

Universität Mannheim · Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre
Juniorprofessor Dr. Nils Schaks · Schloss Westflügel · 68131 Mannheim

Mannheim, den 22. Oktober 2019

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Gesundheit
Herrn Erwin Rüddel (Vorsitzender), MdB
Paul-Löbe-Haus
Konrad-Adenauer-Straße 1
10557 Berlin

Schriftliche Stellungnahme
zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Entwurf eines Gesetzes für den Schutz vor Masern
und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz)“
vom 23.09.2019 [BT-Drs. 19/13452]

A. Einleitung

Der Entwurf eines Gesetzes für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz) vom 23.09.2019 [BT-Drs. 19/13452¹] sieht u.a. die Einführung einer gesetzlichen Impfpflicht durch Änderung des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) vor.

Art. 1 Nr. 8 lit. e) Masernschutzgesetz-Entwurf i.d.F. des Fachlichen Änderungsantrags 5 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 16.10.2019 (Deutscher Bundestag, Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdrs. 19(14)111.2) sieht folgende Neu-Regelung in § 20 Abs. 8 IfSG vor:

„¹Nach 1970 geborene Personen müssen einen nach den Maßgaben von Satz 2 ausreichenden Impfschutz gegen Masern oder eine Immunität gegen Masern aufweisen:

1. Personen, die in einer Gemeinschaftseinrichtung nach § 33 Nummer 1 bis 3 betreut werden,
2. Personen, die bereits vier Wochen
 - a) in einer Gemeinschaftseinrichtung nach § 33 Nummer 4 betreut werden oder
 - b) in einer Einrichtung nach § 36 Absatz 1 Nummer 4 untergebracht sind, und
3. Personen, die in Einrichtungen nach § 23 Absatz 3 Satz 1, § 33 Nummer 1 bis 4 oder § 36 Absatz 1 Nummer 4 Tätigkeiten ausüben.

¹ Hier und im Folgenden wird Bezug genommen auf die elektronische Vorabfassung.

²Ein ausreichender Impfschutz gegen Masern ist vorhanden, wenn ab der Vollendung des 1. Lebensjahres mindestens eine Schutzimpfung und ab der Vollendung des 2. Lebensjahres mindestens zwei Schutzimpfungen gegen Masern bei der betroffenen Person durchgeführt wurden.“

Der zu erlassende § 20 Abs. 8 Satz 2 und 3 IfSG i.d.F. des Gesetzentwurfs der Bundesregierung wird infolge des Fachlichen Änderungsantrags 5 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 16.10.2019 (Deutscher Bundestag, Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdr. 19(14)111.2) zu dem zu erlassenden § 20 Abs. 8 Satz 3 und 4 IfSG. Diese beiden Sätze lauten wie folgt:

„³Satz 1 gilt auch, wenn zur Erlangung von Impfschutz gegen Masern ausschließlich Kombinationsimpfstoffe zur Verfügung stehen, die auch Impfstoffkomponenten gegen andere Krankheiten enthalten.

⁴Satz 1 gilt nicht für Personen, die aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht geimpft werden können.“

Zur Vereinfachung der Formulierung ist im Folgenden von § 20 Abs. 8 Satz 1 – 4 IfSG-E die Rede.

Damit bewirkt die aktuelle Entwurf-Fassung eine Verpflichtung, sich oder sein Kind impfen zu lassen bzw. zumindest aber Rechtsnachteile im Falle der Nichtbeachtung. Aus diesem Grund wird die Regelung im Gesetzentwurf selbst als „Impfpflicht“ bezeichnet.² Es erfolgt aber keine zwangsweise Durchsetzung der Schutzimpfung.³ Darüber hinaus regelt der Entwurf: „Eine Person, die einer gesetzlichen Schulpflicht unterliegt, kann in Abweichung von Satz 6 in Gemeinschaftseinrichtungen nach § 33 Nummer 3 betreut werden.“⁴

Hierauf bauen weitere Regelungen auf, wie etwa Nachweispflichten über den Masernschutz gegenüber der Leitung der jeweiligen Einrichtung, die Einschaltung der Gesundheitsämter und Nachweispflichten gegenüber den Gesundheitsämtern.⁵

Bereits im Hinblick auf den Referentenentwurf vom 03.05.2019⁶ wurden verfassungsrechtliche Bedenken geäußert. Diese werden teilweise auch gegen den Gesetzentwurf der

² BT-Drs. 19/13452, S. 2, 26, 31, 37, 56, 58. Siehe zum Begriff auch Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 35 – 37, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

³ BT-Drs. 19/13452, S. 2, 25.

⁴ So § 20 Abs. 9 Satz 9 IfSG-E i.d.F. des Fachlichen Änderungsantrags 5 Nr. 1 lit. b) der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 16.10.2019 (Deutscher Bundestag, Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdr. 19(14)111.2).

⁵ Vgl. Art. 1 Nr. 8 lit. e) Masernschutzgesetz-Entwurf i.d.F. des Fachlichen Änderungsantrags 5 Nr. 1 lit. b) – e) der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 16.10.2019 (Deutscher Bundestag, Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdr. 19(14)111.2).

⁶ Abrufbar nebst Stellungnahmen unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/guv-19-lp/stellungnahmen-refe/masernschutzgesetz.html>, abgerufen am 21.10.2019.

Bundesregierung vorgetragen.⁷ Im Wesentlichen wird vorgebracht, dass die gesetzliche Verpflichtung, einen Nachweis über eine Masernschutzimpfung zu erbringen (Art. 1 Nr. 8 lit. e) Masernschutzgesetz-Entwurf i.d.F. des Fachlichen Änderungsantrags 5 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 16.10.2019 (Deutscher Bundestag, Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdrs. 19(14)111.2)) einen so schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der zu impfenden Personen und ggf. ihrer Erziehungsberechtigten darstelle, dass dieser verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen sei.

Gegenstand dieser schriftlichen Stellungnahme ist die Vereinbarkeit der sog. Impfpflicht, wie sie in Art. 1 Nr. 8 lit. e) Masernschutzgesetz-Entwurf i.d.F. des Fachlichen Änderungsantrags 5 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 16.10.2019 (Deutscher Bundestag, Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdrs. 19(14)111.2) vorgesehen ist, mit den Grundrechten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit), Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG (Erziehungsrecht der Eltern).

Berücksichtigung für die hiesige Stellungnahme konnten finden der Entwurf eines Gesetzes für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz) vom 23.09.2019 [BT-Drs. 19/13452], die Änderungsanträge der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zu diesem Gesetzentwurf vom 16.10.2019 (Deutscher Bundestag, Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdrs. 19(14)111.1 sowie 19(14)111.2), die Stellungnahme des Bundesrats vom 20.09.2019 (BR-Drs. 358/19), die Gegenäußerung der Bundesregierung vom 09.10.2019 (BT-Drs. 19/13826) sowie die Anträge der Fraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 08.05.2019 (BT-Drs. 19/9960) und der FDP vom 16.10.2019 (BT-Drs. 19/14061).

B. Zur Verfassungsmäßigkeit der sog. Impfpflicht

In einem ersten Schritt wird die Impfpflicht an dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) der zu impfenden Personen gemessen (I.). Sodann wird speziell auf die Zulässigkeit der Verpflichtung zur Verwendung von Kombinationsimpfstoffen eingegangen (II.). Drittens wird die Vereinbarkeit mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG untersucht (III.). Abschließend wird die Impfpflicht am Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gemessen (IV.).

I. Vereinbarkeit der Impfpflicht mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Impfpflichten stellen Eingriffe in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit dar.⁸ Eingriffe sind nicht per se grundrechtswidrig, sie sind rechtfertigungsbedürftig, aber auch

⁷ Siehe zu den Stellungnahmen insgesamt:

<https://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoerungen/stellungnahmen-inhalt-661372>, abgerufen am 21.10.2019.

⁸ Vgl. BVerwGE 9, 78 (79); *Lang*, in: BeckOK-GG, Art. 2 Rn. 58 (41. Edition, Stand: 15.02.9); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Auf. 2018, Art. 6 Rn. 59; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 Abs. 2 Rn. 64 (Stand der Bearbeitung: 43. Lfg., Februar 2004); *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 47.

rechtfertigungsfähig.⁹ Erst wenn eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ausscheidet, steht fest, dass eine Grundrechtsverletzung vorliegt.

Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG stellt einen Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit dar. Das Grundgesetz lässt damit Eingriffe in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit ausdrücklich zu. Dies allein reicht jedoch für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung nicht aus. Das eingreifende Gesetz muss auch verhältnismäßig sein.¹⁰ Auf die Verhältnismäßigkeit beziehen sich im Wesentlichen die Einwände gegen die Impfpflicht.¹¹

Verhältnismäßig ist ein Gesetz dann, wenn der Gesetzgeber einen legitimen Zweck (1.) mit einem legitimen Mittel (2.) verfolgt und das Mittel geeignet (3.), erforderlich (4.) und angemessen (5.) zur Zweckerreichung ist.¹²

1. Legitimer Zweck

Der legitime Zweck, der mit dem Masernschutzgesetz verfolgt wird, ist der Gesundheitsschutz der Bevölkerung durch die Verhinderung der Masernerkrankung und ihrer etwaigen Folgeerkrankungen.¹³ Über die jeweilige Immunisierung des einzelnen Impflings hinaus führt eine hinreichende Durchimpfungsquote (95%) zur sog. Herdenimmunität.¹⁴ Das bedeutet, dass auch solche Personen, die nicht selbst geimpft wurden, geschützt werden können. Dies betrifft vor allem Kleinstkinder, die noch zu jung für eine Impfung sind, aber auch Personen, die aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden können.¹⁵

Die Grundrechte stellen nicht nur Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat dar, sondern sie verpflichten den Staat auch, sich schützend und fördernd vor die Grundrechte zu stellen, auch vor Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.¹⁶ Diese Schutzwürdigkeit trifft den Staat schon bei bloßen

⁹ *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Vorb. zu Abschnitt I Rn. 78; *Sodan*, in: Sodan (Hrsg.), GG, Vorb. Art. 1 Rn. 50.

¹⁰ *Sodan*, in: Sodan (Hrsg.), GG, Vorb. Art. 1 Rn. 60.

¹¹ Vgl. *Rixen*, Verfassungsfragen der Masernimpfpflicht: Ist die Impfpflicht nach dem geplanten Masernschutzgesetz verfassungswidrig?, Rechtsgutachten vom 11.10.2019, abrufbar unter <https://individuelle-impfentscheidung.de/impfpflicht/verfassungsgutachten-ver%C3%B6ffentlicht-das-masernschutzgesetz-w%C3%A4re-verfassungswidrig.html>, abgerufen am 22.10.2019.

¹² *Katz/Sander*, Staatsrecht, 19. Aufl. 2019, Rn. 701; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 35. Aufl. 2019, Rn. 330 und 340.

¹³ BT-Drs. 19/13452, S. 1 f.

¹⁴ RKI, Epidemiologisches Bulletin, Nr. 10/2015 vom 09.03.2019, S. 69. Vgl. Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 20 – 22, 23 f., abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

¹⁵ Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 21, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

¹⁶ BVerfGE 39, 1 (41); 46, 160 (164); 115, 25 (44 f.). Hierzu *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 76 – 90.

Gesundheitsgefährdungen¹⁷. Hierunter fällt auch der Schutz vor Infektionskrankheiten.¹⁸ Masern sind eine der ansteckendsten Krankheiten überhaupt,¹⁹ sie sind nicht therapierbar,²⁰ führen oft zu Hospitalisierungen und können tödlich verlaufen.²¹ Ihre Gefährlichkeit kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass sie eine Krankheit ist, die gem. § 6 Abs. 1 lit. i) IfSG namentlich gemeldet werden muss.²²

Sowohl bei Säuglingen, die zu jung für eine Impfung sind, als auch bei Personen, die an schwerwiegenden Erkrankungen leiden, handelt es sich um besonders schwache Personengruppen. Somit kommt zum Gesundheitsschutz zusätzlich auch das Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG als rechtfertigender Belang hinzu. Denn das Sozialstaatsprinzip fordert den Gesetzgeber auf, für eine gerechte Sozialordnung und insbesondere den Schutz der Schwachen zu sorgen.²³

Es ist zwar umstritten, inwieweit aus Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes, wie z.B. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, materiale Rechtsfolgen hergeleitet werden können.²⁴ Zumindest kann man aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG ableiten, dass dem Verfassungsgeber der Schutz der Bevölkerung vor übertragbaren Krankheiten ein bedeutsames Anliegen war, weshalb es zu der gegenwärtigen Normierung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG kam.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der Gesundheitsschutz der Bevölkerung, zudem der von vulnerablen Personengruppen, ein hohes Gut darstellt, welches Verfassungsrang genießt.

Ein legitimer Zweck liegt somit vor.

2. Legitimes Mittel

Grundsätzlich darf der Gesetzgeber jedes Mittel einsetzen, sofern es nicht von der Verfassung verboten wird.²⁵ Die Impfpflicht ist nicht von Verfassungs wegen verboten. Sie ist damit ein legitimes Mittel.

¹⁷ Lang, in: BeckOK-GG, Art. 2 Rn. 82a (41. Edition, Stand: 15.02.2019).

¹⁸ Vgl. nur BVerfG, NJW 1987, 2287; Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 207.

¹⁹ Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 13 m.w.N., abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019; RKI, Epidemiologisches Bulletin, Nr. 32/2010 vom 16.08.2010, S. 316. Schuster/Kreth, in: Speer/Gahr (Hrsg.), Pädiatrie, 4. Aufl. 2012, S. 354 sprechen auch von einer Übertragung „aerogen durch Luftzug“. Hiervon geht auch aus BT-Drs. 14/2530, S. 60.

²⁰ Liese/Wintergeist, in: Reinhardt/Nicolai/Zimmer (Hrsg.), Therapie der Krankheiten im Kindes- und Jugendalter, 9. Aufl. 2014, S. 265; Neumann, Gynäkologe 2000 (33), 583 (585).

²¹ Vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin, Nr. 32/2010 vom 16.08.2010, S. 316.

²² Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 13, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

²³ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. VIII Rn. 1 m.w.N. (Stand: 73. Lfg., Dezember 2014).

²⁴ Vgl. Pieroth, AöR 114 (1989), 422 ff.

²⁵ Kingreen/Poscher, Grundrechte, 35. Aufl. 2019, Rn. 330 f.

Verschiedene Gerichte, darunter der Bundesgerichtshof (BGH) und das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), haben bereits entschieden, dass die damalige Impfpflicht gegen die Pocken verfassungsgemäß war.²⁶ Wäre die Impfpflicht ein verfassungswidriges Mittel, hätte die Verfassungsmäßigkeit nicht festgestellt werden können.

Dies entspricht auch der Auffassung des Verfassungsgebers. Zum Zeitpunkt der Beratungen im Parlamentarischen Rat bestand die Impfpflicht gegen Pocken und es war einhellige Ansicht, dass das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit an dieser Pflicht nichts ändern solle.²⁷ Dabei belassen es die Beratungen im Parlamentarischen Rat jedoch nicht. Vielmehr wurde ausdrücklich festgehalten, dass eine etwaige Impfpflicht auch für weitere Erkrankungen möglich sein müsse.²⁸

Hieraus ergibt sich, dass die Impfpflicht, wie sie in Art. 1 Nr. 8 lit. e) Masernschutzgesetz-Entwurf i.d.F. des Fachlichen Änderungsantrags 5 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 16.10.2019 (Deutscher Bundestag, Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdr. 19(14)111.2) vorgesehen ist, ein legitimes Mittel darstellt.

3. Geeignetheit

Das Gesetz muss auch geeignet sein, den angestrebten Zweck zu erreichen. Dies ist dann der Fall, wenn mit dem Gesetz „der gewünschte Erfolg gefördert werden kann“.²⁹ Das Gesetz muss also nicht optimal, sondern nur der Zweckerreichung dienlich sein.³⁰ Wörtlich heißt es in einer Entscheidung des BVerfG:

„Der Gesetzgeber hat vor allem im Gesundheitswesen bei der Festlegung und Ausgestaltung sozialpolitischer Ziele einen weiten Gestaltungsspielraum.“³¹

Die Masernimpfung mit zwei Impfungen führt bei bis zu 99% aller geimpften Personen wohl zu einer lebenslangen Immunität³² gegen die Masern. Eine Impfpflicht kann deshalb dazu beitragen, die Durchimpfungsrate von 95% zu erreichen, ab welcher der sich die Masern nicht

²⁶ BGHSt 4, 375 ff.; BVerwGE 9, 78 ff.; OLG Hamm, JMBI. NRW 1953, 10; OVG Lüneburg, DVBl. 1955, 539 (540); zumindest inzident OVG Münster, DVBl. 1956, 794 f.; VGH Stuttgart, DÖV 1958, 159 f.; OLG Celle, NJW 1958, 1407 (Leitsatz a).

²⁷ So die Abgeordneten Eberhard, Süsterhenn, Bergsträsser, Heuss und Nadig in der 32. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen am 11.01.1949, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/II, S. 919 f.; vgl. die Zusammenfassung der Diskussion von Matz, in: Häberle (Hrsg.), Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR, Bd. I, 2. Aufl. 2010, S. 60; Timme, Die juristische Bewältigung eines ökonomischen Netzwerkgutes, 2001, S. 86.

²⁸ So die Abgeordneten Eberhard, Süsterhenn und Nadig in der 32. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen am 11.01.1949, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/II, S. 919 f.

²⁹ BVerfGE 30, 292 (316); 115, 276 (308); BVerfG, NJW 2011, 1578 (1580).

³⁰ Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. Art. 1 Rn. 147.

³¹ BVerfGE 114, 196 (248).

³² Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 18 m.w.N., abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

weiter ausbreiten können. Damit werden auch die vulnerablen Personengruppen geschützt, die sich nicht selbst gegen Masern impfen lassen können.

Darüber hinaus sichert die Impfpflicht auch den bisherigen Impferfolg. Bei freiwilligen Impfungen wäre es auch möglich, dass sich das Impfverhalten der Bevölkerung ändert und zukünftig nur niedrigere Impfquoten erreicht würden. Bei den Bemühungen, Infektionskrankheiten wie die Masern zu eliminieren, darf der Faktor Zeit nicht außer Acht bleiben.³³

Fraglich könnte die Eignung deshalb sein, weil die Impfpflicht einer Personengruppe auferlegt wird, bei der über 90% geimpft sind, während die Erkrankungen v.a. bei älteren Jugendlichen und Erwachsenen (Jahrgänge nach 1970) steigen.³⁴ Diese Personen werden jedoch – wenn überhaupt – in nur sehr begrenztem Maße von dem Gesetz erfasst. Dieser Einwand verkennt jedoch, dass der Gesetzgeber über einen Spielraum verfügt. Er ist von Verfassungs wegen nicht verpflichtet, die bestmögliche oder vernünftigste Regelung zu wählen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss der vom Gesetzgeber angestrebte Erfolg vorab als möglich erscheinen.³⁵ Das Gesetz ist lediglich dann nicht geeignet, wenn es „objektiv untauglich“³⁶, „objektiv ungeeignet“³⁷ bzw. „schlechthin ungeeignet“³⁸ ist.

Von einer solchen objektiven Untauglichkeit kann bei der Impfpflicht nicht die Rede sein. Damit ist das Gesetz geeignet.³⁹

4. Erforderlichkeit

Das Gesetz ist dann erforderlich, wenn sich der Zweck des Gesetzes nicht durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreichen lässt, das das betroffene Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkt.⁴⁰ Beide Voraussetzungen, die geringere Belastung und die gleiche Wirksamkeit, müssen kumulativ vorliegen. Fehlt einer Gesetzesalternative schon eine dieser beiden Voraussetzungen, ist das Gesetz „erforderlich“ im verfassungsrechtlichen Sinne.

Es wird im Wesentlichen vorgebracht, dass die Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage (Freiwilligkeit der Impfentscheidung) milder und gleich effektiv sei, da die bislang erreichten Impfquoten ausweislich der Schuleingangsuntersuchungen sehr hoch seien und zumindest bei der ersten Impfung gegen die Masern 95% überschritten.⁴¹ Eine Betrachtung der Ursachen,

³³ Schaks/Krahnert, MedR 2015, 860 (865). Zustimmend Höfling/Stöckle, RdJB 2018, 284 (297).

³⁴ Hierzu Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 27, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

³⁵ BVerfGE 25, 1 (12 f.); 96, 10 (23).

³⁶ BVerfGE 16, 147 (181); BVerfG, NJW 2011, 1578 (1580).

³⁷ BVerfGE 17, 306 (317).

³⁸ BVerfGE 19, 119 (127); 73, 301 (317).

³⁹ So auch Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 42, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

⁴⁰ In diese Richtung BVerfGE 30, 292 (316); 78, 38 (50); 90, 145 (172).

⁴¹ Vgl. Trapp, DVBl. 2015, 11 (13).

weshalb Personen sich oder ihre Kinder nicht impfen lassen, zeigt, dass Bequemlichkeit oder Vergesslichkeit wichtige Gründe sind, weshalb die Impfquoten nicht noch höher sind.⁴² Diese Ursachen greifen aber nur bei Freiwilligkeit, im Falle einer Impfpflicht scheiden diese Erklärungsmuster aus. Damit ist aber eine Impfpflicht in ihrer Wirkung effektiver als die Freiwilligkeit der Impfentscheidung.⁴³

Teilweise wird weitergehend behauptet, dass eine Impfpflicht erst dann den Test der Erforderlichkeit bestehe, wenn mildere Maßnahmen gescheitert sein. Dieses Kriterium werde nicht erfüllt, da die Impfquoten hoch seien. Indes lässt sich dieses Kriterium so nicht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) entnehmen. Darüber hinaus zeigt sich, dass sich in den Jahren zwischen 2015 und 2017 nicht viel an den Impfquoten geändert hat.⁴⁴ Das Robert Koch-Institut spricht in diesem Zusammenhang von „stagnieren“.⁴⁵ Dabei ist im Jahre 2015 das Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (Präventionsgesetz – PrävG)⁴⁶ in Kraft getreten, welches eine Erhöhung der Impfquoten auf freiwilliger Basis anstrebe.⁴⁷ Dieser Befund ließe sich im Sinne einer Grenze deuten, an die der Freiwilligkeitsansatz nunmehr stößt.

Weitere Personengruppen, wie z.B. alle Erwachsenen, in die Impfpflicht einzubeziehen, wäre wegen der zusätzlichen Belastungen nicht milder und steht deshalb der Erforderlichkeit nicht entgegen. Bestimmte Personengruppen von der Impfpflicht auszunehmen, würde wiederum die Effektivität des Gesetzes mindern, weshalb auch dies nichts an der gegebenen Erforderlichkeit des Gesetzes ändert.

Ein weiteres Argument gegen die Impfpflicht ist die geäußerte Gefahr, dass andere Erkrankungen als weniger bedrohlich eingestuft werden, da nur gegen die Masern eine Impfpflicht bestehe. Personen, die einer Impfpflicht skeptisch gegenüber stünden, würden dann freiwillige Impfungen auslassen, um so den Freiheitsverlust zu kompensieren.⁴⁸

Auch wenn diese Befürchtungen aus medizinischer Sicht begründet sein sollten, ändern sie nicht an dem begrenzten Prüfungsmaßstab bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Denn Zweck des Gesetzes ist der Schutz der Bevölkerung vor Masern und ihren Folgeerkrankungen.⁴⁹ Andere Erkrankungen werden nicht primär in den Blick genommen. Somit bestehen keine milderenden, aber gleich effektiven Alternativen.

⁴² Betsch et al., Bundesgesundheitsblatt 2019 (62), 400 ff.

⁴³ Schaks/Krahnert, MedR 2015, 860 (865).

⁴⁴ RKI, Epidemiologisches Bulletin, Nr. 18/2019 vom 02.05.2019, S. 152; Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 26, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

⁴⁵ RKI, Epidemiologisches Bulletin, Nr. 18/2019 vom 02.05.2019, S. 150, 152.

⁴⁶ Gesetz vom 17.07.2015, BGBl. I, S. 1368.

⁴⁷ BT-Drs 18/4282, S. 48 (Zu Artikel 8).

⁴⁸ Hierzu Höfling/Stöckle, RdJB 2018, 284 (295).

⁴⁹ Siehe den Nachweis in Fn. 13.

Auch im Hinblick auf die Erforderlichkeit steht dem Gesetzgeber im Rahmen seiner sozialpolitischen Entscheidungsfreiheit ein grundsätzlich nicht nachprüfbarer Prognosespielraum bzw. eine Einschätzungsprärogative zu hinsichtlich der Ungewissheit über die Auswirkungen eines Gesetzes.⁵⁰

Das Gesetz ist damit auch erforderlich.⁵¹

5. Angemessenheit

Bei der Frage der Angemessenheit, auch Zumutbarkeit, Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bezeichnet, geht es um die Herstellung einer Zweck-Mittel-Relation.⁵² Ein Gesetz ist dann angemessen, wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Eingriffsintensität für den Betroffenen und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der für den Eingriff sprechenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist.⁵³

a) Eingriffsintensität

Die Verpflichtung zur Injektion eines Impfstoffs stellt einen deutlichen Eingriff in die Körpersubstanz dar. Dieser Grundrechtseingriff soll über ein Bußgeld abgesichert werden, was ein empfindliches Druckmittel darstellt. Zur effektiven Kontrolle und Durchsetzung werden zudem Gemeinschaftseinrichtungen und Gesundheitsämter einbezogen.

Allerdings stuft das Bundesrecht die Intensität von Schutzimpfungen geringer ein als ärztliche Therapiemaßnahmen. So gestattet § 20 Abs. 6 IfSG unter bestimmten Voraussetzungen den Erlass von Rechtsverordnungen, die regeln, „dass bedrohte Teile der Bevölkerung an Schutzimpfungen oder anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe teilzunehmen haben“. Demgegenüber sind Zwangsbehandlungen ausgeschlossen. Auch im Soldatenrecht befugt § 17a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Soldatengesetz (SG)⁵⁴ zwar zur Anordnung von Schutzimpfungen im Einzelfall, andere Eingriffe bedürfen aber der Zustimmung des Soldaten oder der Soldatin.

Zur exakten Erfassung der Intensität des Grundrechtseingriffs muss auch berücksichtigt werden, dass erstens keine zwangsweise Durchsetzung erfolgt und Ausnahmen im Falle der Schulpflicht gemacht werden können.⁵⁵

Für Personen, für welche die Impfung eine Gesundheitsgefahr darstellt, besteht ohnehin keine Impfpflicht, vgl. § 20 Abs. 8 Satz 4 IfSG-E. Wenn erkennbar ist, dass die Gesundheit des

⁵⁰ BVerfGE 113, 167 (252 f.).

⁵¹ So auch Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 42 f., abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

⁵² Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 24 Rn. 44.

⁵³ BVerfGE 61, 291 (312). Vgl. auch BVerfGE 68, 272 (282); 90, 145 (185); 102, 197 (220).

⁵⁴ I.d.F. von Art. 6 Nr. 4 des Gesetzes zur nachhaltigen Stärkung der personellen Einsatzbereitschaft der Bundeswehr (Bundeswehr-Einsatzbereitschaftsstärkungsgesetz – BwEinsatzBerStG) vom 04.08.2019, BGBl. I, S. 1147.

⁵⁵ § 20 Abs. 9 Satz 9 IfSG-E i.d.F. des Fachlichen Änderungsantrags 5 Nr. 1 lit. b) der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 16.10.2019 (Deutscher Bundestag, Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdr. 19(14)111.2).

Impflings gefährdet würde, muss die Impfpflicht zurücktreten. Denn es ist in diesem Fall weder erforderlich noch angemessen, die Impfung durchzuführen. Eine solche Ausnahme muss zwingend vorgesehen sein. Dies wird jedoch vom Gesetzentwurf beachtet.

Weiterhin ist zu beachten, dass – ausweislich der Schuleingangsuntersuchungen – über 90% der Eltern ihre Kinder impfen lassen.⁵⁶ Das, was das Gesetz zukünftig verbindlich einfordert, wird somit ohnehin derzeit schon freiwillig praktiziert. Hieraus folgt zwar nicht, dass kein Eingriff wegen eines Grundrechtsverzichts⁵⁷ vorliegt, aber es liegt immerhin nur ein Zwang zu einem für sinnvoll erachteten und ohnehin praktizierten Verhalten vor. Dies verringert die Eingriffsintensität.

Die Impfung wird von den Krankenkassen übernommen, so dass keine zusätzlichen Kosten für den Impfling anfallen.⁵⁸ Im Gesamtkonzept des Gesetzentwurfs wird der Zugang zu Impfungen durch Bürokratieabbau verbessert. Der Fachliche Änderungsantrag 10 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 16.10.2019 (Deutscher Bundestag, Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdr. 19(14)111.2)) sieht darüber hinaus Bonus-Möglichkeiten für Impfungen vor, was die Eingriffsintensität ebenfalls in begrenztem Umfang vermindert.

Schließlich sieht § 60 IfSG kompensatorische Ansprüche im Falle von Impfschäden vor. Auch wenn sich Gesundheitsschäden oft nicht finanziell kompensieren lassen, so werden zumindest die finanziellen Folgen eines Impfschadens abgedeckt. Auch dies bedarf der Berücksichtigung bei der Ermittlung der Eingriffsintensität.

Es handelt sich somit um eine erhebliche Eingriffsintensität, die aber teilweise, u.a. durch den Verzicht auf die zwangsweise Durchsetzung und die Durchsetzung bei Schulkindern, abgeschwächt wird.

b) Gewicht und Dringlichkeit der für den Eingriff sprechenden Gründe

Da das Gesetz dem Schutz vor den Masern und damit der Gesundheit dient,⁵⁹ ist ebenfalls das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit betroffen. Somit stehen sich zwei gleichrangige Verfassungspositionen gegenüber, wobei zusätzlich das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG für die Impfpflicht streitet. Denn es sollen auch und gerade besonders schwache Personen geschützt werden, die sich selbst (noch) nicht impfen lassen können.

⁵⁶ RKI, Epidemiologisches Bulletin, Nr. 18/2019 vom 02.05.2019, S. 147 ff. Nach einer repräsentativen Umfrage sind 77% der Bevölkerung als Impfbefürwortende zu bezeichnen, zitiert nach Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 28, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

⁵⁷ Hierzu *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 52 – 57.

⁵⁸ Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 15, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

⁵⁹ Siehe den Nachweis in Fn. 13.

Weiterhin geht es um den Schutz einer Vielzahl von Personen. Die Masern sind nach wie vor virulent, es kommt immer wieder zu Ausbrüchen und vereinzelten Todesfällen.⁶⁰ Da die Masern eliminiert werden können, bedarf es im Erfolgsfalle keinerlei Impfungen gegen die Krankheit mehr, weder freiwillig noch verpflichtend. Dies käme allen Menschen zugute. Gewicht und Dringlichkeit der Maßnahme sind also als äußerst hoch einzustufen.

c) Grenze der Zumutbarkeit

Das Opfer, welches der Impfling in Gestalt der Impfung für die Gemeinschaft erbringt, kann durchaus Nebenwirkungen haben. Im äußersten Fall kann die Impfung auch tödliche Auswirkungen haben. Allerdings sind Todesfolgen und andere schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigungen extrem selten, in etwa einem von einer Million Fällen. Sie sind um ein Vielfaches seltener als die durch die Masererkrankungen verursachten Folgen.⁶¹ Ein ähnliches Verhältnis von Nutzen und Nebenwirkungen zeigt sich auch bei den sonstigen, weniger gravierenden Nebenwirkungen. Zumeist sind die Nebenwirkungen selten, kurz und wenig intensiv (Rötungen an der Einstichstelle, Fieber, ...), während sich die Masererkrankung über Wochen hinziehen kann. Aus diesem Grund wird die Masernschutzimpfung von den Fachkreisen auch empfohlen und es wird ihr ein sehr günstiges Nutzen-Risiko-Profil bescheinigt.⁶² Die Masernschutzimpfung ist deutlich besser verträglich⁶³ als die Schutzimpfung gegen die Pocken. Die Pockenschutzimpfung wurde jedoch sowohl vom Verfassungsgeber als auch den Gerichten für verfassungsgemäß erachtet.⁶⁴

Überdies profitiert der Geimpfte auch selbst. Er trägt nicht nur rein fremdnützige zur Herdenimmunität bei, ohne selbst irgendeinen Vorteil zu haben. Vielmehr wird er selbst geschützt, auch wenn das alleine nicht die Impfpflicht wohl nicht rechtfertigen könnte.

Schließlich bedarf es einer Betrachtung in zeitlicher Hinsicht. Da die Masern nur im Menschen überleben können und kein natürliches Reservoir außerhalb des menschlichen Körpers haben, kommt eine Eliminierung der Masern – ebenso wie bei den Pocken – in Betracht. Es geht nicht nur um die Erhöhung der Durchimpfungsrate um etwa 2%, wofür nunmehr die Impfpflicht eingeführt werden soll. Es geht auch um die Sicherung der bisherigen Erfolge in der Maserprävention,⁶⁵ also die Beibehaltung der Impfquoten und die Eliminierung der Masern für die Zukunft, so dass niemand mehr – weder freiwillig noch verpflichtend – gegen die Krankheit geimpft werden muss. Je früher die Herdenimmunität erreicht wird, desto schneller können die Masern eliminiert werden und desto rascher ist die Impfung dauerhaft verzichtbar.⁶⁶ Stellt man allein auf den – geringer werdenden – Abstand zur erforderlichen Durchimpfungsrate

⁶⁰ *Mentzer/Meyer/Beller-Stanislawski*, Bundesgesundheitsblatt 2013 (56), 1252.

⁶¹ Siehe die Zahlen bei *Mentzer/Meyer/Beller-Stanislawski*, Bundesgesundheitsblatt 2013 (56), 1252 ff.

⁶² Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 15, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

⁶³ Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 8 „gut verträglich“, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

⁶⁴ Siehe die Nachweise in den Fn. 26 und 27.

⁶⁵ Vgl. *Schaks/Krahnert*, MedR 2015, 860 (865); *Höfeling/Stöckle*, RdJB 2018, 284 (297).

⁶⁶ Auf diesen Aspekt weist bereits hin: BGHSt 4, 375 (378).

ab, dann müssten Impfprogramme immer dann abgebrochen werden, wenn sie erfolgreich sind. Dies ist kein sachgerechtes Ergebnis, weshalb es der Berücksichtigung des Faktors Zeit bedarf.⁶⁷

Bei dieser Gesamtabwägung ist die Grenze der Zumutbarkeit für den Einzelnen noch gewahrt. Das Gesetz ist damit angemessen und verhältnismäßig.

II. Vereinbarkeit der Verwendung von Kombinationsimpfstoffen mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Weiterhin wird kritisiert, dass die Verpflichtung, ggf. Kombinationsimpfstoffe zu verwenden (§ 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG-E) zu einer „faktischen Impfpflicht“ auch gegen Mumps und Röteln führe. Denn Monoimpfstoffe seien nicht verfügbar.⁶⁸ Dies sei unverhältnismäßig, da eine rechtliche Impfpflicht gegen die Erkrankungen nicht eingeführt werden solle und die Voraussetzungen hierfür nicht vorlägen.

Es mag dahinstehen, ob die in § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG-E vorgesehene Verpflichtung einen eigenständigen Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit darstellt oder das Ausmaß der angestrebten Impfpflicht regelt. Denn in beiden Fällen müsste die Maßnahme gleichermaßen verhältnismäßig sein.

Auch wenn kritisiert wird, dass über § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG-E zukünftig weitere Krankheiten einbezogen werden können, so ist doch festzustellen, dass die Regelung für Rechtsklarheit sorgt. Denn in den Situationen, in denen kein Monoimpfstoff vorhanden ist, könnte sonst zunächst unklar bleiben, ob die Impfpflicht wegen Unmöglichkeit (Nichtverfügbarkeit des Monoimpfstoffs) suspendiert ist oder die Pflicht zur Impfung mit einem Kombinationsimpfstoff besteht.

Im Zusammenhang mit § 17a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SG (entspricht § 17 Abs. 4 SG a.F.) stellt sich eine vergleichbare Frage. Der Vorgesetzte kann nach dieser Vorschrift dem Soldaten oder der Soldatin im Einzelfall eine Impfung befehlen. Die Kommentarliteratur geht – soweit sie die Frage erörtert – davon aus, dass auch die Anwendung von Kombinationsimpfstoffen befohlen werden kann.⁶⁹ Deshalb ist die eindeutige Klarstellung in § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG-E – rechtstechnisch, unabhängig vom Inhalt der Regelung – zu begrüßen. Denn hierdurch werden Inhalt und Ausmaß der Pflicht vom unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber selbst bestimmt und nicht der Judikative überlassen.

⁶⁷ Schaks/Krahnert, MedR 2015, 860 (865); Höfling/Stöckle, RdJB 2018, 284 (297).

⁶⁸ Das Paul Ehrlich-Institut, auf das sich für diese Aussage zuweilen gestützt wird, vgl.

<https://www.pei.de/DE/Arzneimittel/Impfstoff-Impfstoffe-fuer-den-Menschen/Masern/maserninhalt.html?nn=4122666>, abgerufen am 21.10.2019, schreibt indes, dass die zitierte Seite keine Aussage über die Verfügbarkeit trifft. Immerhin besteht ein Monoimpfstoff mit einer gültigen Zulassung.

⁶⁹ Poretschkin/Lucks, SG, 9. Aufl. 2013, § 17 Rn. 53.

1. Legitimer Zweck und legitimes Mittel

§ 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG-E soll durch die bedingte Pflicht zur Verwendung von Kombinationsimpfstoffen sicherstellen, dass die Herdenimmunität gegen Masern erreicht wird und auch Personen geschützt werden, die selbst nicht geimpft werden können. Dies soll auch dann gelten, wenn ein Monoimpfstoff nicht verfügbar ist. Damit unterstreicht die Regelung den Schutz aller Personen, die aufgrund ihres Alters oder einer medizinischen Kontraindikation nicht geimpft werden können.

Ein legitimer Zweck liegt somit vor.

Die Verwendung von Kombinationsimpfstoffen ist auch nicht von Verfassungs wegen untersagt, weshalb ein legitimes Mittel gewählt wurde.

2. Geeignetheit

Kombinationsimpfstoffe bewirken denselben Schutz gegen Masern wie die Monoimpfstoffe,⁷⁰ bereits hieraus ergibt sich die Geeignetheit von § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG-E.

Selbst wenn dem nicht so wäre, würde dies nichts an der Geeignetheit von § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG-E ändern. Denn die Verpflichtung, einen Kombinationsimpfstoff zu verwenden, besteht nur dann, wenn ein Monoimpfstoff nicht verfügbar ist. Es handelt sich um eine bedingte Regelung. Selbst wenn der Monoimpfstoff wirksamer wäre, käme der verpflichtende Einsatz von Kombinationsimpfstoffen nur dann in Betracht, wenn der Monoimpfstoff nicht verfügbar wäre. Dann ist der Vergleichsmaßstab nicht mehr der (nicht verfügbare) Monoimpfstoff, sondern die Nichtimpfung. Die Verwendung des Kombinationsimpfstoffs ist aber – anders als das Unterlassen einer Impfung – geeignet, einen Impfschutz gegen Masern aufzubauen. Andernfalls würde die Impfpflicht gegen Masern faktisch leerlaufen, was – anders als die Verwendung des Kombinationsimpfstoffs – überhaupt keinen Beitrag zum Gesundheitsschutz darstellen würde.

Das Gesetz ist insoweit geeignet.

3. Erforderlichkeit

Der Monoimpfstoff und die Kombinationsimpfstoffe sind gegen die Masern gleich effektiv. Fraglich ist, ob der Monoimpfstoff ein milderes Mittel darstellt. Wenn dem so wäre, könnte es an der Erforderlichkeit der Neuregelung fehlen, was zu deren Verfassungswidrigkeit führt.

Die Verwendung des Monoimpfstoffs wäre jedenfalls dann milder, wenn er zu weniger oder weniger schwerwiegenden Nebenwirkungen führen würde. Dies ist aber nicht der Fall. Nach der Information des Paul Ehrlich-Instituts sind in Deutschland die Kombinationsimpfstoffe

⁷⁰ RKI, Epidemiologisches Bulletin, Nr. 32/2010 vom 16.08.2010, S. 319. Vgl. auch RKI, Fragen und Antworten (Stand: 21.08.2019): „Soll gegen Masern oder Röteln monovalent oder mit Kombinationsimpfstoffen geimpft werden?“, abrufbar unter https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/MMR/FAQ-Liste_Masern_Impfen.html, abgerufen am 22.10.2019.

„Priorix“⁷¹ und „M-M-RVAXPRO“⁷² verfügbar.⁷³ Das Nebenwirkungsprofil dieser Präparate ist nach den behördlich genehmigten Fachinformationen dieser Impfstoffe mit dem Nebenwirkungsprofil des Monoimpfstoffs „Masern-Impfstoff Mérieux“⁷⁴ vergleichbar, der bis vor Kurzem noch verfügbar war. Zwar sind die Nebenwirkungen nicht ganz identisch aufgeschlüsselt, aber aus den verfügbaren Informationen lässt sich kein relevanter Unterschied bei den Nebenwirkungen ermitteln. Es heißt ausdrücklich in der Fachinformation zu „Priorix“ unter Ziffer 4.8., dass die Nebenwirkungen von Mono- und Kombinationsimpfstoffen vergleichbar seien.

Teilweise wird argumentiert, dass die Nebenwirkungen von Impfstoffen noch immer nicht abschließend untersucht worden sind.⁷⁵ Dies mag zutreffen und ebenso zutreffend ist es, dass an korrekten und vollständigen Zahlen ein großes Interesse besteht. Das bedeutet aber nicht, dass die verfügbaren Zahlen bedeutungslos wären. Vielmehr kann eine Entscheidung nur auf das derzeit verfügbare Zahlenmaterial gestützt werden. Und nach den vorhandenen Zahlen, sind Mono- und Kombinationsimpfstoffe sowohl hinsichtlich der Wirksamkeit als auch der Nebenwirkungen gleich. Das Zahlenmaterial auszublenden, weil es womöglich unvollständig oder in einzelnen Punkten unzutreffend ist, würde den Gesetzgeber stark einschränken. Er könnte stets erst dann handeln, wenn alle wissenschaftlichen Zusammenhänge restlos und zweifelsfrei aufgeklärt wären. Damit könnte in vielen Fällen gar nicht oder zu spät gehandelt werden. Zu Recht billigt das BVerfG dem Gesetzgeber deshalb eine Einschätzungsprärogative zu.⁷⁶

Selbst wenn der Kombinationsimpfstoff in seinem Nutzen-Risiko-Profil schlechter zu beurteilen wäre als der Monoimpfstoff, würde es nicht an der Erforderlichkeit fehlen. Denn es muss beachtet werden, dass die geplante Vorschrift in § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG-E so formuliert ist, dass nicht stets der Kombinationsimpfstoff anzuwenden ist, sondern nur dann, wenn kein Monoimpfstoff verfügbar ist. Ist ein Monoimpfstoff aber nicht verfügbar, so ist er auch nicht zur Zielerreichung geeignet, so dass sich das Problem der Erforderlichkeit nicht stellt.

Das Gesetz ist im verfassungsrechtlichen Sinne auch erforderlich.

5. Angemessenheit

Abzuwägen ist die zusätzliche Impfung gegen Mumps und Röteln mit der körperlichen Unversehrtheit der Impfpflichtigen nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

⁷¹ Zulassungsnummer gem. Fachinformation: 86a/97 (Stand: November 2018).

⁷² Zulassungsnummern gem. Fachinformation: EU/1/06/337/003 - EU/1/06/337/013 (Stand: April 2019).

⁷³ <https://www.pei.de/DE/Arzneimittel/Impfstoff-Impfstoffe-fuer-den-menschen/masern/masern-inhalt.html?nn=4122666>, abgerufen am 21.10.2019.

⁷⁴ Zulassungsnummer gem. Fachinformation: 93a/84 (Stand: Juni 2010).

⁷⁵ Zuck, MedR 2017, 85 (91).

⁷⁶ BVerfGE 113, 167 (252 f.).

Wenn sowohl die Nebenwirkungen als auch die Wirkungen von Mono- und Kombinationsimpfstoffen gleich sind, dann ist die Einführung nicht unverhältnismäßig. Denn wie oben gesehen, stehen Wirkungen und Nebenwirkungen in einem zumutbaren Verhältnis.

Fraglich kann – wegen des vergleichbaren Nebenwirkungsprofils von Mono- und Kombinationsimpfstoffen – nur sein, ob es rechtlich geschützt ist, sich gegen bestimmte Krankheiten nicht zu impfen bzw. an ihnen zu erkranken. Dies ließe sich aus dem Charakter der Grundrechte als subjektive Abwehrrechte gegen den Staat herleiten.⁷⁷ Nach ihrer Konzeption muss allein der Staat Eingriffe in grundrechtliche Freiheit rechtfertigen, der Einzelne ist nicht verpflichtet, den vernünftigsten oder bestmöglichen Gebrauch von ihnen zu machen. Der Bürger kann auf den Schutz verzichten, sich unvernünftig verhalten und seine Gesundheit gefährden.

Allerdings kann der Staat diese – weniger rationale – Sichtweise nicht zur Maxime seines Handelns machen. Ihn trifft die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, für die Gesundheit der Bevölkerung zu sorgen.⁷⁸ Zudem führt die oben skizzierte Sichtweise (verfassungsmäßiges Recht, an Mumps und Röteln zu erkranken) nicht zu einem Recht, andere mit diesen Infektionskrankheiten anzustecken. Überdies muss bei der Abwägung auch der Vorteil des individuellen und kollektiven Gesundheitsschutzes berücksichtigt werden. Denn auch diese Impfungen tragen zur Herdenimmunität gegen Krankheiten bei und schützen, wenn auch womöglich ungewollt, die geimpfte Person. Da Mumps und Röteln ebenfalls zu den nur beim Menschen auftretenden Krankheiten gehören und die erworbene Immunität ein Leben lang anhält, gelten die Gründe, die für die Masernimpfung sprechen auch hier. Es wird zusätzlicher Schutz gegen zwei weitere Krankheiten vermittelt, die mitunter auch gefährliche Komplikationen mit sich bringen können, auch wenn diese nach Art und Häufigkeit nicht an Masern heranreichen sollten. Daher tritt zu einer etwaigen Intensivierung des Grundrechtseingriffs durch die Pflicht zur Verwendung von Kombinationsimpfstoffen auch ein gesteigerter Nutzen.

Der Vergleich mit der Rechtslage gem. § 17a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SG bestätigt diesen Befund.⁷⁹ Auch wenn einem Soldaten größere Opfer abverlangt werden dürfen als einem Bürger, der nicht in einem solchen Dienstverhältnis steht, so besteht ein gemeinsames Prinzip. Für den Fall, dass eine zulässige Inpflichtnahme an der fehlenden Verfügbarkeit des Impfstoffs scheitern würde, soll der Gesundheitsschutz Vorrang haben und nicht aufgegeben werden.⁸⁰

Für einen Rechtsmissbrauch dergestalt, dass die Impfpflicht gegen Masern nur vorgeschoben wird, um eine Impfpflicht gegen Mumps und Röteln einzuführen, obwohl deren Voraussetzungen nicht gegeben sind, ist nichts ersichtlich.

⁷⁷ Hierzu BVerfGE 61, 82 (101); Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. Art. 1 Rn. 82.

⁷⁸ Siehe die Nachweise in Fn. 16

⁷⁹ Siehe hierzu bereits oben B. I. 5. a).

⁸⁰ Vgl. Poretschkin/Lucks, SG, 9. Aufl. 2013, § 17 Rn. 53.

III. Vereinbarkeit der Impfpflicht mit Art. 12 Abs. 1 GG

Nicht nur Kinder werden von der Impfpflicht erfasst, sondern auch Erwachsene. Art. 1 Nr. 8 lit. e) Masernschutzgesetz-Entwurf i.d.F. des Fachlichen Änderungsantrags 5 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 16.10.2019 (Deutscher Bundestag, Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdr. 19(14)111.2) sieht vor, dass nach 1970 geborene Personen einen ausreichenden Impfschutz gegen Masern oder eine Immunität gegen Masern aufweisen müssen, wenn sie in Einrichtungen nach § 23 Absatz 3 Satz 1, § 33 Nummer 1 bis 4 oder § 36 Absatz 1 Nummer 4 IfSG Tätigkeiten ausüben. Da diese Tätigkeiten auf Dauer ausgeübt werden und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienen,⁸¹ ist in sachlicher Hinsicht die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG betroffen. Auch der personelle Schutzbereich des sog. Deutschen-Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG ist eröffnet, da das Gesetz allgemein gilt und damit auch Deutsche i.S.d. Art. 116 GG betrifft. Wegen der zielgerichteten Auferlegung der Impfpflicht auf die Berufsträger, liegt ein Eingriff in Art. 12 I GG vor.

Die Impfpflicht ist also nur dann verfassungsgemäß, wenn kein ungerechtfertigter, also unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit vorliegt. In der Tradition des Apotheken-Urteils des BVerfG,⁸² hängen die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs davon ab, ob es sich um eine Berufsausübungs- oder eine Berufswahlregelung handelt.⁸³ Berufswahlregelungen werden weiter in objektive und subjektive Berufswahlregelungen unterteilt. Subjektive Berufswahlregelungen sind solche Bestimmungen, die den Zugang zu oder den Ausschluss von einem Beruf betreffen und hierfür an Eigenschaften der Person anknüpfen.⁸⁴ Im Falle eines dauerhaften Ausschlusses von einem Beruf könnte eine subjektive Berufswahlregelung vorliegen, da an die der Person anhaftende fehlende Impfung angeknüpft wird. Subjektive Berufswahlregelungen sind dann gerechtfertigt, wenn sie dem Schutz eines überragenden Gemeinschaftsguts dienen und im Übrigen verhältnismäßig sind.⁸⁵

1. Schutz eines überragenden Gemeinschaftsgut als legitimer Zweck

Wie zuvor auch, stellt der Gesundheitsschutz der Bevölkerung, insbesondere der von vulnerablen Personen den Zweck der Impfpflicht dar.⁸⁶ Dieser Zweck hat Verfassungsrang und ist damit „überragend“ i.S.d. Terminologie des Apotheken-Urteils.

2. Legitimes Mittel

Die Impfpflicht ist ein legitimes Mittel, wie sich aus der Rechtsprechung und den Beratungen im Parlamentarischen Rat ergibt.⁸⁷

⁸¹ Siehe zur Definition des Berufsbegriffs BVerfGE 7, 377 (397 – 399); *Sodan*, in: *Sodan* (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 8.

⁸² BVerfGE 7, 377 ff.

⁸³ BVerfGE 7, 377 (400 – 408).

⁸⁴ BVerfGE 7, 377 (406 f.).

⁸⁵ BVerfGE 7, 377 (405); 69, 209 (218).

⁸⁶ Siehe den Nachweis in Fn. 13.

⁸⁷ Siehe die Nachweise in den Fn. 26, 27, 28.

3. Eignung

Fraglich ist, ob die Einbeziehung der in Gemeinschaftseinrichtungen tätigen Personen geeignet ist, den Schutz vor Masern zu fördern.⁸⁸ Dies ist zu bejahen, da die Schutzimpfung gegen Masern gemäß den Empfehlungen der STIKO bei bis zu 99% der Geimpften eine wohl lebenslange Immunität gegen die Krankheit bewirkt.⁸⁹ Die Masernzirkulation wird somit unterbunden.

Wie bereits zuvor festgestellt,⁹⁰ ist es für die verfassungsrechtliche Bewertung nicht relevant, dass nicht alle Erwachsenen geimpft werden. Unabhängig davon lässt sich für die Beschränkung auf in Gemeinschaftseinrichtungen tätige Personen anführen, dass diese Personen sehr häufig Kontakt mit besonders anfälligen Personen (v.a. Kleinkinder oder Kranke Menschen) haben. Hier ist die Verhinderung einer Ansteckung besonders dringlich, können diese Personen doch oftmals nicht selber geimpft werden, so dass sie auf die Herdenimmunität angewiesen sind. Überdies verläuft die Masernerkrankung bei Kleinstkindern besonders heftig mit entsprechend hohen Hospitalisierungsraten.⁹¹ Schließlich ist die Kontrolle des Impfstatus nur bei länger andauernden Betreuungssituationen praktikabel durchführbar, anders als bei Menschenmengen in öffentlichen Verkehrsmitteln, Theatern o.ä.

Das Gesetz ist geeignet.

4. Erforderlichkeit

Ein milderes Mittel wäre die Beibehaltung der Freiwilligkeit bei der Masernimpfung. Da bei freiwilligen Impfungen jedoch Personen aus Unkenntnis, Vergesslichkeit oder Bequemlichkeit nicht geimpft werden,⁹² ist der verpflichtende Nachweis einer Impfung oder Immunität zwar belastender, aber auch effektiver. Die Herausnahme der vor 1970 geborenen Personen ist gerechtfertigt, da diese Personen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Masern durchgemacht haben.⁹³ Sie weisen deshalb die erforderliche lebenslange Immunität auf. Ihre Einbeziehung wäre nicht erforderlich, da dies keinen Nutzen für die Herdenimmunität bringen würde.

Damit ist die Erforderlichkeit (im verfassungsrechtlichen Sinne) des Gesetzes gewahrt.

5. Angemessenheit

Gewicht und Dringlichkeit der für das Gesetz sprechenden Gründe⁹⁴ sind im Vergleich zu den obigen Ausführungen unverändert. Das Gesetz dient dem Schutz einer Vielzahl von – teils

⁸⁸ Zu den Anforderungen siehe die Nachweise in den Fn. 29, 30, 31, 35, 36, 37, 38.

⁸⁹ Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 18 m.w.N., abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

⁹⁰ Siehe oben unter B. I. 3.

⁹¹ RKI, Epidemiologisches Bulletin, Nr. 32/2010 vom 16.08.2010, S. 316.

⁹² Siehe den Nachweis in Fn. 42.

⁹³ Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 20, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/themen/aktuelle-ethikratthemen/impfen-als-pflicht/>, abgerufen am 22.10.2019.

⁹⁴ Siehe zur Definition der Angemessenheit oben

vulnerablen – Personen vor einer hochansteckenden Krankheit, die auch tödlich verlaufen kann. Aufgrund der Herdenimmunität können auch Dritte, die nicht oder noch nicht geimpft werden können geschützt werden. Im Falle der erfolgreichen Eliminierung der Masern kann zukünftig ganz auf die Schutzimpfung gegen Masern verzichtet werden. Insgesamt handelt es sich um ein Ziel von sehr hohem Gewicht und sehr hoher Dringlichkeit.

Im Falle des fehlenden Nachweises einer Impfung kann es zur Untersagung der ausgeübten Tätigkeit kommen, was zwar eine gravierende Sanktion darstellt. Setzt man aber den Schutz von Leib und Leben einer Vielzahl von Personen ins Verhältnis zu einer Untersagung der Berufstätigkeit, so ist die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt. Dies gilt umso mehr, als die verpflichteten Berufsträger zumeist eine Berufspflicht zum Schutz der ihnen anvertrauten Personen haben. Gerade wenn die Berufsträger zum Wohle der vulnerablen Personen tätig werden, ist eine Impfung zumutbar.

Das Gesetz ist angemessen.

IV. Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG

Die Impfpflicht gegen Masern könnte schließlich verfassungswidrig sein, weil sie nicht mit dem Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) vereinbar ist.

Pflege und Erziehung sind das natürliche Recht der Eltern, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Unter den Begriff der Pflege fällt die allgemeine Sorge für das körperliche Wohl des Kindes⁹⁵ und unter den Begriff der Erziehung die Sorge für die seelische und geistige Entwicklung des Kindes.⁹⁶ Hierzu gehören Entscheidungen über medizinische Maßnahmen,⁹⁷ worunter auch die Entscheidung fällt, ob ein Kind geimpft wird oder nicht.⁹⁸

Durch die Impfpflicht wird die Entscheidungsgewalt der Eltern beeinträchtigt, da sie ihr Kind nicht in einer Gemeinschaftseinrichtung betreuen lassen können, ohne die Impfung nachzuweisen. Im Folgenden wird unterstellt, dass es sich bei der Impfpflicht um einen Eingriff in das Elternrecht und nicht um eine bloße Ausgestaltung des Elternrechts, die geringere Rechtfertigungsanforderungen zur Folge hat, handelt. Eine Einschränkung von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist auch durch kollidierendes Verfassungsrecht möglich.⁹⁹ Neben einem kollidierenden Schutzgut von Verfassungsrang bedarf es auch der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

⁹⁵ Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 158.

⁹⁶ Coester-Waltjen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 63.

⁹⁷ Höfling, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 21.

⁹⁸ Siehe hierzu BGH, NJW 2017, 2826 ff.; Germann, MedR 2013, 413 (414 f.); v. Steinau-Steinrück, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, 2013, S. 47.

⁹⁹ BVerfGE 135, 48 (84); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Auf. 2018, Art. 6 Rn. 59; Franz/Günther, JuS 2007, 716 (719); Jestaedt/Reimer, in: Bonner Kommentar GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 347 (Stand: Dezember 2018).

1. Kollidierendes Verfassungsrecht

Wie bereits ausgeführt, verfolgt das Gesetz einen Gemeinwohlbelang von Verfassungsrang, nämlich den Gesundheitsschutz der Bevölkerung, insbesondere auch von gesundheitlich besonders gefährdeten Personen.¹⁰⁰ Deshalb liegt ein verfassungsrechtliches Schutzbereich vor, das geeignet ist, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG einzuschränken.

2. Geeignetheit

Die Impfpflicht ist auch geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen.¹⁰¹ Es handelt sich um einen tauglichen Schritt in Richtung erhöhter Impfquoten.

3. Erforderlichkeit

Mildere, aber gleich effektive Mittel bestehen – wie oben bereits dargelegt – nicht.¹⁰² Damit ist die Erforderlichkeit des Gesetzes gegeben.

4. Angemessenheit

Als letzte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt die Angemessenheitsprüfung, dass „bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt“ ist.¹⁰³ Es müssen also die jeweiligen Vor- und Nachteile zueinander ins Verhältnis gesetzt werden.

Hinsichtlich der Schwere des Eingriffs in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gilt es zunächst zu berücksichtigen, dass der medizinische Bereich besonders sensibel ist. Primär sollen die Eltern entscheiden, wie die gesunde Entwicklung ihrer Kinder sichergestellt werden soll. Eine staatliche Verpflichtung zum Ergreifen bestimmter gesundheitsbezogener Maßnahmen stellt einen intensiven Eingriff dar. Weiterhin ist zu beachten, dass die Beschränkung des Elternrechts potentiell mit Gesundheitsbeeinträchtigungen des Kindes einhergeht. Es handelt sich somit um einen intensiven Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht. Allerdings betrifft dies nur eine Impfung gegen eine Krankheit. Zudem lassen über 90% der Eltern ihre Kinder freiwillig impfen, weil das Nutzen-Risiko-Profil der Impfung sehr günstig ist. Denn der Ausbruch der Masern kann mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit verhindert werden und somit auch die oft im Zusammenhang mit Masern auftretenden Komplikationen und Nebenwirkungen. Alles dies vermindert die Eingriffsintensität.

Stellt man dem Eingriff den Schutz zahlreicher schwacher Personen, die sich nicht selber impfen lassen können und berücksichtigt man die zeitliche Dimension (Elimination der Masern), dann ist – angesichts des Gewichts und der Dringlichkeit der Gründe, die für die Impfpflicht sprechen – die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt.

Das Gesetz ist angemessen und damit insgesamt verhältnismäßig.

¹⁰⁰ Siehe oben B. I. 1., B. II. 1. sowie B. III. 1.

¹⁰¹ Siehe oben B. I. 3., B. II. 2. sowie B. III. 3.

¹⁰² Siehe oben B. I. 4., B. II. 3. sowie B. III. 4.

¹⁰³ Vgl. BVerfGE 61, 291 (312); vgl. auch BVerfGE 68, 272 (282); 90, 145 (185); 102, 197 (220).

C. Zusammenfassung

Gemessen an den zuvor dargestellten Maßstäben der Überprüfbarkeit von Bundesgesetzen durch das Bundesverfassungsgericht, stellt sich der Entwurf des Masernschutzgesetzes – soweit er Gegenstand der Stellungnahme war – als verfassungsgemäß dar.

Dies bezieht sich sowohl auf das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, das Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG als auch auf das Grundrecht der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG.

Die Verfassung zieht der Gesetzgebung allerdings nur einen äußersten Rahmen, innerhalb dessen der Gesetzgeber einen Spielraum genießt. Die Feststellung der Verfassungsmäßigkeit trifft – angesichts unterschiedlicher Beurteilungsmaßstäbe – keine Aussage darüber, ob das Gesetz die bestmögliche Maßnahme zur Lösung des Problems ist. Diese Entscheidung ist aus Gründen der Gewaltenteilung dem Gesetzgeber überantwortet und muss politisch beantwortet werden.

Schließlich trifft den Gesetzgeber eine Beobachtungs- und ggf. Nachbesserungspflicht.¹⁰⁴ Sollte sich herausstellen, dass die Prämissen unzutreffend waren oder sich die Verhältnisse dergestalt geändert haben, dass sie die ursprüngliche Entscheidung nicht oder nicht mehr tragen, so ist der Gesetzgeber zur Änderung des Gesetzes bis hin zur Aufhebung des Gesetzes verpflichtet.

Prof. Dr. Nils Schaks

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 123, 186 (266). Ausführlich hierzu *Sodan*, Staatliches Gebührenrecht für Zahnärzte als Verfassungsproblem, 2012, S. 72 – 77.