

Freie Impfentscheidung – ist eine Impfpflicht verfassungskonform?

Vortrag von Veronika Arbeithuber-Marzini am 20.06.2020 in Tamsweg

Prinzipiell hielt und hält der österreichische Staat beim Thema Impfen an der Freiwilligkeit dieser speziellen Gesundheitsvorsorge fest. Durch Bewusstseins-schaffung, vertrauensbildende Maßnahmen, Information und Aufklärung soll die Bevölkerung aus Eigenverantwortung und aus freien Stücken sich und ihre Kinder impfen lassen. Viele Stimmen sagen, dass eine gesetzliche Impfpflicht zu tief in die Persönlichkeitsrechte des einzelnen Bürgers eingreife.

Die Diskussion über eine Impfpflicht ist so alt wie das Impfen selbst. Bereits in der K&K Monarchie gab es die Stimmen auf der einen Seite, die der Meinung waren, wenn die gesamte Bevölkerung durchgeimpft wäre, würden gefährliche Infektionskrankheiten ihre Angst und ihren Schrecken verlieren. Dem Staat würden weniger potenzielle Arbeitskräfte abhanden kommen und der dadurch verursachte wirtschaftliche Schaden könnte so gering wie möglich gehalten werden.¹ Impfen wird von vielen auch als größte Errungenschaft der Medizin bezeichnet.²

Auf der anderen Seite gab und gibt es immer schon die Skeptiker der Impfmethode. Diejenigen, die die Meinung vertreten, zuerst sollte der Vorteil des Impfens für jeden Menschen lückenlos erwiesen werden und die Gefahren, die diese „Gesundheitsmethode“ mit sich bringt besser untersucht werden, danach erst kann man eine generelle Impfpflicht für alle unterstützen.

Bisher gab es ein einziges Mal in Österreich eine Pflicht in einem Gesetz niedergeschrieben, sich und seine Kinder impfen lassen zu müssen. Nachdem im 2. Weltkrieg das deutsche Impfgesetz auch für Österreich verpflichtend wurde, haben

¹ *Memmer*, Die Geschichte der Schutzimpfungen in Österreich, in Aigner ea (Hg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016)

² *Sperl*, Impfbroschüre des Bundesministeriums für Frauen und Gesundheit (April 2017); *Karall*, Die wichtigsten Informationen zum Thema Kinderimpfungen des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz (April 2019).

auch nach Kriegsende unsere Gesetzgeber diese direkte Impfpflicht verordnet - die Pflichtimpfung gegen Pocken.³

Allerdings zu einem Zeitpunkt, zu dem zwar keine Pockenfälle mehr bekannt waren, aber die Angst der Wiedereinschleppung durch die erhöhte Reisetätigkeit dafür umso größer gewesen war. Außerdem traue ich mich hier zu behaupten, dass die Bevölkerung in dieser Zeit andere Sorgen und Probleme hatte, als sich gegen eine vom Staat verpflichtende Impfung zu wahren.

Indirekte Maßnahmen hingegen, die eine defacto Impfpflicht bei einer breiten Bevölkerungsgruppe hervorriefen, gab es allerdings schon mehrere (hier zu nennen wäre der verpflichtete Impfnachweis für die Aufnahme an einer Hochschule in Zeiten der Monarchie oder die nicht christliche Bestattung von Ungeimpften)⁴ und der Impfwang für bestimmte Personengruppen wie beispielsweise beim K&K Heer ist historisch dokumentiert.⁵

Aber ein Gesetz, in dem die österreichische Bevölkerung zu diversen Impfungen verpflichtet wird, hat der Gesetzgeber zwar mehrmals versucht zu schreiben, jedoch verabschiedet wurde hier zu Lande noch kein einziger Entwurf.

Zu Recht werden Sie sich denken: Das wird doch wohl seine Gründe haben? – und die gibt es!

Darum möchte ich hier näher erläutern, warum die Forderung nach der Einführung einer Pflichtimpfung in Österreich von diversen Politikern zum Beispiel Landeshauptleuten oder Ärzten – ganz vehement auch der Ärztekammerpräsident, aber auch Volksanwälten – die es eigentlich zumindest aus rechtlicher Sicht besser wissen müssten - nicht ganz zu Ende gedacht wurde:

Zu allererst ist es wichtig zu wissen, dass in Österreich kein einheitlicher Grundrechtskatalog existiert,⁶ wie es zum Beispiel in der deutschen Gesetzgebung

³ Memmer, Die Geschichte der Schutzimpfungen (2016)

⁴ Memmer, Die Geschichte der Schutzimpfungen (2016)

⁵ Memmer, Die Geschichte der Schutzimpfungen (2016)

⁶ Grabenwarter, in Merten ea, Handbuch der Grundrechte² (2014)

der Fall ist. Bei uns gibt es kein Grundgesetzbuch, in dem man eben mal unter „körperlicher Integrität“ nachschaut und ohne näheres Vorwissen gleich die richtige Bestimmung zu diesem Thema findet.

Außerdem ist es schwer einen geeigneten Maßstab zu finden, unter welchen Voraussetzungen eine medizinische Behandlung bereits einen unzulässigen Eingriff in die physische Unversehrtheit eines Patienten darstellt und welche Maßnahmen die Grenze der Zulässigkeit im Sinne des Grundrechtsschutzes nicht überschreiten.⁷

Generell stellt eine Impfung einen Eingriff in die persönliche Integrität jedes Einzelnen dar und setzt damit das höchstpersönliche Einverständnis des Betroffenen voraus. – Kinder sind von dieser Höchstpersönlichkeit freilich ausgeschlossen. In diesem Fall müssen deren Stellvertreter ihre Einwilligung geben. – Stichwort DER INFORMIERTE PATIENT – da wissen Sie alle besser Bescheid als ich.

Ich kann Ihnen nur den rechtlichen Hintergrund „des informierten Patienten“ näher erklären und da kommen wir zum **§ 16 ABGB (allgemeinbürgerlichen Gesetzbuches)**. Dieser beinhaltet die sogenannten „angeborenen Rechten“, die in ihrer innersten Bedeutung den Schutz der Menschenwürde und der körperlichen Integrität garantieren.⁸ Somit ist von dieser Bestimmung die eigene Entscheidungsfreiheit über medizinische Eingriffe also auch die Autonomie über die Einwilligung in eine Impfung abzuleiten.⁹ → Diese Meinung vertritt zumindest der Medizinjurist Christian Kopetzki und wird hierzulande auch als herrschende Meinung erachtet.

Weiters hilft uns der **Art 8 EMRK¹⁰ (Europäischen Menschenrechtskonvention)**. Mittels Absatz 1 des Artikels wird allen Bürgern das Grundrecht auf Achtung ihres

⁷ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995)

⁸ *Aigner*, Arzt und Patient – Die ärztliche Aufklärung, in *Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit* (2012)

⁹ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995)

¹⁰ BGBl 210/1958 idF BGBl III 30/1998

Privatlebens garantiert. Die EMRK steht in Österreich im Verfassungsrang.¹¹ Eingriffe in dieses verankerte Grundrecht dürfen nur unter bestimmten Umständen durch den Gesetzgeber erfolgen und diese Grundrechtsverletzungen werden immer nach einem festgelegten Schema auf ihre Rechtmäßigkeit geprüft.¹²

1. Den Anfang macht der sogenannte **Schutzbereich**, dieser muss betroffen sein.

In unserem Fall umfasst der Anwendungsbereich des Grundrechtes auf Achtung des Privat- und Familienlebens das Recht, seinen Alltag nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu leben, ohne staatliche Einschränkungen auf den eigenen Entscheidungsprozess. Das beinhaltet ebenfalls die körperliche Unversehrtheit einer Person, also auch die Entscheidung, ob sie sich freiwillig nach vorangegangener Aufklärung,¹³ einer ärztlichen Behandlung wie es das Impfen darstellt, unterzieht oder die Maßnahme aus freien Stücken ablehnt.¹⁴

2. Weiter geht es mit der Frage: Handelt es sich um einen **Eingriff** in das verfassungsrechtlich geschützte Grundrecht?

Von einem Grundrechtseingriff wird gesprochen, wenn von staatlicher Seite in eine verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit eingegriffen wird, oder wenn ein grundrechtlich geschütztes Verhalten durch den Staat gar mit Strafe oder etwaigen anderen Zwangsmaßnahmen sanktioniert wird.¹⁵

3. Um feststellen zu können, ob der Eingriff in das Grundrecht in erlaubter Weise passiert, wird eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** durchgeführt. Bei dieser Prüfung müssen 4 Voraussetzungen kumulativ gegeben sein, damit dieser gerechtfertigt werden kann. Ansonsten wäre der Eingriff nicht gerechtfertigt und die

¹¹ gem BVG BGBl 59/1964

¹² *Bezemek*, Grundrechte (2016) § 4

¹³ *Aigner*, Arzt und Patient – Die ärztliche Aufklärung; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ (2015) Art 8 MRK II.I

¹⁴ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995)

¹⁵ *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018)

Norm somit grund- und verfassungswidrig.¹⁶ Diese 4 Bedingungen werde ich nun näher erläutern:

a. Zuerst muss ein **öffentliches Interesse** vorliegen.

Im Absatz 2 des Art 8 EMRK findet man Ziele, die das öffentliche Interesse widerspiegeln sollen. In unserem Fall ist das Ziel „Gesundheitsschutz“ und „zum Schutz der Rechte anderer“ relevant.¹⁷

Einerseits wird die Impfung als medizinisch notwendige therapeutische Maßnahme für jeden Einzelnen gesehen und soll damit die Gesundheit der Individualperson schützen.

Andererseits soll die Durchimpfungsrate in der Bevölkerung erhöht werden, gleichzeitig der gemeinschaftliche „Herdenschutz“ verstärkt und dadurch die Gefahr einer Infektion auch für Personen, die aus verschiedensten Gründen nicht geimpft werden können, abgewehrt oder zumindest verringert und somit „die Interessen der öffentlichen Gesundheit gewahrt“ werden.¹⁸

Das Argument, der Staat muss die Gesundheit seiner Bürger schützen, ist zwar legitim, aber so sinnvoll dieses Ziel auch sein mag. Es sagt nichts darüber aus, ob die gewählten Mittel mit denen die Bevölkerung geschützt werden soll, auch verhältnismäßig sind und insbesondere ob sie nicht auch zu unzumutbaren Belastungen einzelner Mitbürger führen. „Der Zweck heiligt die Mittel“ kann in diesem Zusammenhang, in dem es um Menschenleben und deren Gesundheit geht, nicht akzeptiert werden. Bei so einem massiven Eingriff in die Persönlichkeitsrechte muss die Verhältnismäßigkeit besonders beachtet werden.

b. Darum muss als Nächstes die **Eignung** einer Impfpflicht **zur Zielerreichung** geprüft werden.

¹⁶ Berka, Verfassungsrecht⁷ (2018)

¹⁷ Kopetzki, Unterbringungsrecht I (1995)

¹⁸ Wildhaber, Internationaler Kommentar zur EMRK¹ Art 8 (2013)

Die Eignung einer Maßnahme richtet sich nach der tatsächlichen Tauglichkeit, mit der man die Zielerreichung ermöglicht.¹⁹

„Geeignetheit“ bedeutet im spezifisch verfassungsrechtlichen Sinne, dass die in Rede stehende Regelung die Erreichung des Gesetzesziels fördern kann.

Hier ist der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers sehr weit gefasst. Es kommt auf die Eigenart des Sachbereichs und die Möglichkeiten, sich ein hinreichendes Urteil bilden zu können an. Es soll nicht irgendeine Annahme getroffen werden.

Wie man am Beispiel des deutschen Impfgesetzes sehen kann. Es erscheint äußerst zweifelhaft, wie eine Impfpflicht für Kindergartenkindern geeignet sein soll, die Impflücken von nach 1970 geborenen Erwachsenen zu schließen.

Daran lässt sich erkennen, dass nicht jede denkmögliche Maßnahme gleich gut geeignet ist, die vordefinierten Ziele zu erreichen. Die Bevölkerung kann mithilfe von Informationsmaterial über die Übertragungswege von Infektionskrankheiten aufgeklärt werden. Alle Möglichkeiten für Schutz- und Präventionsmaßnahmen und Vorsorgeuntersuchungen sollen ebenfalls darin enthalten sein.

Außerdem führen nicht alle Maßnahmen zum gleichen Ziel. Auch eine Impfpflicht ist nicht absolut ungeeignet die Durchimpfungsrate der Bevölkerung zu erhöhen. In diesem Zusammenhang muss zu den zwei vorangegangenen Prüfschritten zusätzlich festgestellt werden, ob der Grundrechtseingriff erforderlich ist.

c. Das führt uns zur 3. Bedingung – die **Erforderlichkeit des Grundrechteingriffes**.

Die Freiheitsbeschränkung, die ein Impfwang von staatlicher Seite zur Folge hätte, muss somit erforderlich sein, die vorher beschriebenen Schutzziele erreichen zu können beziehungsweise dem öffentlichen Interesse zu dienen.²⁰

Das Kriterium der Erforderlichkeit ist sehr schwierig zu beurteilen. Hier ist zu prüfen, welches das gelindeste Mittel ist, um das angestrebte Schutzziel durchsetzen zu können.

¹⁹ Berka, Die Grundrechte – Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999)

²⁰ Berka, Die Grundrechte – Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999)

Das Spektrum der Möglichkeiten bei medizinischen Behandlungen ist breit gefächert. Es erstreckt sich von mehr Aufklärung mit Informationen zur verbesserten Bewusstseinschaffung durch individuelle Patientengespräche, die gar keinen Grundrechtseingriff darstellen. Über rechtliche Maßnahmen ohne unmittelbaren Zwangscharakter, wie beispielsweise verpflichtende Impfgespräche mit Erziehungsberechtigten vor Kindergarten- und Schuleintritt beziehungsweise Zugangsbeschränkungen zu öffentlichen Einrichtungen oder auch Kürzungen im Kinderbetreuungsgeldbereich, bis hin zum Extremfall dem stärksten Eingriff - der Zwangsimpfung.²¹

Jedenfalls wird das Kriterium der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft erfüllt, wenn mit dem Eingriff – laut Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte - ein „*zwingendes soziales Bedürfnis*“ befriedigt werden kann.²²

Im Falle der Masernimpfung ist das nach herrschender Meinung zu bejahen, denn der angeblich zu erzielende Herdenschutz stellt ein solches Bedürfnis dar.

Im Gegensatz dazu würde eine verpflichtende Zeckenschutzimpfung dieses Kriterium nicht erfüllen, da durch diese Impfung kein gesamtgesellschaftliches Ziel erreicht werden würde, denn diese Impfung dient nur dem Schutz eines Einzelnen. Obgleich hier die absurdesten Meinungen in der Bevölkerung vertreten werden. Seien es manche Lehrer, die glauben, ungeimpfte Kinder nicht auf Wandertag mitnehmen zu müssen, da diese durch ihre Nichtimpfung ja die Gemeinschaft gefährden. Oder Aussagen von Feuerwehrleuten, denen eingetrichtert wurde, dass sie auf alle Fälle geimpft sein müssen. Ansonsten würde die Versicherung in einem Krankheitsfall nicht zahlen. Aber gut, zurück zu den rechtlich relevanten Themen...

Erst wenn festgestellt wird, dass ein gelinderes Mittel wenig zufriedenstellend zur Zielerreichung beiträgt und die gewünschte Wirkung ausbleibt, kann eine Vorgangsweise gewählt werden, die eingriffsreicher ist.²³

²¹ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995)

²² *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995)

²³ *Heissenberger*, Impfen in Österreich, in Aigner ea (Hg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016)

d. Der letzte Punkt in der Verhältnismäßigkeitsprüfung befasst sich mit der **Angemessenheit** der Maßnahme.

Dabei wird eine Güterabwägung vorgenommen:

Die Nachteile der Einschränkungen des Grundrechtberechtigten auf der einen Seite und dem verfolgten Schutzziel auf der anderen Seite werden gegenübergestellt und in Relation gesetzt.²⁴

Im konkreten Fall der Pflichtimpfung muss zwischen der Entscheidungsfreiheit des Einzelnen und der körperlichen Integrität des Patienten einerseits und dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung andererseits abgewogen werden,²⁵ also „Abwägung zwischen dem Freiheitsrecht des Einzelnen und dem Recht der Gemeinschaft, sich gegen Krankheitsrisiken zu schützen“²⁶.

Da die Angemessenheit einer generellen Impfpflicht sehr schwer an nur einem Punkt festzumachen ist und dadurch extrem schwer zu beurteilen ist, kann die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn aus verfassungsrechtlicher Perspektive ausgeschlossen werden, weil nicht alle Impfungen das Ziel des gesamtheitlichen Gesundheitsschutzes der Bevölkerung verfolgen.

Abgesehen davon, ist es allerdings möglich, einzelne Impfungen hoheitlich zu verordnen, wenn sie nachweislich der Gesundheit des gesamten Volkes von Nutzen sind. Wie das beim Personal im Gesundheitsbereich bereits jetzt schon der Fall ist.

²⁴ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) § 18

²⁵ Kopetzki, Unterbringungsrecht I (1995)

²⁶ Kaelin, Impfen zwischen Autonomie und Gemeinwohl, in Aigner ea (Hg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016)

Das bringt uns zum **Art 6** unseres **Staatsgrundgesetzes**, der jedem österreichischen Staatsbürger seine individuelle Erwerbsfreiheit garantiert.²⁷ Allerdings bedingen die Worte des Gesetzestextes „unter den gesetzlichen Bedingungen“ einen formellen Gesetzesvorbehalt, der dem Gesetzgeber das Recht einräumt, die Erwerbsfreiheit unter bestimmten Voraussetzungen zu beschränken.²⁸

Infolge des vermehrten Auftretens von Masernfälle in Österreich im Frühjahr 2019 und des erhöhten Gefährdungspotenzials sich im Spitalsbereich mit Infektionskrankheiten wie Masern anzustecken, forderte die Volksanwaltschaft eine Impfpflicht für Mitarbeiter im Gesundheitswesen.²⁹

Das Gesundheitsministerium beschäftigte sich bereits im Jahr 2017 mit den rechtlichen Aspekten des Themas „Impfungen des Gesundheitspersonals“. Angesichts der Tatsache, dass viele Krankheitsfälle auf Infektionen im Bereich der Krankenversorgung zurückzuführen sind und der allgemeine Tenor gilt, dass die Ansteckung an Masern durch eine verhältnismäßig harmlose Impfung zu verhindern ist, war für die Volksanwaltschaft Handlungsbedarf im Bereich des Gesundheitswesenspersonal geboten.³⁰

Auch in anderen Berufen wie beispielsweise bei Mitarbeitern in Kinderbetreuungseinrichtungen will man das Verbreitungsrisiko von ansteckenden Krankheiten mittels Impfmaßnahmen eindämmen. Daher möchte hier noch die Frage behandelt, ob die verpflichtende Erbringung eines Immunisierungsnachweises, für bestimmte Berufsgruppen eine Verletzung des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit iSd Art 6 StGG darstellt.

Grundsätzlich wird zwischen **Ausübungsschranken**, die die Erwerbsausübung regeln sollen und **Antrittsschranken**, die den Antritt einer Erwerbstätigkeit

²⁷ Mayer/Muzak, B-VG⁵ (2015) Art 6 StGG I.1; Korinek, in Merten ea (Hg), Handbuch der Grundrechte² (2014), § 16

²⁸ Korinek, in Merten ea, Handbuch der Grundrechte², § 16

²⁹ Volksanwalt fordert Masern-Impfpflicht bis Ende 2019,

<<https://www.derstandard.at/story/2000102248179/masern-volksanwalt-fordert-impfpflicht-bis-ende-2019>> (29.04.2019)

³⁰ Heissenberger/Paulke-Korinek, Impfungen des Gesundheitspersonal, in BMGF (Hg) (2017)

einschränken beziehungsweise behindern, unterschieden. Antrittsbeschränkungen differenzieren sich weiters in objektive und subjektive Schranken.³¹

Der Rechtsunterworfenen ist bei objektiven Hindernissen nicht in der Lage, diese selbstständig zu überwinden. Hingegen können subjektive Schranken durchaus von jedem Einzelnen überwunden werden.³² Ein Immunisierungsnachweis ist als subjektive Antrittsbeschränkung zu bewerten, greift somit in die Erwerbsfreiheit ein und muss beurteilt werden, ob der legislative Eingriff verhältnismäßig und dadurch gerechtfertigt ist.³³

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird auch in diesem Fall angewandt. Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes muss bei legislativen Beschränkungen der Erwerbsfreiheit im Sinne des Art 6 StGG ebenfalls ein öffentliches Interesse vorliegen. Die gesetzten Maßnahmen müssen zur Zielerreichung geeignet, angemessen und ferner auch sachlich zu argumentieren beziehungsweise verhältnismäßig im engeren Sinn sein.³⁴ Wie schon vorhin erwähnt, gilt auch hier: Alle 4 Prüfschritte müssen kumulativ erfüllt sein.

Das **Interesse der Öffentlichkeit** von verpflichtenden Impfungen für Mitarbeitern von Gesundheitsberufen und pädagogischen Einrichtungen liegt in der Prävention und in der Verhinderung einer raschen Ausbreitung von gefährlichen Infektionskrankheiten durch die zahlreichen Kontakte mit durch verschiedene Umstände geschwächten und dadurch mit erhöhtem Ansteckungsrisiko behafteten Personengruppen. Zusätzlich dient die legislative Regelung dem Gesundheitsschutz im Allgemeinen als Fremdschutz und den Geimpften im Einzelnen als Eigenschutz.³⁵

³¹ *Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte² (2019)

³² *Pöschl*, Rechtswissenschaftliche Grundlagen, in Winkler (Hg), Öffentliches Wirtschaftsrecht (2008)

³³ *Heissenberger*, Impfen in Österreich

³⁴ *Pöschl*, Rechtswissenschaftliche Grundlagen, in Winkler (Hg), Öffentliches Wirtschaftsrecht (2008); *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten; *Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte²

³⁵ *Grimm*, Verpflichtende Impfung von Mitarbeitern im Gesundheitsbereich, in Aigner ea (Hg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016)

Die Berufsgruppen in den vorhin genannten Bereichen weisen aufgrund von vermehrten Personenkontakten und der speziellen Risikoumgebung, in der sie tätig sind, ein höheres Gefährdungspotenzial auf. Einerseits könnten sie sich selbst leichter mit Infektionskrankheiten anstecken und andererseits schutzlose Patienten oder Kleinkinder infizieren. Durch eine Pflichtimpfung wird außerdem die Qualität der Leistungen in den betroffenen Berufen erhöht – Das schreibt Herr MMag. Heissenberger vom Gesundheitsministerium in seiner Abhandlung über das „Impfen aus rechtlicher Sicht“.³⁶

Wenn das öffentliche Interesse als gegeben erachtet wird, muss prinzipiell die Eignung und Erforderlichkeit der Impfungen für Gesundheitspersonal beurteilt werden.

Der österreichische Verfassungsgerichtshof hält nur Maßnahmen für verfassungswidrig, die absolut **ungeeignet** sind oder für die Einschätzung der Eignung völlig unmögliche Annahmen getroffen wurden.³⁷

Beim Punkt **Erforderlichkeit** soll wiederum das gelindeste Mittel, das zum verfolgten Zweck führt, ermittelt werden. Wenn Informationsbroschüren, Aufklärungsgespräche und ähnliches die Impfmüdigkeit in der Bevölkerung und ebenfalls beim Gesundheitspersonal nicht verringern können, müssen stärker eingreifende Mittel verwendet werden, um das gewünschte Ziel zu erreichen.³⁸

Abschließend muss selbstverständlich wieder eine Güterabwägung zwischen abverlangtem Opfer und zu erreichendem Nutzen stattfinden. Die Schwere des Eingriffs und das Gewicht der Rechtfertigungsgründe müssen relativ zu einander stehen. Je gravierender sich der Grundrechtseingriff erweist, desto sorgfältiger ist der Bewertungsstandard anzulegen.³⁹

Sowohl das Gesundheitspersonal als auch Mitarbeiter in Bildungseinrichtungen arbeiten vorwiegend mit besonders Schutzbedürftigen. Diese vulnerable Personengruppe umfasst Patienten, deren körperliche Konstellation beeinträchtigt ist

³⁶ Heissenberger, Impfen in Österreich

³⁷ Korinek, in Merten ea, Handbuch der Grundrechte², § 16

³⁸ Kopetzki, Unterbringungsrecht I (1995)

³⁹ Grimm, Verpflichtende Impfung von Mitarbeitern im Gesundheitsbereich

oder Kinder beziehungsweise Säuglinge, deren Immunabwehr noch nicht komplett ausgereift ist. In diesen Fällen hat das öffentliche Interesse des Gesundheitsschutzes und im Speziellen der Schutz der zuvor genannten vor infektiösen Krankheiten mehr Gewicht als die Patientenautonomie der einzelnen Arbeitnehmer und Pädagogen.⁴⁰

Somit stellt eine Impfpflicht für einen bestimmten Personenkreis zwar einen Eingriff in das Grundrecht der Erwerbsfreiheit dar. Allerdings wird dieser durch das besonders schwerwiegende öffentliche Interesse des Gesundheitsschutzes von speziell Schutzbedürftigen und der Eindämmung des größeren Verbreitungsrisikos gerechtfertigt und damit verfassungsrechtlich legitimiert.

Zum Thema Erwerbsfreiheit möchte ich an dieser Stelle noch den Unterschied zwischen der rechtlichen Situation von neuen Bewerbern für eine Arbeitsstelle und für Personen, die sich bereits in Beschäftigung befinden, betreffend einer verpflichtenden Impfung beziehungsweise eines verpflichtenden Nachweises des persönlichen Impfstatus näher betrachten.

1. Bewerbung - Neuanstellung

Wenn sich eine Person für einen neuen Arbeitsplatz bewirbt, kann sie auf diverse Einschränkungen treffen, die ihre Erwerbsfreiheit behindern. Wie zuvor bereits ausgeführt, unterscheidet man bei diesen Antrittsbeschränkungen zwischen jenen, die der Bewerber trotz Erfüllung aller geforderten subjektiven Voraussetzungen nicht „aus eigener Kraft“ überwinden kann sogenannte objektive Hindernisse. Als Beispiele hierfür wären eine Bedarfsprüfung bei Apotheken⁴¹ zu nennen.

Weiters werden jene Hürden unterschieden, die der Bewerber durch seinen persönlichen Einsatz selbst überwinden kann wie die subjektiven Schranken beim Berufsantritt.⁴² Da diese Beschränkungen weniger gravierend in das Grundrecht der

⁴⁰ *Heissenberger*, Impfen in Österreich

⁴¹ die die einwandfreie Versorgung der Bevölkerung mit Heilmitteln sicherstellen soll

⁴² *Grabenwarter*, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit (1994); *Mayer/Muzak*, B-VG⁵, Art 6 StGG III.1.

Erwerbsfreiheit eingreifen, ist der Freiraum zur rechtspolitischen Gestaltung für den Gesetzgeber weiter gefasst als bei den objektiven.⁴³ Hierzu zählen beispielsweise Befähigungsnachweise, aber auch der Nachweis über bestimmte Impfungen oder die Immunität gegen diverse Krankheiten.

Für Anwärter einer Stelle in der Gesundheits- und Krankenpflege findet man die Eignungs- und Aufnahmeerfordernisse in den §§ 27, 54 und 85 GuKG⁴⁴ (Gesundheits- und Krankenpflegegesetz) taxativ aufgezählt. Auch für Ärzte sind im § 4 ÄrzteG⁴⁵ (Ärztegesetz) alle Erfordernisse zur Berufsausübung festgeschrieben.

Ebendort ist auch das Kriterium der „gesundheitlichen Eignung“ aufgeführt, allerdings ohne weitere Definition oder nähere Erklärung, was genau darunter zu verstehen sei.

Aus berufsrechtlicher Sicht und herrschender Meinung ist die Vorlage eines Immunisierungsnachweises im Zusammenhang mit der gesundheitlichen Eignung zu sehen.⁴⁶

Diesmal schreibt MMag. Heissenberger in der Broschüre „Impfungen des Gesundheitspersonals“ folgendes: „Es existiert keine Norm, die einen Bewerber zu einer Impfung direkt zwingen kann, schließlich obliegt es ihm, sich auf sein höchstpersönliches Selbstbestimmungsrecht über seinen Körper zu berufen und die medizinische Maßnahme zu verweigern.“⁴⁷

Ein potenziell zukünftiger Arbeitgeber ist zwar generell nicht befugt im Bewerbungsgespräch Fragen nach dem Immunitätsstatus, dem Impfnachweis oder sonstigen gesundheitsbezogenen Themen zu stellen. Wenn jedoch die angestrebte Tätigkeit ein erhöhtes Ansteckungspotenzial für Infektionskrankheiten aufweist und dadurch das Leben und der Gesundheitsschutz anderer in Gefahr ist, sind diese Fragen im Einzelfall zulässig und müssen wahrheitsgetreu beantwortet werden.⁴⁸

⁴³ *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte²

⁴⁴ BGBl I 108/1997, idF BGBl 58/2018

⁴⁵ BGBl 169/1998

⁴⁶ *Grandl-Eder/Wünsch-Brandner*, Gesetzlich verpflichtende Impfungen für das Personal in Krankenanstalten, JMG 2019

⁴⁷ *Heissenberger/Paulke-Korinek*, Impfungen des Gesundheitspersonal

⁴⁸ *Wiedermann-Schmidt* ea, in Bundesministerium für Gesundheit (Hg), Impfungen für Erwachsene im erwerbsfähigen Alter (2015)

Andernfalls ist sowohl die Nichteinbeziehung der Bewerbung im weiteren Auswahlverfahren oder auch eine Entlassung eines bereits eingestellten Mitarbeiters aus Gründen der Vertrauensunwürdigkeit gerechtfertigt.⁴⁹

2. Variante Die Ausübung in bestehenden Arbeitsverhältnissen

Anders als bei Berufsanwärtern stellt sich die Situation von Mitarbeitern dar, die bereits in Beschäftigung in Krankenanstalten oder anderen Gesundheitsberufen stehen. Es stellt sich die Frage, unter welchen Umständen diese Personen ihren Immunisierungsstatus nachweisen müssen und mit welchen Konsequenzen sie konfrontiert werden, wenn sie die Auskunft verweigern bzw keine Immunisierung nachweisen können.

Auch für Personen in bestehenden Arbeitsverhältnissen gilt, dass keine Impfung zwangsweise oder auf andere Art angeordnet werden kann.

Trotzdem ist zu beachten, dass für den **Arbeitgeber** auf der einen Seite eine spezielle Fürsorgepflicht gegenüber seinen Mitarbeitern gilt. Diese verpflichtet ihn gemäß § 4 Abs 1 des ASchG⁵⁰ (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz) eine Arbeitsplatzevaluierung durchzuführen.

Dabei werden die bestehenden Gefahren bezüglich Sicherheit und Gesundheit für den Arbeitnehmer geprüft. Zu den Präventionsmaßnahmen gegen die so ermittelten Gefahren zählen auch geforderte Impfungen für das Personal in Bereichen, in denen das Infektionsrisiko besonders hoch eingestuft wird.⁵¹

Auf der anderen Seite unterliegt der **Arbeitnehmer** einer Treuepflicht im bestehenden Arbeitsverhältnis. Damit hängt die Verpflichtung zusammen, auf die Interessen des Betriebs zu achten. Im Rahmen der Beistandspflicht und Anzeigepflicht soll jede drohende Gefahr gemeldet werden. Außerdem sollen sie bei der Verhinderung mitwirken. Gem § 15 Abs 1 ASchG haben Mitarbeiter zum Schutz des Lebens, der Gesundheit, Integrität und Würde nach dem ASchG, alle

⁴⁹ Heissenberger/Paulke-Korinek, Impfungen des Gesundheitspersonal

⁵⁰ BGBl 450/1994 idF BGBl 457/1995

⁵¹ Grimm, Verpflichtende Impfung von Mitarbeitern im Gesundheitsbereich

Schutzmaßnahmen in den jeweiligen Verordnungen anzuwenden.⁵² Nach herrschender Meinung sind verpflichtende Impfnachweise als solche Schutzmaßnahmen zu qualifizieren.

Verweigern einzelne Personen des Gesundheitspersonals oder Mitarbeiter in Bildungseinrichtungen ihren Immunisierungsstatus oder Impfstatus, müssen sie mit einer Versetzung in einen weniger sensiblen Bereich rechnen. Falls es dem Arbeitgeber unmöglich ist, den Nichtgeimpften auf einem anderen Arbeitsplatz einzusetzen, muss als letzte Konsequenz eine Kündigung in Erwägung gezogen werden.⁵³ Diese Feststellung stammt aus der Stellungnahme der Bioethikkommission aus dem Jahr 2015. Dieser allerletzte Schritt ist selbstverständlich erst zu setzen, nachdem auch hier wieder die Verhältnismäßigkeit geprüft bzw eine Interessenabwägung durchgeführt wurde.⁵⁴

In bestehenden Arbeitsverhältnissen sind Pflichtimpfungen somit auch nicht rechtlich möglich und als Eingriff in die Erwerbsfreiheit zu qualifizieren, sehr wohl aber mit dem hohen Interesse der Wahrung des Gesundheitsschutzes von besonders gefährdeten Individuen (Patienten oder Kinder) zu rechtfertigen. Der indirekte Zwang, der beim einzelnen Arbeitnehmer aufgrund der Tatsache entsteht, dass eine Versetzung oder sogar die Beendigung des Arbeitsverhältnisses droht, ist mit dem höheren Ziel der Minimierung des Infektionsrisikos zu akzeptieren.

Abschließend möchte ich noch einen Blick auf das ganz neu in Deutschland in Kraft getretene Impfgesetz werfen und mehrere damit verbundene Fragen stellen:⁵⁵

- Könnte die Impfpflicht gegen Masern eine verkappte unbegrenzte Impfpflicht werden? Auf Grunde der Tatsache, dass in Deutschland nur noch

⁵² *Grimm*, Verpflichtende Impfung von Mitarbeitern im Gesundheitsbereich

⁵³ *Bundeskanzleramt*, Impfen – ethische Aspekte, Stellungnahme der Bioethikkommission (2015)

⁵⁴ *Grimm*, Verpflichtende Impfung von Mitarbeitern im Gesundheitsbereich

⁵⁵ Aus dem verfassungsrechtlichen Gutachten von Herr Dr. Stephan Rixen Lehrstuhlinhaber für Öffentliches Recht an der Universität Bayreuth, abrufbar unter <https://www.individuelle-impfentscheidung.de/pdfs/Rixen/Verfassungsgutachten.pdf>

Kombinationsimpfstoffe gegen mehrere Krankheiten existieren beziehungsweise produziert werden.

- Erstreckt sich die gewollte Impfpflicht dann auf alle Infektionskrankheiten, gegen die der jeweilige gerade auf dem Markt befindliche Kombinationsimpfstoff wirken soll?

- Ist eine derartige Vorgangsweise bedacht worden oder sogar erwünscht?

- Ist man sich im Klaren, dass man sich damit dem Produktionsverhalten der Pharmaindustrie aussetzt beziehungsweise davon abhängig macht, wie welches Unternehmen in Zukunft seine Impfstoffe kombiniert?

Viele Fragen – NOCH keine Antworten, aber mit diesem Denkanstoß möchte ich schließen. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Für Interessierte zum Nachlesen das Urteil des EGMR im Fall Solomakhin gegen die Ukraine:

EGMR 24.09.2012, (Solomakhin/UA) 24429/03

Quellenverzeichnis

Normen

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) JGS 946/1811 in Kraft getreten am 01.01.1812

Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (ÄrzteG) BGBl 169/1998

Bundesgesetz über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz – ASchG) BGBl 450/1994 idF BGBl 457/1995

Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) BGBl 210/1958 idF BGBl III 30/1988

Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG) BGBl I 108/1997, idF BGBl 58/2018

Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Bürger (StGG) RGBl 142/1867

Fachliteratur

Berka/Binder/Kneihls, Die Grundrechte² – Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019)

Berka, Die Grundrechte – Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999)

Grabenwarter/Krauskopf, I. Gesundheitsrecht und Verfassung, in Resch/Wallner (Hg), Handbuch Medizinrecht² (2015)

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) § 18

Grimm, Verpflichtende Impfung von Mitarbeitern im Gesundheitsbereich, in Aigner ea (Hg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte aus der Schriftenreihe Ethik und Recht in der Medizin Band 11 (2016) 85 - 108

Heissenberger, Impfen in Österreich – Überlegungen zur Impfpflicht und Darstellungen de lege lata, in Aigner ea (Hg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte aus der Schriftenreihe Ethik und Recht in der Medizin Band 11 (2016) S 53 – 84

Kopetzki, Unterbringungsrecht I (1995)

Korinek, in Merten ea, Handbuch der Grundrechte² (2014), § 16

Kneihs, Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde in Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1: Grundrechte in Österreich (2009) § 189

Kucsko-Stadlmayer, Allgemeine Strukturen der Grundrechte in Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1: Grundrechte in Österreich (2009) § 187

Mayer/Muzak, B-VG⁵ – Bundes-Verfassungsrecht (2015)

Memmer, Die Geschichte der Schutzimpfungen in Österreich – Eine rechtshistorische Analyse, in Aigner ea (Hg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte aus der Schriftenreihe Ethik und Recht in der Medizin Band 11 (2016) 7 - 36

Wiederin, Kommentierung des Art 8 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 5. Lieferung (2002)

Wiedermann-Schmidt, Impfen aus Sicht der öffentlichen Gesundheit, in in Aigner ea (Hg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte aus der Schriftenreihe Ethik und Recht in der Medizin Band 11 (2016) 1 - 5

Fachzeitschriften

Flamm/Vutuc, Geschichte der Pocken-Bekämpfung in Österreich, WkW 122 (2010) 265 - 275

Grandl-Eder/Wünsch-Brandner, Gesetzlich verpflichtende Impfungen für das Personal in Krankenanstalten, JMG (2019) 81 – 86

Heissenberger, 105 Jahre „Epidemiegesetz“ – Ein Gesetz im Wandel!, JMG (3/2018) 163 - 169

Kopetzki, Impfpflicht und Verfassung, RdM (2017) 2017/42, 45

Pammer, Pocken I: Gesundheitspolitik unter Franz II./I. in *Historicum* (Frühling 2003) 17ff

Vutuc/Flamm, Dreißig Jahre weltweite Ausrottung der Pocken durch die WHO, WkW 122 (2010) 276 - 279

Sonstige Quellen

Aigner, Arzt und Patient – Die ärztliche Aufklärung, Frühjahrstagung der Österreichischen Juristenkommission, (Schlögen, 07.06.2012) Tagungsband 40 (2013) 25 - 32

Bundeskanzleramt, Impfen – ethische Aspekte, Stellungnahme der Bioethikkommission (2015)

Heissenberger/Paulke-Korinek, Impfungen des Gesundheitspersonal, BMGF (Hg) (2017)

Karall, Die wichtigsten Informationen zum Thema Kinderimpfungen des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz (April 2019)

Sperl, Impfbroschüre des Bundesministeriums für Frauen und Gesundheit (April 2017)