommen gar keine Impfpflicht, sondern nur die Nachweispflicht nach § 20a IfSG. Wesentlich ist hierzu nämlich die Aussage, dass es den durch die *"Nachweispflicht betroffenen Personen unbenommen (bleibt), sich gegen eine Impfung zu entscheiden. Dass die damit verbundenen beruflichen Nachteile in der begrenzten Zeit bis zur Entscheidung über die Hauptsache sehr schwer wiegen, ist nicht zu besorgen."* (1, Pkt. c.). Letzteres ist allerdings die große Frage.

Denn ist es überhaupt akzeptabel nicht unmittelbar endgültig zu entscheiden, wenn die Probleme bei fehlender verfassungsrechtlicher Entscheidung dermaßen gravierend sein können? Es sei daran erinnert, dass eine Folgeabwägung nach § 32 BVerfGG dann unzulässig ist, wenn das BVerfG in der Hauptsache rechtzeitig entscheiden könnte (vgl. BVerfGE 7, 367 (371) u.a.). Verschärfend kommt noch hinzu, dass die mögliche Grundrechtsverletzung bei einer gesetzlichen Impfpflicht irreparabel ist. Wer durch Impfen einen Eingriff in seine körperliche Unverletzbarkeit hinnehmen musste, dem hilft es nicht mehr, wenn dieser Eingriff im Hauptsacheverfahren dann als verfassungswidrig gewertet wird. Zwar erklärt das Gericht (vgl. 1 oder 2, Rn. 23): *"Der sehr geringen Wahrscheinlichkeit von gravierenden Folgen einer Impfung steht die deutlich höhere Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung"*

von Leib und Leben vulnerabler Menschen gegenüber." Aber hat diese Aussage nicht bereits etwas von endgültiger Wertung? Das Gericht bleibt jedoch dabei, noch nichts endgültig entscheiden zu wollen: *"Bei der Folgenabwägung der jeweils zu erwartenden Nachteile muss daher das Interesse der Beschwerdeführenden zurücktreten, bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde weiterhin ungeimpft in den betroffenen Einrichtungen und Unternehmen tätig sein zu können"* (1). Was soll sich an dieser Begründung noch ändern? Kommt das Gericht aufgrund weiterer Nachforschung bei der Entscheidung in der Hauptsache zu einem anderen Schluss, fällt dies einzig auf das BVerfG selbst zurück. Warum nicht gleich sorgfältig arbeiten? Und erweckt das Gericht mit seinem Hinweis auf die möglicherweise Berechtigung der Verfassungsbeschwerde nicht völlig unbegründete Erwartungen? Wohl eher nicht. Eher erweckt der Erste Senat den Eindruck entweder mit der Problematik überfordert zu sein oder möglichst wenig bereits endgültig entscheiden zu wollen.

#### IV.

Was die viel diskutierte arbeitsrechtliche Seite betrifft, ist ein weiterer Aspekt in der Beschlussbegründung nicht unwichtig, auch wenn er nicht für mehr Klarheit steht. Es sollte beachtet werden, dass das BVerfG Impfschäden nicht ausschließt. So heißt es im Beschluss (nicht in der PM): *"Im Einzelfall können auch schwerwiegende Impfnebenwirkungen eintreten, die im extremen Ausnahmefall auch tödlich sein können (vgl. Sicherheitsbericht des Paul-Ehrlich-Instituts vom 7. Februar 2022...)"* (2, Rn. 16) Dass nun gerade das BVerfG u.U. sogar tödliche Impfnebenwirkung anerkennt, lässt sich zwar als konsequente Faktentreue interpretieren. Es stellt sich allerdings die Frage, warum und in wiefern es dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein soll, dass der gesamte Senat noch nicht in der Hauptsache entscheidet. Will man hier lieber ausweichen, als sich der nackten Realität zu stellen? Tatsächlich steht in dem vom BVerfG erwähnten [Sicherheitsbericht des Paul-Ehrlich-Instituts vom 7. Februar 2022](#) (23) zu Verdachtsfällen von Nebenwirkungen und Impfkomplicationen nach Impfung zum Schutz vor COVID-19 für den Zeitraum vom 27. Dezember 2020 bis zum 31. Dezember 2021: *"Die Melderate betrug für alle Impfstoffe zusammen 1,64 Meldungen pro 1.000 Impfdosen, für schwerwiegende Reaktionen 0,20 Meldungen pro 1.000 Impfdosen."* Zu beachten ist bei dieser Bewertung allerdings, dass Nebenwirkungen keine Besonderheit darstellen, sondern eine zwangsläufige Kehrseite von pharmazeutischen Produkten sind; ohne Nebenwirkung ist kaum etwas in der Pharmazie zu haben. Entscheidend ist deren prozentuale Höhe und wie sich das Verhältnis von Heil- bzw. Schutzwirkung zu möglichen schädlichen Nebenwirkungen darstellt. Inhaltlich ergibt sich aus der Begründung des Gerichts, dass *"extreme()"* Ausnahmen deutlich geringer bewertet werden, als der allgemeine Nutzen (vgl. dazu auch Folgeabwägung oben). Interessant ist, wie nun das BVerfG mit dieser Problematik umgeht.

So entscheidet sich das BVerfG - auch wegen der möglichen Nebenwirkungen - nämlich nicht für eine bindende Impfpflicht. Es hat folgendes "Trostpflaster" für die Ganzängstlichen parat: *"Allerdings verlangt das Gesetz den Betroffenen nicht unausweichlich ab, sich impfen zu lassen. Für jene, die eine Impfung vermeiden wollen, kann dies zwar vorübergehend mit einem Wechsel der bislang ausgeübten Tätigkeit oder des Arbeitsplatzes oder sogar mit der Aufgabe des Berufs verbunden sein. Dass die in der begrenzten Zeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache möglicherweise eintretenden beruflichen Nachteile irreversibel oder auch nur sehr erschwert revidierbar sind oder sonst sehr schwer wegen, haben die Beschwerdeführenden jedoch nicht dargelegt; dies ist auch sonst – jedenfalls für den genannten Zeitraum – nicht ersichtlich. Wirtschaftliche Nachteile, die Einzelnen durch den Vollzug eines Gesetzes entstehen, sind daneben grundsätzlich nicht geeignet, die Aussetzung der Anwendung von Normen zu begründen."* (2, Rn. 17). Hiermit äußert sich das Gericht übrigens auch - wenn auch nur indirekt - zur verfassungsrechtlichen Berechtigung einer allgemeinen Impfpflicht in sofern, wie dort der Verweis auf den beruflichen Aspekt ebenso wie der auf wirtschaftliche Nachteile bezüglich der Vermeidung von Impfnebenwirkungen nicht allgemein anwendbar ist. Wie soll der Beruf gewechselt werden, wenn die Impfpflicht jeden trifft? Welche wirtschaftlichen Nachteile sollten bei Verweigerung der Impfung eintreten, wenn gar keine besondere wirtschaftliche Abhängigkeit besteht, weil diese entweder gar nicht (mehr) besteht oder von vernachlässigbarer Bedeutung ist? Aber davon einmal abgesehen...

Was die jetzige Impfpflicht nach § 20a IfSG für die dort genannten Berufe betrifft, klingt das mit der fehlenden Darlegung von Nachteilen für die Beschwerdeführenden schon sehr konstruiert. Ist es doch das Gericht selbst, was eine Pflichtverweigerung beim Impfen gerade deshalb für akzeptabel hält, weil es die damit verbundene beruflichen Nachteile nicht besonders hoch einschätzt. Was sollen da die Beschwerdeführenden an *"sehr schwer wiegende"* Nachteile noch nachweisen? Diese Nachteile sind doch vor allem Resultat des Beschlusses des BVerfG. Dabei schließt das Gericht selbst einen unzulässigen Eingriff in Artikel 12 GG (Berufsfreiheit und nicht nur wirtschaftliche Nachteile) ja nicht völlig aus (vgl. oben 2, Rn. 13) und akzeptiert ihn für die *"begrenzte() Zeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache"*. Würde in der Hauptsacheentscheidung ein unzulässiger Eingriff in Art. 12 GG angenommen werden, tröstet es nicht, dass die damit verbundenen Nachteile nur aufgrund einer vorübergehenden Folgeabwägung für die Beschwerdeführenden eingetreten sind. Es wäre Aufgabe des BVerfG gewesen, mögliche Nachteile für die Beschwerdeführenden bei der Folgeabwägung zu berücksichtigen. Zumindest dann, wenn man/frau zum Nachteil der Beschwerdeführenden abwägt. Doch was bedeutet diese Versäumnis konkret für das Arbeits- und Sozialrecht für den Zeitraum bis zur Entscheidung in der Hauptsache überhaupt?

## V.

Dazu beschäftigte sich [Anna-Lena Hollo am 18. Februar 2022 beim Verfassungsblog](#) (24) ausführlich mit dem Problem *"Impfpflicht, Arbeitslosengeld I und Sperrzeit"* und kommt zumindest bei der einrichtungsbezogenen Impfpflicht nach § 20a IfSG zu dem Schluss, dass es *"tatsächlich zur Verhängung einer Sperrzeit nach § 159 SGB III kommen"* kann. Wie das? Nach dem jetzigen Beschluss des BVerfG, wäre das ein Grund Verfassungsbeschwerde zu erheben, also das nachzuholen, was eindeutig schwer wiegt und dem Gericht bei den Beschwerdeführenden als Nachweis fehlte. Aber prüfen wir diese Möglichkeit unabhängig von den Ausführungen des BVerfG, da Anna-Lena Hollo nicht die einzige ist, die so etwas aus dem Beschluss des BVerfG herausliest.

Zu Vermittlung in ein Beschäftigungsverhältnis nach § 138 Abs. 1 SGB III stehen diejenigen, die beruflich unter die einrichtungsbezogene Tätigkeiten nach § 20a IfSG fallen, aber sich nicht impfen lassen wollen, eigentlich zur Verfügung. Sie verweigern zwar eine Impfung, aber nicht eine abhängige Beschäftigung (weshalb der Einwand, § 20a IfSG verstoße gegen Art. 12 GG (Berufsfreiheit), berechtigt erscheint). Was die Sperrzeitregelung nach § 159 Abs. 1 SGB III betrifft, reduziert sich alles auf die Frage, ob eine Verweigerung der Impfung einen *"wichtigen Grund"* im Sinne des Gesetzes darstellt, der eine Sperrzeit ausschließt. Die Problematik ist deshalb etwas kompliziert, weil nämlich dann, wenn der/die Betroffene kündigt um der Impfpflicht zu entgehen, tatsächlich kein *"wichtiger Grund"* im Sinne des Gesetzes vorläge, falls die Impfverweigerung gar keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich macht. Klar ist zunächst, dass aufgrund des Fehlens einer Entscheidung in der Hauptsache eine Sperrfrist derzeit nicht möglich ist, da solch einschneidende Maßnahme für das Gericht *"- jedenfalls für den genannten Zeitraum – nicht ersichtlich"* war (vgl. oben). Andernfalls würde *"das Gesetz den Betroffenen"* nämlich doch *"unausweichlich ab(ver)langen, sich impfen zu lassen"*, also das verlangen, was das BVerfG gerade nicht als unabweisbar gegeben sieht. Die Sperrzeit nach § 159 Abs. 1 SGB III würde sich auf eine Sanktion wegen Impfverweigerung reduzieren. Die Sperrzeitregelung nach § 159 Abs. 1 SGB III meint jedoch die subjektive Ablehnung einer zumutbaren Beschäftigung und nicht die Ablehnung einer gesetzlichen Regelung, die im Sozialrecht gar nicht normiert ist. Außer im Fall einer freiwilligen Arbeitsaufgabe, liegt aktuell also keine verfassungsrechtliche Berechtigung einer Sperrfrist nach § 159 Abs. 1 SGB III bei Ablehnung der Impfpflicht vor.

Außerdem sind bereits arbeitgeberseitige Kündigungen wegen Impfverweigerung ausgeschlossen, die unabhängig vom zuständigen Gesundheitsamt erfolgen. Was der Arbeitgeber bei Verweigerung der Nachweispflicht machen muss, steht in § 20a Abs. 2f IfSG. Die Bußgeldvorschrift nach § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h IfSG betrifft, mit Ausnahme von § 73 Abs. 1a Nr. 7h, nur den Arbeitgeber. Pkt. 7h belegt *"nicht richtig(e), nicht vollständig(e)"* Nachweise mit einem Bußgeld. Was den *"rechtzeitigen"* Nachweis bei Pkt. 7h betrifft, bleibt die Ablehnung jeglichen Nachweises gesetzlich ungeregelt. Allerdings hat der Arbeitgeber bei Nichtvorlage eines Impfnachweises *"unverzüglich das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das Unternehmen befindet zu benachrichtigen und*

dem Gesundheitsamt personenbezogene Daten zu übermitteln". Damit ist bereits der Weg der bei Kündigungen sonst zunächst erforderlichen Abmahnung ("bitte impfen, sonst tut es uns leid") verbaut, und ist auch wenig sinnvoll, wenn einzig das Gesundheitsamt über ein Tätigkeitsverbot oder über eine Erlaubnis trotz fehlendem Nachweises entscheiden darf. Bestenfalls könnte das zuständige Gesundheitsamt den oder die Impfgegner(in) zu einem Gespräch vor Entscheidung laden. Nachweispflicht ist der Arbeitgeber auch bei Beschäftigten, die nach § 20a Abs. 3 IfSG "ab dem 16. März 2022 tätig werden sollen" oder wollen. Hier ist Meldung an das Gesundheitsamt allerdings auf die "Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises" beschränkt. In diesem Fall besteht bei Neuaufnahme einer Tätigkeit ohne Nachweis ein Tätigkeitsverbot - zumindest solange, wie keine anderslautende Entscheidung ("ausnahmsweise Beschäftigung auch ohne Impfnachweis") des Gesundheitsamtes vorliegt.

## VI.

Sowohl bei Neueinstellungen als auch bei Kündigungen gehen bei Ablehnung einer Impfung durch abhängig Beschäftigte die Verpflichtungen des Arbeitgebers allerdings deutlich weiter, als die Information an das zuständige Gesundheitsamt. So ist der Arbeitgeber in der Pflege zur Einhaltung des Pflegevertrags verpflichtet. Ähnlich verhält es sich bei Leistungen im Gesundheitswesen. Schließlich besteht auch eine Verpflichtung der angestellten Belegschaft gegenüber, diese nicht durch vermeidbare Personaldefizite unnötig zu belasten. Diese Problematik wird zwar vom BVerfG in seiner Folgeabwägung nicht direkt erwähnt. Sie ist jedoch mit dem erklärten Interesse an Schutz der pflegebedürftigen, der vulnerablen, Personengruppe ursächlich verbunden. Denn der Infektionsschutz setzt auch genügend Personal für die möglichst optimale Realisierung dieses Schutzes voraus. Deshalb umfasst die Verpflichtung des Arbeitgebers ggf. entsprechende Anträge beim Gesundheitsamt bezüglich Sicherstellung des Betriebsablauf, auch und gerade dann, wenn nicht alle abhängig Beschäftigten bereit sind, sich impfen zu lassen (arbeitvertragliche Nebenpflicht).

Für Betriebs- und Personalräte ergibt sich hier ebenfalls eine Verpflichtung: Nämlich allen Kündigungen wegen Impfverweigerung zu widersprechen - sofern sie nicht auf einer bindenden verwaltungsrechtlichen Entscheidung beruhen. Erst wenn das zuständige Gesundheitsamt, trotz Bemühen des Arbeitgebers und des Betriebs- oder Personalrat, auf Kündigung oder Freistellung besteht, entspricht dies der gegenwärtigen Gesetzeslage. Was das Verhältnis Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrifft, gelten für Betriebs- oder Personalrat die Regelungen zur Mitbestimmung natürlich weiter (so z.B. § 87 und § 102 BetrVG). Maßgeblich bleibt jedoch das Gesundheitsamt, wobei allerdings der Betriebsrat eine abschlägige Entscheidung beim Arbeitgeber in sofern monieren kann, wenn dieser die Situation in der Einrichtung falsch dargestellt oder die reale Belastung verharmlost hat. Weil das jedoch nicht das Arbeitsrecht sondern das Verwaltungsrecht betrifft, ist in diesem Punkt die Rechtslage schwierig. Zumindest kann der Betriebs- bzw. Personalrat sich ggf. rein informativ an das zuständige Gesundheitsamt wenden. Für das Personal besteht auch keine Verpflichtung, Personaldefizite auszugleichen, die das Gesundheitsamt trotz ausführlicher Information bewusst schafft. Nach § 20a Abs. 5 IfSG muss das Gesundheitsamt solche Defizite vermeiden und hat mit seinem dort normierten Ermessungsspielraum auch den dazu nötigen Freiraum. Da nur der Arbeitgeber verwaltungsrechtlich gebunden ist, kann ein Betriebs- oder Personalrat bei abschlägigen Bescheid den Arbeitgeber (sogar ggf. über die Einigungsstelle § 76 BetrVG) zur verwaltungsrechtlichen Anfechtung zwingen - auch wenn das Gesetz eine aufschiebende Wirkung ausschließt. Gefordert sind auch die Gewerkschaften. Wie bei anderen innerbetrieblichen Problemstellungen, sind auch bezüglich durch abschlägige Entscheidungen des Gesundheitsamtes verursachte Personalprobleme alle gängigen Vertragsgestaltung möglich. Nicht ignorierbarer Fakt ist jedoch, dass aufgrund der bereits im Pflege- und Gesundheitsbereich bestehenden prekären Personal- und Arbeitssituation, eine rigorose Durchsetzung einer vollständigen Impfpflicht, zum falschen Zeitpunkt kommt.

## VII.

Bei allen Möglichkeiten des Umgangs mit nicht Impfbereiten stellt sich auch die naheliegende Frage nach befristeter Freistellung als Möglichkeit seinen Arbeitsplatz bzw. Personal nicht zu verlieren.



Auch in der Begründung des BVerfG klingt es so, als könnte eine nur zeitweilige Unterbrechung der beruflichen Tätigkeit eine Lösung für nicht Impfbereite sein (zumindest bis zur Entscheidung in der Hauptsache). Zwar bedingt die Nachweispflicht nach § 20a IfSG evtl. ein Tätigkeitsverbot, sofern das Gesundheitsamt dies verlangt. Damit muss jedoch keine zwangsläufige arbeitsrechtliche Kündigung verbunden sein. Was ist jedoch mit der Bezahlung bei einer Freistellung? Grundsätzlich sind Arbeitgeber und abhängig Beschäftigte an einer zeitweiligen Reduzierung der Arbeitsleistung - auch gegen Bezahlung - nicht gehindert (Vertragsfreiheit). Allerdings nicht als Kurzarbeit im Sinne der Sozialgesetzgebung. Dies scheidet ebenso aus wie der Bezug von Arbeitslosengeld (ALG I oder ALG II) in der Zeit der Freistellung. Das Arbeitsverhältnis bestünde dann ja weiter, auch wenn keine Arbeitsleistung nach § 611 BGB erbracht wird. Anders wäre dies nur, wenn eine entsprechende gesetzliche Regelung existieren würde. Dies ist jedoch nicht der Fall und wird als Lösung für Impfverweigerer offiziell auch abgelehnt. Dass kein sozialrechtlicher Entschädigungsanspruch wegen Impfverweigerung besteht, ist rechtlich betrachtet, allerdings nur die andere Seite der Nichtanwendbarkeit der Sperrzeitregel nach SGB III. Ob Eingriffe in das Sozialrecht überhaupt sinnvoll sind, ist deshalb die große Frage.

Vom Streitpunkt eng mit der Impfpflicht nach § 20a IfSG verwandt, ist der Entschädigungsanspruch in besonderen Fällen nach § 56 IfSG, bei dem nach Abs. 5 der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer *"längstens für sechs Wochen, die Entschädigung für die zuständige Behörde"* auszahlen soll, die dieser von der Behörde auf Antrag dann wieder erstattet bekommt. In seiner Erläuterung verneint jedoch das [Bundesgesundheitsministerium am 28. Dezember 2021](#) (25) diesen Entschädigungsanspruch bereits bei Ablehnung einer amtlichen Impfpflicht: *"Der Ausschlussgrund beruht auf dem Gedanken der Mitverantwortung am schädigenden Ereignis"*, heißt es (S.5). Hier kann sich das Ministerium auf den in § 56 Abs. 1 IfSG formulierten Ausschluss berufen, wonach eine Entschädigung ausgeschlossen ist, wenn durch die Inanspruchnahme einer *"öffentlich empfohlen"* Schutzimpfung der oder die Infizierte *"ein Verbot in der Ausübung (der) bisherigen Tätigkeit oder eine Absonderung hätte vermeiden können."* [Der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestags trat am 18. Januar 2022](#) (26) sogar für die Ausdehnung dieses Ausschlusses bei der Ablehnung einer empfohlenen Auffrischungsimpfungen (Boostern) ein. Wie ist es aber zu werten, wenn trotz Impfen Infektionen auftreten (Impfdurchbrüche), die die Ausübung der Tätigkeit unmöglich machen? Damit setzt sich der Wissenschaftliche Dienst in seiner ausführlichen Ausarbeitung *"Ausschluss Ungeimpfter von der Entschädigung nach § 56 IfSG Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Beurteilung"* bereits am [23. November 2021](#) auseinander (27). Statt einer klaren Antwort, weicht er einer klaren Antwort jedoch lieber aus, in dem auf eine theoretische Schutzwirkung der Impfung abstellt, die besonders bei Omikron gar nicht gegeben ist. Der Wissenschaftliche Dienst argumentiert bei Impfdurchbrüchen nicht auf Basis realer Infektion, sondern auf Basis der Versprechungen der Impfstoffhersteller, bzw. schiebt die Entscheidung den Gerichten zu: *"Die Beurteilung, ob die Wirksamkeit der Covid-19-Impfstoffe den Anforderungen an die Vermeidbarkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG genügt, bleibt insbesondere der Rechtsprechung vorbehalten"*, meint der Wissenschaftliche Dienst (27, S.11). So wird das mit dem *"vollständigen Impfschutz"* (vgl. oben) zu einem handfesten Rechtsproblem. Denn soll der amtlich behauptete Impfschutz rechtlich mehr gelten als der reale Schutz? Kritikwürdig ist auch die nun teilweise angestrebte Dienstverpflichtung von Klinikpersonal, trotz noch positivem Testergebnis, wie z.B. im [Uniklinikum Essen Anfang Februar 2022](#) (28), da sie die behauptete Schutzfunktion des Impfens beim Schutz des Personals im Pflege- oder Gesundheitsbereich völlig infrage stellt: Warum bindende Impfpflicht, wenn trotz Infektion in den Bereichen gearbeitet werden soll, die als besonders schutzbedürftig gelten?

Ob die Regelung nach § 56 IfSG auf eine Freistellung im Rahmen einer Impfablehnung im Rahmen von § 20a IfSG überhaupt übertragbar ist, wird zwar häufig angenommen, ist jedoch fraglich. Bezieht sich diese Regelung doch nur auf eine infizierte Person, die *"auf Grund dieses Gesetzes als Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern im Sinne von § 31 Satz 2 Verboten in der Ausübung seiner bisherigen Erwerbstätigkeit unterliegt oder unterworfen wird und dadurch einen Verdienstaussfall erleidet"* (§ 56 Abs. 1 IfSG). Dass trafe auf Pflege- und Gesundheitspersonal, die eine Impfung ablehnen, nur dann zu, wenn sie sich selbst infizieren. Eine moralische Analogie lässt sich zwar aus der zitierten Feststellung des Bundesgesund-

heitsministeriums von einer *"Mitverantwortung am schädigenden Ereignis"* (25) ableiten. Sie passt jedoch zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht nach § 20a IfSG schon deshalb nicht, weil bereits in der Ablehnung einer Impfung eine Gefährdung oder gar Schädigung der vulnerable Personengruppen angenommen wird. Nach § 20a Abs. 5 IfSG muss viel mehr allein das zuständige Gesundheitsamt entscheiden, was im konkreten Fall mehr zu einem *"schädigenden Ereignis"* führt: Kein Tätigkeitsverbot trotz Impfverweigerung oder Tätigkeitsverbot wegen Impfverweigerung? Und wie oben dargestellt, wird aufgrund der prekären Personalsituation selten ein Tätigkeitsverbot guten Gewissens überhaupt möglich sein.

Als einigermaßen gesichert kann jedoch angenommen werden, dass es kaum zu einer befristeten Freistellung bei Impfverweigerung kommen wird, bzw. höchstens zu solche, die mit erheblichen finanziellen Nachteilen verbunden sind. Was das Tätigkeitsverbot betrifft, reduziert sich die Entscheidung des Gesundheitsamtes nach Gesetz auf ein Nein oder - evtl. auch befristetes - Ja. Der Arbeitgeber wird schon deshalb keine Freistellung vergüten, weil die Dauer der Impfpflicht nach § 20a IfSG unbekannt ist (wenn auch im Moment gesetzlich auf den 1. Januar 2023 befristet).

### VIII.

Ob nun Freistellung oder Kündigung - für die praktische Umsetzung seines Beschlusses liefert das BVerfG keine wirklich hilfreiche Antwort, weder für das Gesundheitsamt, noch für Arbeitgeber oder für die von § 20a IfSG negativ Betroffenen. Der durchaus (stillschweigende) löbliche Versuch des Gerichts, den Vorwurf einer *"Impfdiktatur"* dadurch zu entkräften, dass verfassungsrechtliche Zweifel zunächst akzeptiert und deren Klärung einer Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten werden, ist misslungen - und kann auch so nicht gelingen. Was soll eine Folgeabwägung, dessen reale Folgen offen bleiben? Oder wollte das BVerfG genau das? Möglichst gar nichts entscheiden, was dem Gesetzgeber oder bei der praktischen Gesetzesdurchsetzung Probleme bereiten könnte?

Erinnert sei in diesem Zusammenhang an dem, vom Senat am 12. Oktober 2021 abgelehnten Befangenheitsantrag gegen den BVerfG-Präsidenten Harbarth und die Richterin Baer (vgl. [BVerfG- Pressemitteilung Nr. 90/2021 vom 18. Oktober 2021](#) (29)) im Vorfeld der [BVerfGE zur Bundesnotbremse am 19. November 2021 \(1 BvR 781/21 u.a.\)](#) (30). Ich hatte schon in meinem [Beitrag vom 4. Februar 2022 bei LabourNet](#) (31) auf die Kritik von Oliver Lepsius in der Juristenzeitung 2021/19 hingewiesen: Über *"einem Jahr keine Orientierung bieten zu können oder zu wollen,"* hält Lepsius für *"verfassungsrechtlich unverzeihlich."* Eine wirkliche Orientierung bietet das BVerfG auch jetzt bei seinem Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht nicht. Steckt dahinter vielleicht System? Zur Erinnerung: Seine Ablehnung des oben erwähnten Befangenheitsantrags begründet der Erste Senat mit dem Einwand, dass es beim Treffen am 30. Juni 2021 nur um einen *"Gedanken- und Erfahrungsaustausch zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesregierung als solche ohne inhaltliche Positionierung"* zum von Harbarth ausgewählten Thema *"Entscheidung unter Unsicherheiten"* gegangen sei (vgl. 29). Diese Auswahl fand statt, wird behauptet, weil sie *"abstrakte und zeitlose Fragestellungen betreffe und es sich auch ohne konkreten Bezug zu anhängigen Verfahren erörtern lasse"*. Wie (nicht nur) die Abwägung des Ersten Senats beim einrichtungsbezogenen Impfschutz nun zeigt, überlässt das Gericht tatsächlich die *"Entscheidung unter"* der *"Unsicherheit"* einer Pandemie letztlich der Politik und bleibt selbst lieber *"abstrakt und zeitlos"* - was natürlich eine sehr weitreichende höchstrichterliche Entscheidung ist.

So vertröstet das BVerfG die Beschwerdeführenden nicht nur auf eine Entscheidung in der Hauptsache, die vielleicht gar nicht mehr erforderlich ist, weil der hauptsächlich alleine entscheidende Gesetzgeber bis dahin gar keine endgültige Entscheidung fürs Impfen mehr verlangt. Was das Gericht bei seiner Folgeabwägung als Begründung anführt bleibt in der Tat gefährlich *"abstrakt und zeitlos"*. Gefährlich ist dies gleich aus zwei Gründen, bei den sich der erste auf eine Folgeabwägung reduzieren lässt, die letztlich gar keine praktischen Folgen hat - außer dass sie vielleicht Verwirrung stiftet und besten Falls einen Druck aufbaut, der mit Recht und Gesetz nur symbolisch etwas zu tun hat. Aber auch was den Gesundheitsschutz betrifft, läuft das Gericht Gefahr seine Glaubwürdigkeit zu verlieren. So ist der besondere Schutz bestimmter Risikogruppen ein durchaus - auch vom Gesetzge-

ber - löbliches Ziel. Allerdings muss das verhältnismäßig ablaufen, und kann es verfassungsrechtlich keine pauschale, von der realen Entwicklung (bzw. Gefährdung und deren Ursache) losgelöste Impfbevollmächtigung geben. Das kann scheitern und das Gegenteil der löblichen Absicht auch dadurch bewirken, weil selbst bisher entschiedene Impfbefürworter eine gesetzliche Impfpflicht ablehnen. Die Entscheidung möglichst wenig zu entscheiden, ist zwar auch eine Entscheidung. Sie widerspricht jedoch dem Auftrag, den das Grundgesetz an das höchste deutsche Gericht erteilt - und u.U. auch dem erklärtem Gesundheitsschutz.

## IX.

Aber gibt sich das BVerfG nicht große Mühe, um zu begründen, warum die Regelung von § 20a IfGS wichtiger sei, als den aktuellen Schutz zumindest im Moment für ausreichend zu betrachten und auf eine einrichtungsbezogene Impfpflicht zu verzichten? Nein, keineswegs - auch wenn es vielleicht auf den ersten Blick den Anschein hat, als würde es tatsächlich realistisch abwägen. Im Beschluss heißt es z.B. bei den Entscheidungsgründen: *"Hochaltrige Menschen sowie Menschen mit Vorerkrankungen, einem geschwächten Immunsystem oder mit Behinderungen (vulnerable Gruppen) wären dann in der Zeit bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde einer deutlich größeren Gefahr ausgesetzt, sich mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu infizieren und deshalb schwer oder gar tödlich zu erkranken."* (2, Rn. 18) Das kann sein. Es trifft jedoch grundsätzlich bei jeder erhöhten Ansteckungsgefahr für diese besonders gefährdete Personengruppe zu - und auch nicht nur für den ungewissen Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung. Und wie passt diese Zielsetzung zur Forderung (nicht nur) der FDP für das ["Ende aller Coronamaßnahmen am 20. März"](#) (32)? Gar nicht. *"Nach der weitgehend übereinstimmenden Einschätzung der in diesem Verfahren angehörten sachkundigen Dritten ist nach wie vor – auch mit Blick auf die Omikronvariante des Virus – sowohl davon auszugehen, dass sich Angehörige vulnerabler Gruppen grundsätzlich leichter infizieren, weil bei ihnen – auch im Falle einer Impfung – ein von vornherein reduzierter und im Laufe der Zeit schneller abnehmender Immunschutz besteht, als auch, dass sie im Falle einer Infektion ein erhöhtes Risiko haben, schwer oder gar tödlich zu erkranken."* (2, Rn. 18) Immerhin hörte man/frau sachkundige Dritte dazu an. Aber folgt daraus eine bindende Impfpflicht der beruflich Tätigen nach § 20a IfSG?

In Wahrheit hat das BVerfG nur die allgemeine und wenig epidemiologisch konkrete Begründung des Gesetzgebers für die einrichtungsbezogene Impfpflicht übernommen: *"Insbesondere hochbetagte Menschen, pflegebedürftige Menschen und Personen mit akuten oder chronischen Grundkrankheiten haben ein deutlich erhöhtes Risiko für schwere, gegebenenfalls auch tödliche COVID-19-Krankheitsverläufe (vulnerable Personengruppen)"*, heißt es beispielsweise bei [Infektionsschutz.de](#) (33). Diese allgemeine Feststellung ist zwar richtig, aber noch keine Rechtfertigung für einen konkreten Grundrechtseingriff, der sich - wie bereits ausführlich dargestellt, niemals mit Allgemeinplätzen akzeptabel begründen lässt. Weiter heißt es (33): *"... Um eine Eintragung und Weiterverbreitung des Virus in diesen Settings zu vermeiden, ist es unerlässlich, dass das dort tätige Personal vollständig geimpft ist."* Aber stimmt das? Ist eine vollständige Impfung des gesamten Personals wirklich *"unerlässlich"* (einmal davon abgesehen, dass das mit dem "vollständigen Impfschutz" bereits ein Problem ist)? Das man/frau es zumindest zunächst einmal probiert alle gleich zu verpflichten, ist keine Realisierung des Gleichheitsprinzips, wenn man bei hartnäckigen Gegner einer Impfung sich dann doch für Ausnahmen entscheidet. So wird Ungleichheit statt Gleichheit realisiert.

Am [22. Februar 2022 veröffentlicht das Bundesgesundheitsministerium](#) eine *"Handreichung"* zur *"Impfprävention im Bereich einrichtungsbezogener Tätigkeiten"* nach § 20a IfSG (34), die dazu sehr bezeichnend ist: Danach ist das Tätigkeitsverbot, was nur das Gesundheitsamt verhängen kann, kein Muss. Vielmehr wird der obersten Landesgesundheitsbehörde ein ziemlich weitreichender Entscheidungsspielraum zustanden (Pkt. 20, S.20). Arbeits- und sozialrechtlich (vgl. Pkt. 21, S.21) *"sind mögliche arbeitsrechtliche Rechtsfolgen abhängig von der Entscheidung des Gesundheitsamtes"*. Was die Sperrfristen nach § 159 Abs. 1 SGB III betrifft, *"dürfte diese Abwägung regelmäßig dahingehend ausfallen, dass keine Sperrzeit eintritt."* Was speziell Bayern betrifft, soll nun (ähnlich Nordrhein-Westfalen) - laut [BR24 vom 1. März 2022](#) (35) - die einrichtungsbezogene Impfpflicht *"langsam und schrittweise um- und durchgesetzt werden. (...) Bayern wolle eine pragmatische Umsetzung "mit Au-*

genmaß", teilte [Gesundheitsminister] Holetschek mit. In letzter Konsequenz sollen Beschäftigten, die sich weiterhin nicht impfen lassen wollen, erst ungefähr ab Sommer Betretungsverbote drohen. Bei Neueinstellungen gilt die Impfpflicht dagegen direkt ab 16. März. Der Bayerische Gesundheitsminister spricht von einem pragmatischen Verfahren, das für Planungssicherheit Sorge." Warum setzte das BVerfG seine Entscheidung zur Impfpflicht eigentlich nicht ebenfalls bis zum Sommer aus und lieferte stattdessen eine Folgeabwägung, die aktuell in Bayern und Nordrhein-Westfalen sowie so keine Konsequenzen hat? Irgendwelche Planungssicherheit (vgl. Holetschek) hat so niemand.

## X.

"Entscheidung unter Unsicherheiten" (vgl. oben 28) muss auch das BVerfG treffen, eben um rechtliche Unsicherheiten zu vermeiden. Wenn das nicht geht, ist dies keine Schande, sondern sollte eher ein Gedankenstoß zur Beantwortung der Frage sein, ob sich überhaupt eine gesetzlich vorgeschriebene Impfpflicht zumindest so realisieren lässt, dass deren Durchsetzung nicht mehr Schaden als Nutzen anrichtet. Das Legalisieren einer Spielweise für amtliche Grundrechtseingriffe, unabhängig von der realen Pandemieentwicklung, ist verfassungsrechtlich nicht akzeptabel. Ebenso sollten Ausnahmen nach dem Gesetz nicht zur Regel werden, und so nicht zu bedenklicher Ungleichheit bei einer ang. gleichen berufsbedingten Gefährdung durch zu geringem Impfschutz führen. Dies nicht zu beachten, und eine zu pauschale Rechtfertigung einer Impfpflicht, kommt einer unzureichenden verfassungsrechtlichen Abwägung und einer fehlenden ausreichenden Begründung für die berufsbezogenen Eingriffe in die körperlichen Unversehrtheit und in die Berufsfreiheit gleich. Eher schafft das BVerfG so Gründe für die Verweigerung einer Impfung, als dass es das Bemühen um höhere Impfquoten unterstützt.

Da es sich bei einer Impfpflicht um einen massiven Eingriff in die "körperliche Unversehrtheit" nach Art. 2 Abs. 2 GG handelt, kommt es sehr entscheidend darauf an zu überzeugen. Es sollte nicht der Eindruck entstehen, dass vieles noch völlig unklar ist, dass man mehr herumrudert als das Schiff sicher durch die Pandemie zu steuern, oder gar, dass man/frau von eigenen Versäumnissen dadurch ablenken will, indem man/frau alles auf eine - zumindest oberflächlich betrachtet - vernünftig klingende Idee lenkt, deren Vernunftsanteil aber unklar oder sogar fragwürdig bleibt. Statt einer Verpflichtung gibt es nämlich auch den Weg der Überzeugung und Aufklärung. Es mag auch virologische und epidemiologische Gründe haben, dass das nicht immer befriedigend gelingt. Aber dann sollte auf Zwang verzichtet werden und Ehrlichkeit in der Aufklärung dominieren (und nicht nur deshalb, weil man/frau früher vehement eine Impfpflicht ablehnte). Es ist keine Schande, wenn man/frau zugeben muss, dass bereits an virologischen und epidemiologischen Gründen eine gesetzliche Impfpflicht scheitert. Auch dass es eingefleischte Impfgegner gibt, denen man - selbst mit einem gentechnisch hergestellten Totimpfstoff (Novavax) als Alternative zum mRNA- und Vektorimpfstoff nicht beikommen kann, spricht nicht für eine Impfpflicht. Denn es kommt auch hier auf die Verhältnismäßigkeit einerseits und die reale Schwere der Pandemie andererseits an. Und wie viele Impfgegner gibt es überhaupt? Und was ist mit der sog. Herdenimmunität, wie hoch soll bzw. muss diese denn überhaupt sein? Beflügelt eine Impfpflicht nicht mehr die Gegnerschaft, als ein Impfangebot, dem freiwillig nachgekommen werden kann?

Ich habe versucht, etwas Licht ins vom Gesetzgeber und vom BVerfG verursachte Dunkel zu bringen. Mein Fazit: Es gibt derzeit mehr Gründe, um gegen eine gesetzlich vorgeschriebene Impfpflicht zu sein, als es Gründe gibt, die dafür sprechen. Dabei habe ich nicht einmal alle möglichen Ablehnungsgründe hier angesprochen. Dass weder Gesetzgeber noch das BVerfG es nicht auf die Reihe bekommen haben eine einrichtungsbezogene Impfpflicht überzeugend zu begründen, sollte als Beweis dafür angesehen werden, dass eine Impfpflicht verfassungsrechtlich nicht passt. Gewerkschaft, Betriebs- und Personalrat sollten auch berücksichtigen, dass im gesamten Pflegebereich ein permanenter Missstand besteht, dessen konsequente Beseitigung mehr die von Covid-19 gefährdeten Personengruppen schützen würde, als eine kritikwürdige gesetzliche Impfpflicht. Eine Impfpflicht ohne Beseitigung der massiven Missstände ist nutzlos und der falsche Weg.

---



1. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/bvg22-012.html>
2. [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/02/rs20220210\\_1bvr264921.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/02/rs20220210_1bvr264921.html)
3. <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/2005140/6d5d1ba7b997e2231f545f798f677382/2022-02-16-mpk-beschluss-data.pdf>
4. <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/IfSG.pdf>
5. <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes-ii/>
6. <https://www.nrz.de/video/biontech-gruender-muessen-die-naechsten-zehn-jahre-mit-corona-leben-id234599045.html>
7. <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/entwurf-fuer-lockerungen-der-massnahmen-ende-maerz-sollen-alle-tiefgreifenderen-schutzmassnahmen-fallen-a-eeed90fa-d14a-4834-ac8d-0377fd6477b2>
8. <https://www.bund-verlag.de/betriebsrat/aktuellesbr~Homeoffice-Pflicht-entfaellt~.html>
9. <https://www.freitag.de/autoren/der-freitag/krankenhaus-der-freedom-day-kommt-der-pflegenotstand-bleibt>
10. <https://www.gesetze-im-internet.de/schausnahm/v/BJNR612800021.html>
11. <https://web.de/magazine/news/coronavirus/virologe-kekule-massnahme-rki-voellig-inakzeptabel-36560742>
12. <https://www.ndr.de/nachrichten/info/coronaskript362.pdf>
13. <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw02-de-covid-schutz-ausnahmeverordnung-876408>
14. <https://www.spiegel.de/wissenschaft/medizin/corona-pandemie-karl-lauterbach-entzieht-dem-rki-die-macht-ueber-genesenenstatus-a-618556f1-107d-49eb-b775-937fefafc431>
15. <https://www.ndr.de/nachrichten/info/coronaskript360.pdf>
16. <https://www.ndr.de/nachrichten/info/coronaskript364.pdf>
17. [www.pei.de/impfstoffe/covid-19](http://www.pei.de/impfstoffe/covid-19)
18. <https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/>
19. <https://verfassungsblog.de/grundrechtsdogmatik-auf-dem-jahrmarkt-der-wahrheiten/>
20. <https://verfassungsblog.de/allgemeine-impflicht-ii-und-die-abwehr-des-subjektiven/>
21. <https://www.labournet.de/?p=189639>
22. <https://verfassungsblog.de/ein-verfassungsverstos-nicht-unbedingt/>
23. [https://www.pei.de/SharedDocs/Downloads/DE/newsroom/dossiers/sicherheitsberichte/sicherheitsbericht-27-12-20-bis-31-12-21.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.pei.de/SharedDocs/Downloads/DE/newsroom/dossiers/sicherheitsberichte/sicherheitsbericht-27-12-20-bis-31-12-21.pdf?__blob=publicationFile&v=5)
24. <https://verfassungsblog.de/impfpflicht-arbeitslosengeld-i-und-sperrzeit/>
25. [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/C/Coronavirus/FAQs\\_zu\\_56\\_IFSG\\_BMG.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/FAQs_zu_56_IFSG_BMG.pdf)
26. <https://www.bundestag.de/resource/blob/878084/352d19493c49ec3137ea83b2ebd7f2a9/WD-9-003-22-pdf-data.pdf>
27. <https://www.bundestag.de/resource/blob/866096/ac2750dadffbe197e335a7683aa180ac/WD-3-164-21-pdf-data.pdf>
28. <https://www.waz.de/politik/omikron-krankenhaeuser-in-nrw-kaempfen-mit-personalausfaellen-id234547913.html>
29. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/bvg21-090.html>
30. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/bvg21-101.html>
31. <https://www.labournet.de/?p=197627>
32. <https://www.spiegel.de/politik/corona-fdp-fordert-ende-aller-massnahmen-am-20-maerz-a-7cddb4a8-320f-4edc-aefa-260763bfb0d7>
33. <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/fragen-und-antworten/impfpflicht-rechtliche-fragen-impfquoten-und-impfstoffverteilung/impfpflicht-in-bestimmten-einrichtungen/#tab-5216-0>
34. [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)
35. <https://www.br.de/nachrichten/bayern/klaus-holetscheks-konzept-fuer-die-pflege-impfpflicht-gegen-corona-in-bayern,SyoV5qF>