

Rechtsgutachten
zu den Überlegungen, die Anträge
auf Erlass einstweiliger Anordnun-
gen durch das Bundesverfassungs-
gericht gegen das Gesetz für den
Schutz vor Masern und zur Stärkung
der Impfprävention (Masernschutz-
gesetz) vom 10. Feb. 2020 beinhalten
sollten,

erstattet für Libertas & Sanitas e.V., Forum für Impfproble-
matik, Gesundheit und eine bessere Zukunft,

von

Univ.-Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (NUM) Jan Ziekow, Direktor des
Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung,
Freisbach

Freisbach 25. 4. 2020

Inhalt

1. Kernregelungen des Masernschutzgesetzes	3
2. Zielstellung und Rahmen des Gutachtens.....	7
3. Anforderungen an die Darlegungen durch den Antrag als Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung	9
a) Zulässigkeit eines Antrags	9
aa) Keine fehlende Statthaftigkeit oder offensichtliche Aussichtslosigkeit eines Hauptsacheverfahrens	10
bb) Zulässiger Antrag ohne Vorwegnahme der Hauptsache	15
cc) Rechtsschutzbedürfnis.....	16
b) Darlegungen zur Begründetheit eines Antrags.....	17
aa) Offensichtliche Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde	18
(1) Vorliegen von Grundrechtseingriffen	20
(2) Fehlende Rechtfertigungsfähigkeit der Grundrechtseingriffe	26
bb) Abwägung der Folgen bei Erlass und bei Nichterlass einer einstweiligen Anordnung	30
(1) Folgen bei Erlass einer einstweiligen Anordnung	32
(2) Folgen bei Nichterlass einer einstweiligen Anordnung	32
(3) Folgenabwägung	36
4. Zusammenfassende Empfehlungen	37

1. Kernregelungen des Masernschutzgesetzes

Durch Art. 1 Nr. 8 lit. e des Gesetzes für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz) vom 10. Feb. 2020¹ wurde durch Anfügung der Absätze 8 bis 14 in § 20 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) mit Wirkung vom 1. März 2020 (Art. 4 S. 1 Masernschutzgesetz) für nach dem 31. Dez. 1970 geborene Personen, die in bestimmten Einrichtungen betreut werden, untergebracht, beschäftigt oder tätig sind, eine Pflicht zum Nachweis (durch Impfdokumentation oder ärztliches Zeugnis) eines ausreichenden Impfschutzes, einer Immunität gegen Masern oder einer medizinischen Kontraindikation begründet (nachfolgend „erforderlicher Nachweis“ genannt).

Betroffen sind Personen,

- die in einer Kindertageseinrichtung oder einem Kinderhort betreut werden (§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 i. V. m. § 33 Nr. 1 IfSG),
- die in einer Einrichtung der Kindertagespflege betreut werden, in der ein Kind oder mehrere Kinder außerhalb des Haushalts des Erziehungsberechtigten während eines Teils des Tages und mehr als 15 Stunden wöchentlich gegen Entgelt länger als drei Monate betreut werden (§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 i. V. m. § 33 Nr. 2 IfSG i. V. m. § 43 Abs. 1 SGB 8),
- die in einer Schule oder einer sonstigen Ausbildungseinrichtung betreut werden, sofern in der betreffenden Einrichtung überwiegend minderjährige Personen betreut werden (§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 i. V. m. § 33 Nr. 3 IfSG),
- die bereits vier Wochen in einem Heim betreut werden (§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 lit. a i. V. m. § 33 Nr. 4 IfSG),
- die in einer der vorgenannten Einrichtungen nach § 33 Nr. 1-4 IfSG tätig sind (§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 3 IfSG),
- die tätig sind in
 - Krankenhäusern,
 - Einrichtungen für ambulantes Operieren,

¹ BGBl. I S. 148.

- Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, in denen eine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt,
- Dialyseeinrichtungen,
- Tageskliniken,
- Entbindungseinrichtungen,
- Behandlungs- oder Versorgungseinrichtungen, die mit einer der vorstehend genannten Einrichtungen vergleichbar sind,
- Arztpraxen oder Zahnarztpraxen,
- Praxen sonstiger humanmedizinischer Heilberufe,
- Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitsdienstes, in denen medizinische Untersuchungen, Präventionsmaßnahmen oder ambulante Behandlungen durchgeführt werden,
- ambulanten Pflegediensten, die ambulante Intensivpflege in Einrichtungen, Wohngruppen oder sonstigen gemeinschaftlichen Wohnformen erbringen, oder
- Rettungsdiensten

(§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 3 i. V. m. § 23 Abs. 3 S. 1 IfSG) oder

- die bereits vier Wochen in einer Einrichtung zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen oder Spätaussiedlern untergebracht sind (§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 lit. b i. V. m. § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG), oder
- die in einer vorstehend genannten Einrichtung im Sinne von § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG tätig sind (§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 3 IfSG).

Der erforderliche Nachweis sowie die aus dem Fehlen eines solchen Nachweises resultierenden Konsequenzen sind für die verschiedenen Betroffenenengruppen teilweise unterschiedlich geregelt:

- Soweit für das vorliegende Gutachten relevant, müssen die in Kindertageseinrichtungen oder Schulen betreuten oder tätigen Personen sowie in medizinischen Einrichtungen im Sinne von § 23 Abs. 3 S. 1 IfSG tätigen oder Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern tätigen Personen vor Beginn der Betreuung oder Tätigkeit der

Leitung der betreffenden Einrichtung einen Nachweis über einen im Sinne von § 20 Abs. 8 S. 2 IfSG ausreichenden Impfschutz gegen Masern oder eine ärztliche Bescheinigung entweder über das Vorliegen einer Immunität gegen Masern oder über das Bestehen einer Impfung ausschließenden medizinischen Kontraindikation vorlegen (§ 20 Abs. 9 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG). Gemäß § 20 Abs. 8 S. 2 IfSG wird die Pflicht zur Herstellung eines ausreichenden Impfschutzes nicht dadurch ausgeschlossen, dass zur Erlangung von Impfschutz gegen Masern ausschließlich Kombinationsimpfstoffe zur Verfügung stehen, die auch Impfstoffkomponenten gegen andere Krankheiten enthalten.

Wird einer dieser Nachweise nicht vorgelegt, darf die betreffende Person – mit bestimmten Ausnahmen (s. sogleich) – in den vorgenannten Einrichtungen weder betreut noch beschäftigt noch tätig werden (§ 20 Abs. 9 S. 6 und 7 IfSG). Darüber hinaus kann das zuständige Gesundheitsamt der betreffenden Person untersagen, die dem Betrieb der Einrichtung dienenden Räume zu betreten oder in der Einrichtung tätig zu werden (§ 20 Abs. 12 S. 3 IfSG), wenn sie auf Anforderung des Gesundheitsamts den erforderlichen Nachweis nicht vorgelegt hat.

Für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Regelungen des Masernschutzgesetzes am 1. März 2020 bereits in Kindertageseinrichtungen und Schulen im Sinne von § 33 Nr. 1 und 3 IfSG betreute Personen sowie in diesen Einrichtungen oder in medizinischen Einrichtungen im Sinne von § 23 Abs. 3 S. 1 IfSG oder Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern tätige Personen gilt gemäß § 20 Abs. 10 IfSG eine Übergangsregelung: Diese Personen müssen den erforderlichen Nachweis bis zum 31. Juli 2021 vorlegen.

Wer ohne gegenüber der Leitung der jeweiligen Einrichtung erforderlichen Nachweis in einer Kindertageseinrichtung, einer Schule, einer medizinischen Einrichtung im Sinne von § 23 Abs. 3 S. 1 IfSG oder einer Einrichtung zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern tätig wird, kann mit einer Geldbuße bis zu Euro 2.500 belegt werden (§ 73

Abs. 1a Nr. 7b, Abs. 2 IfSG). Eine Geldbuße in gleicher Höhe droht in Kindertageseinrichtungen und Schulen betreuten und in Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern untergebrachten Personen sowie in diesen Einrichtungen oder medizinischen Einrichtungen im Sinne von § 23 Abs. 3 S. 1 IfSG tätigen Personen bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Pflicht zur Beibringung des erforderlichen Nachweises auf Anforderung des Gesundheitsamts nach § 20 Abs. 12 S. 1 IfSG (§ 73 Abs. 1a Nr. 7c, Abs. 2 IfSG).

- Der gesetzlichen Schulpflicht unterliegende Personen können gemäß § 20 Abs. 9 S. 9 IfSG auch ohne Vorlage des erforderlichen Nachweises in Schulen betreut werden. Diesen Personen kann durch das Gesundheitsamt nicht untersagt werden, die dem Betrieb der Schule dienenden Räume zu betreten (§ 20 Abs. 12 S. 4 IfSG). Allerdings kann die nicht rechtzeitige Erfüllung der Pflicht zur Beibringung des erforderlichen Nachweises auf Anforderung des Gesundheitsamts nach § 20 Abs. 12 S. 1 IfSG als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld bis zu Euro 2.500 geahndet werden (§ 73 Abs. 1a Nr. 7c, Abs. 2 IfSG), da das Bestehen der Schulpflicht nicht von der Erfüllung der genannten Nachweispflicht befreit.
- In Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern (§ 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG) untergebrachte Personen müssen, wenn Sie bereits vier Wochen in der Einrichtung untergebracht sind (§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 lit. b IfSG), den erforderlichen Nachweis gegenüber der Leitung der Einrichtung innerhalb von vier weiteren Wochen vorlegen (§ 20 Abs. 11 S. 1 Nr. 1 IfSG). Für bereits am 1. 3. 2020 untergebrachte Personen gilt eine Übergangsfrist bis zum 31. 7. 2021 (§ 20 Abs. 11 S. 1 Nr. 2 IfSG). Bei Verletzung dieser Pflicht sind die nachweispflichtigen Personen nicht von Gesetzes wegen von der weiteren Unterbringung ausgeschlossen. Allerdings kann das Gesundheitsamt von diesen Personen, wenn sie sich bereits acht Wochen in Unterbringung in der Einrichtung befinden, die Vorlage des erforderlichen Nachweises fordern (§ 20 Abs.

12 S. 1 Nr. 2 lit. b IfSG). Bei Verletzung dieser Pflicht kann das Gesundheitsamt das Betreten der dem Betrieb der Einrichtung dienenden Räume untersagen (§ 20 Abs. 12 S. 3 IfSG). Eine Ausnahme gilt für einer gesetzlichen Unterbringungspflicht unterliegende Personen (§ 20 Abs. 12 S. 5 IfSG). Allerdings kann auch gegenüber diesen Personen die nicht rechtzeitige Erfüllung der Pflicht zur Beibringung des erforderlichen Nachweises auf Anforderung des Gesundheitsamts nach § 20 Abs. 12 S. 1 IfSG als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld bis zu Euro 2.500 geahndet werden (§ 73 Abs. 1a Nr. 7c, Abs. 2 IfSG).

Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs des Masernschutzgesetzes sind diese Regelungen dem von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) formulierten Ziel der Masernelimination verpflichtet. Dieses Ziel könne nur bei einer ausreichenden Bevölkerungsimpunität von 95 Prozent erreicht werden. Impfungen gegen Masern böten nicht nur einen vorbeugenden Schutz gegen eine Maserninfektion für das Individuum, sondern gleichzeitig auch vor einer Weiterverbreitung in der Bevölkerung, wenn die in der Bevölkerung erreichte Impfquote hoch genug sei. Daher bestehe ein hohes öffentliches Interesse daran, dass die Bevölkerung einen den Empfehlungen der STIKO entsprechenden Impfschutz hat. Die Erreichung der für eine Elimination der Masern erforderlichen Impunitätsquote sei nur durch die Schließung der bestehenden Impflücken möglich. Dabei habe die Schutzimpfung gegen Masern im Hinblick auf ihre Wirksamkeit und ihre Verträglichkeit ein günstiges Nutzen-Risiko-Verhältnis.²

2. Zielstellung und Rahmen des Gutachtens

Ziel des vorliegenden Gutachtens ist es, rechtswissenschaftlich fundiert die Grundlinien aufzuzeigen, die von gegen das Masernschutzgesetz gerichteten Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht argumentativ aufgegriffen werden könnten. Insoweit sollte beach-

² BR-Drucks. 358/19 S. 24.

tet werden, dass die Erfolgswahrscheinlichkeit von Anträgen nach § 32 BVerfGG statistisch sehr gering ist. Daher wird in diesem Gutachten ein besonderer Wert auf die Reihenfolge der einzelnen Prüfungsschritte gelegt, die bei der Prüfung eines Antrags auf einstweilige Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht durchlaufen werden.

Das Gutachten soll mithin die Überzeugungskraft von Anträgen auf einstweilige Anordnung durch Entwicklung einer fundierten Argumentation zu den einzelnen Prüfungsschritten verbessern helfen. Wichtig ist das Verständnis, dass einzelne Argumente nicht beliebig aus dem in diesem Gutachten konzipierten Argumentationszusammenhang herausgenommen und in anderen Prüfungsschritten verwendet werden können. Der Wert mancher Argumente würde sich dadurch sogar ins Gegenteil verkehren. Gleichzeitig versucht das Gutachten auch, deutlich zu machen, für welche Betroffenenengruppen ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht geringe Erfolgsaussichten hätte.

Die Begutachtung erstreckt sich auf folgende Betroffenenengruppen:

- Kinder in Kindertageseinrichtungen,
- Schüler, die der Schulpflicht unterliegen,
- Schüler, die nicht mehr der Schulpflicht unterliegen, aber in Einrichtungen unterrichtet werden, die überwiegend von unter 18-Jährigen besucht werden,
- in Einrichtungen nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG Untergebrachte sowie
- Tätige in den genannten und in medizinischen Einrichtungen nach § 23 Abs. 3 IfSG.

Im Gutachtentext wird darauf hingewiesen werden, inwieweit in der Argumentation hinsichtlich der verschiedenen Betroffenenengruppen differenziert werden muss. Dabei beschränkt sich das Gutachten auf die im Rahmen eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung relevanten Aspekte und enthält keine vollständige verfassungsrechtliche Bewertung des Masernschutzgesetzes, wie

sie beispielsweise im Rahmen der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gefordert ist. Diese sehr viel ausführlichere Argumentation ist im Rahmen eines Antrags auf einstweilige Anordnung weder erforderlich noch zielführend.

3. Anforderungen an die Darlegungen durch den Antrag als Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung

Gemäß § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

Ungeachtet der in der wissenschaftlichen Literatur uneinheitlich beantworteten Frage, ob für die Prüfung von Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG eine Unterscheidung zwischen der Zulässigkeit und der Begründetheit des Antrags *geboten* ist, soll im Interesse der Strukturierung der Argumentation im Folgenden diese für Rechtsbehelfe im allgemeinen geltende Zweistufigkeit zugrunde gelegt werden.

Auf der Stufe der Prüfung der Zulässigkeit setzt sich das Bundesverfassungsgericht noch nicht inhaltlich mit dem Antrag und den sich hinsichtlich der Verfassungswidrigkeit stellenden Fragen auseinander. Diese Stufe betrifft vielmehr die Frage, ob sich das Bundesverfassungsgericht überhaupt inhaltlich mit dem Antrag auseinandersetzen darf oder der Antrag ohne inhaltliche Erörterung abgewiesen werden muss. Ist also der Antrag unzulässig, so mag das Gesetz verfassungswidrig sein, das Bundesverfassungsgericht entscheidet aber hierüber nicht mehr.

a) Zulässigkeit eines Antrags

Wie erwähnt wird auf der Stufe der Zulässigkeit geprüft, ob das Bundesverfassungsgericht überhaupt inhaltlich über den Erlass einer einstweiligen Anordnung entscheiden darf oder ob der Antrag ohne inhaltliche Prüfung abgewiesen

werden muss. Eine große Zahl aller Anträge in Verfassungsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht scheitert bereits auf der Stufe der Zulässigkeitsprüfung. Daher wird empfohlen, im Antrag auf einstweilige Anordnung auf die einzelnen Punkte der Zulässigkeitsprüfung, die im Folgenden dargestellt werden, ausdrücklich einzugehen. Alle diese Punkte müssen vorliegen, damit der Antrag zulässig ist. Ist das für einen Punkt nicht der Fall, so ist der Antrag grundsätzlich insgesamt unzulässig.

aa) Keine fehlende Statthaftigkeit oder offensichtliche Aussichtslosigkeit eines Hauptsacheverfahrens

Da das Verfahren nach § 32 BVerfGG funktional darauf gerichtet ist, das Rechtsschutzziel eines Hauptsacheverfahrens zu sichern³, muss für einen Hauptsacheantrag der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht statthaft sein⁴. Dies wäre vorliegend für eine gegen das Masernschutzgesetz gerichtete Verfassungsbeschwerde der Fall. Nicht erforderlich ist es, dass zum Zeitpunkt der Stellung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung eine Verfassungsbeschwerde bereits eingelegt worden ist⁵. Es sollte allerdings in der Antragschrift glaubhaft gemacht werden, dass die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde in absehbarer Zeit erfolgen wird.

Für unzulässig erachtet das Bundesverfassungsgericht einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auch dann, wenn die in der Hauptsache erhobene Verfassungsbeschwerde offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet wäre⁶. Ist eine Verfassungsbeschwerde noch nicht erhoben, der Antrag auf einstweilige Anordnung mithin isoliert gestellt, so liegt dem Gericht eine Beurteilungsgrundlage noch nicht vor. Gleichwohl prüft das Bundesverfassungsgericht auch in diesen Fällen, ob eine Verfassungsbeschwerde von vorn-

³ Walter, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, 8. Ed. 1.1.2020, § 32 Rdnr. 2.

⁴ Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 32 Rdnr. 43 (Stand: Juli 2019).

⁵ Walter, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, 8. Ed. 1.1.2020, § 32 Rdnr. 18.

⁶ Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2019, § 32 Rdnr. 21.

herein keine Aussicht auf Erfolg hätte. Diese Prüfung ist zwar nur eine summarische, d.h. keine Vollprüfung einer (fingierten) Verfassungsbeschwerde, wird aber vom Bundesverfassungsgericht durchaus vertiefend vorgenommen⁷. Zur Vermeidung einer Abweisung auf dieser Prüfungsstufe sollte ein Antrag auf einstweilige Anordnung Ausführungen zu folgenden Punkten enthalten, die erfahrungsgemäß besonders wichtig sind:

- Gemäß § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG setzt die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde voraus, dass der Rechtsweg zu den Fachgerichten gegen die Grundrechtsverletzung erschöpft wurde, sofern ein solcher Rechtsweg eröffnet ist. Zwar ist gegen das Masernschutzgesetz unmittelbar kein Rechtsweg zu den Fachgerichten eröffnet, da die prinzipale Normprüfung förmlicher Gesetze dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten ist. Jedoch fordert der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde weitergehend, „dass ein Beschwerdeführer vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde alle zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern. Daher ist eine Verfassungsbeschwerde unzulässig, wenn in zumutbarer Weise Rechtsschutz durch die Anrufung der Fachgerichte erlangt werden kann“.⁸

Ein fachgerichtlicher Rechtsweg wäre beispielsweise gegen die vom Gesundheitsamt auf der Grundlage von § 20 Abs. 12 S. 3 IfSG verfügte Untersagung, die Räume der jeweiligen Einrichtung zu betreten oder in der Einrichtung tätig zu werden, eröffnet. Ob diesbezüglich mit der Unzumutbarkeit der Verweisung auf den Rechtsweg argumentiert werden könnte, ist nicht gesichert. Denn der Erlass einer Untersagungsverfügung steht im Ermessen des Gesundheitsamts. Sofern das Fachgericht zu der Auffassung kommt, dass wegen der Verfassungswidrigkeit des

⁷ Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2019, § 32 Rdnr. 21.

⁸ BVerfG, Beschl. v. 16. 7. 2015 - 1 BvR 1014/13 -, http://www.bverfg.de/e/rk20150716_1bvr101413.html, Rdnr. 4, mit Nachweis der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Masernschutzgesetzes ein irreparabler Rechtsnachteil für den Antragsteller entstehen würde, könnte es ohne Hinderung durch die Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG einstweiligen Rechtsschutz gewähren.⁹

Kein zusätzlicher Akt des Normvollzugs ist hingegen erforderlich für das gegenüber der Leitung der betreffenden Einrichtung durch § 20 Abs. 9 S. 6 IfSG verhängte Verbot, in Kindertageseinrichtungen oder Schulen betreute oder in diesen Einrichtungen, Einrichtungen im Sinne von § 23 Abs. 3 S. 1 IfSG oder Einrichtungen nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG tätige Personen ohne den erforderlichen Nachweis in der Einrichtung zu betreuen oder zu beschäftigen. Da dieses Verbot bußgeldbewehrt ist (§ 73 Abs. 1a Nr. 7b IfSG), ist davon auszugehen, dass sich die Leitung der Einrichtung an das Verbot halten wird. Die von der Nachweispflicht Betroffenen als Nichtadressaten des genannten Verbots verfügen über keine belastbare Möglichkeit der Inanspruchnahme fachgerichtlichen Rechtsschutzes. Sie können sich hiergegen also nicht in zumutbarer Weise durch Anträge bei den Fachgerichten wehren.

Entsprechendes gilt für das ebenfalls bußgeldbewehrte, unmittelbar durch § 20 Abs. 9 S. 7 IfSG statuierte Verbot, ohne den erforderlichen Nachweis in Kindertageseinrichtungen oder Schulen, Einrichtungen im Sinne von § 23 Abs. 3 S. 1 IfSG oder Einrichtungen nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG tätig zu werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es unzumutbar, zunächst gegen eine bußgeldbewehrte Norm verstoßen zu müssen und in einem auf Überprüfung des Bußgeldbescheids gerichteten fachgerichtlichen Verfahren dem Risiko ausgesetzt zu sein, dass sich die Norm als verfassungsgemäß erweisen sollte¹⁰.

Auf die vorstehenden Gesichtspunkte sollte im Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hingewiesen werden.

⁹ BVerfG, Beschl. v. 4. 3. 2014 - 2 BvL 2/13 -, Rdnr. 17, http://www.bverfg.de/e/1k20140304_2bvl000213.html.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 16. 7. 2015 - 1 BvR 1014/13 -, http://www.bverfg.de/e/rk20150716_1bvr101413.html, Rdnr. 14, mit Nachweis der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Besonderheiten sind für der gesetzlichen Schulpflicht unterliegende Personen und in Einrichtungen nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG Untergebrachte zu beachten:

- Für die Betreuung Schulpflichtiger, die keinen erforderlichen Nachweis vorgelegt haben, gilt das an die Schulleitung adressierte Betreuungsverbot nicht (§ 20 Abs. 9 S. 9 IfSG). Allerdings kann die nicht rechtzeitige Erfüllung der Pflicht zur Beibringung des erforderlichen Nachweises auf Anforderung des Gesundheitsamts nach § 20 Abs. 12 S. 1 IfSG als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld bis zu Euro 2.500 geahndet werden (§ 73 Abs. 1a Nr. 7c, Abs. 2 IfSG). Jedoch kann hieraus nicht gefolgert werden, dass dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde genügt wäre. Zwar ist es – wie ausgeführt – einem Normbetroffenen grundsätzlich nicht zumutbar, zunächst gegen eine strafbewehrte Norm zu verstoßen und dann in einem gegen die Sanktionierung geführten gerichtlichen Verfahren inzidenter die zugrundeliegende Verbotsnorm überprüfen zu lassen. So jedoch würde es sich im Falle des fehlenden erforderlichen Nachweises Schulpflichtiger nicht verhalten. Denn hier setzt die Begehung einer Ordnungswidrigkeit tatbestandsmäßig voraus, dass zunächst das Gesundheitsamt eine Anordnung nach § 20 Abs. 12 S. 1 IfSG erlässt und der Adressat der Anordnung anschließend den angeforderten Nachweis nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vorlegt. Gegen die Anordnung des Gesundheitsamts steht der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz offen und ist von dem Anordnungsadressaten zumutbarerweise zunächst in Anspruch zu nehmen. Gleiches gilt, wenn zur Durchsetzung der Nachweispflicht von der Behörde ein Zwangsgeld verhängt wird. Auch dies ist erst dann möglich, wenn das Gesundheitsamt die genannte Anordnung erlassen hat und bestimmte weitere Voraussetzungen vorliegen (vgl. § 6 Abs. 1 VwVG). Es dürfte daher mit hoher Wahrscheinlichkeit davon aus-

zugehen sein, dass ein von einem Schulpflichtigen (bzw. von seinen Eltern) gestellter Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vom Bundesverfassungsgericht als unzulässig angesehen wird. Selbst wenn das Masernschutzgesetz verfassungswidrig sein sollte, werden Anträge dieser Betroffenenengruppe beim Bundesverfassungsgericht nicht deshalb zulässig. Sie müssen sich vielmehr zunächst gegen die Anordnung des Gesundheitsamts an die Fachgerichte wenden.

Zu beachten ist, dass die vorstehenden Überlegungen nur für die Betreuung Schulpflichtiger in der Schule selbst gelten. Nehmen schulpflichtige Schüler zusätzlich weitere Betreuungsangebote wahr, beispielsweise vor oder nach der Schule in einem Hort, so ist die Frage der Möglichkeit der Inanspruchnahme fachgerichtlichen Rechtsschutzes nach den für *diese* Einrichtung anzuwendenden Maßstäben zu beantworten. Da Kinderhorte nach § 33 Nr. 1 IfSG wie Kindertageseinrichtungen zu behandeln sind, steht schulpflichtigen Schülern, die eine solche Einrichtung besuchen ebenso wie den in den in einer Kindertageseinrichtung betreuten Kindern keine zumutbare Möglichkeit zur Anrufung der Fachgerichte zur Verfügung.

- Die Nachweispflicht in Einrichtungen nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG Untergebrachter gegenüber der Leitung der Einrichtung richtet sich nicht unmittelbar nach § 20 Abs. 9 S. 1 IfSG, sondern nur im Rahmen der Verweisungsnorm des § 20 Abs. 11 S. 1 IfSG. Da das an die Einrichtungsleitung adressierte gesetzliche Verbot des § 20 Abs. 9 S. 6 IfSG durch § 20 Abs. 11 S. 2 IfSG nicht in Bezug genommen wird, gilt es für Unterbringungen in Einrichtungen nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG nicht. Auch für dort Untergebrachte ergeben sich rechtliche Konsequenzen bei Nichterfüllung der Nachweispflicht erst bei einer Missachtung einer vom Gesundheitsamt verfügten Anforderung nach § 20 Abs. 12 S. 1 IfSG. Auch für diesen Personenkreis spricht deshalb eine hohe Wahr-

scheinlichkeit für eine Unzulässigkeit eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht.

- Damit ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vom Bundesverfassungsgericht nicht wegen offensichtlicher Unbegründetheit einer Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache abgelehnt wird, ist der vom Bundesverfassungsgericht insoweit formulierte Prüfungsmaßstab zu beachten. Danach ist eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Rechtsnorm dann nicht als offensichtlich unbegründet anzusehen, wenn sie von der Rechtsprechung bislang nicht beantwortete verfassungsrechtliche Fragen aufwirft¹¹. Diesbezüglich sollte in dem Antrag darauf hingewiesen werden, dass das Bundesverfassungsgericht bisher keine Gelegenheit hatte, sich mit den verfassungsrechtlichen Fragen einer Impfpflicht abschließend zu befassen.

bb) Zulässiger Antrag ohne Vorwegnahme der Hauptsache

Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung muss den Anforderungen des § 23 BVerfGG genügen, d.h. schriftlich gestellt und begründet werden. Dies fordert eine substantiierte Darlegung des Vorliegens der Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung.¹²

Die Beantragung eines bestimmten Inhalts der begehrten einstweiligen Anordnung ist zwar grundsätzlich nicht erforderlich¹³. Jedoch muss das Ziel, das der Antragsteller mit seinem Antrag verfolgt, deutlich werden, so dass das Bundesverfassungsgericht zu einer dem Rechtsschutzziel entsprechenden Tenorierung überhaupt in der Lage ist.

¹¹ BVerfG, einstw. Anordnung v. 12.2.2009 – 1 BvR 2492/08, juris Rdnr. 112

¹² Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 32 Rdnr. 45 (Stand: Juli 2019).

¹³ Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 32 Rdnr. 46 (Stand: Juli 2019).

Wichtig ist dabei, dass sich das mit der einstweiligen Anordnung verfolgte Rechtsschutzziel innerhalb des Zwecks des Verfahrens der einstweiligen Anordnung hält. Besteht dieses darin, das in einem Hauptsacheverfahren – hier einer Verfassungsbeschwerde gegen das Masernschutzgesetz – angestrebte Rechtsschutzziel zu sichern¹⁴, so muss sich die erstrebte einstweilige Anordnung in diesem Rahmen halten. Da es in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren um die Verfassungswidrigkeit und damit Nichtigkeit des Masernschutzgesetzes gehen würde, wäre der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf die Aussetzung des Vollzugs des Masernschutzgesetzes bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes zu richten¹⁵.

Dabei muss sich der Antrag nicht auf die Außervollzugsetzung nur mit Wirkung für den jeweiligen Antragsteller beschränken. Zwar wäre eine allgemeine Außervollzugsetzung zum Schutz der subjektiven Rechte des Antragstellers nicht mehr erforderlich. Doch ergeht die Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG nur, wenn sie zum *gemeinen* Wohl dringend geboten ist, so dass das Bundesverfassungsgericht auch eine allgemeine Außervollzugsetzung anordnen kann.¹⁶

Eine Vorwegnahme der Hauptsache, die auch im einstweiligen Rechtsschutz nach § 32 BVerfGG unzulässig ist¹⁷, würde dadurch nicht erfolgen. Über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes und damit die Frage von dessen dauerhaftem Inkraftbleiben würde durch die einstweilige Anordnung nicht entschieden.

cc) Rechtsschutzbedürfnis

Für alle bei einem Gericht gestellten Anträge muss das sog. allgemeine Rechtschutzbedürfnis vorliegen. Dies bedeutet u. a., dass das von dem Antragsteller

¹⁴ Walter, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, 8. Ed. 1.1.2020, § 32 Rdnr. 2.

¹⁵ Vgl. zur entsprechenden Tenorierungsmöglichkeit Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 32 Rdnr. 138 (Stand: Juli 2019).

¹⁶ Vgl. BVerfG, einstw. Anordnung v. 24.6.1997 – 1 BvR 2306/96, juris Rdnr. 69.

¹⁷ Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2019, § 32 Rdnr. 20.

mit der Anrufung des Gerichts verfolgte Ziel überhaupt erreichbar sein muss und dass dem Antragsteller keine einfachere Möglichkeit zur Erreichung seines Ziels zur Verfügung steht. Entweder unter der Voraussetzung eines bestehenden Rechtsschutzinteresses oder als eigener Prüfungspunkt wird die aus dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde abgeleitete Voraussetzung formuliert, dass zunächst vor den Fachgerichten um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht werden müsste¹⁸. Im Verhältnis zur Stellung eines Antrags auf einstweilige Anordnung beim Bundesverfassungsgericht wäre insoweit die Anrufung der Fachgerichte der „einfachere“ Weg. Diese Anforderung ist nicht vollständig identisch mit der Prüfung einer offensichtlichen Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (oben 3.a.aa), da es hier nicht um die Rechtsschutzmöglichkeiten in der Hauptsache, sondern in einem einstweiligen Sicherungsverfahren geht. Dass die unter Subsidiaritätsgesichtspunkten anzustellenden Erwägungen vollständig in der auf der Stufe der Prüfung der Begründetheit des Antrags auf einstweilige Anordnung durchzuführenden Feststellung des dringenden Gebotenseins der einstweiligen Anordnung aufgehen¹⁹, erscheint zweifelhaft. Während das dringende Gebotensein sich gemäß § 32 Abs. 1 BVerfGG am Maßstab des gemeinen Wohls ausrichtet, ist die Frage des Bestehens effektiven einstweiligen Rechtsschutzes durch die Fachgerichte an einem individuellen Maßstab zu messen. Im Ergebnis dürfte es aber auch unter Subsidiaritätsgesichtspunkten ausreichen, wie zur Frage der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde auf das Nichtbestehen von Rechtsschutzmöglichkeiten gegen das an die Leitung der betreffenden Einrichtung adressierte Verbot der Betreuung bzw. Beschäftigung (oben 3.a.aa) hinzuweisen.

b) Darlegungen zur Begründetheit eines Antrags

Da das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der Begründetheit eines auf Außervollzugsetzung eines Gesetzes gerichteten Antrags auf Erlass einer

¹⁸ Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2019, § 32 Rdnr. 21 Fußn. 50.

¹⁹ So Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 32 Rdnr. 51 (Stand: Juli 2019).

einstweiligen Anordnung einen besonders strengen Maßstab anlegt²⁰, sollte sich der Antrag zu den in der Begründetheitsprüfung maßgebenden Gesichtspunkten in der gebotenen Vertiefung verhalten. Im Folgenden werden Argumentationsmuster entwickelt, auf die insoweit zurückgegriffen werden kann.

Den Maßstab für die Prüfung der Begründetheit formuliert § 32 Abs. 1 BVerfGG dahingehend, dass ein schwerer Nachteil oder Gewalt drohen oder ein anderer wichtiger Grund vorliegen muss und die Anordnung mit Blick darauf zum gemeinen Wohl dringend geboten sein muss. Das Bundesverfassungsgericht prüft diesen Maßstab in der Regel zweistufig:

- Auf der ersten Stufe steht die Prüfung der offensichtlichen Zulässigkeit/Unzulässigkeit und Begründetheit/Unbegründetheit einer in der Hauptsache erhobenen/zuerhebenden Verfassungsbeschwerde, soweit dieser Prüfungspunkt nicht bereits in der Zulässigkeitsprüfung abgearbeitet worden ist. Letzteres ist für das Nichtvorliegen einer offensichtlichen Unzulässigkeit und Unbegründetheit der Fall (oben 3.a.aa).
- Ist auf der ersten Stufe eine Offensichtlichkeit des Ausgangs des Hauptsacheverfahrens nicht festzustellen, d. h. dieser Ausgang in diesem Sinne offen, führt das Bundesverfassungsgericht eine Folgenabwägung durch. Auf dieser Stufe bleibt die Frage, ob das Gesetz verfassungswidrig sein könnte, dann außer Betracht²¹. Vielmehr kommt es auf die für den Antragsteller und im Weiteren eintretenden Folgen an (unten 3.b.bb).

aa) Offensichtliche Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde

Ist das Gesetz, dessen Außervollzugsetzung mit dem Antrag auf einstweilige Anordnung begehrt wird, offensichtlich verfassungswidrig, so ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Erlass der Anordnung

²⁰ Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 32 Rdnr. 139 (Stand: Juli 2019).

²¹ Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 32 Rdnr. 109 (Stand: Juli 2019).

dringend geboten²². Wenngleich die Anforderungen, unter denen das Bundesverfassungsgericht eine offensichtliche Begründetheit einer noch nicht erhobenen Verfassungsbeschwerde bejahen würde, außerordentlich hoch sind, sollte zumindest versucht werden, in dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung – in der gebotenen Knappheit und Stringenz (dazu sogleich) – auf die Gründe für eine Verfassungswidrigkeit des Masernschutzgesetzes einzugehen. Es ist zwar nicht damit zu rechnen, dass das Bundesverfassungsgericht eine einstweilige Anordnung erlässt, weil es das Masernschutzgesetz für *offensichtlich* verfassungswidrig hält. Für den Erfolg des Antrags sind die für die Folgenabwägung vorgetragenen Gründe (dazu unten 3.b.bb) wichtiger. Gleichwohl bietet sich an dieser Stelle die Gelegenheit, dem Bundesverfassungsgericht deutlich zu machen, dass die Verfassungswidrigkeit des Masernschutzgesetzes in dem Falle im Bereich des Möglichen liegt.

In Anbetracht des auf die *Offensichtlichkeit* verengten Prüfungsmaßstabs ist es wenig zielführend, in einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung die gesamte Argumentation zu antizipieren, die in einer Verfassungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren zu entwickeln wäre. Vielmehr würden umfangreichere Ausführungen an dieser Stelle gerade die Komplexität der Prüfung der Verfassungswidrigkeit verdeutlichen und daher eher kontraproduktiv sein. Je vertiefter in diesem Prüfungspunkt die gesamte wissenschaftliche Diskussion dargestellt würde, desto deutlicher würde für das Gericht, dass die Verfassungswidrigkeit des Masernschutzgesetzes zwar möglicherweise vorliegt, aber eben gerade nicht *offensichtlich* ist.

Aus diesem Grund sollte eine Konzentration auf die zentralen Gesichtspunkte erfolgen, die die Verfassungswidrigkeit des Masernschutzgesetzes belegen. Dabei empfiehlt es sich unbedingt, in der üblichen juristischen Vorgehensweise der Prüfung der Verfassungswidrigkeit wegen Vorliegens nicht rechtfertigbarer Grundrechtseingriffe zu bleiben und nicht einfach einzelne Aspekte herauszugreifen, die aus Sicht des Antragstellers für die Verfassungswidrigkeit sprechen.

²² Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 32 Rdnr. 99 (Stand: Juli 2019).

(1) Vorliegen von Grundrechtseingriffen

Die Pflicht zur Beibringung des erforderlichen Nachweises zur Aufnahme und zum Verbleib in einer Betreuungseinrichtung oder zur Wahrnehmung einer Tätigkeit bzw. Beschäftigung dort greift in die Grundrechte der Betroffenen ein.

- In Kindertageseinrichtungen und Kinderhorten (§ 33 Nr. 1 IfSG) betreuten Kindern wird unmittelbar durch § 20 Abs. 8 S. 1 IfSG die Pflicht auferlegt, einen Impfschutz oder eine Immunität gegen Masern aufzuweisen. Für die Kinder, die über keine Immunität verfügen, bedeutet dies die Pflicht, sich impfen zu lassen. Diese Pflicht wird unmittelbar gesetzlich auferlegt, auch wenn ihre Erfüllung nicht selbst erzwungen werden kann und ihre Nichterfüllung nicht strafbewehrt ist. Die Festlegung der Impfpflicht auch für in Kindertageseinrichtungen betreute Kinder, deren Eltern ihr Kind nicht impfen lassen wollen, greift in das Grundrecht der Kinder aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein. Die zur Sicherung der Erfüllung der Impfpflicht festgelegten Maßnahmen, nämlich die Pflicht zur Vorlage des erforderlichen Nachweises an die Leitung der Einrichtung (§ 20 Abs. 9 S. 1 IfSG) und auf Anforderung gegenüber dem Gesundheitsamt (§ 20 Abs. 12 S. 1 IfSG) sowie die Pflichten zur Duldung eines Aufnahmeverbots (§ 20 Abs. 9 S. 6 IfSG) oder eines durch das Gesundheitsamt ausgesprochenen Betretungsverbots (§ 20 Abs. 12 S. 3 IfSG), dienen ausschließlich dieser Sicherung und müssen daher als die Primäreingriffe vertiefende Folgeeingriffe ebenfalls an Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gemessen werden.

Des Weiteren greifen die sichernden Maßnahmen in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG der betroffenen Kinder sowie deren Recht aus Art. 11 Abs. 1 GG, den Aufenthaltsort frei zu wählen, ein. Durch die Pflicht, dass ihre Kinder einen Impfschutz aufweisen müssen, und die sichernden Maßnahmen wird schließlich auch in das Recht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingegriffen, das u. a. die Rechte umfasst, über die Betreuung des Kindes durch die Eltern selbst oder in einer

Kindertageseinrichtung²³ sowie über den Aufenthaltsort des Kindes²⁴ zu entscheiden.

Schließlich gebietet der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, Sachverhalte, die mit Blick auf das gesetzgeberisch verfolgte Ziel in den wesentlichen Merkmalen als gleich anzusehen sind, gleich zu behandeln²⁵. Wie sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs des Masernschutzgesetzes ergibt, soll durch die Fokussierung der Pflicht, einen Impfschutz aufzuweisen, auf in bestimmten Einrichtungen betreute oder tätige Personen erreicht werden, dass eine Verbreitung der Masern durch „Personen, die regelmäßig in Gemeinschafts- und Gesundheitseinrichtungen mit anderen Personen in Kontakt kommen“, unterbunden und dadurch auch nichtgeimpfte Bevölkerungsgruppen geschützt werden²⁶. Mit Blick auf dieses Ziel ist das wesentliche Element das Vorhandensein einer Masernimpfung ab dem 1. Geburtstag bzw. zweier Impfungen ab dem 2. Geburtstag für alle nach dem 1. 3. 2020 in einer Kindertageseinrichtung betreute Kinder, unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Aufnahme in die Einrichtung. Kinder, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits in der Einrichtung betreut wurden, sind hinsichtlich der Möglichkeiten einer kurzfristigen Reaktion auf das Impfgebot des erst etwas mehr als zwei Wochen vor dem 1.3.2020 verkündeten Masernschutzgesetzes mit Blick auf das gesetzgeberische Ziel in keiner wesentlich anderen Situation als Kinder, deren Eltern sich auf eine Aufnahmezusage für einen nach dem 1. 3. 2020 liegenden Zeitpunkt verlassen haben. Diesbezüglich erfolgt durch die lange Übergangsfrist des § 20 Abs. 10 IfSG für bereits in der Kindertagesstätte betreute Kinder bis zum 31. 7. 2021 eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem, die der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.

²³ Rixen, NZFam 2015, 919.

²⁴ Badura, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Oktober 2019, Art. 6 Rdnr. 111.

²⁵ Wollenschläger, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rdnr. 77 ff.

²⁶ BR-Drucks. 358/19 S. 1.

- Zwar werden die Anträge schulpflichtiger Schüler bzw. ihrer Eltern auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht wegen der Möglichkeit der Inanspruchnahme fachgerichtlichen Rechtsschutzes mit hoher Wahrscheinlichkeit als unzulässig angesehen werden (oben 3.a.aa.). Sofern dieser Betroffenenkreis gleichwohl einen Antrag auf einstweilige Anordnung stellen sollte, wird er jedoch in jedem Fall auf die eigene Grundrechtsbetroffenheit eingehen müssen. Darüber hinaus sind jedenfalls in der Folgenabwägung die Folgen auch für andere Betroffenenengruppen als den jeweiligen Antragsteller zu berücksichtigen (unten 3.b.bb), so dass es nicht sinnvoll wäre, die zahlenmäßig sehr große Gruppe der Schulpflichtigen nicht mit einzubeziehen. Auch für der Schulpflicht unterliegende Schüler stellt hinsichtlich des *Schulbesuchs* (nicht einer etwaigen zusätzlichen Betreuung in Kinderhorten) die durch § 20 Abs. 8 S. 1 IfSG statuierte Pflicht, einen Impfschutz gegen Masern aufweisen zu müssen, einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dar. Zwar ist die Schwere dieses Eingriffs im Vergleich zu den in Kindertageseinrichtungen betreuten Kindern geringer, weil der Schulpflicht unterliegende Schüler zwar der Pflicht zur Vorlage des erforderlichen Nachweises (§ 20 Abs. 9 S. 1 IfSG) unterliegen, an die Verletzung dieser Pflicht aber nicht die Konsequenzen des Ausschlusses von der Betreuung in der Schule und des Verbots des Betretens der Schulräume geknüpft ist. Allerdings bleibt ein Verstoß gegen die rechtzeitige Erfüllung der Nachweispflicht auf Anforderung des Gesundheitsamts nicht sanktionslos, kann er doch nach § 20 Abs. 12 S. 1 IfSG als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld bis zu Euro 2.500 geahndet werden (§ 73 Abs. 1a Nr. 7c, Abs. 2 IfSG). Diesbezüglich ergibt sich ein Eingriff auch in das Grundrecht der Schüler aus Art. 2 Abs. 1 GG. Schließlich besteht die mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung durch die in § 20 Abs. 10 IfSG am 1. 3. 2020 bereits in der Schule betreuten Personen gewährte lange Übergangsfrist auch hier.
- Nicht mehr der Schulpflicht unterliegende Schüler befinden sich hinsichtlich der Frage des Vorliegens von Grundrechtseingriffen in der gleichen

Situation wie in Kindertageseinrichtungen Betreute. In Abhängigkeit von den unterschiedlichen Regelungen der Bundesländer zum Ende der Schulpflicht ergibt sich ein Unterschied für volljährige Schüler insofern, als in diesem Fall kein Eingriff in das Grundrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG vorliegt. Im Vergleich mit den der Schulpflicht unterliegenden Schüler ergibt sich eine vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung, weil das sachverhaltsprägende Element in der Zusammenkunft von Schülern im engen Raum von Schulen besteht und nicht in der Freiwilligkeit oder Unfreiwilligkeit der Teilnahme an dieser Zusammenkunft.

- Die gesetzliche Pflicht der in Einrichtungen nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG Untergebrachten, einen Impfschutz, eine Immunität oder eine Kontraindikation aufzuweisen und diesen gegenüber der Leitung der Einrichtung sowie – auf Anforderung – gegenüber dem Gesundheitsamt nachzuweisen, greift in die Grundrechte dieser Personen aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ein. Dies gilt auch für einer gesetzlichen Unterbringungspflicht unterliegende Personen, zumal auch diesen gegenüber die nicht rechtzeitige Erfüllung der Pflicht zur Beibringung des erforderlichen Nachweises auf Anforderung des Gesundheitsamts als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld bis zu Euro 2.500 geahndet werden kann (§ 73 Abs. 1a Nr. 7c, Abs. 2 IfSG). Die gegenüber nicht einer gesetzlichen Unterbringungspflicht unterliegenden Personen zulässige Untersagung des Betretens der Räume der betreffenden Einrichtung greift darüber hinaus in das Grundrecht der betroffenen Personen aus Art. 11 Abs. 1 GG ein.

Mit Blick auf die durch Art. 3 Abs. 1 GG formulierten Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung stellt sich die Situation für die in einer Einrichtung nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG Untergebrachten insofern anders als für andere von der Impfpflicht betroffene Personengruppen dar, als nach dem 1. 3. 2020 in eine solche Einrichtung aufgenommene Personen erst vier Wochen nach ihrer Unterbringung den geforderten Impfschutz aufweisen müssen (§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 lit. b IfSG) und anschließend weitere vier Wochen Zeit haben, der Leitung der Einrichtung den erforderlichen Nachweis vorzulegen (§ 20 Abs. 11 S. 1 Nr.

1 IfSG). Diese Regelung soll offenbar vor allem den nach Deutschland einreisenden Betroffenen eine Übergangsfrist von acht Wochen eröffnen. Zwar unterliegen diese Personen in der ersten Zeit nach der Einreise überwiegend einer gesetzlichen Unterbringungspflicht, doch ändert dies nichts daran, dass die Impf- und Nachweispflicht auch für sie unmittelbar gelten. Mit Blick auf den Schutzzweck des Gesetzes befindet sich diese Personengruppe in keiner anderen Lage als die am 1.3.2020 bereits in Einrichtungen im Sinne von § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG Unterbrachten, die jedoch zur Beibringung eines Impfnachweises bis zum 31. 7. 2021 Zeit haben (§ 20 Abs. 11 S. 1 Nr. 2 IfSG).

- In Kindertageseinrichtungen, Schulen, Einrichtungen nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG und medizinischen Einrichtungen nach § 23 Abs. 3 IfSG „Tätige“ sind nach der Begründung des Regierungsentwurf des Masernschutzgesetzes sowohl die in der jeweiligen Einrichtung in einem Beschäftigungsverhältnis stehenden Personen, die inhaltlich die eigentlichen Betreuungsleistungen oder medizinischen Leistungen oder als Personal dem Betrieb der Einrichtung dienende Leistungen erbringen, z. B. Reinigungs- oder Küchenpersonal, Hausmeister etc., als auch „ehrenamtlich Tätige und Praktikanten“.²⁷ Bereits die Abgrenzung des erfassten Personenkreises mit der Formulierung „tätig werden“ ist verfassungsrechtlich kaum tragfähig. Geht man davon aus, dass es für das „Tätigwerden“ nicht darauf ankommt, wie häufig eine Anwesenheit in der Einrichtung erfolgt – jedenfalls enthält das IfSG keine diesbezügliche Einschränkung –, so löst beispielsweise auch die nur einmal wöchentliche oder zweiwöchentliche Anwesenheit als ehrenamtlich Tätiger die Impfpflicht aus. Zu Problemen führt die Abgrenzung beispielsweise für über Werkverträge in der Einrichtung anwesende Personen, z. B. Handwerker, deren tägliche Anwesenheit sich etwa bei komplexeren Bauleistungen über mehrere Monate und ggf. Jahre erstrecken kann. Insoweit gibt es zwei, gleichermaßen zu Grundrechtsbeeinträchtigungen führende Alternativen: Versteht man unter den „tätig werdenden“ Personen

²⁷ BR-Drucks. 358/19 S. 26.

nur solche, die – und sei es auch nur zeitweise – in die betriebliche Organisation der Einrichtung eingegliedert sind, so führt dies mit Blick auf den Schutzzweck der Impfpflicht zur vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftigen Ungleichbehandlung von Sachverhalten, die in den wesentlichen Elementen gleich sind. Würde man auch von nicht in die Betriebsorganisation einbezogenen, aber beruflich in der Einrichtung anwesenden Personen einen Nachweis fordern, so würde dies diese Personen in ihrer Berufsfreiheit eindeutig unverhältnismäßig beeinträchtigen.

Des Weiteren wird durch die in § 20 Abs. 8 S. 1 IfSG verankerte Pflicht, einen Impfschutz, eine Immunität gegen Masern oder eine medizinischen Kontraindikation aufzuweisen, und die sichernden Pflichten zum Nachweis sowie zur Duldung von Beschäftigungs- und Betretungsverboten in die Grundrechte der in den genannten Einrichtungen tätigen Personen aus Art. 2 Abs. 1, 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 11 Abs. 1 GG eingegriffen (s. o.). Auch für die ab dem 1. 3. 2020 eine Tätigkeit Aufnehmenden entsteht durch die lange Übergangsfrist nach § 20 Abs. 10 IfSG eine mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung gegenüber den zu dem genannten Zeitpunkt bereits in den betreffenden Einrichtungen tätigen Personen.

Soweit die betroffenen Personen in den Einrichtungen tätig sind, um durch diese Tätigkeit zu ihrem Lebensunterhalt beizutragen, oder sie diese Tätigkeit zu Ausbildungszwecken benötigen, wird durch die Verbote, dass in diesen Einrichtungen keine Personen ohne den erforderlichen Nachweis tätig werden dürfen und ihnen das Betreten der Räume der Einrichtung untersagt werden kann, in das Grundrecht dieser Personen aus Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen. Zwar handelt es sich grundrechtssystematisch nur um einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit. Doch bedeutet es für zahlreiche der betroffenen Berufsgruppen faktisch ein Berufsverbot, wenn sie der Impfpflicht nicht genügen. Einrichtungen, in denen etwa Ärzte beruflich tätig werden können, sind durch § 23 Abs. 3 IfSG (vgl. Nr. 1-8, 10) flächendeckend erfasst. Ähnliches gilt für Lehrer (§ 33 Nr. 3 IfSG). Vom Gewicht her ist der Eingriff in die Berufsfreiheit

zumindest für diese Berufsgruppen so schwerwiegend, dass der Eingriff an den strengeren Schranken eines Eingriffs in die Berufswahlfreiheit zu messen ist²⁸.

Das Gewicht dieses Eingriffs wird auch für die in Einrichtungen im Sinne von § 23 Abs. 3 IfSG Beschäftigten – für Selbstständige ohnehin nicht – dadurch gemindert, dass der jeweilige Arbeitgeber nach § 23a IfSG berechtigt ist, personenbezogene Daten eines Beschäftigten über dessen Impf- und Serostatus zu verarbeiten und auf dieser Grundlage Konsequenzen über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung zu ziehen. Denn der Arbeitgeber wird durch diese Norm nur berechtigt, nicht verpflichtet.

(2) Fehlende Rechtfertigungsfähigkeit der Grundrechtseingriffe

Die dargelegten Grundrechtseingriffe sind offensichtlich nicht in einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Weise zu rechtfertigen. Es fehlt sowohl an der Geeignetheit als auch der Erforderlichkeit als auch an der Verhältnismäßigkeit der Eingriffe in Korrelation zu dem mit den Regelungen des Masernschutzgesetzes verfolgten Ziel.

An der Geeignetheit des Masernschutzgesetzes fehlt es, weil das vom Gesetzgeber mit dem Erlass dieses Gesetzes verfolgte Ziel nicht erreichbar ist. Bezweckt das Masernschutzgesetz ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs, das von der WHO verfolgte Ziel der schrittweisen Eliminierung und schließlich weltweiten Ausrottung der Masern zu erreichen²⁹, so definiert die WHO dieses Ziel gerade nicht in einer bestimmten Impfquote, sondern in der Nachweisbarkeit der Abwesenheit einer endemischen Übertragungskette für eine zusammenhängende Periode von mindestens 12 Monaten durch ein qualitativ hochwertiges Surveillance System mit Bestätigung auf der Grundlage des

²⁸ Vgl. zu dieser Skalierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016 § 3 Rdnr. 27.

²⁹ BR-Drucks. 358/19 S. 1.

Surveillance-Systems über mindestens 36 Monate³⁰. Die Einrichtung eines solchen Surveillance Systems, das es überhaupt erst ermöglicht, die Wirkungen der Einführung einer Impfpflicht auf die Erreichung des WHO-Ziels zu bestimmen, ist in Deutschland für Masern bislang nicht etabliert³¹ und wird auch nicht durch das Masernschutzgesetz vorgesehen. Die durch das Masernschutzgesetz eingeführte Impfpflicht für bestimmte Bevölkerungsgruppen ist also nur eine von mehreren Maßnahmen, die erst kumuliert die Erreichung des von der WHO vorgegebenen Ziels ermöglichen. Isoliert angewendet fehlt es der Impfpflicht hingegen an der Geeignetheit.

Erforderlich ist eine grundrechtseingreifende Maßnahme, wenn es keine andere Maßnahme gibt, die bei gleicher Wirksamkeit zur Erreichung des verfolgten Ziels den Betroffenen weniger belastet.

Der Präsident des Robert-Koch-Instituts hält eine Impfpflicht gegen Masern nicht nur für weniger wirksam als aufsuchende Impfangebote und individuelle wie öffentliche Impfkampagnen, sondern zur Erreichung einer hohen Immunitätsquote nachgerade für kontraproduktiv³². Diese Bewertung macht deutlich, dass es andere Maßnahmen gibt, die der Verbreitung der Masern mindestens genauso wirksam entgegenwirken können wie die durch das Masernschutzgesetz eingeführt – partielle – Impfpflicht

Darüber hinaus genügt die Einführung der Impfpflicht in der durch das Masernschutzgesetz gewählten Ausgestaltung nicht den Anforderungen der *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*. Diese würde nur dann vorliegen, wenn die zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels eingesetzten Mittel mit Blick auf die durch sie hervorgerufenen Grundrechtseingriffe noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem erreichten Rechtsgüterschutz stehen. Dass dies nicht der Fall ist, ergibt sich bereits aus der Auswahl der vom Masernschutzgesetz der

³⁰ WHO, Guidance for evaluating progress towards elimination of measles and rubella, Weekly Epidemiological Record, No. 41/2018 v. 12.10.2018, S. 544 (546), <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/275392/WER9341.pdf?ua=1>.

³¹ Vgl. nur Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Nationaler Aktionsplan 2015 – 2020 zur Elimination der Masern und Röteln in Deutschland, 2015, S. 21 f.

³² Lothar H. Wieler, Eher kontraproduktiv – Impfpflicht würde Masernproblem nicht lösen, ÄrzteZeitung v. 25.9.2017, <https://www.aerztezeitung.de/Medizin/Impfpflicht-wuerde-Masernproblem-nicht-loesen-299573.html>.

Impfpflicht unterworfenen Personengruppen. Keineswegs werden hierdurch die Personen einigermaßen vollständig erfasst, die regelmäßig in Einrichtungen mit anderen Personen in Kontakt kommen³³. Die aktuelle „Empfehlung und wissenschaftliche Begründung für die Angleichung der beruflich indizierten Masern-Mumps-Röteln-(MMR-) und Varizellen-Impfung“³⁴ der Ständigen Impfkommission beim Robert-Koch-Institut vom Januar 2020 führt unter den Personengruppen mit beruflich indizierter Empfehlung eines Impfschutzes gegen Masern auch die Beschäftigten und Studierenden an Hochschulen auf – eine Personenzahl von weit mehr als 3 Millionen. Verstärkt wird die Inkonsistenz dadurch, dass bei der sehr großen Zahl der noch der Schulpflicht unterliegenden Schüler eine Impfung nach der Konzeption des Gesetzes in letzter Konsequenz nicht erzwungen werden kann. Eine Verweigerung der Impfung führt nicht zum Ausschluss vom Schulbesuch, sondern nur zur Verhängbarkeit einer Geldbuße in Höhe von maximal Euro 2.500, und dies aus rechtsstaatlichen Gründen auch nur einmalig (§ 84 Abs. 1 OWiG)³⁵. Ein inkonsistentes Schutzkonzept aber bürdet den ausgewählten Personengruppen ein Sonderopfer auf und ist daher unverhältnismäßig.

Diese Inkonsistenz schlägt sich auch in einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nieder: Wenn nach der fachlichen Bewertung der Ständigen Impfkommission Studierende und Beschäftigte an Hochschulen mit Blick auf das vom Gesetzgeber verfolgte Schutzziel sich in derselben Situation befinden wie die der Impfpflicht unterworfenen Personen, gibt es keine Gründe von hinreichendem Gewicht, die die durch den Gesetzgeber vorgenommene Ungleichbehandlung zu tragen vermögen. Ebenso wenig durch mit Blick auf das Schutzziel tragfähige Gründe zu rechtfertigen sind die Ungleichbehandlungen

³³ So die Annahme in BR-Drucks. 358/19 S. 1.

³⁴ Epidemiologisches Bulletin 2/2020 S. 4.

³⁵ Vgl. nur BGH, Beschl. v. 14.11.2012 – 3 StR 372/12 –, juris Rdnr. 5, für den Fall einer Weiterführung des Gewerbes trotz Gewerbeuntersagung, die nach § 146 Abs. 1 Nr. 1a) als Ordnungswidrigkeit verfolgt wird: „Bei dieser Vorschrift, die die Zuwiderhandlung gegen eine Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 GewO ahndet, handelt es sich um eine Dauerordnungswidrigkeit, die sich dadurch auszeichnet, dass der Täter den von ihm durch die Verwirklichung des Tatbestandes geschaffenen rechtswidrigen Zustand aufrecht hält oder die sanktionierte Tätigkeit ununterbrochen fortsetzt. Der Vorwurf bezieht sich sowohl auf die Herbeiführung des rechtswidrigen Zustandes als auch auf dessen Aufrechterhaltung“.

- durch die unterschiedlichen Zeitpunkte der Pflicht zur Beibringung des erforderlichen Nachweises zwischen den in einer Kindertageseinrichtung oder in einer Schule am 1. 3. 2020 bereits betreuten oder tätigen Personen und den erst ab diesem Zeitpunkt in die Einrichtungen eintretenden Personen. Während erstere Personengruppe einen Nachweis erst bis zum 31. 7. 2021 liefern muss, müssen die neu aufgenommenen Personen bereits ab Inkrafttreten der Neuregelung, also etwas mehr als zwei Wochen nach Veröffentlichung des Masernschutzgesetzes den Nachweis vorlegen, ohne dass ihnen eine Übergangsfrist eingeräumt würde. Hierfür ist keinerlei sachlicher Grund erkennbar, zumal der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass erst ab dem 1. 8. 2021 alle in Kindertageseinrichtungen und Schulen Betreuten und Tätigen den erforderlichen Nachweis erbracht haben müssen. Gleiches gilt für die Ungleichbehandlung hinsichtlich des Nachweiszeitpunkts für die in Einrichtungen nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG und medizinischen Einrichtungen nach § 23 Abs. 3 IfSG Tätigen.
- der nach dem 1. 3. 2020 in eine Einrichtung nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG aufgenommenen Personen, die vier Wochen nach ihrer Unterbringung den geforderten Impfschutz aufweisen müssen (§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 lit. b IfSG) und anschließend weitere vier Wochen Zeit haben, der Leitung der Einrichtung den erforderlichen Nachweis vorzulegen (§ 20 Abs. 11 S. 1 Nr. 1 IfSG), im Vergleich mit den am 1.3.2020 bereits in Einrichtungen im Sinne von § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG Unterbrachten, die zur Beibringung eines Nachweises bis zum 31. 7. 2021 Zeit haben (§ 20 Abs. 11 S. 1 Nr. 2 IfSG). Dafür, dass die bereits in den Einrichtungen untergebrachten Personen eine deutlich längere Übergangsfrist erhalten, obwohl sie wegen ihrer bereits verfestigten Anwesenheit bessere Möglichkeiten hätten, sich auf die Impfpflicht einzustellen, als neu Untergebrachte, gibt es keine rechtfertigenden Gründe.

bb) Abwägung der Folgen bei Erlass und bei Nichterlass einer einstweiligen Anordnung

Schon für den Fall, dass das Bundesverfassungsgericht der Argumentation zur offensichtlichen Verfassungswidrigkeit der durch das Masernschutzgesetz eingeführten Regelungen zur Impfpflicht (oben 3.b.aa) nicht folgen sollte, muss sich ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem vom Gericht in diesem Fall angelegten Prüfungsmaßstab auseinandersetzen. Er besteht in einer Folgenabwägung: Abzuwägen sind

- die Folgen, die eintreten würden, wenn das Gericht keine einstweilige Anordnung erlassen würde, jedoch im Hauptsacheverfahren zur Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde, d. h. zur Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Regelungen, kommen würde,
- gegen die Folgen, die einträten, wenn das Bundesverfassungsgericht eine einstweilige Anordnung erlassen würde, jedoch später das Hauptsacheverfahren für unbegründet erachten sollte.

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt voraus, dass die bei Nichterlass einer einstweiligen Anordnung zu prognostizierenden Nachteile die bei Erlass einer einstweiligen Anordnung zu erwartenden Nachteile überwiegen.³⁶ Ein verschärfter Maßstab gilt dann, wenn eine Außervollzugsetzung eines durch das Parlament erlassenen Gesetzes durch eine einstweilige Anordnung in Rede steht. In diesem Fall müssen die bei Nichterlass der einstweiligen Anordnung drohenden Nachteile die bei Erlass anzunehmenden Einbußen deutlich überwiegen.³⁷

Insbesondere wenn es um die Außervollzugsetzung eines Gesetzes durch eine einstweilige Anordnung geht, sind nicht nur die Auswirkungen für den den Erlass der einstweiligen Anordnung Beantragenden, sondern die Folgen für alle Betroffenen zu berücksichtigen.³⁸ Gerade bei Gesetzen erlangen die – in der

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 27.7.1971 – 2 BvQ 1/71, juris Rdnr. 16 ff.; Beschl. v. 17.8.1983 – 2 BvH 1/83, juris Rdnr. 9 ff.

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 18.7.2001 – 1 BvQ 23/01 u.a., juris Rdnr. 16.

³⁸ BVerfG, Beschl. v. 11.12.1990 – 1 BvR 1170/90 u.a., juris Rdnr. 35; einstw. Anordnung v. 24.6.1997 – 1 BvR 2306/96, juris Rdnr. 69.

Folgenabwägung zu unterstellenden – Grundrechtsverletzungen mit zunehmender Zahl der Betroffenen immer größeres Gewicht.³⁹ Einzubeziehen sind nicht nur rechtliche, sondern auch drohende tatsächliche Nachteile. Ein zentraler Gesichtspunkt ist dabei, ob die bei Erlass bzw. Nichterlass einer einstweiligen Anordnung prognostizierten Folgen irreparabel sind oder wieder ausgeglichen werden können.⁴⁰ Wirtschaftliche und finanzielle Nachteile sind in der Regel nachträglich kompensierbar, es sei denn, sie sind existenzbedrohend.⁴¹ Darüber hinaus sind in die Abwägung auch die Folgen für Gemeinwohlbelange ohne einen individuellen Bezug einzustellen.⁴²

Die Abwägung erfolgt allein anhand der zu erwartenden Folgen, die untenstehend dargestellt werden. Da auf der Stufe der Folgenabwägung bereits feststeht, dass das angegriffene Gesetz weder offensichtlich verfassungsgemäß noch offensichtlich verfassungswidrig ist, dürfen die Aspekte, die für oder gegen die Verfassungsmäßigkeit streiten, nicht berücksichtigt werden.⁴³

Entsprechend dem methodischen Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts werden im Folgenden zunächst die bei Erlass bzw. Nichterlass einer einstweiligen Anordnung zu erwartenden Folgen einander gegenüber gestellt (unten 3.b.bb(1 und 2)). Anschließend wird geprüft, ob die bei Nichterlass einer einstweiligen Anordnung drohenden Nachteile überwiegen würden (unten 3.b.bb(3)).

³⁹ Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 32 Rdnr. 136 (Stand: Juli 2019).

⁴⁰ BVerfG, einstw. Anordnung v. 3.5.1994 – 2 BvR 2760/93 u.a., juris Rdnr. 13; Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 32 Rdnr. 120 (Stand: Juli 2019).

⁴¹ Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 32 Rdnr. 119 (Stand: Juli 2019).

⁴² Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 32 Rdnr. 122 (Stand: Juli 2019).

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 21.5.1996 – 1 BvR 1408/95, juris Rdnr. 44; Beschl. v. 27.5.1998 – 2 BvE 2/98, juris Rdnr. 12.

(1) Folgen bei Erlass einer einstweiligen Anordnung

Als Folge, die eintreten würde, wenn das Bundesverfassungsgericht durch eine einstweilige Anordnung die durch das Masernschutzgesetz eingeführten Regelungen die Impfpflicht bei Betreuung bzw. Unterbringung bzw. Tätigkeit in bestimmten Einrichtungen betreffend außer Vollzug setzen würden, später jedoch im Hauptsacheverfahren zu dem Ergebnis kommen würde, dass diese Regelungen mit dem Grundgesetz vereinbar sind, würde bis zur Entscheidung über die Hauptsache zunächst nicht die mit der Einführung der partiellen Impfpflicht angestrebte Steigerung der Impfquote eintreten. In diesem Zeitraum könnte es weiterhin zur Übertragung des Masernvirus in den benannten Einrichtungen durch Personen kommen, die nach dem 1. 3. 2020 in diese Einrichtungen aufgenommen oder dort tätig werden und nicht den Nachweis der Impfungen oder Immunität beigebracht haben.

Die Gruppe der Neuaufgenommenen macht in Bezug auf alle Betroffenen nur einen kleinen Anteil der durch das Gesetz Betroffenen aus, so dass das Risiko durch diese Gruppe begrenzt ist.

(2) Folgen bei Nichterlass einer einstweiligen Anordnung

Würde das Bundesverfassungsgericht keine einstweilige Anordnung erlassen, später jedoch im Hauptsacheverfahren die Regelungen des Masernschutzgesetzes für verfassungswidrig und nichtig erklären, so wären als Folgen zu prognostizieren:

- Kinder, deren Aufnahme in Kindertageseinrichtungen oder Kinderhorte erfolgen soll, müssen sich hierfür einer Impfung unterziehen, sonst dürfen sie nicht betreut werden. Diese Impfung könnte nicht mehr rückgängig gemacht werden. Den eine Impfung ablehnenden Eltern des Kindes bleibt daher keine andere Wahl, als solange auf die Betreuung ihres Kindes zu verzichten, bis das Bundesverfassungsgericht in der Hauptsache entschieden hat. Hierdurch würde der Rechtsanspruch auf eine Kita-Betreuung nach § 24 Abs. 1–3 SGB VIII faktisch entleert, und zwar für diesen Zeitraum ebenfalls irreversibel. Die mit diesem Anspruch u. a. verfolgte Erziehungsleistung durch die Kindertageseinrichtung oder den

Hort, gerade auch im Kontakt mit anderen Kindern, ginge dem betroffenen Kind verloren. Die Eltern des Kindes wären für diese Zeit gezwungen, die Betreuung ihres Kindes entweder privat zu organisieren – was wegen der Verkündung des Gesetzes sehr kurz vor dem Inkrafttreten der Impfpflicht äußerst schwierig sein dürfte – oder – wenn dies nicht gelingt – ganz oder teilweise auf eine Berufstätigkeit zu verzichten. Für Alleinerziehende würde dies in aller Regel das vollständige Ausscheiden aus der beruflichen Tätigkeit bedeuten. Zwar mag der den Eltern dadurch entstehende finanzielle Schaden bei einer späteren Nichtigerklärung des Marnerschutzgesetzes wieder ausgleichbar sein. Dies gilt jedoch nicht für die Nachteile im beruflichen Fortkommen wie Einbindung in betriebliche Abläufe und Informationsflüsse, Erhalt von Kompetenzen, Berücksichtigung bei Beförderungsentscheidungen etc.

Entsprechendes gilt für in Kinderhorten betreute, schulpflichtige Kinder der jeweils gesetzlich beschriebenen Altersgruppe in den Bundesländern, in denen ein Rechtsanspruch auf eine Hortbetreuung – sei es generell (vgl. § 1 Brandenburger Kindertagesstättengesetz, § 3 Kinderförderungsgesetz Sachsen-Anhalt, § 2 Abs. 2 Thüringer Kindertagesbetreuungsgesetz), sei es unter der Voraussetzung eines wegen Berufstätigkeit der Eltern u. a. gegebenen Betreuungsbedarfs (vgl. § 6 Abs. 2 Hamburger Kinderbetreuungsgesetz) – besteht. In den Ländern, in denen das Landesrecht keinen Rechtsanspruch auf Hortbetreuung gewährt, bleibt es in der Regel bei der – landesrechtlich teilweise anders gefassten – Vorgabe des § 24 Abs. 4 SGB VIII. Danach ist für Kinder im schulpflichtigen Alter ein bedarfsgerechtes Angebot in Tageseinrichtungen vorzuhalten. Zwar gewährt diese Vorschrift weder den schulpflichtigen Kindern noch ihren Eltern einen Rechtsanspruch auf eine Hortbetreuung, sondern enthält lediglich eine objektiv-rechtliche Pflicht der Träger. Jedoch ist zu beachten, dass auch diese trägeradressierte Pflicht die in § 22 Abs. 2 und Abs. 3 SGB VIII vorgegebenen Grundsätze der Förderung von Kindern in Kindertageseinrichtungen konkretisiert. Insbesondere soll die Betreuung in einer Kindertageseinrichtung die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen

Persönlichkeit fördern, die Erziehung und Bildung in der Familie unterstützen und ergänzen sowie den Eltern dabei helfen, Erwerbstätigkeit und Kindererziehung besser miteinander vereinbaren zu können. Haben die Träger ein entsprechendes, den Fördergrundsätzen bedarfsgerecht entsprechendes Angebot geschaffen, so würden die Förderung von Kindern, für die nicht die erforderlichen Nachweise vorgelegt werden, vereitelt und damit die Bemühungen der Träger konterkariert

- Schüler, die der gesetzlichen Schulpflicht unterliegen, unterliegen der Impfpflicht und haben als Konsequenz bei Nichterfüllung dieser Pflicht bzw. der Pflicht zur Beibringung des erforderlichen Nachweises auf Anforderung des Gesundheitsamts ein Bußgeld bis zu Euro 2.500 zu gewärtigen. Die Schule dürfen sie allerdings weiter besuchen. Des Weiteren kann zur Durchsetzung der Nachweispflicht gegenüber dem Gesundheitsamt ein Zwangsgeld verhängt werden, und zwar unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 6 VwVG auch mehrfach. Dies gilt nicht nur für schulpflichtige Schüler, sondern für alle Betroffenenengruppen.
- Härten können sich für bisher der Schulpflicht unterliegende Schüler, denen der Besuch der Schule nicht verwehrt werden darf, dadurch ergeben, dass sie nach Ende der landesrechtlich geregelten Schulpflicht ihre geplante Schullaufbahn noch nicht beendet haben und deshalb nunmehr bei Nichtvorlage des erforderlichen Nachweises das Schulgelände nicht mehr betreten dürfen. Wie für in Kindertageseinrichtungen betreute Kinder gilt für nicht mehr der Schulpflicht unterliegende Schüler, dass die Impfung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, würde das Masernschutzgesetz später für verfassungswidrig erklärt werden. Eine Unterbrechung der weiteren Schulausbildung bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache würde den betroffenen Personen für diesen Zeitraum die Möglichkeit zur Teilnahme am Unterricht, zur Erbringung von Leistungsnachweisen und zur Ablegung von Prüfungen nehmen. Dies wäre ihnen erst wieder nach Nichtigklärung des Masernschutzgesetzes möglich. Damit verbunden ist ein erst ver-

spätet möglicher Eintritt in ein Studium oder eine Berufsausbildung. Dieser Verlust an Bildungs- und Qualifizierungschancen für einen nicht unbeträchtlichen Zeitraum ist später nicht mehr restituierbar.

- Für in Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern (§ 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG) untergebrachte Personen ist – abgesehen von der Irreversibilität einer Erfüllung der Impfpflicht – hinsichtlich der Folgen zu unterscheiden, ob die betreffende Person einer gesetzlichen Unterbringungspflicht unterliegt oder nicht. Unterbringungspflichtige Personen, die die Pflicht zur Beibringung des erforderlichen Nachweises auf Anforderung des Gesundheitsamts nicht rechtzeitig erfüllen, müssen als Sanktion ein Bußgeld bis zu Euro 2.500 gewärtigen. Nicht einer gesetzlichen Unterbringungspflicht unterliegenden Personen kann bei Nichterfüllung dieser Pflicht zusätzlich das Betreten der betreffenden Einrichtung untersagt werden. Dies zeitigt für die betroffenen Personen die Notwendigkeit, sich eine andere Unterbringungsmöglichkeit suchen zu müssen, was für diesen Personenkreis mit Schwierigkeiten verbunden sein könnte.
- Genügen in Kindertageseinrichtungen, Schulen sowie Einrichtungen im Sinne von 23 Abs. 3 IfSG oder § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG Tätige ihrer Verpflichtung, sich gegen Masern impfen zu lassen, so kann die Impfung bei einer späteren Nichtigerklärung des Masernschutzgesetzes im Hauptsacheverfahren nicht mehr rückgängig gemacht werden. Darüber hinaus dürfen diese Personen bei Nichtvorlage des erforderlichen Nachweises in den genannten Einrichtungen nicht mehr tätig werden und es kann ihnen – bei Nichtbeibringung des vom Gesundheitsamt angeforderten Nachweises – das Betreten der Einrichtung untersagt werden. Für Personen in einschlägigen Berufen, die nach dem 1. 3. 2020 eine Tätigkeit in einer der genannten Einrichtungen antreten wollen, bedeutet dies faktisch ein Verbot der Berufstätigkeit ohne Masernschutzimpfung. Für medizinisches Personal einschließlich der Ärztinnen und Ärzte gilt das nahezu vollständig, ebenso für Lehrerinnen und Lehrer. Für diesen Personenkreis und auch ihre Familien hätte das in ein faktisches Berufsverbot

umschlagende Tätigkeitsverbot, auch wenn es nur bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache gilt, einschneidende wirtschaftliche Folgen, die ex post nicht wieder vollständig ausgleichbar sein würden. Darüber hinaus wären die betroffenen Personen in der Regel gezwungen, zum Erhalt ihrer Lebensgrundlage einer ausbildungsfremden Tätigkeit – wohl ganz überwiegend mit deutlich niedrigerer Bezahlung – nachzugehen. Dass nach einer Nichtigerklärung des Masernschutzgesetzes den Betroffenen dann noch der (Wieder-)Einstieg in den ihrer Ausbildung entsprechenden Beruf gelingen kann, ist keineswegs gesichert, so dass auch lebenslange Nachteile drohen.

Des Weiteren würden durch ein zeitweiliges Tätigkeitsverbot gravierende Nachteile für wichtige Gemeinwohlinteressen eintreten. Teilweise handelt es sich wie bei Erzieherinnen und Erziehern in Kindertageseinrichtungen um Personal in Mangelberufen, in denen durch Ausschluss von qualifiziertem Personal Versorgungslücken drohen. Dafür, dass ein auch nur zeitweiliges Tätigkeitsverbot für in Krankenhäusern tätig werden wollende Ärztinnen und Ärzten sowie Krankenpflegerinnen und -pfleger dramatische Gefährdungen der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung hervorrufen würden, muss nicht erst auf die Situation der Covid 19-Pandemie hingewiesen werden.

(3) Folgenabwägung

In der Abwägung der Folgen, die eintreten, wenn das Bundesverfassungsgericht durch eine einstweilige Anordnung die durch das Masernschutzgesetz eingeführten Regelungen die Impfpflicht bei Betreuung bzw. Unterbringung bzw. Tätigkeit in bestimmten Einrichtungen betreffend außer Vollzug setzen würde, später jedoch im Hauptsacheverfahren zu dem Ergebnis kommen würde, dass diese Regelungen mit dem Grundgesetz vereinbar sind, gegen die Folgen, die bei Nichterlass einer einstweiligen Anordnung, aber späterer Nichtigerklärung der Regelungen des Masernschutzgesetzes zu prognostizieren sind, ist als bei Erlass einer einstweiligen Anordnung zu erwartender Nachteil lediglich die bis zur Entscheidung in der Hauptsache weiterhin mögliche Übertragung des Masernvirus in den benannten Einrichtungen durch Personen, die nach dem 1. 3.

2020 in diese Einrichtungen aufgenommen oder dort tätig werden, festzustellen. Das Gewicht dieses nur in einem überschaubaren Zeitraum eintretenden Nachteils ist vom Gesetzgeber selbst gering bewertet worden, hat er doch allen am 1. 3. 2020 bereits in den erfassten Einrichtungen Betreuten bzw. Untergebrachten und Tätigen eine sehr lange Übergangsfrist bis zum 31. 7. 2021 zur Beibringung des Impfnachweises eingeräumt (§ 20 Abs. 10 IfSG). Infolge dieser Regelung könnte bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache nur eine sehr geringfügige Gefährdung des gesetzgeberischen Regelungsziels eintreten.

Das Gewicht dieses Nachteils wird bei Weitem überwogen durch die bei Nichterlass einer einstweiligen Anordnung, aber späterer Nichtigerklärung der Regelungen des Masernschutzgesetzes drohenden, zu einem großen Teil irreparablen Nachteile für Individual- und Gemeinwohlbelange. Erfüllen die Verpflichteten die Impfpflicht, um keine Nachteile zu erleiden, obwohl sie dazu der Sache nach nicht bereit sind, so wäre dieser Nachteil irreparabel. Weigern sie sich hingegen, die Impf- und die darauf aufbauende Nachweispflicht zu erfüllen, so entstehen schwere Nachteile insbesondere für die Eltern in Kindertageseinrichtungen nicht betreuter Kinder in wirtschaftlicher Hinsicht und für das berufliche Fortkommen, für von der weiteren Schulausbildung ausgeschlossene Nichtschulpflichtige sowie für einem faktischen Berufsverbot unterliegende Beschäftigte in Einrichtungen nach § 23 Abs. 3 IfSG, durch deren Ausschluss auch hochrangige Gemeinwohlinteressen (insbesondere in der Gesundheitsversorgung) gefährdet werden.

4. Zusammenfassende Empfehlungen

Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Verfassungsmäßigkeit des Masernschutzgesetzes umstritten ist, es also auch Stimmen gibt, die die Verfassungsmäßigkeit bejahen⁴⁴. Auch ist die Verfassungsmäßigkeit durch die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Verfassungsorgane geprüft und bejaht

⁴⁴ Vgl. etwa Schaks, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestags am 23. 10. 2019, Ausschuss-Drucks. 19(14)112(14).

worden. Durch das Masernschutzgesetz in ihren Grundrechten Betroffene sollten daher nicht davon ausgehen, dass beim Bundesverfassungsgericht gegen das Masernschutzgesetz gestellte Anträge zwangsläufig Erfolg haben werden.

Wie sich den vorstehenden Überlegungen entnehmen lässt, lässt sich ein auf Außervollzugsetzung der Regelungen des Masernschutzgesetzes Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht gleichwohl mit einer gewissen Aussicht auf Erfolg begründen. Folgt man der hier (oben 3.b.bb) vorgenommenen Folgenabwägung, so ergibt sich ein Übergewicht der für eine Außervollzugsetzung sprechenden Gesichtspunkte.

Die Anträge schulpflichtiger Personen und von in Einrichtungen im Sinne von § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG untergebrachter Personen, die einer gesetzlichen Unterbringungspflicht unterliegen, dürften wegen der Möglichkeit der Erlangung fachgerichtlichen Rechtsschutzes allerdings keine großen Erfolgsaussichten haben.

Sollten Anträge unter Rückgriff auf die vorstehenden Überlegungen formuliert werden, so könnten die Anträge wie folgt aufgebaut sein:

1. Formulierung des Antrags (Außervollzugsetzung)
2. Zusammenfassende Darstellung der Regelungen des Masernschutzgesetzes (Text oben 1.)
3. Darlegungen zur Zulässigkeit des Antrags:
 - Erhebung Verfassungsbeschwerde in absehbarer Zeit beabsichtigt (oben 3.a.aa)
 - Keine Subsidiarität der Inanspruchnahme verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes (oben 3.a.aa)
 - Hinweis, dass das Bundesverfassungsgericht über verfassungsrechtliche Fragen der Impfpflicht bisher nicht abschließend entschieden hat (oben 3.a.aa)
4. Darlegungen zur Begründetheit des Antrags (Text oben 3.b – hier ist eine Berücksichtigung der individuellen Besonderheiten des Antragstellers möglich, aber nicht erforderlich)