

RAe Keller & Kollegen | Postfach 100336 | 70003 Stuttgart

## Rechtsgutachten

**Die Pflichten nach § 2 des Hessischen Kindergesundheitsschutzgesetzes für Ärzte, Gemeinschaftseinrichtungen und Eltern (Personensorgeberechtigte) – Inhalt und Reichweite der Pflichten sowie deren Verfassungsmäßigkeit**

im Auftrag von

**gesundheit aktiv. anthroposophische heilkunst e.V., Bad  
Liebenzell-Unterlengenhardt,**

**Internationale Vereinigung der Waldorfkindergärten e.V. Neustadt  
und**

**die Gesellschaft Anthroposophischer Ärzte in Deutschland e.V.,  
Stuttgart**

vorgelegt von

**Bernhard Ludwig  
Rechtsanwalt**

**Jan Matthias Hesse  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Medizinrecht**

**Im Juli 2008**

**Nikolai Keller\***  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Steuerrecht

**Anna Fuchs-Keller**  
Rechtsanwältin

**Jan Matthias Hesse**  
Rechtsanwalt

**Bernhard Ludwig**  
Rechtsanwalt

**Johanna Keller**  
Rechtsanwältin

\*auch zugelassen am  
Oberlandesgericht Stuttgart

Kernerplatz 2  
70182 Stuttgart

info@anwaltskanzlei-keller.de

Fon 0711-22 02 16 90  
Fax 0711-22 02 16 91

www.anwaltskanzlei-keller.de

Bankverbindung  
GLS Gemeinschaftsbank  
Konto 103344500  
BLZ 430 609 67

Steuer-Nr. 95131/17066

Kooperationspartner

Rechtsanwälte  
Barkhoff & Partner GbR  
Husemannplatz 3  
44787 Bochum

Hohage, May & Partner  
Rechtsanwälte • Steuerberater  
Mittelweg 147  
20148 Hamburg

## Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

### I. Inhalt und Adressaten der Pflichten des § 2 KiGSchG

§ 2 des hessischen Kindergesundheitsschutz-Gesetzes (KiGSchG) ordnet an, dass Personensorgeberechtigte vor der Aufnahme ihres Kindes in eine Gemeinschaftseinrichtung im Sinne des § 33 des Infektionsschutzgesetzes durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nachzuweisen haben, dass das Kind alle seinem Alter und Gesundheitszustand entsprechenden öffentlich empfohlenen Schutzimpfungen erhalten hat, oder schriftlich zu erklären, dass sie eine Zustimmung zu bestimmten Impfungen nicht erteilen.

Die Vorschrift richtet sich mit ihren Offenbarungs- und Erklärungspflichten ausdrücklich nur an die Personensorgeberechtigten. Das Hessische Sozialministerium meint, die Ärzte seien verpflichtet, gesonderte Bescheinigungen einschließlich der Unterzeichnung der Erklärung über die Versagung der Zustimmung zu Schutzimpfungen auszustellen. Dies lässt sich § 2 KiGSchG jedoch nicht entnehmen. Die nach § 2 KiGSchG geforderte Bescheinigung kann in Gestalt des Impfausweises vorgelegt werden.

Offen ist, wer für die Entgegennahme der Erklärungen zuständig sein soll. Es kommen die Gemeinschaftseinrichtungen selbst oder die Gesundheitsbehörden in Betracht. Eine klare Zuständigkeitsregelung lässt sich weder dem Schulgesetz (HSchG), dem Hessischen Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (HGöGD) noch dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) entnehmen.

Schon deshalb ist § 2 KiGSchG nicht vollziehbar. Der Vorschrift kann aber auch darüber hinaus keine Befugnis zum Erlass vollstreckungsfähiger Verwaltungsakte entnommen werden. Sanktionen für den Fall der Zuwiderhandlung gegen seine Pflichten sieht das Gesetz nicht vor.

### II. Verfassungsrechtliche Prüfung

§ 2 KiGSchG ist gemäß Art. 72 Abs. 1 Grundgesetz (GG) formell verfassungswidrig, weil dem Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz fehlt. Die Materie gehört zum Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG), für den der Bundesgesetzgeber bereits mit dem Infektionsschutzgesetz eine

abschließende Regelung getroffen hat. Folglich fehlt den Ländern insoweit die Befugnis zur Gesetzgebung.

§ 2 KiGSchG ist auch materiell verfassungswidrig. Die Norm greift in einer im Ergebnis unverhältnismäßigen Weise in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) ein. Angesichts der Tatsache, dass die durch § 2 KiGSchG angeordnete Datenerhebung (und ggf. Speicherung) in nicht anonymisierter Form erfolgt, ohne dass die Betroffenen dafür einen Anlass geschaffen haben, und die Pflicht zur Offenbarung der Impfentscheidung eine Bloßstellung der Sorgeberechtigten bewirkt, die sich im Einzelfall in Verbindung mit sozialem Druck bis zu einem Impfwang verdichten kann, wiegt der Eingriff besonders schwer. Der Vergleich mit der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt, dass ein solcher Eingriff nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahr verhältnismäßig wäre. Weil die Offenbarungspflichten nach § 2 KiGSchG an keine konkrete Krankheitsgefahr anknüpfen, sondern abstrakt und generell gelten, ist die Vorschrift unverhältnismäßig.

Darüber hinaus verstößt sie gegen den Grundsatz der Normklarheit und Normbestimmtheit, weil sie nicht den Zweck der Datenerhebung und ggf. Speicherung klar bestimmt und begrenzt, die Zuständigkeit für den Empfang der Daten nicht regelt und für den Umgang mit den Daten keine ausreichenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen vorhanden sind.

### **III. Rechtsschutzmöglichkeiten**

Da § 2 KiGSchG weder Sanktionen bei Zuwiderhandlungen noch eine Befugnis zum Erlass von vollstreckungsfähigen Verwaltungsakten vorsieht, besteht der effektivste Rechtsschutz darin, die Bestimmung als verfassungswidrig und damit nichtig zu ignorieren. Sollten gleichwohl Durchsetzungsmaßnahmen von den Gesundheitsbehörden ergriffen werden, könnte dagegen zunächst verwaltungsgewärtlicher Rechtsschutz gesucht werden. Die Instanzgerichte können das Bundesverfassungsgericht anrufen, wenn sie die entscheidungserhebliche Norm für verfassungswidrig halten. Sollte der Instanzenzug erfolglos durchschritten worden sein, könnte binnen eines Monats Verfassungsbeschwerde gegen die instanzgerichtlichen Entscheidungen mit der Begründung erhoben werden, sie beruhen auf einer verfassungswidrigen gesetzlichen Bestimmung.

## Gliederung

A.	Sachverhalt und Fragestellung .....	6
I.	Das Hessische Kindergesundheitsschutz-Gesetz .....	6
II.	§ 2 des KiGSchG .....	7
III.	Fragestellung .....	10
B.	Rechtliche Beurteilung .....	11
I.	Inhalt und Adressaten der Pflichten gemäß § 2 KiGSchG .....	11
1.	Kinder- und Hausärzte als Adressaten.....	11
2.	Personensorgeberechtigten als Adressaten .....	15
a)	Begriffsbestimmung des § 2 KiGSchG.....	15
aa)	Begriff der Personensorgeberechtigten.....	15
bb)	Begriff der Gemeinschaftseinrichtungen .....	15
cc)	Öffentlich empfohlene Schutzimpfungen.....	16
b)	Inhalt der Pflicht nach § 2 des Hessischen KiGSchG.....	16
3.	Die Einrichtungen als Erklärungsempfänger gem. § 2 KiGSchG .....	17
a)	Zuständigkeit der Gemeinschaftseinrichtung.....	17
b)	Doppelzuständigkeit .....	18
c)	Zuständigkeit des schulärztlichen Dienstes .....	18
d)	Zwischenergebnis .....	19
4.	Durchsetzung der Pflichten nach § 2 KiGSchG .....	19
II.	Verfassungswidrigkeit des § 2 KiGSchG.....	21
1.	Formelle Verfassungswidrigkeit.....	21
a)	Voraussetzungen der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG.....	22
b)	Abschließende Regelungen im Infektionsschutzgesetz .....	22
c)	Zwischenergebnis .....	26
2.	Verstoß gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) .....	26
a)	Schutzbereich des Grundrechts.....	26
b)	Grundrechtseingriff .....	27
c)	Verfassungsmäßige Rechtfertigung.....	28
aa)	Verhältnismäßigkeit des § 2 KiGSchG .....	29
(1)	Geeignetheit .....	29
(a)	Erklärungspflicht als „Anstoß“ oder „sozialer Druck“.....	30
(b)	Datenerhebung für künftige Schutzmaßnahmen .....	31
(2)	Erforderlichkeit .....	36
(a)	Keine Erforderlichkeit bei Immunisierung durch frühere Erkrankung .....	37
(b)	Fehlende Erforderlichkeit im Hinblick auf spätere Schutzmaßnahmen.....	38
(3)	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	38

(a)	Gewichtung des Gesundheitsschutzes .....	39
(b)	Gewichtung der Grundrechtseingriffe.....	42
(aa)	Kein Anlass durch die Betroffenen für die Datenerhebung .....	42
(bb)	Nichtanonymisierte persönlichkeitsbezogene Informationen .....	43
(cc)	Weitere Beeinträchtigungen für die Betroffenen .....	43
(c)	Abwägung und Abwägungsergebnis .....	46
(aa)	Unverhältnismäßigkeit im Vergleich zur Anordnung einer Impfpflicht.....	47
(bb)	Erfordernis einer konkreten Erkrankungsgefahr .....	48
d)	Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot .....	49
aa)	Bereichsspezifische Zweckbestimmung .....	50
bb)	Kein Schutz gegen Zweckentfremdung und Weitergabe.....	50
(1)	Vergleich mit § 5 KiGSchG .....	51
(2)	Anwendbarkeit des HDSG für private Einrichtungen .....	51
(3)	Anwendbarkeit des BDSG für private Einrichtungen .....	51
(4)	Anwendbarkeit der Datenschutzbestimmungen für Schulen ..	52
(5)	Zwischenergebnis .....	52
3.	Verletzung der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG.....	53
4.	Verletzung von Grundrechten der Hessischen Landesverfassung .....	54
III.	Rechtsschutzmöglichkeiten .....	55

## **A. Sachverhalt und Fragestellung**

### **I. Das Hessische Kindergesundheitsschutz-Gesetz**

Am 14. Dezember 2007 hat der Hessische Landtag das Kindergesundheitsschutz-Gesetz (im Folgenden: „KiGSchG“) beschlossen (Hess. GVBl. I S. 856). Mit dem Gesetz wird eine Verbesserung des Gesundheitsschutzes von Kindern und ihres Schutzes vor Vernachlässigung, Misshandlung und Missbrauch angestrebt. Zentraler Bestandteil des Gesetzes ist die Verbindlicherklärung der sog. Früherkennungsuntersuchungen.<sup>1</sup> Zum einen wird die Teilnahme an den Früherkennungsuntersuchungen U4 bis U9 verbindlich (§ 1 Abs. 1). Zum anderen wird auch die Teilnahme an den Früherkennungsuntersuchungen auf behandelbare Stoffwechsel- und Hormonerkrankungen, das sog. Neugeborenen-Screening,<sup>2</sup> verbindlich (§ 1 Abs. 2).

Das Gesetz sieht dazu vor, dass die Kinder, die nicht innerhalb der vorgesehenen Frist an den jeweiligen Früherkennungsuntersuchungen teilgenommen haben, durch Datenabgleiche herausgefiltert werden, die Eltern (bzw. Personensorgeberechtigten) dieser Kinder über die erforderlichen Früherkennungsuntersuchungen informiert und an die Teilnahme erinnert werden und – sofern weiterhin keine Teilnahme gemeldet wird – das zuständige Jugendamt eingeschaltet wird, um den Hintergrund der Nichtteilnahme an den Früherkennungsuntersuchungen aufzuklären. Darüber hinaus ist im Gesetz festgelegt, dass den Eltern auch weitere, zusätzliche Früherkennungsuntersuchungen angeboten werden können und dass die Daten über diese Untersuchungen auf der Basis einer Einwilligung der Eltern im Kindervorsorgezentrum verarbeitet werden.

In § 2 KiGSchG hat der Gesetzgeber eine Regelung zum Nachweis des Impfschutzes von Kindern in Gemeinschaftseinrichtungen getroffen. Ein Zusammenhang mit Früherkennungsuntersuchungen besteht nicht.

---

<sup>1</sup> Vgl. Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die Früherkennung von Krankheiten bei Kindern bis zur Vollendung des 6. Lebensjahres, sog. Kinder-Richtlinien, <http://www.gba.de/informationen/richtlinien/15/>.

<sup>2</sup> Siehe dazu Anlage 2 der in Fußn. 1 genannter Kinder-Richtlinien.

## II. § 2 KiGSchG

§ 2 KiGSchG“ mit der Überschrift „Teilnahme an empfohlenen Schutzimpfungen“), bestimmt:

*„Die Personensorgeberechtigten eines Kindes, das Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne des § 33 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) vom 20.07.00 (Bundesgesetzblatt I S. 1045), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.07.07 (Bundesgesetzblatt I S. 1574), besucht, haben vor der Aufnahme in die Einrichtung durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nachzuweisen, dass das Kind alle seinem Alter und Gesundheitszustand entsprechenden öffentlich empfohlenen Schutzimpfungen erhalten hat oder schriftlich zu erklären, dass sie eine Zustimmung zu bestimmten Impfungen nicht erteilen.“*

Die Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung vom 18.9.2007 (Drs. 16/7796 S. 7) lautet:

*„Zum Schutz aller Kinder in Gemeinschaftseinrichtungen, insbesondere derer, die aus gesundheitlichen Gründen nicht selbst geimpft werden können, ist es erforderlich, vor Besuch einer Gemeinschaftseinrichtung zu überprüfen, dass alle dem Alter und Gesundheitszustand entsprechenden öffentlich empfohlenen Impfungen durchgeführt wurden. Diese Überprüfung erfolgt durch den Kinderarzt oder Hausarzt, der die Vollständigkeit bzw. das Fehlen bestimmter Impfungen bescheinigt. Mitarbeiter der Gemeinschaftseinrichtung müssen Personensorgeberechtigte, die ihre Kinder nicht impfen lassen wollen, auf das Risiko zu erkranken und die damit verbundene Möglichkeit nach § 34 IfSG aus der Gemeinschaftseinrichtung ausgeschlossen zu werden, hinweisen. Falls die Eltern weiterhin eine Vervollständigung des Impfstatus verweigern, müssen sie dies schriftlich erklären.“*

*Die Alternative zu dieser Regelung wäre eine Zwangsimpfung. Abgesehen von den damit verbundenen schwierigen auch verfassungsrechtlichen Abwägungen birgt eine Zwangsimpfung das Risiko, dass bei jeder in zeitlichem Zusammenhang mit der Impfung stehenden Gesundheitsverschlechterung ein Zusammenhang mit der Impfung vermutet wird. Dies könnte dem Impfgedanken insgesamt schaden.“*

Weitere Anhaltspunkte zum Verständnis des § 2 KiGSchG sowie dessen Umsetzung lassen sich dem Schreiben des Hessischen Sozialministeriums vom 11.03.08 (Az: V III b-18 H 04 31) entnehmen. Darin heißt es:

*„Zum Schutz aller Kinder in Gemeinschaftseinrichtungen, insbesondere derer, die aus gesundheitlichen Gründen nicht selbst geimpft werden können, ist es danach erforderlich, vor Besuch einer Gemeinschaftseinrichtung zu überprüfen, dass alle dem Alter und Gesundheitszustand entsprechenden öffentlich empfohlenen Impfungen durchgeführt werden.*

*Diese Überprüfung erfolgt durch die Kinder- oder Hausärztinnen oder -ärzte, die die Vollständigkeit bzw. das Fehlen bestimmter Impfungen zum Tag der Aufnahme in die Kindertageseinrichtung bescheinigen. Sie weisen Personensorgeberechtigte, die ihre Kinder nicht vollständig impfen lassen wollen, auf das Risiko zu erkranken und die damit verbundene Möglichkeit nach § 34 IfSG aus der Gemeinschaftseinrichtungen ausgeschlossen zu werden, hin. Falls Eltern eine Vervollständigung des Impfstatus verweigern, müssen sie dies schriftlich erklären.*

*Um den Aufwand für die Kindergemeinschaftseinrichtungen auf ein Minimum zu reduzieren, wurde vom Hessischen Sozialministerium in Zusammenarbeit mit dem Berufsverband der Kinder- und Jugendärzte eine standardisierte Impfbescheinigung (s. Anlage) entwickelt. Aufgabe der Kindergemeinschaftseinrichtungen ist es, sicherzustellen, dass vor Aufnahme des Kindes die Impfbescheinigung durch die Personensorgeberechtigten vorgelegt wird. Die Impfbescheinigung ist in der Akte des Kindes zu verwahren.“*

Das Formular für die Impfbescheinigung sieht vor, dass die Personensorgeberechtigten und die Ärzte folgende Angaben für ihr Kind machen müssen:

- Name des Kindes, Datum der Aufnahme in die Gemeinschaftseinrichtungen,
- ob alle dem Alter entsprechend öffentlich empfohlenen Impfungen zum o.g. Tag der Aufnahme erfolgt sind,
- ob medizinische Gründe vorliegen, weshalb derzeit eine vollständige Impfung nicht möglich ist,
- Angaben, welche Impfungen gegen folgende Erkrankungen evtl. fehlen oder unvollständig durchgeführt wurden: Diphtherie, Tetanus, Keuchhus-

ten, Haemophilus influenzae, Kinderlähmung, Hepatitis B, Pneumokokken, Meningokokken C, Masern, Mumps, Röteln, Windpocken.

Auf der Rückseite der Impfbescheinigung haben der oder die Erziehungsberechtigte(n) für den Fall, dass die auf der Vorderseite erwähnten Krankheiten bei ihrem Kind fehlen oder unvollständig sind und sie auch nicht wollen, dass diese Impfungen bei ihrem Kind nachgeholt werden, dies mit Datum und Unterschrift zu bestätigen. Ferner hat der aufklärende Arzt mit Datum und Unterschrift zu bestätigen, dass er die Erziehungsberechtigten über die Möglichkeit aufgeklärt hat, dass ihr Kind nach § 34 IfSG aus der Kindergemeinschaftseinrichtung ausgeschlossen werden kann.

Der Hessische Datenschutzbeauftragte hat das Kindergesundheitsschutz schon in seiner Entstehungsphase aus datenschutzrechtlicher Sicht begleitet. In seinem Datenschutzbericht für 2007 stellt er dazu fest:

*„Die Einführung einer Verbindlichkeit der Früherkennungsuntersuchungen und die Einrichtung eines Kindervorsorgezentrums bringt auch in erheblichem Umfang neue Verarbeitungen personenbezogener Daten der Kinder und Eltern mit sich. Meine Vorschläge zur Ausgestaltung des Datenschutzes wurden in das Gesetz übernommen.“<sup>3</sup>*

(...)

*Zur Kontrolle der Durchführung der nunmehr verbindlichen Früherkennungsuntersuchungen sind neue Datenübermittlungen sowie Datenspeicherungen und Datenabgleiche im neu zu errichtenden Kindervorsorgezentrum vorgesehen.<sup>4</sup>*

(...)

*Die umfangreiche neue Verarbeitung personenbezogener Daten muss jedoch aus datenschutzrechtlicher Sicht für die festgelegten Zwecke erforderlich und geeignet sein. Vor diesem Hintergrund war es mein zentrales Anliegen, dass*

---

<sup>3</sup> 36. Tätigkeitsbericht des Hessischen Datenschutzbeauftragten Professor Dr. Michael Ronelentfisch, vorgelegt zum 31. Dezember 2007, S. 148.

<sup>4</sup> Hessischer Datenschutzbeauftragter (Fußn. 3) S. 149.

- ? *die neue Verarbeitung personenbezogener Daten im Gesetz präzise und konsistent festgelegt wird,*
- ? *das Kindervorsorgezentrum im Rahmen der Mitteilungen über die Teilnahme an der U4 bis U9 keine medizinischen Details zur Kenntnis erhält,*
- ? *eine strikt zweckgebundene Verwendung der Daten und Restblutproben sichergestellt wird,*
- ? *die Daten der Kinder und Personensorgeberechtigten in einer **öffentlichen** Stelle verarbeitet werden und*
- ? *nach einem angemessenen Zeitraum effektiv evaluiert wird, ob die umfangreichen Datenverarbeitungen für den Kinderschutz erforderlich und geeignet sind.<sup>5</sup>*

(...)

*Meine Dienststelle wurde von der Sozialministerin bereits bei der Erarbeitung des Entwurfs beteiligt. Das Gesetz enthält detaillierte Regelungen zur Datenverarbeitung, in die meine Vorschläge aufgenommen worden sind<sup>6</sup>.*

Eine Auseinandersetzung mit § 2 KiGSchG und den mit dieser Vorschrift verbundenen datenschutzrechtlichen Fragen enthält der 36. Tätigkeitsbericht des Hessischen Datenschutzbeauftragten nicht.

### III. Fragestellung

§ 2 KiGSchG wirft zahlreiche Fragen nach dem von ihm erfassten Adressatenkreis, der durch ihn auferlegten Pflichten sowie seiner Verfassungsmäßigkeit auf.

Zunächst ist der Inhalt der Pflicht nach § 2 KiGSchG für die möglichen Adressaten dieser Pflicht zu prüfen (dazu sogleich unter B. I.) Dabei wird auch zu prüfen sein, welchen Handlungsspielraum § 2 KiGSchG den verpflichteten Personengruppen belässt und welche Konsequenzen eine Nichtbeachtung nach sich zöge.

---

<sup>5</sup> Hessischer Datenschutzbeauftragter (Fußn. 3) S. 151 ff.

<sup>6</sup> Hessischer Datenschutzbeauftragter (Fußn. 3) S. 152.

Ferner wird geprüft, ob die Pflichten nach § 2 KiGSchG mit höherrangigem Recht, namentlich mit den Grundrechten, insbesondere dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) vereinbar ist (nachfolgend B. II.).

Schließlich ist zu prüfen, welche Rechtsschutzmöglichkeiten für die betroffenen Personengruppen bestehen (dazu unten B. III.).

## **B. Rechtliche Beurteilung**

Aus dem Wortlaut des § 2 KiGSchG ergibt sich auf den ersten Blick nur, dass die Personensorgeberechtigten von Kindern, die in Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne des § 33 IfSG aufgenommen werden sollen, deren Impfstatus offen zu legen haben. Wem gegenüber diese Offenbarungspflicht zu erfüllen ist und welche Personen außerdem daran in welcher Art und Weise mitzuwirken haben, ist nicht ohne weiteres ersichtlich.

Zunächst sind also die Adressaten und der Inhalt der sich aus § 2 ergebenden Pflichten zu klären (sogleich unter I.). Anschließend stellt sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Pflichten (unten II.).

### **I. Inhalt und Adressaten der Pflichten gemäß § 2 KiGSchG**

Die Pflichten nach § 2 KiGSchG können sich auf folgende Gruppen von Adressaten beziehen: Kinder- oder Hausärztinnen oder -ärzte (dazu unten 1.), Erziehungsberechtigte (dazu unten 2.) und Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne des § 33 IfSG (dazu unten 3.).

#### **1. Kinder- und Hausärzte als Adressaten**

§ 2 KiGSchG richtet sich dem Wortlaut nach nicht unmittelbar an Ärzte. Er bestimmt lediglich, dass die Personensorgeberechtigten eine entsprechende ärztliche Bescheinigung über das Vorhandensein aller empfohlenen Schutzimpfungen für ihr Kind vorzulegen haben. Die Vorschrift regelt damit weder die Frage, wie sich die Personensorgeberechtigten diese ärztliche Bescheinigung beschaffen

sollen, noch verpflichtet sie die Ärzte, den Personensorgeberechtigten eine entsprechende Bescheinigung für ihre Kinder auszustellen.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs<sup>7</sup> soll dagegen die Überprüfung, ob alle dem Alter und Gesundheitszustand entsprechenden öffentlich empfohlenen Impfungen durchgeführt wurden, durch den Kinder- oder Hausarzt vorgenommen werden, der zudem auch noch die Vollständigkeit bzw. das Fehlen bestimmter Impfungen bescheinigt.

Im Schreiben des Hessischen Sozialministeriums vom 11.3.2008 wird diese Sichtweise wiederholt aber auch ergänzt, wenn es dort heißt:

*„Diese Überprüfung erfolgt durch die Kinder- oder Hausärztinnen oder -ärzte, die die Vollständigkeit bzw. das Fehlen bestimmter Impfungen zum Tag der Aufnahme in die Kindertageseinrichtung bescheinigen. Sie weisen Personensorgeberechtigte, die ihre Kinder nicht vollständig impfen lassen wollen, auf das Risiko zu erkranken und die damit verbundene Möglichkeit nach § 34 IfSG aus der Gemeinschaftseinrichtung ausgeschlossen zu werden, hin.“*

Auch das Formular für die „Impfbescheinigung zur Vorlage gegenüber Kindergemeinschaftseinrichtungen“ orientiert sich an der Begründung des Gesetzentwurfs. Es sieht darüber hinaus jedoch vor, dass der Arzt nicht nur den Impfstatus des Kindes durch seine Unterschrift zu bescheinigen hat. Zusätzlich hat er bei fehlenden Impfungen durch seine Unterschrift zu bestätigen, dass die Personensorgeberechtigten schriftlich erklärt haben, dass sie ein Nachholen der Impfungen nicht wollen. Zudem hat der Arzt durch seine Unterschrift zu bestätigen, dass er über die Möglichkeit eines Ausschlusses des Kindes aus der Gemeinschaftseinrichtung nach § 34 IfSG aufgeklärt hat.

Die Pflichten bzw. Aufgaben des Arztes, die in der Gesetzesbegründung, im Schreiben des Hessischen Sozialministeriums vom 11.3.2008 sowie im Vordruck der Impfbescheinigung genannten sind, gehen über den Wortlaut des § 2 KiGSchG hinaus. Rechtsverbindliche Wirkung entfaltet jedoch allein der Gesetzestext. Weder die Begründung des Gesetzentwurfs, erst recht nicht das Schreiben des Hessischen Sozialministeriums vom 11.3.2008 oder gar dem Vor-

---

<sup>7</sup> Landtags-Drs. 16/7796 vom 18.9.2007, S. 7.

druck der „Impfbescheinigung zur Vorlage Kindergemeinschaftseinrichtung“ sind rechtlich verbindlich.

Dem Wortlaut des § 2 KiGSchG lassen sich keine entsprechenden Pflichten oder Aufgaben für die Ärzte entnehmen. In § 2 ist auch insoweit keine Regelungslücke erkennbar, die durch eine irgend geartete analoge Auslegung entsprechend der Ausführungen in der Gesetzesbegründung oder des Schreibens des Sozialministeriums geschlossen werden könnten.

Eine Regelungslücke besteht insbesondere nicht deshalb, weil § 2 KiGSchG voraussetzt, dass die Personensorgeberechtigten ihre Nachweispflichten über den Impfstatus ihrer Kinder nur durch eine ärztliche Impfbescheinigung erfüllen können. Denn der in § 22 IfSG vorgesehene **Impfausweis** ist ausreichend, um den Nachweis des Impfstatus im Sinne des § 2 KiGSchG zu erbringen.<sup>8</sup>

Gemäß § 22 des IfSG hat der impfende Arzt jede Schutzimpfung unverzüglich in einen Impfausweis einzutragen oder eine Impfbescheinigung auszustellen bzw. den Inhalt der Impfbescheinigung auf Verlangen in den Impfausweis einzutragen. Impfausweis und Impfbescheinigung müssen über jede Schutzimpfung das Datum der Schutzimpfung, Bezeichnung und Chargen-Bezeichnung des Impfstoffes, den Namen der Krankheit, gegen die geimpft wird, Namen und Anschrift des impfenden Arztes sowie Unterschrift des impfenden Arztes oder Bestätigung der Eintragung des Gesundheitsamts enthalten.

Eine solche „Indienstnahme“ der Ärzte bedürfte zudem einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage, die § 2 KiGSchG, wie gezeigt, nicht enthält. Denn es handelte sich dabei um einen Eingriff in die ärztliche Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG). Die Vorgaben hätten eine objektiv berufsregelnde Tendenz. Sie würden die ärztliche Berufsausübung durch eine weitere Dokumentations- und Begründungspflicht, die Zeit in Anspruch nimmt und Verwaltungsaufwand erzeugt, beeinträchtigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) muss ein die Berufsfreiheit einschränkendes Gesetz hinreichend bestimmt sein und Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lassen.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Um die Erklärung, bestimmten Impfungen nicht zustimmen zu wollen, abzugeben, bedarf es keiner ärztlichen Bescheinigung.

<sup>9</sup> Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Auflage 2006, Art. 12 Rdnr. 22.

Die Begründung des Gesetzentwurfs und andere ministerielle Verlautbarungen können hinreichend bestimmte gesetzliche Normierung nicht ersetzen.

Zu der im Schreiben des Hessischen Sozialministeriums vom 11.3. 2008 erwähnten Pflicht der Ärzte, die Personensorgeberechtigten auf ein Erkrankungsrisiko hinzuweisen, ist zu sagen, dass die behandelnden Ärzte berufsrechtlich ohnedies verpflichtet sind, über den Stand der medizinischen Erkenntnisse, zu dem auch die Empfehlungen der STIKO gehören, und die mit Impfungen verbundenen Risiken aufzuklären.<sup>10</sup>

Dagegen kann es eine Hinweispflicht der Ärzte auf eine angebliche Möglichkeit, dass nicht geimpfte Kinder nach § 34 IfSG aus Gemeinschaftseinrichtungen ausgeschlossen werden können, nicht geben. Eine solche Ausschlussmöglichkeit sieht § 34 IfSG nicht vor. Denn § 34 Abs. 9 IfSG stellt weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck nach eine Rechtsgrundlage für ein Betretungsverbot von Gemeinschaftseinrichtungen für nicht geimpfte, gesunde Personen dar.<sup>11</sup> Eine Pflicht auf eine nicht einschlägige Rechtsgrundlage hinzuweisen, kann es nicht geben. Auch im Übrigen enthält § 34 keine Rechtsgrundlage für ein generelles Betretungsverbot nicht geimpfter gesunder Personen einer Gemeinschaftseinrichtung. Ein generelles Betretungsverbot für nicht geimpfte gesunde Personen von Gemeinschaftseinrichtungen kann in der Regel auch nicht auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 IfSG gestützt werden – und zwar aus gesetzessystematischen – und inhaltlichen Gründen.<sup>12</sup>

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass sich aus § 2 KiGSchG für Ärzte keinerlei Verpflichtungen ergeben.

---

<sup>10</sup> Vgl. „Gutachtliche Äußerung für die Gesellschaft Anthroposophischer Ärzte in Deutschland“ von Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Zuck vom 11. 9.2006, [www.anthroposophischeaerzte.de/RZG-Gutachten\\_zum\\_Impfbeschuß.pdf](http://www.anthroposophischeaerzte.de/RZG-Gutachten_zum_Impfbeschuß.pdf).

<sup>11</sup> Vgl. Hesse, Rechtsgutachten für den Verein Ärzte für individuelle Impfentscheidung e. V. Herdecke, Gesellschaft Anthroposophischer Ärzte in Deutschland e. V., Gesundheit aktiv Anthroposophische Heilkunst e. V. vom 9. 7.2007, S. 13.

<sup>12</sup> Hesse, (Fußn. 11) S. 14 ff.

## 2. Personensorgeberechtigten als Adressaten

§ 2 KiGSchG erlegt den Personensorgeberechtigten, die ihre Kinder in eine Gemeinschaftseinrichtung aufnehmen lassen wollen, die besagten Pflichten auf. Zunächst ist der Inhalt dieser Pflichten zu klären (dazu sogl. unten a). Anschließend ist zu klären, wem gegenüber diese Pflichten zu erfüllen sind. (dazu unten 3).

### a) Begriffsbestimmung des § 2 KiGSchG

Um Inhalt und Tragweite dieser Pflicht einordnen zu können, sind zunächst die rechtlichen Begriffe zu klären, an die mit § 2 KiGSchG angeknüpft wird. Es handelt sich dabei um die Begriffe der Personensorgeberechtigten (dazu sogl. unten aa), der Gemeinschaftseinrichtungen i. S. des § 33 IfSG (unten bb) und den Begriff der öffentlich empfohlenen Schutzimpfungen (cc). Anschließend ist der Inhalt der Pflicht für die Personensorgeberechtigten zu klären (b).

#### aa) Begriff der Personensorgeberechtigten

Der Begriff der Personensorge ist in § 1626 Abs. 1 S. 2 1. Alt. BGB definiert. Danach umfasst die elterliche Sorge die Sorge um die Person des Kindes. Zur Personensorge (vgl. die Aufzählung in § 1631 Abs. 1 BGB) gehört auch die Veranlassung ärztlicher Maßnahmen, die keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht unterliegen, aber auch die Entscheidung über Impfungen des Kindes, wobei es grundsätzlich keinen gesetzlichen Impfwang mehr gibt und die Eltern durch entsprechende Aufklärung davon zu überzeugen sind, dass sie ihre Einwilligung im Interesse des Kindes bzw. als eines allgemeinen Impfschutzes der Bevölkerung liegt.<sup>13</sup>

#### bb) Begriff der Gemeinschaftseinrichtungen

Gemäß § 33 des IfSG sind Gemeinschaftseinrichtungen i. S. dieses Gesetzes Einrichtungen, in denen überwiegend Säuglinge, Kinder oder Jugendliche betreut werden, insbesondere Kinderkrippen, Kindergärten, Kindertagesstätten, Kinderhorte, Schule oder sonstige Ausbildungseinrichtungen, Heime, Ferienlager und ähnliche Einrichtungen.

---

<sup>13</sup> Vgl. *Diederichsen*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 1626 Rdnr. 12.

### cc) Öffentlich empfohlene Schutzimpfungen

Gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 IfSG ist beim Robert-Koch-Institut eine Ständige Impfkommission eingerichtet (STIKO). Die STIKO gibt gemäß § 20 Abs. 2 S. 3 des IfSG Empfehlungen zur Durchführung von Schutzimpfungen und zur Durchführung anderer Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe übertragbarer Krankheiten beim Menschen. Die Empfehlungen der STIKO dienen den Bundesländern als Vorlage für ihre öffentlichen Impfeempfehlungen. Auf diese Empfehlungen nimmt § 2 KiGSchG Bezug. Das Hessische Sozialministerium hat einen sog. IfSG-Leitfaden (Ausgabe 2007 für Kinderbetreuungsstätten und Schulen in Hessen) herausgegeben, der auf S. 14 einen Impfkalendar enthält, in den die Empfehlungen der Ständigen Impfkommission übernommen wurden.

Die Regelung in § 2 KiGSchG lässt jedoch auf den ersten Blick offen, wem gegenüber die Personensorgeberechtigten den Nachweis bzw. die Erklärung abzugeben haben.

### b) Inhalt der Pflicht nach § 2 des Hessischen KiGSchG

§ 2 KiGSchG lässt den Personensorgeberechtigten die Wahl, entweder den vollständigen Impfstatus ihres Kindes durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nachzuweisen, oder schriftlich zu erklären, dass sie eine Zustimmung zu bestimmten Impfungen nicht erteilen.

Die Formulierung des § 2 lässt damit auf den ersten Blick offen, ob Personensorgeberechtigte verpflichtet sind, den Impfstatus ihres Kindes vollständig zu offenbaren, oder ob sie dies dadurch vermeiden können, indem sie pauschal erklären, dass sie eine Zustimmung nicht erteilen. Da § 2 jedoch bestimmt, dass die Personensorgeberechtigten die Versagung ihrer Zustimmung zu *bestimmten Impfungen* zu erteilen haben, folgt daraus im Gegenschluss, dass sie den Impfstatus ihres Kindes vollständig offen zu legen haben; die Personensorgeberechtigten sollen sich über die Versagung ihrer Zustimmung zu bestimmten Impfungen nur insofern erklären, als ihren Kindern diese Schutzimpfungen tatsächlich fehlen.

Der Wortlaut des § 2 KiGSchG lässt somit die andere denkbare Alternative nicht zu, die darin bestünde, dass die Personensorgeberechtigten eine Offenbarung des Impfstatus ihrer Kinder selbst dann verweigern könnten, wenn ihre Kinder über einen vollständigen Impfstatus verfügten.

§ 2 KiGSchG enthält damit eine Pflicht zu vollständiger Offenlegung des Impfstatus eines Kindes vor seiner Aufnahme in eine Gemeinschaftseinrichtung im Sinne des § 33 IfSG, und bei fehlendem Impfschutz die schriftliche Erklärungspflicht über die Impfentscheidung der Personensorgeberechtigten.

### **3. Die Einrichtungen als Erklärungsempfänger gem. § 2 KiGSchG**

§ 2 KiGSchG bestimmt nicht ausdrücklich, *wem* gegenüber die geforderten Bescheinigungen und Erklärungen abzugeben sind. Als zuständige Empfänger kommen die Gemeinschaftseinrichtungen, aber auch die Ordnungsbehörde, die für den Vollzug des KiGSchG zuständig ist, in Betracht. Denkbar ist sogar, dass entweder die eine oder die andere oder beide Stellen zugleich zuständige Erklärungsempfänger sind. Für Schulen käme auch der schulärztliche Dienst als Erklärungsempfänger in Betracht.

Die Zweifel, wer zuständiger Erklärungsempfänger ist, lassen sich durch Auslegung nicht beheben. Der Wortlaut ist unergiebig. Auch der Rückgriff auf den Willen des Gesetzgebers, wie er sich in der Begründung des Gesetzentwurfs findet, führt nicht weiter. Dort heißt es lediglich, dass die Mitarbeiter der Gemeinschaftseinrichtung die Personensorgeberechtigten, die ihre Kinder nicht impfen lassen wollen, auf das Risiko zu erkranken und die damit verbundene Möglichkeit nach § 34 IfSG aus der Gemeinschaftseinrichtung ausgeschlossen zu werden, hinweisen müssen. Ferner heißt es dort, dass, falls die Eltern weiterhin eine Vervollständigung des Impfschutzes verweigern, sie dies schriftlich erklären müssen. Auch daraus wird nicht hinlänglich deutlich, ob die Gemeinschaftseinrichtung Erklärungsempfänger sein soll.

#### **a) Zuständigkeit der Gemeinschaftseinrichtung**

Das Schreiben des Hessischen Sozialministeriums vom 11.3.2008 ist dagegen aussagekräftiger, weil es dort heißt, dass es Aufgabe der Kindergemeinschaftseinrichtungen sei, sicherzustellen, dass vor Aufnahme des Kindes die Impfbescheinigung durch die Personensorgeberechtigten vorgelegt werde; die Impfbescheinigung sei in der Akte des Kindes zu verwahren.

Diese Stellungnahme des Hessischen Sozialministeriums ist jedoch nicht mehr als eine unverbindliche Rechtsmeinung, die über den Mangel einer eindeutigen Regelung im Gesetz nicht hinwegzuhelfen vermag.

## **b) Doppelzuständigkeit**

Für eine Doppelzuständigkeit von Gemeinschaftseinrichtung und Gesundheitsbehörde könnte hingegen § 34 Abs. 10 des IfSG sprechen. Danach sollen die Gesundheitsämter und die in § 33 IfSG genannten Gemeinschaftseinrichtungen die betreuten Personen oder deren Sorgeberechtigte gemeinsam über die Bedeutung eines vollständigen, altersgemäßen, nach den Empfehlungen der ständigen Impfkommision ausreichenden Impfschutz und über die Prävention übertragbarer Krankheiten aufklären.

Vor dem Hintergrund dieser Regelung erscheint § 2 KiGSchG als Konkretisierung von § 34 Abs. 10 IfSG. Denn gerade die Begründung der Gesetzesvorlage zu § 2 KiGSchG verweist auf Sinn und Zweck des § 2, der darin bestehen soll, den Impfstatus der Kinder vor Aufnahme in eine Gemeinschaftseinrichtung zu überprüfen und den Mitarbeitern der Gemeinschaftseinrichtungen die Gelegenheit zu geben, die Personensorgeberechtigten über die Risiken eines fehlenden Impfschutzes aufzuklären. Die in § 2 KiGSchG normierte Pflicht geht jedoch über eine bloße Aufklärungspflicht im Sinne von § 34 Abs. 10 IfSG deutlich hinaus.

Gerade weil § 2 KiGSchG Prüf- und Erklärungspflichten statuiert, stellt sich die Frage, ob für den Vollzug dieser Bestimmungen eine Gemeinschaftseinrichtung überhaupt zuständig sein kann, bei der es sich – wie vielfach der Fall sein wird – um eine Körperschaft oder Personenvereinigung des privaten Rechts handeln kann. Denn als Erklärungsempfänger würde sie für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Dienst genommen, was stets einer ausdrücklichen und eindeutigen Übertragung der entsprechenden Aufgaben und Befugnisse bedarf.

Zuständig könnten daneben auch die Gesundheitsbehörden nach den §§ 1-3 Hessisches Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (HGöGD) sein.

## **c) Zuständigkeit des schulärztlichen Dienstes**

In Schulen, auch in solchen in freier Trägerschaft, könnte der schulärztliche Dienst zuständig sein. Die Schulgesundheitspflege umfasst gemäß § 149 S. 2 Hessisches Schulgesetz (HSchG) den schulärztlichen und den schulzahnärztlichen Dienst. Sie gilt gem. §§ 71 Abs. 6, 179 HSchG auch für Schulen in freier Trägerschaft. Ihre Aufgabe ist es, in Zusammenarbeit mit der Schule und den Eltern die gesundheitliche Entwicklung der Schülerinnen und Schüler durch Vorsor-

ge zu fördern, gesundheitlichen Gefährdungen vorzubeugen und Maßnahmen zur Behebung gesundheitlicher Störungen einzuleiten (§ 149 S. 3 HSchG).

Da § 2 KiGschG bezweckt, gesundheitlichen Gefährdungen vorzubeugen, ließe sich seine Durchführung unter § 149 S. 3 HSchG fassen. Da § 149 HSchG nicht notwendigerweise alle Maßnahmen des vorbeugenden Gesundheitsschutzes im Zusammenhang mit dem Besuch von Schulen erfasst, schließt diese Vorschrift nicht aus, dass nicht auch andere Stellen für den Vollzug des § 2 KiGschG zuständig sein könnten, etwa der staatliche Gesundheitsdienst gemäß §§ 1- 3 HGöGD.

#### **d) Zwischenergebnis**

Allenfalls unter einer ergänzenden Heranziehung des § 149 HSchG könnte eine Zuständigkeit des schulärztlichen Dienstes begründet werden, die sich jedoch nicht eindeutig diesem zuordnen lässt. Es könnte auch der staatliche Gesundheitsdienst zuständig sein (§§ 1- 3 HGöGD). Unklar ist in jedem Falle, wer in anderen Gemeinschaftseinrichtungen – etwa Kindergärten – dafür zuständig ist.

#### **4. Durchsetzung der Pflichten nach § 2 KiGschG**

Das hessische Kindergesundheitsschutzgesetz enthält keine Regelungen zur Durchsetzung der Pflichten aus § 2. Weder kann die Nichterfüllung der Pflichten als Ordnungswidrigkeit geahndet werden, noch können die Pflichten nach dem Hessischen Verwaltungsvollstreckungsgesetz (HessVwVG)<sup>14</sup> durchgesetzt werden. § 2 KiGschG sieht keine Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung der Pflichten vor. Und eine Vollstreckung nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz knüpft nicht unmittelbar an gesetzliche Bestimmungen sondern allein an Verwaltungsakte (insbes. Leistungsverfügungen) an (§ 1 Abs. 1 HessVwVG), die vollstreckungsfähig sind (§ 2 HessVwVG). Verwaltungsakte können jedoch aufgrund von § 2 KiGschG nicht erlassen werden, weil die Vorschrift keine Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten einräumt.

Der Erlass eines Verwaltungsaktes setzt nicht nur voraus, dass für die getroffene Regelung in materieller Hinsicht eine gesetzliche Grundlage besteht, sondern

---

<sup>14</sup> vom 4.7.1966 (GVBl. I S. 15) in der Fassung vom 27.7.2005 (GVBl. I S. 574).

auch, dass die Behörde in der Form eines Verwaltungsaktes handeln darf.<sup>15</sup> Ausnahmen davon sind lediglich im Bereich des Beamtenverhältnisses und bei Rückforderung als *actus contrarius* einer Gewährung anerkannt.

Eine Ermächtigung zum Handeln in der Form von Verwaltungsakten lässt sich in der Regel bereits der materiell-rechtlichen Grundlage durch Auslegung entnehmen; insbesondere, wenn darin der Behörde ein Ermessen eingeräumt wird.

§ 2 KiGSchG lässt jedoch eine Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsakten zur Durchsetzung der durch ihn statuierten Erklärungspflichten nicht erkennen. Es ist, wie gezeigt, noch nicht einmal erkennbar, wem gegenüber diese Pflichten zu erfüllen sind. Also kann der Vorschrift auch nicht die Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsaktes entnommen werden.

Auch der Regelung der sog. Schulgesundheitspflege in § 149 S. 3 i.V.m. § 71 Abs 4 HSchG, die gem. §§ 71 Abs. 6, 179 HSchG auch auf Schulen in freier Trägerschaft Anwendung findet, lässt sich eine Ermächtigung nicht entnehmen. Danach ist es Aufgabe des schulärztlichen Dienstes, in Zusammenarbeit mit der Schule und den Eltern die gesundheitliche Entwicklung der Schülerinnen und Schüler durch *Vorsorge* zu fördern, gesundheitlichen Gefährdungen vorzubeugen und Maßnahmen zur Behebung gesundheitlicher Störungen einzuleiten.

Eine solche Aufgabennorm ist jedoch keine Befugnisnorm. Eine Befugnis des schulärztlichen Dienstes, überhaupt Maßnahmen zu ergreifen, folgt lediglich aus § 71 Abs. 4 HSchG. Danach sind Kinder und Jugendliche entsprechend § 71 Abs. 1 - 3 HSchG aber auch nur verpflichtet, sich vom schulärztlichen Dienst *untersuchen* zu lassen. Um *Untersuchungen* handelt es sich bei den Erklärungspflichten gem. § 2 KiGSchG jedoch nicht.

Auch dem Hessischen Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst kann keine Befugnisnorm zum Erlass von Verwaltungsakten entnommen werden, die dem Vollzug des § 2 KiGSchG dienen. Gerade der Blick in § 6 HGöGD zeigt, dass im Hinblick auf Schutzimpfungen keinerlei Eingriffsermächtigung vorgesehen ist. Dieser bestimmt in Absatz 1: „Die Gesundheitsämter tragen zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten bei. Sie wirken insbesondere durch Aufklärung und Beratung sowie durch Aufdeckung von Infektionsketten mit dem Ziel

---

<sup>15</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl 2000, § 35 Rdnr. 11 m.w.N.

ihrer Unterbrechung darauf hin, die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern.“ Und in Absatz 2: „Die Gesundheitsämter wirken auf einen ausreichenden Impfschutz der Bevölkerung hin und fördern die Durchführung öffentlich empfohlener Impfungen. Die Gesundheitsämter führen Impfungen selbst durch, um auf das Schließen von Impflücken hinzuwirken sowie in den Fällen, in denen es aus Gründen des Bevölkerungsschutzes geboten ist. Die Gesundheitsämter beobachten und bewerten die Impfsituation in der Bevölkerung.“

Damit ist festzuhalten, dass es keine Befugnis gibt, § 2 KiGSchG durch vollstreckungsfähige Verwaltungsakte durchzusetzen, noch Sanktionen bei Zuwiderhandlungen vorgesehen sind.

## **II. Verfassungswidrigkeit des § 2 KiGSchG**

§ 2 KiGSchG ist formell (Art. 72 Abs. 1 GG) und materiell (allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verfassungswidrig.

### **1. Formelle Verfassungswidrigkeit**

Gemäß Art. 72 Abs. 1 GG haben im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG auf das Gebiet der Maßnahmen gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren.

§ 2 KiGSchG fällt in das Gebiet der Maßnahmen gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten bei Menschen. Auf diesem Gebiet hat jedoch bereits der Bundesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungszuständigkeit durch das IfSG vom 20.7.2000 (BGBl. I,1045) Gebrauch gemacht.

Rechtsfolge ist, dass, solange und soweit der Bund von einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz wirksam Gebrauch gemacht hat, neues Landesrecht nicht mehr entstehen kann und erlassene Landesgesetze unzulässig und nichtig sind.

### a) Voraussetzungen der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG

Diese Sperrwirkung wird durch ein Gebrauchmachen der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundesgesetzgebers ausgelöst, durch die mittels eines Bundesgesetzes eine bestimmte Frage ausdrücklich – auch negativ,<sup>16</sup> etwa durch absichtsvollen Regelungsverzicht<sup>17</sup> oder durch „beredtes Schweigen“<sup>18</sup> – geregelt wird oder wenn dem Gesetz durch „Gesamtwürdigung des betreffenden Normenbereichs“ zu entnehmen ist, dass es eine erschöpfende oder abschließende Regelung einer bestimmten Materie darstellt.<sup>19</sup> Neben der konkreten Einzelregelung ist auf die Gesamtkonzeption abzustellen.<sup>20</sup>

Die bloße Existenz eines Bundesgesetzes auf einem bestimmten Sachgebiet erlaubt zwar noch keinen Schluss auf eine erschöpfende Regelung.<sup>21</sup> Kein Gebrauch machen liegt vor, wenn das Bundesgesetz Lücken enthält.<sup>22</sup> Auch bei einem teilweisen Gebrauchmachen bleibt die Gesetzgebungskompetenz der Länder im nicht geregelten Bereich bestehen.<sup>23</sup> Dies gilt auch, soweit der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz nicht umfassend Gebrauch gemacht hat<sup>24</sup> oder dem Gesetz durch Auslegung zu entnehmen ist, dass es keine erschöpfende Regelung einer bestimmten Materie darstellt.

### b) Abschließende Regelungen im Infektionsschutzgesetz

Nach Maßgabe dieser Grundsätze erweisen sich die Regelungen des IfSG im Verhältnis zu der in § 2 KiGSchG getroffenen Bestimmung als abschließend. § 2 KiGSchG verpflichtet die Personensorgeberechtigten, den Impfstatus ihres Kindes vor der Aufnahme in eine Gemeinschaftseinrichtung im Sinne des

---

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 2, 232, 236; E 34, 9, 28.

<sup>17</sup> BVerfGE 98, 265, 300.

<sup>18</sup> BVerwGE 109, 272, 283.

<sup>19</sup> BVerfGE 67, 299, 324, E 102, 99, 114 ff; E 109, 190, 229; BVerwGE 109, 272, 279.

<sup>20</sup> BVerfGE 98, 83, 98; E 98, 265,301; E 102, 99, 121.

<sup>21</sup> BVerfGE 56, 110, 119; BVerwGE 95, 332, 342.

<sup>22</sup> BVerwGE 109, 272, 279.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 62, 354, 369; E 83, 363, 379 ff; E 85, 226, 234.

<sup>24</sup> BVerwGE 111, 143, 147 ff.

§ 33 IfSG offen zu legen und ggf. schriftlich zu erklären, dass sie eine Zustimmung zu bestimmten Impfungen nicht erteilen. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs soll dies dem Schutz aller Kinder in Gemeinschaftseinrichtungen, insbesondere derer dienen, die aus gesundheitlichen Gründen nicht selbst geimpft werden können, indem überprüft wird, dass alle dem Alter und Gesundheitszustand entsprechenden öffentlich empfohlenen Impfungen durchgeführt wurden.

§ 20 Abs. 6 IfSG verfolgt denselben Zweck: Er bestimmt, dass das Bundesministerium für Gesundheit ermächtigt ist, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats anzuordnen, dass bedrohte Teile der Bevölkerung an Schutzimpfungen oder *anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe* teilzunehmen haben, wenn eine übertragbare Krankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist.

Bei der Verpflichtung der Personensorgeberechtigten gemäß § 2 KiGSchG, den Impfstatus ihrer Kinder zu offenbaren und ggf. zu erklären, bestimmten Schutzimpfungen nicht zuzustimmen, handelt es sich zwar nicht um die Anordnung einer Schutzimpfung im Sinne von § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG. § 2 KiGSchG ist jedoch eine „andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe“ im Sinne dieser Vorschrift. Dafür spricht gerade die Begründung des Gesetzentwurfs zu § 2 KiGSchG. Denn ihr zufolge ist die Regelung in § 2 als Alternative zu einer Zwangsimpfung gedacht. Eine Zwangsimpfung sei nur deshalb nicht vorgesehen, weil, abgesehen von den damit verbundenen schwierigen auch verfassungsrechtlichen Abwägungen eine Zwangsimpfung das Risiko berge, das bei jeder in zeitlichem Zusammenhang mit der Impfung stehenden Gesundheitsverschlechterung ein Zusammenhang mit der Impfung vermutet werde, was dem Impfgedanken insgesamt schaden könne.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs soll also § 2 KiGSchG ein geeigneteres und milderer Mittel gegenüber einer Zwangsimpfung sein. Die Vorschrift ist damit eine andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe i. S. von § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG.

§ 20 Abs. 6 S. 1 IfSG stellt jedoch für den Regelungsgegenstand der Anordnung von Schutzimpfungen oder anderer Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe eine abschließende Regelung dar, die gemäß Art. 72 Abs. 1 GG eine Sperrwirkung gegenüber Landesgesetzen entfaltet. Das folgt aus § 20 Abs. 7 des IfSG. Danach sind die Landesregierungen zum Erlass einer Rechtsverordnung nach § 20 Abs.

6 IfSG ermächtigt, solange das Bundesministerium für Gesundheit von der Ermächtigung nach § 20 Abs. 6 keinen Gebrauch gemacht hat. Diese Regelung in § 20 Abs. 7 IfSG wäre vollständig überflüssig, wenn die Länder auch ganz unabhängig von den Voraussetzungen für den Erlass von Rechtsverordnungen nach § 20 Abs. 7 S. 1 i. V. m. Abs. 6 S. 1 IfSG Schutzimpfungen oder andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe anordnen könnten.

Bei § 2 KiGSchG handelt es sich auch nicht um eine Rechtsverordnung der hessischen Landesregierung i. S. des § 20 Abs. 7 IfSG, die unter den Voraussetzungen des § 20 Abs. 6 S. 1 des IfSG grundsätzlich zulässig wäre, da das Bundesministerium für Gesundheit von seiner Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung gemäß § 20 Abs. 6 IfSG derzeit keinen Gebrauch gemacht hat.<sup>25</sup> Denn abgesehen davon, dass es sich bei § 2 KiGSchG nicht um eine Rechtsverordnung der hessischen Landesregierung handelt, sind die Voraussetzungen des § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG nicht gegeben. Voraussetzung danach ist zunächst das Auftreten einer übertragbaren Krankheit i. S. von § 2 Nr. 3 IfSG. Diese Krankheit muss mit klinisch schweren Verlaufsformen auftreten. An dieser Voraussetzung fehlt es hier. § 2 KiGSchG knüpft nicht an das **konkrete Auftreten** einer übertragbaren Krankheit an, sondern gilt ganz unabhängig davon, ob innerhalb oder in der näheren Umgebung einer Gemeinschaftseinrichtung i. S. des § 33 IfSG übertragbare Krankheiten in der Vergangenheit oder in der Gegenwart aufgetreten sind. § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG setzt ferner voraus, dass mit einer epidemischen Verbreitung der Krankheit gerechnet werden muss. Auch an diese Voraussetzungen sind die Pflichten gemäß § 2 KiGSchG nicht geknüpft.

Es ist ausgeschlossen, dass der Bundesgesetzgeber den Ländern die Befugnis einräumen wollte, von den Voraussetzungen des § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG – einer Krankheit mit klinisch schwerer Verlaufsform sowie der Gefahr einer epidemischen Verbreitung der Krankheit – bei der Anordnung „anderer Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe“ abzusehen.

Denn erst durch die Neufassung des Infektionsschutzgesetzes, die zum 1.1.2001 in Kraft getreten ist, sind diese beiden kumulativen Voraussetzungen eingeführt worden. Folglich wollte der Bundesgesetzgeber gerade ausschließen, dass An-

---

<sup>25</sup> Vgl. Bales/Baumann/Schneider, IfSG, 2. Aufl. 2003, § 20 Rdnr. 25.

ordnungen von Schutzimpfungen oder von anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe unter geringeren Anforderungen möglich sind.

Im Übrigen sehen auch die spezifischen Regelungen für Schulen und sonstige Gemeinschaftseinrichtungen in Abschnitt 6 des IfSG (§§ 33 – 36 IfSG) keine prophylaktischen Maßnahmen im Hinblick auf einen breiteren Impfschutz vor, wie sie mit § 2 KiGSchG getroffen wurden. § 34 Abs. 10 IfSG bestimmt lediglich, dass die Gesundheitsämter und die in § 33 des IfSG genannten Gemeinschaftseinrichtungen die betreuten Personen oder deren Sorgeberechtigte über die empfohlenen Schutzimpfungen aufklären sollen. Diese Regelung ist abschließend und lässt den Ländern keinen Spielraum, eine Offenbarungspflicht des Impfstatus und eine Pflicht zur schriftlichen Dokumentation der Impfbekämpfung von Personensorgeberechtigten vorzuschreiben.

In der Begründung des Gesetzentwurfs des Infektionsschutzgesetzes heißt es zudem zu Abschnitt 6 des IfSG, dass sich die gleichlautenden Bestimmungen für Gemeinschaftseinrichtungen (§§ 44 ff. Bundesseuchengesetz) insgesamt bewährt hätten.<sup>26</sup> Auch daraus folgt, dass der Bundesgesetzgeber keine weitergehenden Maßnahmen ergreifen wollte, um die Durchimpfung der Bevölkerung zu erhöhen.

Eine Öffnungsklausel für die Länder, um eine Regelung, wie sie § 2 KiGSchG darstellt, zu erlassen, kann auch nicht § 32 S. 1 IfSG entnommen werden. Danach werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 – 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen.

Abgesehen davon, dass es sich bei § 2 KiGSchG nicht um eine Rechtsverordnung der hessischen Landesregierung handelt, fehlt es an den übrigen Voraussetzungen für den Erlass von Geboten und Verboten zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten i. S. der §§ 28 - 31 des IfSG. Sämtliche Ermächtigungen der §§ 28 - 31 IfSG setzen das **konkrete Auftreten** einer übertragbaren Krankheit voraus, während § 2 KiGSchG ganz unabhängig vom Auftreten einer konkreten Krankheit gilt. Insbesondere § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG, der als Generalklausel die zuständigen Behörden zu notwendigen Schutzmaßnahmen berechtigt, setzt voraus,

---

<sup>26</sup> BT-Drs. 14/2530, S. 76.

dass Kranke, Krankheitsverdächtige oder Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider konkret festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war. § 2 KiGSchG knüpft an eine solche Konkretgefährdung dagegen nicht an.

### c) **Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass § 2 KiGSchG mangels Gesetzgebungskompetenz des Landes Hessen wegen Verstoßes gegen Art. 72 Abs. 1 GG verfassungswidrig und nichtig ist.

## **2. Verstoß gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)**

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat im sog. Volkszählungsurteil von 1983 aus dem durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrecht das Recht auf *informationelle Selbstbestimmung* abgeleitet.<sup>27</sup>

### a) **Schutzbereich des Grundrechts**

Dieses Recht gewährleistet die aus dem Grundsatz der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.<sup>28</sup> Es sichert seinen Trägern insbesondere Schutz gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe der auf sie bezogenen individualisierten oder individualisierbaren Daten.<sup>29</sup> Denn individuelle Selbstbestimmung setzt voraus, dass dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich entsprechend dieser Entscheidung tatsächlich zu verhalten. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen

---

<sup>27</sup> BVerfGE 65, 1 ff.

<sup>28</sup> St. Rspr. vgl. BVerfG, NJW 2006, 1939, 1940 m.w.N.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1, 43.

möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.<sup>30</sup> Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weiter gegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, dass etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird, und dass ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.<sup>31</sup>

#### **b) Grundrechtseingriff**

Die Regelungen des § 2 KiGSchG greifen unmittelbar in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung der Personensorgeberechtigten und ihrer Kinder ein, deren Impfstatus vor der Aufnahme in eine Gemeinschaftseinrichtung offengelegt und ggf. erklärt werden muss, dass eine Zustimmung zu bestimmten Impfungen versagt wird.

§ 2 KiGSchG bedarf keines weiteren konkretisierenden Verwaltungshandelns, um die mit ihm getroffene Anordnung für den bezeichneten Adressatenkreis verbindlich zu machen.

Bei den Informationen über den Impfstatus des Kindes und der ggf. abzugebenden Erklärung über die Zustimmungsversagung für bestimmte Impfungen handelt es sich um personenbezogene Informationen. Genauer bezeichnet handelt es sich um „besondere Arten personenbezogener Daten“ i.S. von § 3 Abs. 9 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), zu denen u. a. Angaben über die Gesundheit zählen. Zu den „Angaben über die Gesundheit“ zählen insbesondere auch das Risiko zu erkranken und Krankheiten zu übertragen. Und darauf lässt ein vorhandener oder fehlender Impfschutz Rückschlüsse zu. Folglich handelt es sich bei In-

---

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1, 42 ff.

<sup>31</sup> BVerfGE 65, 1, 43.

formationen darüber um „besondere Arten personenbezogener Daten“ im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG.

Folgt man der Ansicht des Hessischen Sozialministeriums im Schreiben vom 11.3.2008 führt die Erfüllung des § 2 KiGSchG dazu, dass diese besonderen personenbezogenen Daten den zuständigen Mitarbeitern in der jeweiligen Gemeinschaftseinrichtung bekannt gemacht werden bzw. von diesen erhoben werden.

Nicht nur die Verpflichtung zur Bekanntgabe personenbezogener Daten gegenüber staatlichen Stellen, sondern auch gegenüber dem übrigen sozialen Umfeld einer Person stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar.

Da die Entscheidungen über Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit der Kinder im Hinblick auf medizinische Maßnahmen, wie sie eine Impfung darstellen, den Eltern als den Personensorgeberechtigten obliegen, ist zugleich Art. 6 Abs. 2 GG betroffen.

Zwar geht aus § 1626 BGB hervor, dass für die Ausübung der Personensorge das Wohl des Kindes der ausschlaggebende Maßstab ist.<sup>32</sup> Jedoch legt Art. 6 Abs. 2 GG den Eltern die verfassungsrechtliche Pflicht auf, sich um das Wohl des Kindes zu kümmern,<sup>33</sup> und weist damit den Eltern einen Entscheidungsvorrang bei der inhaltlichen Bestimmung des Kindeswohls zu. Solange kein Fall offensichtlich krasser Vernachlässigung des Kindeswohls vorliegt, obliegt es somit den Eltern, im Zweifel die für und gegen einen Impfschutz sprechenden Gesichtspunkte selbst abzuwägen und für ihre Kinder eine eigenverantwortliche Impfentscheidung zu treffen. Im übrigen unterliegen staatliche Eingriffe in das Recht der elterlichen Sorge gem. Art. 6 Abs. 2 GG denselben Anforderungen an ihre Rechtfertigung wie alle übrigen Grundrechtsbeschränkungen: der Eingriff muss geeignet erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

### **c) Verfassungsmäßige Rechtfertigung**

Der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch § 2 KiGSchG genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht.

---

<sup>32</sup> Vgl. dazu *Ziegler*, in: Prütting/Wegen/Weinreich BGB, 2006, § 1626, Rdnr. 2.

<sup>33</sup> Vgl. *Jarras*, in: Jarras/Pieroth Grundgesetz, 8. Aufl. 2006, Art. 6 Rdnr. 31 ff.

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist zwar nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne muss vielmehr solche Beschränkungen seines Rechts hinnehmen, die durch überwiegende Allgemeininteressen gerechtfertigt sind.<sup>34</sup> Diese Beschränkungen bedürfen jedoch einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, die insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Gebot der Normenklarheit entsprechen müssen.<sup>35</sup>

Abgesehen davon, dass § 2 KiGSchG bereits formell verfassungswidrig ist (siehe dazu oben), verletzt er auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (unten aa) sowie den Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit (unten bb).

### **aa) Verhältnismäßigkeit des § 2 KiGSchG**

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass der Staat mit dem Grundrechtseingriff einen legitimen Zweck mit geeigneten, erforderlichen und angemessenen Mitteln erfolgt.<sup>36</sup>

Der Begründung des Gesetzentwurfs zufolge dient § 2 KiGSchG dem Schutz der Kinder in Gemeinschaftseinrichtungen, insbesondere derer, die aus gesundheitlichen Gründen nicht selbst geimpft werden können. Damit dient es einem verfassungsrechtlich legitimen Zweck. Denn das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG den Staat, dieses Grundrecht des Einzelnen zu schützen.<sup>37</sup>

#### **(1) Geeignetheit**

Zweifelhaft ist, ob die Offenlegung der Impfdaten auch geeignet ist, diesen Zweck zu erreichen. Ein Gesetz ist zur Zweckerreichung geeignet, wenn mit seiner Hilfe der erstrebte Erfolg gefördert werden kann.<sup>38</sup>

Der Gesundheitsschutz wird durch die Offenbarungs- und Erklärungspflichten gemäß § 2 KiGSchG nicht unmittelbar gefördert. Zwar kann durch Informations-

---

<sup>34</sup> BVerfGE 65, 1, 43; BVerfG, NJW 2006, S. 1939, 1941.

<sup>35</sup> BVerfGE 65, 1, 44.

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 109, 279, 335 ff.

<sup>37</sup> St. Rspr.; vgl. BVerfG, NJW 2006, S. 1939, 1942 (Rdnr. 92) m.w.N.).

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 109, 279, 336.

maßnahmen über den Sinn von Impfungen auch der Impfschutz – die „Durchimpfungsrate“ – verbessert werden. In § 2 KiGSchG geht es jedoch nicht um *Informationspflichten gegenüber* sondern um *Erklärungspflichten von Personensorgeberechtigten*. Mit Informationen zu Sinn und Zweck von Impfungen hat dies nichts zu tun.<sup>39</sup>

Eine *mittelbare* Förderung des Gesundheitsschutzes durch die Offenbarungspflichten nach § 2 KiGSchG ist jedoch in zweierlei Hinsicht denkbar: Erstens als Mittel, um die betreffenden Personen dadurch Anzustoßen, ihre Kinder impfen zu lassen (a) , und zweitens zum Zweck der Informationsgewinnung im Hinblick darauf, beim künftigen Auftreten von Krankheiten rasch Schutzmaßnahmen ergreifen zu können (b).

#### **(a) Erklärungspflicht als „Anstoß“ oder „sozialer Druck“**

Die Eignung der Offenbarungspflicht, um Personensorgeberechtigte gewissermaßen „anzustoßen“, ihre Kinder impfen zu lassen, lässt sich nicht von der Hand weisen. Erstens ist denkbar, dass es einige Eltern geben wird, die einer Impfung ihrer Kinder nicht ablehnend gegenüber stehen, aber bislang entweder mangels Informationen über deren Nutzen oder schlicht aus Trägheit oder Nachlässigkeit davon abgesehen haben. Für sie kann die Offenbarungspflicht verbunden mit der schriftlichen Erklärungspflicht einer Impfablehnung den entscheidenden Anstoß liefern, ihre Kinder nun doch impfen zu lassen

Zweitens droht § 2 KiGSchG Personensorgeberechtigten, die einer Impfung ihrer Kinder ablehnend gegenüber stehen, eine gewisse „Bloßstellung“ an, indem er von ihnen eine schriftliche Erklärung für den Fall ihrer Impfablehnung verlangt. Damit ist er im Hinblick auf einen befürchteten oder auch tatsächlich erlebten sozialen Druck geeignet, die Eltern zur Zustimmung zu den empfohlenen Impfungen zu bewegen.

---

<sup>39</sup> Dass es nicht Zweck des § 2 KiGSchG ist, über den Nutzen von Impfungen zu informieren, folgt auch daraus, dass im Zuge der Vorsorgeuntersuchungen, die nach dem KiGSchG verpflichtend sind, ohnehin eine Aufklärung über die STIKO-Empfehlungen durch die Ärzte stattfinden muss. Denn diese Empfehlungen geben den medizinischen Standard wieder, und die Ärzte haben darüber aufzuklären, vgl. zu letzterem *Zuck*, Fußn. 10; vgl. auch *Kamps*, in: *Rieger*, Lexikon des Arztrechts, Stand 2002, Nr. 4715, Rn. 20.

Dass der Gesetzgeber mit der Offenbarung auch tatsächlich einen solchen Druck erzeugen will, geht aus der Begründung des Gesetzentwurfs hervor. Dort heißt es, dass die Alternative zu dieser Regelung eine Zwangsimpfung gewesen wäre, wovon jedoch wegen der damit verbundenen schwierigen verfassungsrechtlichen Abwägungen und der Gefahr, den Impfgedanken in Misskredit zu bringen, abgesehen worden sei. Auch die Hessische Sozialministerin *Lautenschläger* hat hierzu die Auffassung vertreten, der Besuch von Gemeinschaftseinrichtungen sei nach § 2 KiGSchG davon **abhängig**, dass ein Kind alle seinem Alter und seinem Gesundheitszustand entsprechenden öffentlich empfohlenen Impfungen erhalten habe.<sup>40</sup> Folglich soll durch § 2 KiGSchG das Verhalten der Personensorgeberechtigten so beeinflusst werden, dass dadurch die Anordnung einer Zwangsimpfung entbehrlich ist.

Hätte der Landesgesetzgeber dagegen eine freie, ergebnisoffene Impfentscheidung gewollt, dann wäre die schriftliche Bestätigungspflicht der Impfbestätigung gar nicht erforderlich, weil dazu allein eine unverbindliche Aufklärung über die Vorzüge des Impfens genügt hätte. Da dem Gesetzgeber dies nicht genügte, will er offenbar keine ergebnisoffene und freie sondern eine durch ihn beeinflusste Entscheidung.

### **(b) Datenerhebung für künftige Schutzmaßnahmen**

Ein weiterer Zweck der Offenbarungspflicht könnte darauf abzielen, für den Fall des Ausbruchs einer impfpräventablen Krankheit innerhalb der Gemeinschaftseinrichtung Maßnahmen zum Gesundheitsschutz nicht geimpfter Kinder auf Basis der vorliegenden Impfdaten rasch ergreifen zu können, etwa nicht geimpfte Kinder aus der Gemeinschaftseinrichtung auszuschließen oder Regelungsimpfungen anzuordnen. Ein solcher Zweck wird zwar in der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 2 KiGSchG nicht erwähnt. Dort heißt es lediglich:

*„Mitarbeiter der Gemeinschaftseinrichtung müssten Personensorgeberechtigte, die ihre Kinder nicht impfen lassen wollen, auf das Risiko zu erkranken und damit verbundene Möglichkeit nach § 34 IfSG aus der Gemeinschaftseinrichtung ausgeschlossen zu werden, hinweisen.“*

---

<sup>40</sup> Hessisches Ärzteblatt 1/2008, S. 9.

Es lässt sich jedoch nicht von der Hand weisen, dass das Erheben und Speichern der Daten über den Impfstatus der Kinder in einer Gemeinschaftseinrichtung geeignet ist, um beim Ausbruch einer ansteckenden Erkrankung rasch Schutzmaßnahmen für die Personen ergreifen zu können, die nicht geimpft sind.

Dies gilt indes nicht ohne weiteres in Bezug auf alle Krankheiten, für die öffentliche Impfeempfehlungen ausgesprochen wurden und für die ein Impfschutz der betreffenden Kinder durch Vorlage der vorgesehenen Impfbescheinigung nachgewiesen werden muss. Das folgt daraus, dass § 34 IfSG grundsätzlich abschließend regelt, welche Schutzvorkehrungen gegenüber Personen, die in Gemeinschaftseinrichtungen betreut werden oder dort tätig sind, beim Auftreten der dort genannten Krankheiten oder Infektionen zu beachten sind. Nun werden von § 34 IfSG erstens nicht alle Krankheiten erfasst, gegen die öffentlich Schutzimpfungen empfohlen sind. Und zweitens kommt es für die Anordnung von Schutzmaßnahmen auf die Kenntnis des Impfstatus der Kinder nicht an. Zwar ermächtigt auch § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG zu „notwendigen Schutzmaßnahmen“, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Doch kann auf diese Ermächtigung nur in besonders gelagerten Einzelfällen und nach Abwägung aller Umstände zurückgegriffen werden, die diesen Rückgriff zwingend erforderlich machen. Im Einzelnen:

- a) Gemäß § 34 Abs. 1 S. 2 IfSG sind die in einer Gemeinschaftseinrichtung Betreuten vom Betreten der Gemeinschaftseinrichtung schon kraft Gesetz ausgeschlossen, wenn sie an den in § 34 Abs. 1 S. 1 IfSG genannten Krankheiten<sup>41</sup> entweder erkrankt oder einer Erkrankung verdächtig sind. Ob die erkrankte Person bereits geimpft war oder nicht, spielt dafür keine Rolle.

Abgesehen davon folgt aus § 34 Abs. 1 S. 1 IfSG im Umkehrschluss, dass für Personen, die an Tetanus, Hepatitis B und Röteln erkrankt bzw. infiziert sind, das Betretungsverbot nicht gilt. Auch insoweit kommt es auf einen Impfschutz nicht an.

---

<sup>41</sup> Es handelt sich um: Cholera, Diphtherie, Enteritis durch enterohämorrhagische E. Coli (EHEC), virusbedingtem hämorrhagischem Fieber, haemophilus Influenza Typ b-Meningitis, Impetigo contagiosa (ansteckende Borkenflechte), Keuchhusten, ansteckungsfähiger Lungentuberkulose, Masern, Meningokokken-Infektion, Mumps, Paratyphus, Pest, Poliomyelitis, Scabies (Krätze), Scharlach oder sonstige Streptococcus pyogenes-Infektionen, Shigellose, Typhus abdominalis, Virus Hepatitis A oder E und Windpocken.

Wie sich aus der amtlichen Begründung<sup>42</sup> ergibt, sind in § 34 Abs. 1 IfSG nur solche Krankheiten aufgeführt, für die alternativ eine der beiden folgenden Voraussetzungen zutrifft:

- Es handelt sich um eine schwere Infektionskrankheit, die durch Erregermengen auf dem Wege der Tröpfcheninfektion (z.B. Diphtherie) oder durch Schmierinfektion (z.B. EHEC-Enteritis) übertragen wird.
- Es handelt sich um häufige Infektionskrankheiten des Kindesalters, die in Einzelfällen schwere Verläufe nehmen können (z.B. Masern).

Besonders zu Hepatitis findet sich in der amtlichen Begründung folgender Hinweis:

*„In § 34 werden nur noch die Virushepatitiden A und E erwähnt. Diese Einschränkung ergibt sich aus der Tatsache, dass die übrigen Hepatitiden – insbesondere Hepatitis B und C – im Wesentlichen durch Blut- und Genitalsekrete übertragen werden. Bei Kontakten, wie sie in den nach § 33 genannten Einrichtungen üblich sind, ist das Risiko einer Übertragung im Allgemeinen nicht größer als außerhalb dieser Einrichtungen, sodass eine generell für alle Fälle geltende Regel nicht erforderlich ist. Spezielle Fälle werden von Abs. 9 erfasst.*

*Auch die Röteln sind in § 34 IfSG nicht mehr aufgeführt, da die Infektion für den durch die §§ 33 ff geschützten Personenkreis keine allgemeine Gefahr darstellt und davon ausgegangen wird, dass in der Regel durch eine ausreichende Schutzimpfung der Gefahr einer Rötelnembryopathie in der Schwangerschaft vorgebeugt werden kann.“*

Auch bei Tetanus handelt es sich um eine Krankheit, die nicht von Mensch zu Mensch übertragen werden kann.<sup>43</sup>

Für Tetanus, Hepatitis B und Röteln liegen zwar öffentliche Impfeempfehlungen vor, beim Auftreten dieser Krankheiten in Gemeinschaftseinrichtungen ist jedoch kein Betretungsverbot für die Gemeinschaftseinrichtungen durch die erkrankte Person in § 34 Abs. 1 S. 1 IfSG vorgesehen. Wenn selbst im

---

<sup>42</sup> Bales/Baumann/Schnitzler, IfSG Kommentar- und Vorschriftensammlung, 2. Auflage 2003, S. 232.

<sup>43</sup> Bales/Baumann/Schnitzler a.a.O., § 2, Rdnr. 20.

Falle einer Erkrankung an diesen Krankheiten für den Betroffenen kein Betretungsverbot gilt, dann erst recht nicht, wenn eine Person über keinen Impfschutz gegen diese Infektionskrankheiten verfügt; sonst wäre dies ein Wertungswiderspruch.

- b) Personen, die selbst weder erkrankt noch einer Erkrankung im Sinne des § 34 Abs. 1 Satz 1 IfSG verdächtig sind, dürfen eine Gemeinschaftseinrichtung nach § 34 Abs. 3 IfSG nicht betreten, wenn in ihrer Wohngemeinschaft nach ärztlichem Urteil eine Erkrankung an oder ein Verdacht auf *einige* der in § 34 Abs. 1 S. 1 IfSG genannten Krankheiten<sup>44</sup> aufgetreten ist. Nicht erfasst sind von § 34 Abs. 3 IfSG neben Tetanus, Hepatitis B und Röteln auch die Windpocken. Auch insoweit gilt: Selbst wer mit einer an Tetanus, Hepatitis B, Röteln oder Windpocken erkrankten Person in einer Wohngemeinschaft lebt, ist nicht vom Besuch einer Gemeinschaftseinrichtung ausgeschlossen. Dies gilt unabhängig davon, ob er über einen Impfschutz gegen diese Infektionen verfügt. Die erfassten Kontaktpersonen sind also schon allein aufgrund ihrer Mitbewohnereigenschaft mit Erkrankten kraft Gesetzes vom Betreten der Gemeinschaftseinrichtungen ausgeschlossen, weil bei ihnen die Gefahr besteht, dass sie die Erreger in die Gemeinschaftseinrichtung hineintragen. Dieses Verbot gilt ganz unabhängig davon, ob die betreffenden Personen, die selbst nicht erkrankt sind, über einen Impfschutz verfügen oder nicht. § 34 Abs. 7 IfSG ermächtigt vielmehr die zuständige Behörde, für die in § 33 IfSG genannten Einrichtungen Ausnahmen von dem Betretungsverbot zuzulassen, wenn Maßnahmen durchgeführt werden oder wurden, mit denen eine Übertragung der aufgeführten Erkrankungen verhindert werden kann. In dem Falle also, in dem eine Person, die selbst nicht erkrankt jedoch Mitbewohner einer erkrankten Person ist, über einen ausreichenden Impfschutz verfügt, kann für diese Person eine Ausnahme vom Betretungsverbot der Gemeinschaftseinrichtung ausgesprochen werden.<sup>45</sup> Die Kenntnis des Impfstatus spielt also für die Geltung von Schutzvorkehrungen gegenüber den von § 34 Abs. 3 erfass-

---

<sup>44</sup> Es handelt sich um: Cholera, Diphtherie, Enteritis durch enterohämorrhagische E. Choli (EHEC), virusbedingtem hämorrhagischem Fieber, haemophilus Influenza, Typ b-Meningitis, ansteckungsfähiger Lungentuberkulose, Masern, Meningokokken-Infektion, Mumps, Paratyphus, Pest, Poliomyelitis, Shigellose, Typhus abdominalis und Virus Hepatitis A oder E.

<sup>45</sup> Bales/Baumann/Schnitzler, Fußn. 42, § 34 Rdnr. 18.

ten Kontaktpersonen keine Rolle. Die vorsorgliche Datenerhebung nach § 2 KiGSchG ist also zur Förderung des Gesundheitsschutzes durch entsprechende Schutzvorkehrungen beim Auftreten von impfpräventablen Krankheiten in der Regel nicht geeignet.<sup>46</sup>

- c) § 34 Abs. 3 IfSG zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber eine unmittelbar geltende differenzierte Regelung dafür treffen wollte, welche Personen, die selbst nicht erkrankt sind, Schutzmaßnahmen unterworfen werden, weil bei ihnen eine Gefahr besteht. Der Gesetzgeber hat allein in der Mitbewohnereigenschaft ein hinreichendes Gefährdungspotential für selbst nicht erkrankte Personen gesehen, um sie Schutzmaßnahmen, wie dem Betretungsverbot der Gemeinschaftseinrichtung, zu unterwerfen. Die bloße Eigenschaft, *Mitbesucher* einer Gemeinschaftseinrichtung zusammen mit einer erkrankten Person zu sein, hat der Gesetzgeber dagegen nicht ausreichen lassen. Insoweit hat er auch nicht einen fehlenden Impfschutz für ausschlaggebend angesehen, um die betreffende Person einer spezifischen Schutzmaßnahme für eine Gemeinschaftseinrichtung zu unterwerfen. Aus der Systematik des § 34 IfSG folgt, dass ein Besuchs-, Teilnahme oder Benutzungsverbot für Kontaktpersonen einer erkrankten Person, die nicht zu dessen Wohngemeinschaft gehören, nicht auf die Vorschriften des 6. Abschnitts des IfSG gestützt werden kann.<sup>47</sup>

Die Regelungen im 6. Abschnitt des IfSG sind in der Regel auch abschließend, denn der Gesetzgeber hat es auch bei Neufassung des IfSG trotz des weiteren Auftretens Kinderkrankheiten wie etwa Masern, nicht für erforderlich gehalten, das Betretungsverbot für Gemeinschaftseinrichtungen über den Kreis der in § 34 Abs. 3 IfSG genannten Kontaktpersonen auszudehnen. In der amtlichen Begründung zu § 34 IfSG heißt es vielmehr:

*„Die Vorschriften der §§ 44 ff. Bundesseuchengesetz (neu: §§ 33 ff. IfSG) haben sich insgesamt bewährt. Auch der Adressatenkreis dieser Normen ist sachgerecht“* (Hervorhebung durch den Verfasser).

---

<sup>46</sup> Erst für die Wiederezulassung zur Gemeinschaftseinrichtung kann es auf das Vorhandensein eines Impfschutzes ankommen, wofür allerdings eine vorsorgliche Datenerhebung über den Impfstatus eines Kindes nicht erforderlich ist.

<sup>47</sup> Bales/Baumann/Schnitzler, Fußn. 42, § 34 Rdnr. 12a.

Eine weitere Rechtsgrundlagen etwa für die Anordnung eines Betretungsverbots von Gemeinschaftseinrichtungen für nicht geimpfte Kinder kann auch nicht in § 34 Abs. 9 IfSG erblickt werden.

- d) Allerdings kann auf die Generalklausel in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG in besonders gelagerten Ausnahmefällen zurückgegriffen werden. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ermächtigt zu „notwendigen Schutzmaßnahmen“, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Darauf kann etwa ein Betretungsverbot nur gestützt werden, wenn besondere Umstände hinzutreten und eine einzelfallbezogene Ermessenausübung diese Maßnahme erforderlich erscheinen lässt.<sup>48</sup>

Als **Zwischenergebnis** ist somit festzuhalten, dass die vorsorgliche Datenerhebung über den Impfstatus von Kindern gem. § 2 KiGschG, die in Gemeinschaftseinrichtungen aufgenommen werden sollen, für den Zweck, beim Auftreten impfpräventabler Krankheiten rasch Schutzvorkehrungen treffen zu können, nur für die besonders gelagerten Einzelfälle, in denen nach Abwägung aller Umstände Schutzmaßnahmen auf § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gestützt werden könne, geeignet ist, weil

- die in § 34 IfSG vorgesehenen Schutzbestimmungen an das Vorhandensein eines Impfschutzes nicht anknüpfen und
- selbst der Kontakt zu den an Tetanus, Röteln, Hepatitis B und Windpocken erkrankten Personen in einer Wohngemeinschaft nicht zum Betretungsverbot einer Gemeinschaftseinrichtung führen kann und
- § 34 IfSG eine für die Regelfälle abschließende Regelung enthält.

## (2) **Erforderlichkeit**

Der durch § 2 KiGschG vorgesehene Eingriff ist auch teilweise nicht erforderlich zur Verfolgung des gesetzgeberischen Zwecks. An der Erforderlichkeit fehlt es, wenn sich der Zweck durch mildere Mittel ebenso wirksam erreichen lässt.

---

<sup>48</sup> Vgl. dazu im einzelnen Hesse, Rechtsgutachten im Auftrag der „Ärzte für individuelle Impfentscheidung e. V.“, der „Gesellschaft Anthroposophischer Ärzte in Deutschland e. V.“ und „Gesundheit aktiv, Anthroposophische Heilkunst e. V.“ vom 9.7.2007, abrufbar unter [www.gaäd.de](http://www.gaäd.de).

Die Erforderlichkeit ist in zweierlei Hinsicht zweifelhaft: Erstens berücksichtigt § 2 KiGSchG nicht, dass Personen, die bereits an einer impfpräventablen Krankheit erkrankt waren, keiner Impfung bedürfen, um für die Zukunft immunisiert zu sein (a). Zweitens fehlt es an der Erforderlichkeit der Erklärungspflichten nach § 2 KiGSchG im Hinblick auf den Gesetzeszweck, beim Auftreten einer impfpräventablen Krankheit rasch Schutzmaßnahmen anordnen zu können (b).

#### **(a) Keine Erforderlichkeit bei Immunisierung durch frühere Erkrankung**

Mit § 2 KiGSchG hat der Gesetzgeber nicht berücksichtigt, dass die Kinder keiner Impfung bedürfen, die bereits an einer Krankheit erkrankt waren, gegen die ein öffentlicher Impfschutz empfohlen ist. Denn schon nach einer einmaligen Erkrankung insbesondere an den Kinderkrankheiten Masern, Mumps, Röteln, Scharlach und Windpocken stellt sich in der Regel nach medizinischer Erkenntnis eine lebenslange Immunität ein. In diesen Fällen ist es somit nicht erforderlich, dass bei diesen Kindern zum Schutz gegen eine Infektion eine Impfung durchgeführt wird. Folglich erübrigt sich auch die Erhebung von Daten, ob diese Kinder gegen solche Krankheit geimpft wurden, an denen sie bereits erkrankt waren. In diesen Fällen ist auch jede Erklärung der Personensorgeberechtigten darüber, ob sie einer entsprechenden Impfung zustimmen oder nicht, entbehrlich.

Grundsätzlich führt die fehlende Erforderlichkeit zur Nichtigkeit einer Norm. Dies gilt jedoch nicht, wenn eine verfassungskonforme Auslegung des § 2 KiGSchG möglich wäre.<sup>49</sup> Zwar lässt der Wortlaut des § 2 KiGSchG die Berücksichtigung einer bereits durchgemachten Erkrankung nicht zu. Der Wortlaut allein bildet jedoch keine unübersteigbare Grenze.<sup>50</sup> Sinn und Zweck des § 2 KiGSchG sprechen insoweit dafür, Kinder, die durch eine frühere Infektion immunisiert sind, den Kindern gleich zu stellen, bei denen eine empfohlene Schutzimpfung durchgeführt wurde.

---

<sup>49</sup> Vgl. *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006 § 20 Rdnr. 34 f.

<sup>50</sup> BVerfGE, 35, 263, 278 f.

### **(b) Fehlende Erforderlichkeit im Hinblick auf spätere Schutzmaßnahmen**

Soweit die Erklärungspflichten gemäß § 2 KiGSchG dazu dienen, beim Auftreten einer impfpräventablen Krankheit rasch Schutzmaßnahmen vor weiteren Ansteckungen ergreifen zu können, ist diese vorsorgliche Datenerhebung nicht erforderlich, weil bei einem Teil der impfpräventablen Krankheiten der Impfstatus der Kinder **aktualisiert** werden muss. Denn seit der Datenerhebung im Zeitpunkt der Aufnahme des Kindes in die Gemeinschaftseinrichtung können Impfungen nachgeholt worden sein oder es kann sich eine Immunisierung durch eine Infektion eingestellt haben. Zudem sind für *Tetanus*, *Pertussis*, *Poliomyelitis* und *Diphtherie* nach einigen Jahren Auffrischungsimpfungen empfohlen,<sup>51</sup> so dass davon auszugehen ist, dass gegenüber diesen Infektionskrankheiten kein ausreichender Impfschutz besteht, wenn die empfohlenen Auffrischungsimpfungen zum empfohlenen Zeitpunkt nicht durchgeführt wurden. Und die Zeitpunkte, für die Auffrischungsimpfungen empfohlen sind, erstrecken sich über die gesamte Kindergarten- und Schulzeit.

Zur Vorsorge gegen Infektionskrankheiten, bei denen zu einer dauerhaften Immunisierung keine Auffrischungsimpfungen nötig ist, kann der vorsorglichen Datenerhebung die Eignung indes nicht gänzlich abgesprochen werden. Dies ist etwa im Hinblick auf Masern der Fall. Der Verwaltungsaufwand, um beim Auftreten von Masern in einer Gemeinschaftseinrichtung etwa rasch ein Betretungsverbot für alle nicht geimpften Kinder aussprechen zu können, ist geringer, wenn die Daten über den Impfstatus der Kinder aufgrund einer vorsorglichen Datenerhebung bereits vorliegen. Der Aufwand würde sich in diesen Fällen darauf reduzieren, diejenigen Kinder wieder zum Besuch der Gemeinschaftseinrichtung zuzulassen, die in der Zwischenzeit geimpft wurden oder aufgrund einer früheren Masernerkrankung immunisiert sind. Für *Tetanus*, *Pertussis*, *Poliomyelitis* und *Diphtherie* gilt dies jedoch nicht. § 2 KiGSchG ist somit teilweise, d.h. im Hinblick auf diese Krankheiten, nicht erforderlich.

### **(3) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**

§ 2 KiGSchG wahrt nicht die Grenzen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

---

<sup>51</sup> Vgl. *Robert Koch Institut*, Epidemiologisches Bulletin Nr. 30 vom 27.7.2007, S. 268.

Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn verlangt, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf.<sup>52</sup>

Zunächst ist der mit § 2 KiGSchG vorgesehene Rechtsgüterschutz zu gewichten (dazu unten (a)) und das Gewicht der Grundrechtseingriffe gegenüber zu stellen (dazu unten (b)). Anschließend ist im Rahmen einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe zu prüfen, ob die Grenze des Zumutbaren noch gewahrt ist (unten (c)).<sup>53</sup> Dabei sind der Grundsatz der grundrechtsfreundlichen Auslegung und die grundsätzliche Freiheitsvermutung zu beachten.<sup>54</sup> Jede Grundrechtsbeschränkung muss durch überwiegende Allgemeininteressen gerechtfertigt sein.<sup>55</sup>

#### **(a) Gewichtung des Gesundheitsschutzes**

Die durch § 2 KiGSchG vorgesehenen Eingriffe dienen dem Schutz vorrangiger Verfassungsgüter. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG den Staat dazu, das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Einzelnen zu schützen.<sup>56</sup> Hierzu können Schutzimpfungen einen wesentlichen Beitrag leisten.

Eine Verbesserung des Impfschutzes unter Kindern und Jugendlichen wird mit § 2 KiGSchG jedoch allenfalls in geringfügigem Maße erreicht. In den letzten Jahrzehnten ist es durch Aufklärung und verbesserte Impfstoffe gelungen, viele impfpräventable Krankheiten weitgehend zurückzudrängen, ohne dass staatliche Zwangsmaßnahmen angeordnet werden mussten.<sup>57</sup> Seit 1982 das Gesetz über die Pockenschutzimpfung vom 18. Mai 1976 außer Kraft getreten ist, gibt

---

<sup>52</sup> St. Rspr., vgl. BVerfGE 90, 145, 173; BVerfGE 109, 279, 349 ff.

<sup>53</sup> Vgl. St. Rspr. des BVerfG seit E 4, 7, 15 f.; in neuerer Zeit BVerfGE 78, 77, 85 und 87.

<sup>54</sup> BVerfGE 6, 55, 72; BVerfGE 32, 54, 72; BVerfGE 55, 159, 165; BVerfGE 103, 142, 153: „Derjenigen Auslegung einer Grundrechtsnorm ist der Vorrang zu geben, die ihre Wirksamkeit am stärksten entfaltet.“

<sup>55</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 65, 1, 44, 46; in neuerer Zeit etwa BVerfGE 100, 313, 375 f.; BVerfGE 109, 279, 376.

<sup>56</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2006, 751, 757; NJW 2006 1939, 1942 (Rdnr. 92).

<sup>57</sup> Bales/Baumann/Schnitzler, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl. 2003, § 20 Rdnr. 25.

es in Deutschland keine gesetzlich vorgeschriebenen Schutzimpfungen mehr.<sup>58</sup> Bislang war es auch nicht notwendig, Schutzimpfungen auf der Grundlage von § 20 Abs. 6 des IfSG durch Rechtsverordnung anzuordnen. Wird in den Medien über Epidemien impfpräventabler Krankheiten berichtet, ist die Nachfrage nach Schutzimpfungen regelmäßig so groß, dass Lieferengpässe bei den Apotheken auftreten.<sup>59</sup>

Zwar sind in der Vergangenheit gelegentlich Häufungen von impfpräventablen Kinderkrankheiten in Deutschland aufgetreten. Auch dem Bundesgesetzgeber war im Gesetzgebungsverfahren des IfSG aufgrund aktueller Erhebungen bekannt, dass in Deutschland die Impfbeteiligung bei Kleinkindern z. B. hinsichtlich Masern, Mumps und Röteln, nicht ausreicht, um Krankheitsausbrüche gänzlich zu verhindern, wie sich aus der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfs des IfSG ergibt.<sup>60</sup> Der Bundesgesetzgeber ist jedoch bei der Neuregelung des Infektionsschutzgesetzes von der Feststellung ausgegangen, dass nicht die Zahl der Impfgegner, die weniger als 5% der Bevölkerung ausmache, ursächlich dafür sei. Ausdrücklich wird in der Begründung hervorgehoben, dass die unzureichende Impfbeteiligung nicht darauf zurückzuführen sei, dass Vorbehalte gegen Schutzimpfungen etwa weit verbreitet seien. Es lägen vielmehr Erkenntnisse vor, dass die Lücken durch mangelnde Kenntnisse der Bedeutung von Impfungen oder schlicht durch Vergessen der notwendigen Auffrischung bedingt seien. Die Impflücken seien daher durch kontinuierliche Informationen zu schließen.<sup>61</sup>

Andererseits sind die mit Kinderkrankheiten verbundenen Gesundheitsgefahren in den meisten Fällen gering und bei heutigem medizinischem Versorgungsstandard in Deutschland wohl auch beherrschbar. Dies gilt auch für die in letzter Zeit häufiger in der Öffentlichkeit erwähnten Masernfälle. Die Masern sind zwar eine hoch infektiöse Erkrankung. Und Komplikationen bei ihnen können in Form der sog. postinfektiösen Enzephalitis sowie der subakuten sklerosierenden Panenzephalitis (SSPE) auftreten. Zu einer postinfektiösen En-

---

<sup>58</sup> Bales/Baumann/Schnitzler, Fußn. 57.

<sup>59</sup> Bales/Baumann/Schnitzler, Fußn. 57.

<sup>60</sup> Bales/Baumann/Schnitzler, Fußn. 57, S. 178.

<sup>61</sup> Bales/Baumann/Schnitzler, Fußn. 57, S. 178.

zephalitis kommt es jedoch nach Informationen des Robert-Koch-Instituts nur in 0,1% der Fälle, wobei diese Zahl in der Wissenschaft umstritten ist. *Hirte* weist darauf hin, dass andere Untersuchungen zu deutlich niedrigeren Zahlen kommen, wobei die Komplikationsrate vom Alter der Erkrankten abhängt und mit zunehmenden Alter der Betroffenen steigt.<sup>62</sup> Die sehr seltene, in jüngster Zeit jedoch viel diskutierte Spätkomplika­tion der SSPE tritt nach durchschnittlich 6 bis 8 Jahren auf.<sup>63</sup> Besonders gefährdet erscheinen hier Säuglinge ohne ausreichenden Nestschutz, die im ersten Lebensjahr von Geschwistern oder älteren Kindern mit Masern infiziert werden können. Die Häufigkeit wird hier vom RKI mit 7 bis 11 Fälle pro 100.000 Erkrankungen angegeben; auch hier schwanken die Schätzungen beträchtlich und liegen teilweise deutlich tiefer.

Angesichts der statistisch relativ seltenen Fälle einer Komplikation bei Masern einerseits und der relativ hohen Durchimpfungsrate (93 – 94% mit Erstimpfung),<sup>64</sup> kann das Gewicht der Gesundheitsgefahren durch Masern generell nur schwer eingeschätzt werden.

Angesichts dieses Befundes kommt auch *Hesse* in seinem Rechtsgutachten vom 9.7.2007<sup>65</sup> zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzung für die Anordnung einer Pflichtimpfung gegen Masern gemäß § 20 Abs. 6 IfSG im Regelfall nicht erfüllt sind. Danach setzt die Anordnung einer Pflichtimpfung voraus, dass eine übertragbare Krankheit mit klinisch schwerer Verlaufsform *auftritt* und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass ein fehlender Impfschutz in erster Linie ein Risiko für das nichtgeimpfte Kind bedeutet, wobei die Entscheidung darüber den Eltern gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG obliegt. Der Entscheidungsfreiheit der Betroffenen ist dabei ein großes Gewicht zuzuerkennen.<sup>66</sup> Zwangsheilungen und entsprechende vorbeugende Maßnahmen wie ein Impfwang sind grund-

---

<sup>62</sup> Vgl. „Masern“ – RKI-Ratgeber Infektionskrankheiten, aktualisierte Fassung vom Januar 2006; *Hirte*, Impfen Pro und Contra, S. 210.

<sup>63</sup> Vgl. RKI, Fußn. 62.

<sup>64</sup> Zu der Impfquote gegen Masern vgl. „Masern“ – RKI-Ratgeber Infektionskrankheiten, aktualisierte Fassung von Januar 2006.

<sup>65</sup> *Hesse*, Fußn. 11.

<sup>66</sup> BVerfGE 58, 208, 226; vgl. *Jarras*, in: *Jarras/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 2 Rdnr. 100 m.w.N.

sätzlich unzulässig, außer bei ansteckenden Krankheiten, die Leben und Gesundheit anderer Menschen schwer gefährden.<sup>67</sup> Eine Gefährdung anderer kann andererseits wegen der hohen Impfrate in Deutschland gegenüber impfpräventablen Krankheiten im Sinne des § 2 KiGSchG als gering eingestuft werden.

### **(b) Gewichtung der Grundrechtseingriffe**

Zum Schutz der Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG sieht § 2 KiGSchG Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmtheit von erheblichem Gewicht vor.

Die Eingriffsschwere hängt insbesondere davon ab, unter welchen Voraussetzungen er geschieht und ob die betroffenen Personen für ihn einen Anlass gegeben haben.<sup>68</sup> Für das Gewicht der individuellen Beeinträchtigung ist ferner erheblich, ob die Betroffenen als Personen anonym bleiben, welche persönlichkeitsbezogenen Informationen erfasst werden und welche Nachteile den Grundrechtsträgern aufgrund der Maßnahme drohen oder von ihnen nicht ohne Grund befürchtet werden.<sup>69</sup> Das Gewicht eines Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hängt auch davon ab, welchen Grad der Persönlichkeitsrelevanz die betroffenen Informationen aufweisen. So ist die Eingriffsintensität hoch, wenn Informationen betroffen sind, die auf einfach gesetzlicher Ebene etwa als „besonderer Arten personenbezogener Daten“ gemäß § 3 Abs. 9 BDSG einem besonderen Schutz unterliegen.

### **(aa) Kein Anlass durch die Betroffenen für die Datenerhebung**

Folglich wiegt der Eingriff schwer, weil gem. § 2 KiGSchG die Daten ohne einen konkreten Anlass der Betroffenen erhoben werden. Grundrechtseingriffe gegenüber Personen, die durch ihr Verhalten in keiner Beziehung zu einer konkreten

---

<sup>67</sup> Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 2 Rdnr. 73; *Jarass*, in: Jarras/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 2 Rdnr. 101.

<sup>68</sup> Vgl. BVerfGE 109, 279, 353.

<sup>69</sup> BVerfGE 109, 279, 353; BVerfG NJW 2006, 1939, 1942 (Rdnr. 94)

Gefahr stehen, weisen grundsätzlich eine hohe Eingriffsintensität auf.<sup>70</sup> Denn der Einzelne ist in seiner grundrechtlichen Freiheit umso intensiver betroffen, je weniger er selbst für einen staatlichen Eingriff Anlass gegeben hat. Von solchen Eingriffen können ferner Einschüchterungseffekte ausgehen, die zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung von Grundrechten führen können.<sup>71</sup> Ein von der Grundrechtsausübung abschreckender Effekt muss nicht nur zum Schutz der subjektiven Rechte der betroffenen Einzelnen vermieden werden. Auch das Gemeinwohl wird dadurch beeinträchtigt, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger gegründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.<sup>72</sup>

Die Datenerhebung gemäß § 2 KiGSchG dient lediglich prophylaktischen Zwecken ohne durch eine konkrete Gefahr veranlasst zu sein.

#### **(bb) Nichtanonymisierte persönlichkeitsbezogene Informationen**

Da bei den von § 2 KiGSchG erfassten Informationen weder eine Anonymisierung noch eine Pseudonymisierung stattfindet und daher die betroffenen Personen vollständig individualisiert werden und darüber hinaus die Informationen sich auf die Gesundheit beziehen und damit besonders schützenswerte Daten gem. § 3 Abs. 9 BDSG sind,<sup>73</sup> wiegt der durch § 2 KiGSchG angeordnete Eingriff zusätzlich besonders schwer.

#### **(cc) Weitere Beeinträchtigungen für die Betroffenen**

Das Gewicht informationsbezogener Grundrechtseingriffe richtet sich auch danach, welche Nachteile den Betroffenen aufgrund der Eingriffe drohen oder von ihnen nicht ohne Grund befürchtet werden.<sup>74</sup> Durch § 2 KiGSchG wird über die bloße Offenbarung der personenbezogenen Daten hinaus in die Entscheidungs-

---

<sup>70</sup> Vgl. BVerfGE 113, 348, 383.

<sup>71</sup> BVerfGE 113, 29, 46.

<sup>72</sup> BVerfGE 113, 29, 46; BVerfG NJW 2006, 1939, 1944 (Rdnr. 117).

<sup>73</sup> Siehe oben S. 10 (a) Schutzbereich).

<sup>74</sup> BVerfG, NJW 2006, 1939, 1943 (Rdnr. 108) m.w.N.

freiheit der Personensorgeberechtigten der betroffenen Kinder eingegriffen, ihr Kind impfen zu lassen oder nicht.

Dies berührt zugleich das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 GG:

- Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass durch Impfzwang in das Recht auf körperliche Unversehrtheit eingegriffen wird.<sup>75</sup> Zwar wird durch § 2 KiGschG kein Impfzwang angeordnet. Personensorgeberechtigte bleiben auch nach § 2 KiGschG „formal“ frei, in die mit jeder Impfung verbundene Körperverletzung ihrer Kinder einzuwilligen oder nicht. Der Abwehrgehalt der Grundrechte ist jedoch nicht nur bei „klassischen Eingriffen“ betroffen sondern auch in gewissem Umfang bei sogenannten „faktischen“ oder „mittelbaren Einwirkungen“.<sup>76</sup>
- Es kann nicht völlig ausgeschlossen werden, dass die mit § 2 KiGschG angeordnete Offenbarung des Impfstatus sowie die Erklärungspflicht bei einer etwaigen Impfablehnung im Einzelfall einem mittelbaren Impfzwang gleichkommen. Der rechtfertigenden Einwilligung der Personensorgeberechtigten, ohne die jede Impfung eine rechtswidrige Körperverletzung wäre, wird ein Stück ihrer – notwendigen – Freiwilligkeit genommen: Denn ihre Versagung muss nun ausdrücklich schriftlich erklärt werden, und kein Personensorgeberechtigter kann dieser Pflicht in Hessen entgehen, wenn er sein Kind in eine Gemeinschaftseinrichtung aufnehmen lassen will, worauf er aufgrund der allgemeinen Lebensumstände meist angewiesen sein wird.
- Die Offenbarung der Impfentscheidung in dieser Form bewirkt zudem eine „Bloßstellung“ und kann sogar einen Druck durch die anderen Personen innerhalb der Gemeinschaftseinrichtungen, etwa die Betreuer oder Eltern, auslösen.<sup>77</sup> Die Hessische Sozialministerin Lautenschläger hat öffentlich

---

<sup>75</sup> BVerwGE 9, 78, 79.

<sup>76</sup> BVerfGE 105, 279, 303; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG., 8. Aufl. 2008, Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 24 ff.; Art. 2 Rdnr. 88 zu „influenzierenden“ Eingriffen.

<sup>77</sup> Vgl. etwa den Beitrag von Zylka-Menhorn, „Masern: Vermeintlich harmlose Viruserkrankung“, Deutsches Ärzteblatt 2006; 103 (23): A-1586, in dem von der Masernimpfung als einer „gesellschaftlichen Verpflichtung“ die Rede ist.

erklärt: „Die bei einigen (Kinder-)Krankheiten eingetretene „Impfmüdigkeit“ gefährdet andere Kinder in Gemeinschaftseinrichtungen.“<sup>78</sup> Eltern, die ihre Kinder ganz oder teilweise nicht impfen lassen wollen, könnten also **persönlich** der „Gefährdung anderer“ bezichtigt werden, wenn ihre Impfentscheidung bekannt wird. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass Kinder wegen ihres Impfstatus von den Betreuern in der Gemeinschaftseinrichtung unterschiedlich behandelt werden als andere Kinder, indem sie etwa schon bei geringen Anzeichen von Unwohlsein von den anderen Kindern ferngehalten werden. Jedenfalls müssten dies die Personensorgeberechtigten befürchten.

- Eine Beeinflussung des Selbstbestimmungsrechts der Personensorgeberechtigten im Hinblick auf die körperliche Integrität ihrer Kinder kann § 2 KiGschG nicht abgesprochen werden, hat doch schon das BVerfG im „Volkszählungsurteil“ ausgeführt: „*Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen*“.<sup>79</sup> Und weil die Personensorgeberechtigten in ihrer freien Entscheidung über ihre Einwilligung in eine Impfung durch § 2 KiGschG unter Druck geraten, eine Impfung ohne eine freiwillige Einwilligung jedoch eine Körperverletzung ist, kann § 2 KiGschG sich im Einzelfall bis zu einem mittelbaren Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit verdichten.
- Eine Grundrechtseinwirkung faktischer bzw. mittelbarer Art ist nach der Rechtsprechung jedenfalls dann ein *Eingriff*, wenn sie nach Zielsetzung und Wirkung **Ersatz** für eine staatliche Maßnahme ist, die als klassischer Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre.<sup>80</sup> Wie sich aus der Begründung des Gesetzentwurfs ergibt, bezweckt § 2 KiGschG gerade, mit den Erklärungspflichten als Alternative zur Anordnung eines Impfwangs dasselbe Ziel mit geeigneteren Mitteln zu erreichen. Der Gesetzgeber dürfte dabei gerade die mit der Pflicht zur schriftlichen Erklärung der Impfbablehnung

---

<sup>78</sup> In Hess. Ärzteblatt 1/2008, S. 9.

<sup>79</sup> BVerfGE 65, 1, 43.

<sup>80</sup> BVerfGE 109, 252, 273; Jarras Fußn. 76, Vorb. vor Art. 1, Rdnr. 27.

verbundene *Bloßstellung* als negativen Anreiz für Impfungen im Auge haben. Denn er will mit dieser Vorschrift auf die Personensorgeberechtigten zwar einen indirekten und subtilen, aber nicht weniger wirksamen Einfluss ausüben, als es bei Anordnung einer Impfpflicht der Fall wäre. Die Hessische Sozialministerin *Lautenschläger* ist in einem Beitrag für das Hessische Ärzteblatt sogar soweit gegangen zu behaupten, nach § 2 KiGSchG sei der Besuch von Gemeinschaftseinrichtungen von der Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung **abhängig** gemacht, aus der sich ergeben solle, dass das Kind alle seinem Alter und Gesundheitszustand entsprechenden öffentlich empfohlenen Schutzimpfungen erhalten habe.<sup>81</sup> Abgesehen davon, dass eine solche *Abhängigkeit* nicht besteht, bringt dies den Willen des für das Gesetz federführend tätigen und für den Vollzug des Gesetzes verantwortlichen Sozialministeriums deutlich zum Ausdruck. Und wenn die Auffassung der Sozialministerin zutreffen sollte, dann läge in jedem Falle ein direkter Eingriff in Art. 2 Abs. 2 GG in Form eines Impfwangs spätestens ab dem Zeitpunkt vor, ab dem der Besuch von Gemeinschaftseinrichtungen für Kinder verpflichtend ist: also mit Eintritt der Schulpflicht.

- Ein mittelbarer Impfwang kann im Einzelfall sogar schwerer wiegen, weil er ungezielt und ungesteuert auch in solchen Situationen wirksam werden kann, in denen die direkte Anordnung einer Impfpflicht verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen wäre. So wäre etwa die Anordnung einer generellen Impfpflicht gegen Hepatitis B oder Tetanus mit großer Wahrscheinlichkeit verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, weil die Ansteckungsgefahr für Dritte nur gering ist bzw. durch andere Vorkehrungen leicht begrenzt werden kann. § 2 KiGSchG kann sich indes auch zu einem mittelbaren Impfwang gegenüber diesen Krankheiten verdichten. Und gerade daran zeigt sich hier die Schwere des Eingriffs.

### (c) **Abwägung und Abwägungsergebnis**

Die mit § 2 KiGSchG angeordneten Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) der betroffenen Kinder und ihrer Personensorgeberechtigten wiegen wesentlich schwerer, als das

---

<sup>81</sup> In Hessisches Ärzteblatt 1/2008, S. 9.

Ziel, durch einen besseren Impfschutz die Gesundheit der Kinder in Gemeinschaftseinrichtungen zu schützen (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).

Die Eingriffe durch § 2 KiGschG wiegen unverhältnismäßig schwer, weil selbst die Anordnung eines Impfwanges ein milderes Mittel sein würde (dazu unten (aa)) und die Grundrechtseingriffe so intensiv sind, dass sie erst von einer bestimmten Verdachts- oder Gefahrenstufe an vorgesehen werden dürfen; der Gesetzgeber hat versäumt, entsprechende Eingriffsschwellen durch eine gesetzliche Regelung in § 2 KiGschG zu gewährleisten<sup>82</sup> (unten (bb)).

### **(aa) Unverhältnismäßigkeit im Vergleich zur Anordnung einer Impfpflicht**

Mit § 2 KiGschG wird versucht, zwischen Impfaufklärung und Impfwang einen Mittelweg zu beschreiten. Die Offenbarungspflicht des Impfstatus und mehr noch die Erklärungspflicht über die Impfbablehnung der Personensorgeberechtigten, können im Einzelfall zu einer „Bloßstellung“ führen, die einem mittelbaren Impfwang nahe oder sogar im Einzelfall gleichkommen kann. Da dies im Einzelfall auf einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 GG hinauslaufen kann, liegt neben dem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein weiterer Eingriff in ein Grundrecht vor. Die Angemessenheit eines solchen doppelten Eingriffs ist zweifelhaft.

Selbst bei klarer Anordnung einer Impfpflicht wäre das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung weniger schwer beeinträchtigt, als dies durch § 2 KiGschG geschieht. Denn von einer Impfpflicht wären alle Adressaten gleichermaßen betroffen, niemand könnte wegen seiner Impfentscheidung bloßgestellt werden und der Impfstatus der Kinder sowie die Impfentscheidung ihrer Personensorgeberechtigten böten keine Anknüpfungspunkte für unterschiedliche Behandlungen in den Kindergemeinschaftseinrichtungen.

Zwar ordnet § 2 KiGschG unmittelbar keinen Impfwang an und greift damit auch nicht unmittelbar in Art. 2 Abs. 2 GG ein. Doch kann die infolge von § 2 KiGschG bewirkte Bloßstellung und ein daran anknüpfender sozialer Druck im Einzelfall einem mittelbaren Impfwang gleichkommen, der im Einzelfall sogar noch schwerer als ein Impfwang wiegen kann. Folglich erscheint der mit § 2

---

<sup>82</sup> Vgl. BVerfGE 100, 313, 383 f., BVerfGE 109, 279, 350 ff., BVerfG, NJW 2006, 1939, 1942.

KiGSchG verbundene potentiell **doppelte** Grundrechtseingriff unverhältnismäßig.

**(bb) Erfordernis einer konkreten Erkrankungsgefahr**

Im Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht des Staates zum Rechtsgüterschutz und dem Interesse des Einzelnen an der Wahrung seiner von der Verfassung verbürgten Rechte ist es zunächst Aufgabe des Gesetzgebers, in abstrakter Weise einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu erreichen.<sup>83</sup> Dies kann dazu führen, dass intensive Grundrechtseingriffe erst von einer bestimmten Verdachts- oder Gefahrenstufe an vorgesehen werden dürfen. Entsprechende Eingriffsschwellen sind durch eine gesetzliche Regelung zu gewährleisten.<sup>84</sup>

Diese Voraussetzungen sind bei der Erhebung von Daten über den Impfstatus eines Kindes, das eine Gemeinschaftseinrichtung i. S. des § 33 IfSG besucht, jedenfalls dann nicht gewahrt, wenn keine anderen Besucher dieser Gemeinschaftseinrichtung an einer Krankheit, gegen die öffentlich Schutzimpfungen empfohlen wurden, konkret erkrankt sind oder der Verdacht auf eine Erkrankung besteht. Die Voraussetzung für die Datenerhebungen muss insoweit an das Vorliegen einer konkreten Krankheitsgefahr geknüpft sein. Das ist bei § 2 KiGSchG nicht der Fall, weil darin die Datenerhebung ganz unabhängig von dem Vorliegen konkreter Krankheitsfälle angeordnet ist. Insoweit nähert sich § 2 KiGSchG einer nicht anonymisierten Datenerhebung auf Vorrat zu unbestimmten Zwecken, die verfassungsrechtlich unzulässig ist.<sup>85</sup>

Wie das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 4.4.2006 zur Verfassungsmäßigkeit der präventiven polizeilichen Rasterfahndung entschieden hat, sind die mit einer Rasterfahndung verbundenen schwerwiegenden Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahr verhältnismäßig.<sup>86</sup> Diesen Anforderungen genüge die Annahme

---

<sup>83</sup> BVerfGE 109, 279, 350.

<sup>84</sup> Vgl. BVerfGE 100, 313, 383 f., BVerfGE 109, 279, 350 ff., BVerfG, NJW 2006, 1939, 1942.

<sup>85</sup> Vgl. BVerfGE, 65, 1, 44.

<sup>86</sup> BVerfG, NJW 2006, 1939, 1946.

einer von sog. terroristischen Schläfern ausgehenden „konkreten Dauergefahr“ ohne hinreichend fundierte Tatsachen nicht.

Dies verdeutlicht, dass bei der nicht anonymisierten Datenerhebung über den Impfstatus der Kinder vor ihrer Aufnahme in eine Gemeinschaftseinrichtung auf das Erfordernis einer konkreten Krankheitsgefahr erst recht nicht verzichtet werden kann.

#### d) Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot

§ 2 KiGSchG genügt nicht dem Gebot der verfassungsrechtlichen Normenbestimmtheit und Normenklarheit. Nach der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen sich die Voraussetzungen und der Umfang von Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung klar und für den Bürger erkennbar aus der gesetzlichen Grundlage ergeben, die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit zu entsprechen hat.<sup>87</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat im Volkszählungsurteil insoweit ausgeführt:

*„Erst wenn Klarheit darüber besteht, zu welchem Zweck Angaben verlangt werden und welche Verknüpfungs- und Verwendungsmöglichkeiten bestehen, lässt sich die zulässige Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beantworten. (...) Ein Zwang zur Abgabe personenbezogener Daten setzt voraus, dass der Gesetzgeber den Verwendungszweck bereichsspezifisch und präzise bestimmt und dass die Angaben für diesen Zweck geeignet und erforderlich sind. Damit wäre die Sammlung nicht anonymisierter Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbarren Zwecken nicht zu vereinbaren.“<sup>88</sup>*

Der Gesetzgeber hat insbesondere den Verwendungszweck der Daten bereichsspezifisch und präzise zu bestimmen.<sup>89</sup> Die Verwendung der Daten ist auf den gesetzlich bestimmten Zweck begrenzt.

---

<sup>87</sup> BVerfGE 65, 1, 44; BVerfG NJW 2006, 1939, 1947 (Rdnr. 149 ff.).

<sup>88</sup> BVerfGE 65, 1, 45, 46.

<sup>89</sup> Vgl. BVerfGE, 65, 1, 46; BVerfGE, 110, 33, 70; BVerfGE, 113, 29, 51, BVerfG NJW, 2006, 1939, 1947 (Rdnr. 150).

### aa) Bereichsspezifische Zeckbestimmung

Aus § 2 KiGSchG der Vorschrift geht bereits nicht eindeutig hervor, welchem Zweck die Erklärungspflichten überhaupt dienen sollen. Nach dem **Wortlaut** der Norm ist unklar, ob dadurch eine „besonders intensive Aufklärung“ über den Nutzen der öffentlich empfohlenen Schutzimpfungen bis hin zu einem faktischen Impfzwang durch Auslösung eines sozialen Drucks erreicht werden soll, oder ob die gewonnenen Daten dazu dienen sollen, bei Ausbruch einer entsprechenden Krankheiten rasch Schutzmaßnahmen für nicht geimpfte Kinder ergreifen zu können. Und wenn die Erklärungspflichten einer vorsorglichen Datenspeicherung dienen sollten, so wäre § 2 KiGSchG insoweit zu unbestimmt, weil sich der Vorschrift keine Befugnis zum Speichern der Daten entnehmen lässt.

### bb) Kein Schutz gegen Zweckentfremdung und Weitergabe

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein – amtshilfefester – Schutz gegen Zweckentfremdung und Weitergabe mit Verwertungsverboten erforderlich. Als weitere verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen sind Aufklärungs-, Auskunfts- und Löschungspflichten wesentlich.<sup>90</sup>

§ 2 KiGSchG regelt nicht, **von wem** diese Daten zu erheben bzw. wem gegenüber die Personensorgeberechtigten die Daten zu übermitteln haben. Damit bietet die Vorschrift auch keinen hinreichenden Schutz gegen Zweckentfremdung und Weitergabe der personenbezogenen Daten.

Soweit es in dem Schreiben des hessischen Sozialministeriums vom 11.3.2008 heißt, die Gemeinschaftseinrichtungen hätten die erhobenen Daten über den Impfstatus der Kinder in der Akte des jeweiligen Kindes aufzubewahren, entbehrt dies jeglicher rechtlichen Grundlage.

Es fehlt auch an flankierenden Regelungen, die Missbrauch und Zweckentfremdung der Daten verhindern könnten sowie gewährleisten, dass die Daten nur den Personen in der Gemeinschaftseinrichtung zugänglich sind, die aufgrund der Daten gesundheitssichernde Maßnahmen ergreifen.

---

<sup>90</sup> BVerfGE 65, 1, 46.

### **(1) Vergleich mit § 5 KiGSchG**

Während für die im Rahmen der verbindlich erklärten Früherkennungsuntersuchungen erhobenen Daten nach § 5 KiGSchG detaillierte flankierende datenschutzrechtliche Regelungen vorgesehen sind (vgl. den 36. Tätigkeitsbericht des hessischen Datenschutzbeauftragten), fehlt es für die nach § 2 zu erhebenden Daten an einer vergleichbaren Regelung.<sup>91</sup>

### **(2) Anwendbarkeit des HDSG für private Einrichtungen**

Zwar greift möglicherweise das Hessische Datenschutzgesetz (HDSG) ein, das Mindestanforderungen an den Umgang mit personenbezogenen Daten enthält. Insbesondere bei privaten Gemeinschaftseinrichtungen in freier Trägerschaft stellt sich jedoch die Frage, ob das Hessische Datenschutzgesetz auf sie überhaupt Anwendung findet. Die Anwendbarkeit könnte sich zwar aus § 3 Abs. 1 S. 2 HDSG ergeben. Dazu müsste es sich bei privaten Gemeinschaftseinrichtungen um nicht-öffentliche Stellen handeln, die hoheitliche Aufgaben unter Aufsicht von Behörden oder sonstiger öffentlicher Stellen des Landes wahrnehmen. Ob private Gemeinschaftseinrichtungen beim Vollzug des § 2 KiGSchG unter einer solchen Aufsicht stehen, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz. Wie oben bereits dargelegt, lässt sich § 2 KiGSchG keine Befugnis zum Erlass konkretisierender – und ggf. vollstreckbarer – Verwaltungsakte entnehmen. Genauso wenig ist eine Aufsichtsregelung erkennbar.

Soweit allerdings der staatliche Gesundheitsdienst für die Durchführung des § 2 KiGSchG als zuständig angesehen werden sollte (§§ 1- 3 HGöGD), so würde er dem Hessischen Datenschutzgesetz unterliegen.

### **(3) Anwendbarkeit des BDSG für private Einrichtungen**

Damit scheint auch unklar, ob private Einrichtungen insoweit einer staatlichen Aufsicht unterliegen. Auch das Bundesdatenschutzgesetz dürfte nicht anwendbar sein, weil es gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG nur an nicht-öffentliche Stellen, soweit sie die Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeiten, anknüpft.

---

<sup>91</sup> Der Hessische Datenschutzbeauftragte geht in seinem 36. Tätigkeitsbericht auf § 2 KiGSchG nicht ein. Es ist unklar, ob er sich mit dieser Vorschrift befasst hat.

#### **(4) Anwendbarkeit der Datenschutzbestimmungen für Schulen**

Die Datenschutzbestimmungen des Schulgesetzes (§ 83 Abs. 6 HSchG) finden auch auf Schulen in freier Trägerschaft gemäß § 71 Abs. 6 HSchG insoweit Anwendung, als der Anwendungsbereich der Vorschriften zur Schulgesundheitspflege und zum schulpsychologischen Dienst berührt ist.<sup>92</sup> Die Schulgesundheitspflege umfasst gemäß § 149 S. 2 HSchG den schulärztlichen und den schulzahnärztlichen Dienst. Ihre Aufgabe ist es, in Zusammenarbeit mit der Schule und den Eltern die gesundheitliche Entwicklung der Schülerinnen und Schüler durch Vorsorge zu fördern, gesundheitlichen Gefährdungen vorzubeugen und Maßnahmen zur Behebung gesundheitlicher Störungen einzuleiten (§ 149 S. 3 HSchG).

§ 2 KiGSchG dürfte § 149 S. 3 HSchG im Hinblick auf seinen Zweck, gesundheitlichen Gefährdungen vorzubeugen, unterfallen. Es ist jedoch unklar, ob der Schulgesundheitsdienst für die Durchführung des § 2 KiGSchG überhaupt zuständig ist (siehe oben S. 18).

Vergleichbare Regelungen fehlen indessen für die übrigen Gemeinschaftseinrichtungen, insbesondere für Kindergärten und Kindertagesstätten.

#### **(5) Zwischenergebnis**

§ 2 KiGSchG ist auch mangels ausreichender datenschutzrechtlicher Bestimmungen wegen Verstoßes gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verfassungswidrig, da ein ausreichender Datenschutz allenfalls für Schulen angenommen werden kann.

---

<sup>92</sup> § 83 Abs. 6 HSchG bestimmt: „Im Rahmen der Schulgesundheitspflege und des schulpsychologischen Dienstes dürfen die für die Durchführung der schulärztlichen oder schulpsychologischen Untersuchungen sowie sonderpädagogischen Überprüfungen nach § 71 erforderlichen personenbezogenen Daten verarbeitet werden. Der schulärztliche und der schulpsychologische Dienst dürfen der Schule nur das Ergebnis der Pflichtuntersuchungen übermitteln. Personenbezogene Daten über freiwillige Untersuchungen dürfen nur mit schriftlicher Einwilligung der Betroffenen übermittelt werden. Medizinische Befunde dürfen nicht automatisiert verarbeitet werden, ausgenommen die medizinischen Befunde der für die Schulgesundheitspflege zuständigen Behörden (§ 149). Personenbezogene Daten des schulpsychologischen Dienstes dürfen nur automatisiert verarbeitet werden, wenn sie dabei nach dem jeweiligen Stand der Technik hinreichend sicher verschlüsselt werden.“

### 3. Verletzung der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG

§ 2 KiGSchG könnte auch gegen die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen.

Auf Art. 12 GG können sich als Träger der Berufsfreiheit alle Deutsche im Sinne des Art. 116 GG berufen. Dies gilt gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch für inländische juristische Personen sowie Personenvereinigungen des Privatrechts.<sup>93</sup>

Damit sind alle Deutschen sowie inländische juristische Personen sowie Personenvereinigungen des Privatrechts, die eine Gemeinschaftseinrichtung betreiben, Träger des Grundrechts der Berufsfreiheit. Nicht auf Art. 12 GG berufen können sich dagegen juristische Personen des öffentlichen Rechts.

Beruf ist jede auf Erwerb gerichtete langfristige Tätigkeit, also auch die Betätigung, die im Betrieb einer Kindergemeinschaftseinrichtung besteht. Art. 12 Abs. 1 GG ist ein einheitliches Grundrecht mit den beiden Teilgewährleistungen der Berufsausübungsfreiheit (des „Wie“) und der Berufswahl des („Ob“).

Soweit aus § 2 KiGSchG eine Verpflichtung für Kindergemeinschaftseinrichtungen folgt, die Daten über den Impfstatus und die Impfentscheidung der Personensorgeberechtigten zu erheben und ggf. zu speichern, liegt darin eine Berufsausübungsregelung, da insoweit die Kindergemeinschaftseinrichtung in Pflicht genommen wird.

Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit liegt insoweit in der Heranziehung der Gemeinschaftseinrichtung zur Datenerhebung und ggf. Datenspeicherung. Zwar ist in § 2 KiGSchG nicht ausdrücklich geregelt, welche Stelle Empfänger der zu erhebenden Daten sein soll.<sup>94</sup> Aus den Erläuterungen im Schreiben des Hessischen Sozialministeriums vom 11.3.2008 geht jedoch hervor, dass die Datenerhebung durch die Gemeinschaftseinrichtung erfolgen soll, die auch gehalten ist, die Daten in der Akte des Kindes aufzubewahren, d.h. zu speichern.

Wenn man, wie hier davon ausgeht, dass § 2 KiGSchG nicht ausdrücklich regelt, dass Empfänger der Daten die Gemeinschaftseinrichtung sein soll, so

---

<sup>93</sup> Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 12, Rdnr. 10a.

<sup>94</sup> Siehe dazu oben S. 6 f. und insbes. S. 10 ff.

fehlt es bereits an einem Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dieser privaten Einrichtungen.

Für die folgenden Erwägungen wird jedoch – vorsorglich – unterstellt, dass die Gemeinschaftseinrichtungen als datenerhebende Stellen durch § 2 KiGSchG verpflichtet sein sollen.

Für diesen Fall scheidet jedoch der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG an der fehlenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, weil die Datenerhebung als solche bereits formell und materiell verfassungswidrig ist (s.o.) und ein einschränkendes Gesetz kompetenzgemäß erlassen sein und auch sonstigen verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werden muss.<sup>95</sup>

Abgesehen davon erscheint es zweifelhaft, ob die Indienstnahme privater Kindergemeinschaftseinrichtungen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Form der durch § 2 KiGSchG vorgesehenen Datenerhebung ohne eine staatliche Entschädigungsregelung verhältnismäßig wäre.<sup>96</sup> Denn die Kindergemeinschaftseinrichtungen werden mit einem besonderen Aufwand belastet, da sie nicht nur die Daten erheben, sondern auch unter Erfüllung datenschutzrechtlicher Anforderungen für einen ordnungsgemäßen Datenschutz sorgen müssen.

#### **4. Verletzung von Grundrechten der Hessischen Landesverfassung**

§ 2 KiGSchG dürfte nach den gleichen Erwägungen auch gegen das durch die Hessische Verfassung geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung verstoßen. Dieses Grundrecht dürfte aus Art 2 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 3 der Hessischen Verfassung ableitbar sein, die in etwa Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entsprechen. Allerdings hat der Hessische Staatsgerichtshof bislang offen gelassen, ob die Hessische Verfassung ein derartiges Grundrecht überhaupt kennt.<sup>97</sup>

Es scheint jedoch zumindest wahrscheinlich, dass der Grundrechtsstandard der Hessischen Landesverfassung insoweit nicht hinter denjenigen des Grundgesetzes zurücksteht.

---

<sup>95</sup> Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 12, Rdnr. 23 m.w.N.

<sup>96</sup> Vgl. *Jarass* a.a.O., Art. 12, Rdnr. 61

<sup>97</sup> Vgl. Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Beschl. v. 23.6.1993 – Az: P. St. 1154.

### III. Rechtsschutzmöglichkeiten

Da das Kindergesundheitsschutzgesetz für den Fall der Missachtung von § 2 KiGSchG keine Sanktionen vorsieht und seine Pflichten auch nicht durch Verwaltungsakt durchgesetzt werden können, ist es ohne weiteres möglich, § 2 KiGSchG als formell und materiell verfassungswidrige und damit nichtige Norm schlicht nicht zu befolgen.

Darüber hinaus kommt in Betracht, die Abgeordneten des Hessischen Landtags auf die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Vorschrift hinzuweisen und anzuregen, diese Frage vor dem Hessischen Staatsgerichtshof klären lassen. 10% der Mitglieder des Hessischen Landtags sind gemäß Art. 131 Abs. 2 der Hessischen Landesverfassung befugt, einen solchen Antrag an den Hessischen Staatsgerichtshof zu stellen.

Ferner könnte an eine Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1, Nr. 4a GG gedacht werden. Das BVerfG entscheidet über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann (natürlichen und juristischen Personen) mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem ihnen zustehenden Grundrecht verletzt zu sein. Antragsteller können die betroffenen Eltern und ihre Kinder sein, sowie die Gemeinschaftseinrichtungen, die nach § 2 KiGSchG möglicherweise verpflichtet sind, diese Daten zu erheben und zu speichern.

Allerdings ist die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde, die sich unmittelbar gegen eine gesetzliche Bestimmung richtet, an hohe Voraussetzungen geknüpft. Der Beschwerdeführer muss insbesondere durch das Gesetz selbst gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein. Das ist bei Gesetzen in der Regel nicht der Fall, die weiterer Vollzugsakte bedürfen, um gegenüber dem Beschwerdeführer verbindlich zu werden. Insofern fehlt es meist an der unmittelbaren Betroffenheit.

Nach der in diesem Gutachten vertretenen Auffassung bedarf § 2 KiGSchG zwar keiner weiteren Vollzugsakte – und lässt den erlass vollstreckungsfähiger Verwaltungsakte im Übrigen auch nicht zu. Doch kann dies von der Verwaltung und den Gerichten im Wege der Auslegung der Norm möglicherweise anders beurteilt werden. Vor diesem Hintergrund könnte das BVerfG zunächst auf einer Klärung durch die Verwaltung und die Instanzgerichte bestehen. Dafür spricht zudem, dass die Betroffenen mit keinen Sanktionen zu rechnen haben

und ihnen daher auch ein Abwarten zuzumuten ist. Die Verfassungsbeschwerde müsste innerhalb eines Jahres seit Inkrafttreten des Gesetzes erhoben werden.

In Frage kommt ferner eine Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten, falls die zuständige Behörde auf einer Einhaltung der in § 2 KiGSchG vorgesehenen Pflichten bestehen sollte. Sollte die zuständige Behörde gar einen konkretisierenden Verwaltungsakt erlassen, käme dagegen auch die Anfechtungsklage in Betracht. Hält das Gericht § 2 KiGSchG für verfassungswidrig, so hat es gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG einzuholen. Auch auf diesem Wege ließen sich somit die angesprochenen Fragen klären. Sollte dies nicht geschehen, so könnte binnen eines Monats nach Urteilsverkündung Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

Die nach der Hessischen Landesverfassung vorgesehene Grundrechtsklage scheint dagegen weniger geeignet, da der Hessische Staatsgerichtshof nicht die Vereinbarkeit eines Hessischen Landesgesetzes mit dem GG prüft und somit die Frage der Kompetenzwidrigkeit des § 2 KiGSchG nicht beurteilen kann.