



Bernard Korn & Partner, Stromberger Straße 2, 55545

Verwaltungsgericht Berlin
Kirchstraße 7
10557 Berlin

Eilt sehr!

Bitte sofort vorlegen!

Einstweiliger Rechtsschutz!

Nur per beA

DATUM	AKTENZEICHEN	DURCHWAHL	E-MAIL
27.01.2022	0092/2022-JH	(06131) 5547666	hamed@ckb-anwaelte.de

Antrag auf einstweilige Anordnung

In dem Verwaltungsrechtsstreit

des

- Antragsteller -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältin Jessica Hamed, Bernard Korn & Partner, Stromberger Straße 2, 55545 Bad Kreuznach

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium für Gesundheit, dieses vertreten durch den Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach, Friedrichstraße 108, 10117 Berlin

- Antragsgegnerin -

wegen: Johnson & Johnson, Definition „geimpft“, SchAusnahmV, Antrag auf einstweilige Anordnung

Michael Bernard
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Timo Korn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Familienrecht
Fachanwalt für Strafrecht

Prof. Dr. Hanno M. Kämpf
Strafverteidiger

Anna Deus-Cörper
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verkehrsrecht
ADAC Vertragsanwältin

Sven Hartmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bankkaufmann

Denis Skaric-Karstens, Mag. rer. publ
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Sozialrecht

Daniela Hery, LL.M. (MedR)
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Medizinrecht
Fachanwältin für Strafrecht

Jessica Hamed
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Strafrecht

Nadia Thibaut
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

René Ritter
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Markus Cronjäger
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Timo Berneit
Rechtsanwalt

Franz-Rudolf Dietz
Rechtsanwalt

Hendrik Seidel
Rechtsanwalt

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB
Amtsgericht Koblenz PR 155
USt-Ident-Nr. DE 219 123 576

www.ckb-anwaelte.de
info@ckb-anwaelte.de

Kanzleisitz Bad Kreuznach
Stromberger Straße 2
55545 Bad Kreuznach
Telefon +49 671 920 275 0
Telefax +49 671 920 275 9

Kanzleisitz Mainz
Hindenburgplatz 3
55118 Mainz
Telefon + 49 6131 55 47 666
Telefax + 49 6131 55 47 667

Kanzleisitz Wiesbaden
Klingholzstraße 7
65189 Wiesbaden
Telefon +49 611 341 487 5
Telefax +49 611 341 532 1

Commerzbank Bad Kreuznach
IBAN DE60 5504 0022 0112 9212 01
BIC COBADEFFXXX

wird unter Verweis auf die beigefügte Vollmachtsurkunde angezeigt, dass der Antragsteller von der Verfahrensbevollmächtigten vertreten wird.

Namens und im Auftrag des Antragstellers wird beantragt,

1. bis zu einer Entscheidung über eine noch zu erhebende Feststellungsklage, in der beantragt werden wird, festzustellen, dass § 2 Nr. 3 SchAusnahmV i. V. m. Webseite des Paul-Ehrlich-Instituts <https://www.pei.de/impfstoffe/covid-19> den Antragsteller in seinem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, festzustellen, dass er weiterhin einen gültigen Impfnachweis im Sinne von § 2 Nr. 3 SchAusnahmV besitzt,
2. hilfsweise der Antragsgegnerin einstweilen aufzugeben, dem Antragsteller einen gültigen Impfnachweis im Sinne von § 2 Nr. 3 SchAusnahmV auszustellen, und
3. der Antragsgegnerin die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

Die Anträge zu 1) und 2) werden wie folgt begründet:

I.

Der Antragsteller wurde am [REDACTED] mit dem Janssen-Impfstoff (Johnson & Johnson) gegen Covid-19 geimpft (Anlage 1).

Damit wäre er in Besitz eines gültigen Impfbescheinigung gemäß § 2 Nr. 2 und 3 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung a. F. i. V. m. Webseite des Paul-Ehrlich-Instituts (PEI) <https://www.pei.de/impfstoffe/covid-19> a. F. gewesen, da zum

damaligen Zeitpunkt die Verabreichung einer Dosis des Janssen-Impfstoffs nach Ansicht der Antragsgegnerin als vollständige Impfung angesehen wurde, was gerichtsbekannt sein dürfte (z.B. <https://www.swr.de/wissen/corona-impfstoff-von-johnson-und-johnson-100.html>). Noch heute ist auf der Webseite des Bundesgesundheitsministeriums zu lesen:

COVID-19 Vaccine Janssen® von Johnson & Johnson ist bislang der erste COVID-19-Impfstoff, bei dem nur eine Impfdosis nötig ist. Er erhielt im März 2021 die bedingte Zulassung in der EU. Hier erfahren Sie mehr über den Impfstoff und was die Ständige Impfkommission empfiehlt.

<https://www.zusammengegencorona.de/impfen/impfstoffe/covid-19-vaccine-janssen-r-von-johnson-und-johnson-auf-einen-blick/> (abgerufen am 27.01.2022)

Durch Art. 1 Nr. 1 lit. a der Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14. Januar 2022 wurde die Entscheidung über die Kriterien für den Impfnachweis jedoch erneut vollständig an das Paul-Ehrlich-Institut, welches, nunmehr im Benehmen mit dem Robert Koch-Institut (RKI), eigenständig festlegen kann, wann eine vollständige Impfung vorliegt, ausgelagert. Das PEI hat sodann mit Wirkung vom 15. Januar 2022 festgelegt, dass nun auch bei dem Janssen-Impfstoff zwei Dosen für den vollständigen Impfschutz erforderlich sind:

Ab dem 15.01.2022 gelten für Impfnachweise im Sinne der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV) und der Coronavirus-Einreiseverordnung (CoronaEinreiseV) die nachfolgenden Kriterien.

[...]

Anforderungen für den vollständigen Impfschutz mit einem Impfstoff

Impfstoff	Zulassungsinhaber	Anzahl Impfdosen für die vollständige Impfung
Comirnaty Zul.-Nr. EU/1/20/1528	BioNTech Manufacturing GmbH	2
Spikevax Zul.-Nr. EU/1/20/1507	Moderna Biotech Spain, S.L.	2
Vaxzevria Zul.-Nr. EU/1/21/1529	AstraZeneca AB, Schweden	2
COVID-19 Vaccine Janssen Zul.-Nr. EU/1/20/1525	Janssen-Cilag International NV	2

Vgl. <https://www.pei.de/impfstoffe/covid-19>

Der Wortlaut der hier beanstandeten Norm § 2 Nr. 3 SchAusnahmV ist der folgende:

3. ein Impfnachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens eines vollständigen Impfschutzes gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrunde liegenden Schutzimpfungen den vom Paul-Ehrlich-Institut im Benehmen mit dem Robert Koch-Institut im Internet unter der Adresse www.pei.de/impfstoffe/covid-19 unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben hinsichtlich folgender Kriterien entsprechen:
 - a) verwendete Impfstoffe,
 - b) für einen vollständigen Impfschutz erforderliche Anzahl an Einzelimpfungen,
 - c) für einen weiterhin vollständigen Impfschutz erforderliche Auffrischimpfungen,
 - d) Intervallzeiten,
 - aa) die nach einer Impfung für einen vollständigen Impfschutz abgewartet werden müssen und
 - bb) die höchstens zwischen Einzelimpfungen oder Auffrischimpfungen liegen dürfen,

Der Antragsteller gilt mithin seitdem nicht mehr als geimpft. Aufgrund der Nichtanerkennung des ihm tatsächlich zustehenden Status als Geimpfter wird er damit tiefgreifenden Grundrechtseinschränkungen ausgesetzt, denen „offiziell“ anerkannte Genesene oder Geimpfte, was gerichtsbekannt sein dürfte, nicht mehr unterliegen (2G-Zugangsbeschränkungen, Kontaktbeschränkungen, Testerfordernissen usw.). Er kann den ÖPNV nicht mehr ohne vorherigen Test nutzen, an Restaurantbesuchen nicht mehr teilnehmen oder ins Schwimmbad gehen, lediglich Geschäfte, die der Deckung des täglichen Bedarfs

dienen, aufsuchen, muss sich an die Kontaktbeschränkungen für Ungeimpfte bei privaten Zusammenkünften halten (eigener Hausstand + max. zwei Personen aus einem anderen Hausstand) [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Zum Zwecke der Glaubhaftmachung wird auf die beigefügte eidesstattliche Versicherung (**Anlage 2**) des Antragstellers verwiesen.

Sollte die Kammer weiteren Sachvortrag für erforderlich halten, wird höflich um einen entsprechenden richterlichen Hinweis gebeten.

II.

Die Anträge zu 1) und 2) sind zulässig und begründet.

1. Zulässigkeit

a.

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet.

b.

Die auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gerichteten Anträge zu 1) und 2) sind als Anträge auf Erlass einer Regelungsanordnung bzw. einer Sicherungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) statthaft.

Da es sich bei einem Impfnachweis mangels Regelungswirkung nicht um einen Verwaltungsakt handelt, kommt für den Hauptantrag eine **Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage** vorliegend nicht in Betracht. Nachdem es in der Hauptsache nicht um die Aufhebung eines Verwaltungsakts geht, besteht auch keine gemäß § 123 Abs. 5 VwGO vorrangige Möglichkeit eines **Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO**.

Vgl. VG Würzburg, Beschluss v. 21.12.2021 – W 8 E 21.1606 Rn. 31 f.

Der hier gestellte Antrag nach § 123 VwGO ist auch nicht durch die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes nach § 47 Abs. 6 VwGO in

einem eventuellen Normenkontrollverfahren gegen die rheinland-pfälzische Corona-Bekämpfungsverordnung in der aktuell geltenden Fassung selbst ausgeschlossen. Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 AGVwGO (RLP) können Rechtsverordnungen, die Handlungen eines Verfassungsorgans im Sinne des Artikels 130 Abs. 1 der Verfassung für Rheinland-Pfalz sind, schon gar nicht Gegenstand einer abstrakten Normenkontrolle sein. Aber auch eine statthafte negative atypische Feststellungsklage gegen die 2G-Vorschriften der aktuell gültigen 29. Corona-Bekämpfungsverordnung (RLP) wäre hier nicht einschlägig, da sich der Antragsteller unter Fortgeltung der einschlägigen Bestimmungen in der Corona-Bekämpfungsverordnung nicht gegen die Notwendigkeit einer Vorlage eines Impfnachweises als solche wendet, sondern eine Entscheidung über seine Eigenschaft als Geimpfter bzw. im Hilfsantrag die Erteilung eines solchen Nachweises begehrt. Regelungen bezüglich des Impfnachweises finden sich jedoch abschließend in der SchAusnahmV, welche als Bundesrecht nicht in einem Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO angegriffen werden kann.

Vgl. VG Würzburg, Beschluss v. 21.12.2021 – W 8 E 21.1606 Rn. 33.

Infektionsschutzrecht ist zudem eine Angelegenheit des Bundes. Dieser kann Umfang und Schranken der Länderkompetenzen selbst bestimmen. Durch § 28c IfSG i. V. m. der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung hat er die Landesregierungen ermächtigt, Geimpfte und Genesene von den geltenden Pandemiebekämpfungsmaßnahmen auszunehmen. Nachdem sich der Bund aber dazu entschlossen hat, die Begriffe „genesen“ und „geimpft“ selbst zu definieren, können die Länder dies nicht eigenmächtig regeln.

Aus diesem Grund wäre auch eine Feststellungsklage oder Leistungsklage gegenüber dem Land Rheinland-Pfalz gegen die den dortigen 2G-Maßnahmen, die aufgrund ihrer grundrechtsverletzenden

Wirkung die Antragsbefugnis und Eilbedürftigkeit des Antragstellers begründen, zugrundeliegende Definition von „geimpft“ in § 3 Abs. 6 Satz 1 der 29. Corona-Bekämpfungsverordnung (RLP) im Hinblick auf das hiesige Begehrt nicht statthaft.

Abgesehen davon ist der Antragsteller nicht nur von den rheinland-pfälzischen, sondern zudem von den [REDACTED] [REDACTED] Regelungen betroffen. In allen Verordnungen – was gerichtsbekannt sein dürfte – sind nicht als geimpfte geltende Menschen weitestgehend vom gesellschaftlichen Leben ausgeschlossen, wie die Regierenden am 24.01.2022 erneut bestätigten:

<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1995132/66f13c21b0b0932dcaf58ea000fe4a31/2022-01-07-mpk-beschluss-data.pdf?download=1>

Eine – durchaus mögliche – inzidente Prüfung der Rechtmäßigkeit der Bundesregelung in einem – bzw. mehreren – solchen Verfahren (wobei in Hessen und Nordrhein-Westfalen abstrakte Normenkontrollen durchzuführen wären) führt nämlich nicht zur Beseitigung der Verletzung des Grundrechts des Antragstellers aus Art. 3 GG. In einem ähnlichen Fall führte das Bundesverfassungsgericht entsprechend aus (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Im vorliegenden Fall haben die Beschwerdeführer mit der verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage zwar einen zulässigen Rechtsweg beschritten, der auch zu einer inzidenten Überprüfung der Rechtsverordnung führte, auf dem sie aber ihre **Grundrechte nicht effektiv verteidigen** konnten.

Denn die Verwaltungsgerichte haben die Klagen der Beschwerdeführer zu Recht abgewiesen, obwohl sie die Rechtsverordnung wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG

für verfassungswidrig hielten. Die Auffassung der Verwaltungsgerichte, sie könnten den Verpflichtungsklagen nicht stattgeben, da es dem Ermessen des Normgebers überlassen bleiben müsse, wie die aus der Verfassungswidrigkeit resultierende Lücke zu schließen sei, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Dies entspricht vielmehr der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Folgen von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Kann der Gesetzgeber zwischen mehreren denkbaren und verfassungsrechtlich gleichermaßen zulässigen Lösungen wählen, griffe eine Ausdehnung der begünstigenden Regelung durch das Bundesverfassungsgericht in die dem Gesetzgeber vorbehaltene Gestaltungsfreiheit ein (vgl. BVerfGE 37, 217 <260 f.>; 39, 316 <332 f.>; 88, 87 <101>; 93, 165 <178>). Nichts anderes gilt für die Fachgerichte, soweit sie im Rahmen der ihnen zustehenden Kontroll- und Verwerfungskompetenz über untergesetzliche Normen einen Gleichheitsverstoß feststellen (vgl. BVerwGE 102, 113 <117 f.>).

[...]

Während das Bundesverfassungsgericht bei Gleichheitsverstößen die Möglichkeit hat, den Normgeber durch eine mit der Unvereinbarkeitserklärung verbundene Anordnung einer Neuregelung zu einer verfassungsgemäßen Neuregelung zu zwingen, ist dies den Verwaltungsgerichten im Rahmen einer Verpflichtungsklage nach der derzeitigen verwaltungsprozessualen Rechtslage nicht möglich. Zwar könnte der Normgeber, in diesem Fall die Bundesregierung, die inzidente Feststellung der Verfassungswidrigkeit zum Anlass nehmen, die Norm zu korrigieren; angesichts der durch die inter-partes-Wirkung beschränkten Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Urteile und der unterschiedlichen

Auffassung verschiedener Gerichte zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung ist er dazu jedoch nicht gezwungen.

[Stattdessen] hätten die Beschwerdeführer vor den Verwaltungsgerichten eine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO unmittelbar gegen die Bundesrepublik Deutschland richten können mit dem Ziel festzustellen, dass sie durch die Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung in ihren subjektiven Rechten, nämlich ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG, verletzt worden sind. Diese Überprüfung der Rechtmäßigkeit untergesetzlicher Rechtssätze mit Hilfe der Feststellungsklage ist nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung möglich (vgl. BVerwGE 111, 276 <278 f.>; BSGE 72, 15 <17 ff.>). Die Anerkennung einer solchen Feststellungsklage mit einem derartigen Klageziel stellt keinen Bruch mit dem System des Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsordnung dar und führt insbesondere nicht zur Einführung einer der Verwaltungsgerichtsordnung bisher nicht bekannten Klageart. Sie rechtfertigt sich im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG daraus, dass Streitgegenstand **die Anwendung der Rechtsnorm auf einen bestimmten Sachverhalt** ist, so dass die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Norm lediglich als - wenn auch streitentscheidende - Vorfrage aufgeworfen wird (vgl. BVerwG, a.a.O.). Es handelt sich daher bei einer solchen, auf Feststellung einer Rechtsverletzung gerichteten Klage gegen den Normgeber nicht um eine Umgehung der in § 47 VwGO nur für Landesrechtsverordnungen vorgesehenen prinzipialen Normenkontrolle. § 47 VwGO entfaltet gegenüber der Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Rechtsverordnung im Wege der Feststellungsklage keine Sperrwirkung (vgl. BVerwG, a.a.O., S. 278). Dem System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes kann nicht entnommen werden, dass außerhalb des § 47 VwGO die Überprüfung von Rechtssetzungsakten

ausgeschlossen sein soll (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Dezember 1982 - BVerwG 5 C 103.81 -, Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 78).

Auf dieser Grundlage kann im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gegenüber dem Normgeber auch **die Feststellung begehrt werden, dass das Recht der Kläger auf Gleichbehandlung den Erlass oder die Änderung einer Rechtsverordnung gebiete.** Auch bei dieser, das Verpflichtungsinteresse der Kläger berücksichtigenden Variante eines Feststellungsantrags bleibt die **Anknüpfung an ein zugrunde liegendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien erhalten** (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. Juli 2002 - BVerwG 2 C 13.01 -, NVwZ 2002, S. 1505 <1506>).

Der Gesichtspunkt der Subsidiarität der Feststellungsklage (§ 43 Abs. 2 VwGO) steht einem Verweis auf diese Verfahrensart nicht entgegen. Eine Verpflichtungsklage allein kann im vorliegenden Fall nicht zum Erfolg führen, und es droht daher keine Umgehung der für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen geltenden Bestimmungen über Fristen und Vorverfahren (vgl. dazu BVerwGE 111, 276 <279>; BVerwG, Urteil vom 4. Juli 2002, a.a.O.).

Gegenüber den von den Beschwerdeführern im Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten verfolgten Verpflichtungsklagen hat die auf Feststellung des Anspruchs auf Erlass oder Änderung einer Rechtsverordnung gerichtete Klage den Vorteil, **den Normgeber als Partei in die Rechtskraftwirkung einzubeziehen, ohne auf seine Entscheidungsfreiheit mehr als in dem für den Rechtsschutz des Bürgers unumgänglichen Umfang einzuwirken** (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. Juli 2002, a.a.O.). Dem Umstand der fehlenden Vollstreckbarkeit eines Feststellungsurteils im Vergleich zu einem Leistungsurteil kommt hingegen kein Gewicht zu, weil zum einen ein

Leistungsurteil aus den beschriebenen Gründen der Gewaltenteilung in der vorliegenden Konstellation nicht ergehen kann, und zum anderen generell davon auszugehen ist, dass **öffentliche Stellen als Beklagte einem Urteil auch ohne Vollstreckungsdruck Folge leisten werden.**“

Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Januar 2006
- 1 BvR 541/02 -, Rn. 43 ff.

Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht bei der Klage auf Feststellung eines Unternehmens, nicht nach der Bundes-VerpackungsVO zur Erhebung von Pfand auf Einwegverpackungen verpflichtet zu sein, nicht die Bundesrepublik Deutschland als Normsetzer, sondern das mit der Durchführung des KrW-/AbfG und dieser VO befasste Land als richtigen Beklagten angesehen. Beim Streit um aus der Rechtsnorm folgende Pflichten im Hinblick auf die geltend gemachte Ungültigkeit der Norm bestehe im Regelfall das Rechtsverhältnis nicht zwischen dem Normgeber und dem Normadressaten, sondern zwischen dem Adressaten und der staatlichen Stelle, die die Regelung durchzusetzen oder ihre Befolgung zu überwachen habe. Folgt man dieser Entscheidung, hätte die vom Bundesverfassungsgericht in der obigen Entscheidung geforderten Klage ebenfalls gegen das Land gerichtet werden müssen.

Vgl. Schoch/Schneider/Pietzcker, 41. EL Juli 2021, VwGO § 43
Rn. 25a.

Vorliegend geht es jedoch anders als bei diesen beiden Fällen oder beispielsweise der Umsetzung der §§ 3 ff. SchAusnahmV (2G-Ausnahmen für Ausgangs-Kontaktbeschränkungen etc.) **nicht** um Regelungen, die vom Land vollzogen und so durch Bescheide/Anordnungen im Einzelfall konkretisiert werden. Stattdessen wurde schlicht eine Definition ausgelagert, die allerdings Grundlage für die den Antragsteller betreffenden jeweiligen 2G-Landesregelungen ist

und für deren Konkretisierung im Einzelfall die Länder letztlich **keinen Spielraum** haben (vgl. Muckel, JA 2007, 78). Ergänzend ist anzumerken, dass auch die unmittelbar geltenden Bundesregelungen aus § 28b IfSG auf § 2 Nr. 3 SchAusnahmV verweisen. Außerdem müsste der Antragsteller, wie gerade dargestellt, in jedem Bundesland, in dem er sich aufhalten möchte, einzeln klagen.

Aufgrund der Verletzung seines Grundrechts aus Art. 3 GG durch § 2 Nr. 3 SchAusnahmV und dem Umstand, dass die Länder hiervon nicht abweichen können, besteht zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin ein feststellungsfähiges konkretes streitiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO. Es geht dabei auch nicht um die abstrakte Klärung der Rechtmäßigkeit des § 2 Nr. 3 SchAusnahmV i. V. m. Webseite des Paul-Ehrlich-Instituts <https://www.pei.de/impfstoffe/covid-19>, sondern um die Anwendung der Vorschrift im Fall des Antragstellers.

Hinsichtlich der Ausstellung eines gültigen Impfnachweises, wie im **Hilfsantrag** gefordert, wäre mangels Eigenschaft als Verwaltungsakt (s. o.) eine noch zu erhebende **allgemeine Leistungsklage** gem. § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO statthaft. Antragsgegnerin ist auch hier die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Robert Koch-Institut. Denn diesem obliegt letztlich die Ausstellung des seitens des Antragstellers begehrten COVID-19-Impfzertifikates nach § 22 Abs. 5 Satz 1 und 3 IfSG. Dem für den Antragsteller zuständigen Gesundheitsamt fehlt die Befugnis zur Erstellung des gewünschten COVID-19-Zertifikates.

Vgl. VG Kassel, Beschluss vom 01.09.2021 - 5 L 1529/21.KS Rn. 28.

Der Hilfsantrag ist erforderlich, da die jeweiligen 2G-Landesregelungen weitergelten würden, selbst wenn das Gericht dem Antrag zu 1) in der Hauptsache stattgeben würde, und der Antragsteller dann zwar eine

Bestätigung seiner Grundrechtsverletzung hätte, aber mangels gültigen Impfnachweises immer noch keinen Zugang zu 2G-Lokalitäten- und Veranstaltungen erhielt. Der Hilfsantrag ist auch schon im Eilverfahren notwendig, sobald die technische Umsetzung der Neuregelung so weit fortgeschritten ist, dass sein bisheriger Impfnachweis nicht einfach wieder „reaktiviert“ werden kann, da er beispielsweise von der CovPassCheck-App nicht mehr als gültig angezeigt wird. Die Vorwegnahme der Hauptsache der Leistungsklage ist hier ausnahmsweise zulässig, da effektiver Rechtsschutz andernfalls nicht gewährleistet werden kann.

c.

Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache auch schon **vor Klageerhebung** eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung) oder die Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes erforderlich ist (Regelungsanordnung).

Die Begründetheit des Antrages nach § 123 Abs. 1 VwGO setzt voraus, dass der Antragsteller einen Anordnungsanspruch, also das zu schützende materielle Recht, und einen Anordnungsgrund, also die besondere Erforderlichkeit gerichtlichen Eilrechtsschutzes, glaubhaft macht (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2, § 294 der Zivilprozessordnung).

Der Anordnungsgrund ergibt sich aus den unter I. aufgeführten und glaubhaft gemachten tiefgreifenden Grundrechtseinschränkungen, denen er als „Ungeimpfter“ unrechtmäßig ausgesetzt ist. Aufgrund der daraus resultierenden teils irreversiblen Schäden kann dem Antragsteller ein Abwarten auf eine Entscheidung in der Hauptsache nicht zugemutet werden.

Der Anordnungsanspruch wird im Folgenden noch dargelegt und glaubhaft gemacht.

Der Zulässigkeit des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz steht es nicht entgegen, dass der Antragsteller bislang in der Hauptsache noch keine Feststellungsklage erhoben hat, da er gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO bereits zuvor gestellt werden kann. Eine Entscheidung über die noch zu erhebende Feststellungsklage insbesondere noch vor dem Auswahlgespräch des Antragstellers Mitte Februar 2022 ist offensichtlich ausgeschlossen.

Dem Antragsteller fehlt das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis auch nicht deshalb, weil er vor Erhebung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung keinen entsprechenden Antrag bei der Antragsgegnerin gestellt haben. Mit der streitgegenständlichen Vorschrift hat diese bzw. ihre Behörde gerade das Ziel verfolgt, Personen wie dem Antragsteller den Impfstatus zu entziehen. Der Antragsteller weicht auch in keiner Weise vom durchschnittlichen Personenkreis der mit Johnson & Johnson Einfachgeimpften ab, die eine Ausnahmeregelung nur für ihn rechtfertigen würde. Das Stellen eines solchen Antrags wäre daher offensichtlich aussichtslos gewesen und ist dem Antragsteller damit auch nicht zuzumuten.

d.

Der Antragsteller ist auch entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt. Die beanstandete Bestimmung verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG, da die Antragsgegnerin ihm im Gegensatz zu anderen, mit anderen COVID-19-Vakzinen geimpften Personen keinen gültigen Impfnachweis mehr zugesteht und ihn somit nicht mehr als geimpft betrachtet. Mittelbar werden durch die darauf beruhenden Landesvorschriften u. a. seine Allgemeine Handlungsfreiheit, sein Allgemeines Persönlichkeitsrecht, seine Fortbewegungsfreiheit und seine Berufsfreiheit verletzt. Er ist

ferner in seiner körperlichen Unversehrtheit verletzt, da er sich ohne den hier gestellten Antrag ein weiteres Mal, entgegen seines derzeitigen Willens impfen lassen muss, um weiterhin am gesellschaftlichen Leben und insbesondere bei dem Auswahlgespräch teilnehmen zu können. Im Falle des Unterliegens wird er sich, insbesondere um keine beruflichen, aber auch keine weiteren sozialen Nachteile zu erleiden, entgegen seinem Willen einer weiteren Impfung unterziehen.

III.

Der Antrag ist auch begründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht bereits vor Klageerhebung eine einstweilige Anordnung insbesondere zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden.

Da der Sache nach die Gültigkeit einer Rechtsvorschrift im Einzelfall vorübergehend suspendiert werden soll, können für eine darauf ausgerichtete Entscheidung nach § 123 VwGO keine anderen Maßstäbe gelten, als für eine normspezifische einstweilige Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO. Für diese ist allgemein anerkannt, dass eine Interessenabwägung unter Anlegung eines strengen Maßstabs vorzunehmen ist. Die für die einstweilige Anordnung sprechenden Gründe müssen danach grundsätzlich so schwer wiegen, dass deren Erlass unabweisbar erscheint.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 10. Juni 2016 - 4 B 504/16 -, juris, Rn. 24; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 24. Oktober 2002 - 8 S 2210/02 - juris, Rn. 33.

Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind zunächst die Erfolgsaussichten des in der Sache anhängigen

Normenkontrollantrages, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Ergibt diese Prüfung, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. **Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss.** In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der einstweiligen Anordnung - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist.

BVerwG, Beschluss vom 25. Februar 2015 - 4 VR 5/14 -, juris, Rn. 12.

Gemessen an diesem strengen Maßstab ist der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung vorliegend unerlässlich. Die beanstandete

Bestimmung, die den Eingriff in die Grundrechte des Antragstellers begründet, ist offensichtlich rechtswidrig.

1.

§ 2 Nr. 3 SchAusnahmV i. V. m. Webseite des Paul-Ehrlich-Instituts <https://www.pei.de/impfstoffe/covid-19> verstößt in mehrererlei Hinsicht gegen das **Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)**.

a.

In der Ordnung des Grundgesetzes trifft die grundlegenden Entscheidungen das vom Volk gewählte Parlament. In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht daher aus grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) einerseits sowie dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) andererseits die Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet, in allen grundlegenden normativen Bereichen die **wesentlichen Entscheidungen** selbst zu treffen. Wesentlich bedeutet im grundrechtsrelevanten Bereich in der Regel „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“.

Vgl. Graßhof, Nachschlagewerk der Rechtsprechung des BVerfG [kommentierend], Werkstand: 214. EL April 2021, GG Art. 20 Abs. 3 Rechtsstaatsprinzip Nr. 250 f.

Das Parlament hat das Bundesgesundheitsministerium durch § 28c IfSG zur Entscheidung darüber, wer als geimpft gilt, ermächtigt. Diese Entscheidung hat aufgrund der zahlreichen Verweise sowohl im Bundes- als auch Landesrecht, massive Auswirkungen auf alle Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger. Indem die Regelung dieser Frage auf eine **nachgeordnete Behörde**, deren demokratische Legitimation in keiner Weise vergleichbar mit Parlament und Regierung ist, ausgelagert wird, wird die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte **Wesentlichkeitstheorie** verletzt.

Wie problematisch diese Regelungstechnik ist, und wieso Wesentliches gewählte Volksvertreter*innen zu regeln und zu verantworten haben, hat sich in den vergangenen Tagen auf eindruckliche Weise gezeigt:

Weder die Mitglieder des Bundesrats noch der Bundesgesundheitsminister selbst schienen vorab über die anstehende Neuregelung, die Millionen von Menschen faktisch von heute auf morgen nahezu rechtlos stellte, informiert worden zu sein:

„Dieses Verhalten hat viel Vertrauen zerstört, nicht nur bei mir. Das ist egal. Sondern bei vielen Menschen im Land“, schimpfte Hessens Ministerpräsident Volker Bouffier (70, CDU), wie BILD von Teilnehmern erfuhr.

Thüringens Regierungschef Bodo Ramelow (65, Linke) sprach Lauterbach direkt an, zeigte sich enttäuscht: „Ich habe persönlich mit Dir, Karl, gesprochen.“ Auch Mecklenburg-Vorpommerns SPD-Ministerpräsidentin Manuela Schwesig (47) kritisierte den Vorgang als „unglücklich“.

Hintergrund: Am 14. Januar hatte Lauterbach den Ministerpräsidenten im Bundesrat versprochen, dass sie über Änderungen des Genesenenstatus rechtzeitig informiert würden. Doch es kam anders. Nur wenige Stunden nach der Bundesratssitzung änderte das Robert Koch-Institut (RKI) überraschend die Gültigkeit des Genesenenstatus – von sechs auf drei Monate.

Kleinlaut bat Lauterbach die Länderchefs um Entschuldigung für das Kommunikations-Desaster. Auch er habe die Informationen erst spät erhalten und sei erst nach seiner Ansprache im Bundesrat durch das RKI informiert worden. Dennoch sei die

Entscheidung, den Genesenenstatus zu verkürzen, in der Sache richtig gewesen, so Lauterbach weiter.

Noch in der aktuellen Beschlussvorlage zum Corona-Gipfel (liegt BILD vor) heißt es: Die Regierungschefs begrüßen, dass Veränderungen beim Genesenen- und Geimpftenstatus „künftig rechtzeitig vor ihrem Inkrafttreten“ angekündigt und begründet werden.“

Vgl. <https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/corona-gipfel-lauterbach-voll-angriff-der-laenderchefs-gegen-karl-lauterbach-78925070.bild.html>

Es drängt sich damit der Eindruck einer im Grundgesetz nicht vorgesehenen Expertokratie auf, wonach das Paul-Ehrlich-Institut und das Robert Koch-Institut inzwischen die wahren Verordnungsgeber sind und nicht mehr die Bundesregierung. Dabei findet sich auf der Webseite des PEI noch nicht einmal eine Begründung für die Änderung, die den Antragsteller nahezu rechtlos stellte.

Die Verschiebung der Verantwortung kann auch nicht mit dem Umstand, dass das RKI selbstständig Hochrisiko- und Virusvariantengebiete bestimmt, verglichen werden, da hierbei wissenschaftliche Parameter objektiv erkennbar sind und zudem greift diese Einordnung **erheblich niedrigschwelliger** in die Grundrechte der Betroffenen ein. Sie hat damit nicht annähernd dieselbe Wirkung wie die hiesigen Änderungen, die über die Möglichkeit zur Teilnahme am öffentlichen Leben entscheiden und in den Fällen der einrichtungsbezogenen Impfpflicht sogar zu einem faktischen Berufsverbot führen können.

Auch der Staatsrechtslehrer Markus Ogorek sieht einen bloßen Verweis auf die Internetseiten nachgeordneter Bundesbehörden „äußerst kritisch“. Gegenüber WELT sprach er von einem „zweifelhaften

Vorgehen“. Wichtige Entscheidungen müssten vom Parlament oder zumindest im Verordnungswege von der Exekutive getroffen werden. In einem solchen Fall bestünden keine Zweifel an der demokratischen Legitimation, und die getroffenen Entscheidungen würden in einem formalisierten Verfahren erlassen, das in einer **amtlichen Bekanntgabe** des Rechtssatzes mündet: „Auch wenn nicht alle Bürger regelmäßig das Bundesgesetzblatt oder den Bundesanzeiger studieren, so müssen sie sich doch darauf verlassen können, dort die für sie verbindlichen Anordnungen zu finden. Die amtliche Bekanntgabe ist keine Bagatelle, sondern Ausdruck formalisierter Rechtsstaatlichkeit und stärkt die Verbindlichkeit der Normen.“

Vgl.

<https://www.welt.de/politik/deutschland/plus236344739/Verkuerzter-Genesenenstatus-Heftige-Kritik-an-Lauterbach-Coup.html>

Es ist mithin zu konstatieren, dass die Veröffentlichung der Kriterien für Impfnachweise auf der Webseite des PEI auch keine amtliche Bekanntgabe ersetzt, sie verstößt vielmehr gegen die Grundsätze der **Rechtsklarheit** und **Rechtssicherheit**. Den Normadressat*innen kann ersichtlich nicht zugemutet werden, täglich eine Webseite aufzurufen, um zu überprüfen, ob sie noch als geimpft gelten (vgl. <https://www.juwiss.de/32-2021/>; VGH München, Beschluss v. 26.01.2021 – 20 NE 21.162 Rn. 16).

Betroffen von der hier beanstandeten Regelung sind Übrigens ca. 3,6 Millionen mit Johnson & Johnson Geimpfte; sie haben über Nacht entweder – wie hier der Antragsteller – ihren Status als „geimpft“ oder ihren Status als „geboostert“ verloren.

<https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/corona-johnson-johnson-booster-status-100.html>

Abschließend ist festzuhalten, dass die Antragsgegnerin die Entscheidung über die Kriterien von Impfnachweisen, jedenfalls soweit sie wie hier massiven Grundrechtseinschränkungen nach sich ziehen, keiner nachgeordneten Behörde überantworten darf, da sie so gegen die Wesentlichkeitslehre verstößt. Zudem genügt der Verweis auf die Webseite nicht den Anforderungen, die an eine amtliche Bekanntgabe zu stellen sind.

b.

Das Rechtsstaatsprinzip verlangt ferner, dass Rechtsnormen, insbesondere mit schwerwiegenden Auswirkungen auf Grundrechtsträger, so rechtzeitig verkündet werden, dass sich betroffene Bürger*innen und Unternehmen darauf in zumutbarer Weise einstellen können. Dass eine Neuregelung aufgrund von Politikeräußerungen o. ä. erahnbar sein könnte, ist keine Rechtfertigung für eine fehlende Vorlaufzeit. Denn verbindlich ist lediglich die Rechtsnorm und nicht deren Ankündigung.

Vgl. <https://www.welt.de/debatte/plus236195656/Markus-Soeder-und-der-Trick-mit-den-Corona-Verordnungen-nach-Feierabend.html>

Auch die seit Oktober 2021 bestehende STIKO-Empfehlung einer Zweitimpfung nach Johnson & Johnson war nicht rechtsverbindlich. Auf der Webseite des Paul-Ehrlich-Instituts selbst findet sich der Hinweis: „Änderungen der Kriterien werden an dieser Stelle mit angemessener Frist bekannt gemacht.“ Daran hat sich das Institut allerdings bekanntermaßen nicht gehalten.

Es hätte hier offenkundig zumindest einer angemessenen **Übergangsfrist** von wenigstens vier Wochen bedurft. Diese ist notwendig, da es den Betroffenen, so auch dem Antragsteller, möglich sein muss, ärztlichen Rat einzuholen, ggf. einen Impftermin zu

vereinbaren oder – wie hier – eine juristische Überprüfung anzustrengen. Zu berücksichtigen ist hier auch, dass erst 14 Tage nach der zweiten Impfung die Impfung nach Angaben des PEI als abgeschlossen gilt.

https://www.pei.de/DE/newsroom/dossier/coronavirus/coronavirus-inhalt.html?nn=169730&cms_pos=3

c.

Aus der individuellen Sicht der Bürger*innen bedeutet Rechtssicherheit vor allem **Vertrauensschutz**. Dieser Grundsatz schützt das Vertrauen der Bürger*innen in die Kontinuität von Recht im Sinne individueller Erwartungssicherheit. Im Bereich der Exekutive hat sich schon früh im Zusammenhang mit dem Widerruf rechtmäßiger bzw. der Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte der Grundsatz herausgebildet, dass ein schutzwürdiges Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand eines ihn begünstigenden Hoheitsaktes dessen Beseitigung entgegenstehen kann, selbst wenn sie grundsätzlich zulässig und nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sogar geboten wäre.

Vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 95. EL Juli 2021, GG Art. 20 Rn. 69, 95.

Dies äußert sich im Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung sowie der Bestimmung des § 49 VwVfG, die hier analog herangezogen werden kann:

Demnach genießt ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt Bestandsschutz, wenn der Begünstigte von einer durch den Verwaltungsakt begründeten Vergünstigung Gebrauch gemacht hat. Damit wird ein schon vor dem VwVfG anerkannter Faktor des Vertrauensschutzes, das sog. Insverksetzen, aufgegriffen.

vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 49 Rn. 76.

Es droht vorliegend auch kein Schaden für wichtige Gemeinschaftsgüter, da nach Angaben des RKI bereits ab 15 Wochen nach einer zweiten Impfung gegen COVID-19 kein ausreichender Schutz gegen die Omikron-Variante besteht:

<https://www.ndr.de/ratgeber/gesundheit/Corona-trotz-Booster-Wie-schlimm-sind-Impfdurchbrueche,impfdurchbrueche100.html>;
https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html

Aktuell gelten aber auch Menschen, deren zweite Impfung länger als 15 Wochen her ist als geimpft, obwohl sie faktisch keinen ausreichenden Impfschutz mehr haben, und sind damit Inhaber*innen eines gültigen Impfnachweises.

Zurecht fühlen sich Betroffene der Johnson & Johnson Einmalimpfung nun betrogen – sie sind in besonderem Maße benachteiligt (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Als Schmitz von der Neuregelung erfuhr, fühlte er sich hilflos, frustriert und betrogen – auch von Bundesgesundheitsminister Lauterbach, der für Johnson & Johnson geworben hatte: Nur einmal impfen lassen, dann sei es vorbei. **Stattdessen sind mit Johnson & Johnson Geimpfte nun besonders benachteiligt: Sie brauchen zunächst eine mRNA-Impfung und müssen anschließend vierzehn Tage abwarten, bevor sie wieder geimpft im rechtlichen Sinne sind.**

„Aber wer garantiert mir, dass 2G nicht bald nur noch für Geboosterte gilt?“, fragt Schmitz. Wenn die Erstimpfung mit

Johnson & Johnson erfolgt ist, soll laut aktualisierter Empfehlung der Ständigen Impfkommission (Stiko) vom 20. Januar frühestens drei Monate nach der Zweitimpfung geboostert werden. Bis dahin wäre Schmitz also wieder vom öffentlichen Leben ausgeschlossen – und das mitten in der Masterarbeit. Sollte er dann vor die Tür gesetzt werden, befürchtet er, sich beruflich gleich komplett umorientieren zu müssen.“

Vgl. <https://www.welt.de/politik/plus236494303/Johnson-Johnson-Plotzlich-ungeimpft.html>

2.

Die Ungleichbehandlung zwischen **einfach** mit Johnson & Johnson Geimpften und anderen Geimpften, die sich aus § 2 Nr. 3 SchAusnahmV i. V. m. Webseite des Paul-Ehrlich-Instituts <https://www.pei.de/impfstoffe/covid-19> ergibt, ist nicht gerechtfertigt.

Laut Webseite der Europäischen Arzneimittel-Agentur (EMA) wird Johnson & Johnson als **Einmaldosis** verabreicht und ein **Booster** erst zwei Monate danach empfohlen: <https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/covid-19-vaccine-janssen>. Der Booster ist lediglich optional und es lässt sich hieraus **kein 2er-Impfschema** ableiten.

Damit setzt sich das PEI bzw. der Verordnungsgeber nicht nur über die Zulassung des Impfstoffes hinweg, sondern knüpft daran sogar erhebliche Nachteile.

Auch Janssen kann die Entscheidung des Paul-Ehrlich-Instituts nicht nachvollziehen. Der Impfstoffhersteller von Johnson & Johnson teilte gegenüber der WELT mit:

„Wir bedauern, dass es für viele Menschen in Deutschland, die mit dem Covid-19-Impfstoff von Janssen geimpft wurden, jetzt zu Irritationen gekommen ist. Die Entscheidung des Paul-Ehrlich-Instituts kommt für uns insofern unerwartet, da nach unserer Auffassung ein solches Vorgehen den Zulassungsbestimmungen der Europäischen Arzneimittel-Agentur, die EU-weit Gültigkeit haben, widerspricht.“ Man sei im Dialog mit den zuständigen Behörden, um die Beweggründe zu verstehen.“

Vgl. <https://www.welt.de/politik/plus236494303/Johnson-Johnson-Plötzlich-ungeimpft.html>

Der Impfstoff Johnson & Johnson hat weiterhin eine hohe Wirksamkeit gegen schwere Verläufe und darauf kommt es letztlich für die Frage der ausreichenden Grundimmunisierung an. Der Focus berichtete am 10. Januar 2022:

„Carsten Watzl, Generalsekretär der Deutschen Gesellschaft für Immunologie, hatte vor einiger Zeit noch betont, dass der Johnson & Johnson-Impfstoff sehr wohl vor einer schweren Corona-Erkrankung schützen könne. [...]

Und auch der Hersteller teilte Anfang Juli mit, der Impfstoff rufe auch gegen die Varianten noch eine „starke“ Immunantwort hervor. Das hätte eine Studie gezeigt. „Wir glauben, dass dieser Impfstoff das tut, wofür er entwickelt wurde, nämlich zu verhindern, dass Menschen ins Krankenhaus gehen und sie auf der Intensivstation sterben und sterben“, erklärte Studien-Co-Autorin Linda-Gail Bekker der „New York Times“. Das bestätigt erst am Donnerstag eine große Auswertung aus den USA.

Bei den geimpften Teilnehmern der Hersteller-Studie, bei denen Durchbruchinfektionen aufgetreten waren, hätten diese in 96

Prozent der Fälle lediglich zu leichten Symptomen geführt. In weniger als 0,05 Prozent der Fälle sei es zu schweren Verläufen oder Todesfällen gekommen.“

Vgl. https://www.focus.de/gesundheit/news/johnson-johnson-laut-stiko-ungenuegend-vier-dinge-sollten-geimpfte-nun-wissen_id_24315995.html

Die New York Times hat im August 2021 über eine hohe Wirksamkeit gegen die Delta-Variante berichtet:

„A single dose of the Covid-19 vaccine made by Johnson & Johnson is highly effective in preventing severe illness and death from the Delta and Beta variants of the coronavirus, data from a clinical trial in South Africa suggest.

The study is the first real-world test of the vaccine’s efficacy against Delta, a highly contagious variant of the virus surging across the United States and much of the world. South Africa’s Ministry of Health reported these preliminary results at a news conference on Friday. The data have not yet been peer-reviewed or published in a scientific journal.

In the trial, called Sisonke, the researchers evaluated one dose of the Johnson & Johnson vaccine in nearly 500,000 health care workers, who are at high risk of Covid-19. The vaccine has an efficacy of up to 95 percent against death from the Delta variant, and up to 71 percent against hospitalization, the researchers reported. (The vaccine did slightly worse against the Beta variant, which is thought to be more adept at sidestepping the immune response than Delta.)

“We believe this vaccine is doing what it was designed to do, which was to stop people going to hospital and stop them ending

in I.C.U.s and dying,” said Dr. Linda-Gail Bekker, co-lead of the study and director of the Desmond Tutu H.I.V. Centre at the University of Cape Town.

The results suggest that people who have received one dose of the Johnson & Johnson vaccine don't need a booster shot, Dr. Bekker said.”

Vgl. <https://www.nytimes.com/2021/08/06/science/johnson-delta-vaccine-booster.html>

In der weiteren Studie vom 07. Oktober 2021 heißt es:

„The effectiveness of the Ad26.COV2.S vaccine was 68% (95% CI, 50 to 79) against laboratory-confirmed SARS-CoV-2 infection leading to hospitalization and 73% (95% CI, 59 to 82) against infection leading to an emergency department or urgent care clinic visit.”

Vgl. <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa2110362>

Die aktuelle Regelung berücksichtigt auch nicht, dass bei den vielen zweifach geimpften Bürger*innen, die sich gegen den für sie freiwilligen Booster entschieden haben, die Immunität, insbesondere gegen Omikron (vgl. oben), wesentlich niedriger sein dürfte als bei frisch mit Johnson & Johnson Geimpften.

Die Ungleichbehandlung ist somit sachlich nicht begründet. Dem Antragsteller wird gleichheitswidrig eine Begünstigung vorenthalten bzw. diese ihm gleichheitswidrig entzogen.

Die Ungleichbehandlung ist auch nicht verhältnismäßig, da sie angesichts der fehlenden Notwendigkeit einer Zweifachimpfung aus wissenschaftlicher Sicht unangemessen schwerwiegende Auswirkungen

auf die Gestaltung von Privat- und des Berufsleben der Betroffenen hat. Wie oben bereits ausgeführt, ist der Antragsgegner massiv in seinem Familien- Freizeit und Berufsleben eingeschränkt.

[REDACTED]

Die sich so entfaltende indirekte Impfpflicht verletzt den Antragsteller in seinem Recht auf Selbstbestimmung über die körperliche Integrität sowie in seinem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Dieser Eingriff lässt sich schon deshalb nicht rechtfertigen, da die Covid-19-Impfung keinen Fremdschutz im Sinne einer sterilen Immunität vermitteln (<https://www.deutschlandfunk.de/impfstrategie-fuer-corona-100.html>), sondern in erster Linie, wenn nicht gar ausschließlich, ein Selbstschutz darstellt.

Die Juristin Prof. Dr. Katrin Gierhake arbeitete bereits im Mai 2021 Kriterien für eine staatliche Impfpflicht heraus (ZRP 2021, 115, 116), die hier allesamt **nicht** vorliegen:

1. Es müsste die Notwendigkeit der flächendeckenden Impfung bestehen (also eine Bedrohungslage, die die Inpflichtnahme der gesamten Bevölkerung gestattet).
2. Die Impfstoffe müssten effektiv Infektionen verhindern und damit auch die Weitergabe des Virus an andere, weil der reine Selbstschutz keine Impfpflicht begründen kann.
3. Die Impfstoffe müssten idealerweise ein Leben lang Schutz vor Infektionen bzw. vor der Weitergabe des Virus bieten.
4. Die Impfstoffe dürften keine oder nur geringe Nebenwirkungen haben.
5. Dies müsste nicht nur für die unmittelbare Verträglichkeit in den ersten Wochen nach der Impfung, sondern auch im Hinblick auf Langzeitfolgen erwiesen sein.

Bei summarischer Prüfung sind diese Voraussetzungen zum jetzigen Zeitpunkt entweder klar zu verneinen oder im Hinblick auf noch fehlende empirische Erkenntnisse nicht mit Gewissheit zu bejahen oder zu verneinen: Da es auch und gerade bei den meisten Risikogruppen nach derzeitigem Wissenstand keine Kontraindikationen für eine Impfung zum Selbstschutz gibt (insb. können und sollen sich auch ältere und vorerkrankte Personen nach Aussage des RKI/der STIKO impfen lassen),⁸ ist eine Bedrohungslage, die eine Impfpflicht rechtfertigen würde, eher zu verneinen. Ob die Impfstoffe Infektionen und die Weitergabe des Virus verhindern, ist zurzeit nicht erwiesen.⁹ Dasselbe gilt für die Frage, für wie lange eine Impfung ihre Schutzwirkung entfaltet. Im Hinblick auf die Nebenwirkungen stehen durchaus erhebliche, nicht nur geringe Nebenwirkungen im Raum.¹⁰ Langzeitstudien gibt es wegen der vergleichsweise kurzen Zulassungsphasen bisher nicht, so dass keine Aussagen über mögliche Spätfolgen der Impfungen möglich sind.¹¹

Sie weist in ihrem Fazit ferner darauf hin, dass es die Aufgabe des Staates sei, die **Freiwilligkeit der individuellen Impfscheidung** zu gewährleisten.

Genau diese ist hier aber gerade bedroht. Der Antragsteller möchte sich derzeit nicht noch einmal impfen lassen und hat somit bei der herrschenden Rechtslage lediglich die „Wahl“, seine berufliche Zukunft zu gefährden und sein Familienleben aufs Spiel zu setzen oder sich entgegen seinem ausdrücklichen Willen alsbald erneut impfen zu lassen.

Äußerst kritisch zur inzwischen erwogenen Impfpflicht äußerte sich auch der Chefredakteur der LTO am 26.01.2022 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-impfpflicht-grundrechte-verfassungswidrig-verfassungsmaessig-omikron/>) und auch die Rechtsprofessorin Frauke Rostalski, die sich als eine von vier Ethikrat-Mitgliedern gegen eine Impfpflicht ausgesprochen hat erläuterte jüngst umfassend ihre Rechtsansicht (<https://www.berliner-zeitung.de/politik-gesellschaft/ethikrat-professorin-die-gewichtigen-gruende-die-gegen-impfpflicht-sprechen-li.204832>).

Dem 35-jährigen Antragsteller ist eine zweite, letztlich nicht freiwillige, Impfung im Ergebnis nicht zuzumuten.

Dies auch vor dem Hintergrund, dass davon auszugehen ist, dass der Antragsteller durch die Impfung bereits eine Grundimmunisierung erworben hat und so in Verbindung mit seinem jungen Alter ein

schwerer Verlauf einer COVID-19-Erkrankung so gut wie ausgeschlossen ist und auf der anderen Seite aber jede Impfung erneut das Risiko von Nebenwirkungen in sich birgt.

Schließlich weist die Antragsgegnerin selbst darauf hin, dass statistisch bei einem von 5000 Geimpften eine „schwerwiegende Nebenwirkung“ auftritt. Damit handelt es sich zwar um eine „seltene“, aber dafür umso gravierendere Nebenwirkung (https://www.facebook.com/Bundesregierung/posts/4587120738046293&show_text=true&width=500).

Diesem Risiko darf der Antragsteller nicht erzwungenermaßen ausgesetzt werden.

3.

Die aus § 2 Nr. 3 SchAusnahmV i. V. m. i. V. m. Webseite des Paul-Ehrlich-Instituts <https://www.pei.de/impfstoffe/covid-19> resultierende Ungleichbehandlung ist im Ergebnis formell und materiell rechtswidrig; dem Eilantrag ist daher vollumfänglich stattzugeben.

IV.

Da insbesondere in Hinblick auf das anstehende Auswahlgespräch der effektive Rechtsschutz zu versagen droht, wird beantragt,

1. der Antragsgegnerin eine Frist zur Stellungnahme bis längstens zum 31.01.2022 einzuräumen;
2. den Antragsteller über die seitens des Senats erfolgte Fristsetzung in Kenntnis zu setzen.

Die Frist ist angemessen, da der Antrag nicht nur aufgrund der Verstöße gegen das Rechtsstaatsprinzip offensichtlich begründet ist,

sondern auch bewusst knappgehalten wurde und andernfalls fachgerichtlicher Rechtsschutz kaum mehr zu erlangen wäre.

Diesseits wird zudem zugesichert, binnen 24 Stunden nach Übermittlung der Stellungnahme abschließend zu replizieren.

Jessica Hamed
Rechtsanwältin