

Anwaltskanzlei Zuck, Vaihinger Markt 3, 70563 Stuttgart

Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Zuck
Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck

Vaihinger Markt 3
(SchwabenGalerie)
70563 Stuttgart (Vaihingen)
Deutschland

Telefon (0711) 78 24 28-0
Telefax (0711) 78 24 28-99
Email info@kanzlei-zuck.de
Internet www.kanzlei-zuck.de

Dresdner Bank AG Stuttgart
Konto-Nummer 0 191 252 500
BLZ 600 800 00

Sekretariat: Frau Schröder
(0711) 78 24 28-11

11. September 2006 RZ/sc

USt-IdNr.: DE189418357

Gutachtliche Äußerung

Für die Gesellschaft Anthroposophischer Ärzte in Deutschland,

Roggenstraße 82, 70794 Stuttgart

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Zuck, Stuttgart

Wegen Impfbeschluss des 109. DÄT,

zu berufsrechtlichen Sanktionen gegenüber Ärzten

A.

Gutachtensauftrag

Die Gesellschaft Anthroposophischer Ärzte in Deutschland hat mich gebeten, im Zusammenhang mit dem Impfbeschluss des 109. DÄT zu berufsrechtlichen Sanktionen gegenüber Ärzten folgende Fragen zu klären:

1. Welche rechtliche Bedeutung kommt dem Impfbeschluss des 109. DÄT zu berufsrechtlichen Sanktionen gegenüber Ärzten zu?
2. Welche verfassungsrechtlichen Grenzen bestehen für Veränderungen landesrechtlichen Berufsrechts, die durch eine etwaige „Umsetzung“ des Impfbeschlusses des 109. DÄT verursacht werden?
3. Welche verfassungsrechtlichen Grenzen bestehen für die Veränderungen regionalen Kammerrechts (Satzungsrechts), die durch eine etwaige „Umsetzung“ des Impfbeschlusses des 109. DÄT verursacht werden?

Die Antwort auf Frage 1 befasst sich mit der Rechtsqualität eines Beschlusses des DÄT, der berufsrechtliche Empfehlungen ausspricht. Frage 2 erörtert die Möglichkeit, den Impfbeschluss ohne Änderung der Rechtsgrundlagen umzusetzen, also das Problem einer veränderten Anwendung des geltenden Berufsrechts. Frage 3 behandelt die Rahmenbedingungen für eine dem Impfbeschluss entsprechende Änderung des geltenden Rechts.

B. Sachverhalt

I. Impfbeschluss

1. Der Impfbeschluss des 109. DÄT zu berufsrechtlichen Sanktionen gegenüber Ärzten hat folgenden Wortlaut:
„Der Deutsche Ärztetag fordert die Ärztekammern auf prüfen, ob gegen Ärzte, die sich explizit und wiederholt gegen empfohlene Schutzimpfungen nach § 20 (3) Infektionsschutzgesetz (IfSG) aussprechen, berufsrechtliche Schritte eingeleitet werden können, da sie mit ihrem Verhalten gegen das Gebot der ärztlichen Sorgfaltspflicht verstoßen.
Begründung:
Schutzimpfungen gehören bekanntermaßen zu den wirksamsten Maßnahmen der primären Prävention gegen Infektionskrankheiten. Die rechtlichen Grundlagen sind in Deutschland mit dem Infektionsschutzgesetz klar geregelt.
Umso erstaunlicher ist die Tatsache, dass in praxi auch ärztlicherseits in zunehmendem Maße von empfohlenen Standardimpfungen abgeraten wird. Den behandelnden Arzt trifft die Pflicht, den Patienten auf die Notwendigkeit und Möglichkeit der Impfung gegen verschiedene Ansteckungskrankheiten aufmerksam zu machen, ganz unabhängig von seiner persönlichen Auffassung. Entscheidend ist die vorherrschende Ansicht in den Kreisen der wissenschaftlichen Medizin.

Disziplinarisch und rechtlich bleibt dies zurzeit in Deutschland leider noch unbeachtet“, DÄBl. 2006, A-1548.

2. Der Beschluss steht im Zusammenhang mit weiteren Impfbeschlüssen des 109. DÄT zur Pflichtimpfung bei Masern (DÄBl. 2006, A-1547 f.), zum Impfstatus in Gemeinschaftseinrichtungen (DÄBl. 2006, A-1548) und zur höheren Durchimpfungsrate bei Säuglingen und Kleinkindern (DÄBl. 2006, 1548). Sie sind nicht Gegenstand dieser gutachtlichen Äußerung.

II.

Für den Beschluss gibt es zwei Ausgangspunkte:

1. Die Erkrankungszahlen für Masern sind nach zweijähriger Pause angestiegen. Im Jahr 2004 gab es 121, im Jahr 2005 778 nach § 6 IfSG gemeldete Erkrankungsfälle. Im Jahr 2006 waren, wegen einer Masernepidemie in NRW, zum 31.05. 1.350 Erkrankungen gemeldet.

Die Impfquoten lagen bei den Schuleingangsuntersuchungen im Jahr 2004 bei 93,3 % für die erste und 65,7 % für die zweite Impfung. Gefordert wird eine Durchimpfungsrate von 95 %.

2. Die WHO hat die Eliminierung der Masern zu einem ihrer Ziele erklärt, zunächst bis zum Jahr 2000, dann verschoben auf das Jahr 2010, vgl. Zykla-Menhorn, DÄBl. 2006, A-1586.

III.

1. Es gibt eine Empfehlung der STIKO, nach der alle Kinder im Alter von 11 bis 14 Monaten gegen Masern geimpft werden sollen. Üblich ist die Kombinationsimpfung gegen Masern, Mumps und Röteln (MMR), siehe dazu die STIKO-Empfehlungen, Stand Juli 2004, in: Epidemiologisches Bulletin vom 23.07.2004, Nr. 30, S. 237, jetzt in der Fassung 7/2006, vgl. Epidemiologisches Bulletin 32/2006.
2. a. Die Empfehlungen der STIKO haben keine unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit, vgl. Bales/Baumann/Schnitzler, IfSG, 2. Aufl. 2003, Rn. 11 zu § 20 IfSG; Erdle, IfSG, 3. Aufl. 2005, Anm. 3 zu § 20 IfSG. Impfempfehlungen der STIKO zu Masern sind Routineempfehlungen, vgl. Epidemiologisches Bulletin vom 23.07.2004, 237. Es gibt sie schon lange, siehe etwa zum Altrecht Bundesgesundheitsblatt 1998, 312, abgedruckt bei Lundt/Schiwy, Infektionsschutz und Seuchenrecht, Stand 2006, Nr. 9 (S. 10).
- b. Auch eine freiwillige Impfung bedarf der Einwilligung des Sorgeberechtigten. Diese ist von vorheriger Aufklärung abhängig. Das alles gilt auch für öffentlich

empfohlene Impfungen, BGHZ 126, 286; NJW 2000, 1784 (1785). Die Pflicht zur Aufklärung entfällt nämlich nicht, weil die staatliche Behörde schon eine Risikoabwägung vorgenommen hat. An der Freiwilligkeit der Impfscheidung, und damit an der Möglichkeit für den Patienten, sich gegen die Impfung zu entscheiden, ändert das nichts, BGH, NJW 2000, 1784 (1789). Zu Recht weist deshalb schon die STIKO-Empfehlung darauf hin, dass die Impfung des Arztes zum einen „Information über den Nutzen der Impfung und über die zu verhindernde Krankheit“, zum anderen aber auch „Hinweise auf mögliche Nebenwirkungen und Komplikationen“ umfassen muss, vgl. Epidemiologisches Bulletin vom 23.07.2004, Nr. 30, S. 235). Die Aufklärung umfasst danach zunächst einmal den Hinweis auf die STIKO-Empfehlungen, weil diese den medizinischen Standard wiedergeben, siehe dazu auch Kamps, in: Rieger, Lexikon des Arztrechts, Stand 2002, Nr. 4715, Rn. 20. Der Arzt muss deshalb in seiner Information davon ausgehen, dass das Verhältnis von Nutzen und Schadensrisiko für die Impfung generell von der STIKO schon im Sinne der Empfehlung abgewogen worden ist, BGH, NJW 2000, 1784 (1786). Der BGH hat hinzugefügt: „Allerdings muss der Arzt den Patienten ... dann auf die Möglichkeit einer anderen Behandlung hinweisen, wenn ernsthafte Stimmen in der medizinischen Wissenschaft gewichtige Bedenken gegen einer zum Standard gehörenden Behandlung und die damit verbundenen Gefahren äußern, st. Rspr. BGH, NJW 2000, 1784 (1786 f.)“, siehe zu alledem auch Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, Rn. 21 zu § 90; Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2005, Rn. 73 zu § 13 m.w.Nw. Ausf. Hart, in: ders. Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht, 2005, 88 f.

3. Den Impfeempfehlungen der STIKO entsprechen öffentliche Empfehlungen der Länder (§ 20 III IfSG), vgl. z.B. Bekanntmachung des Sozialministeriums über öffentlich empfohlene Schutzimpfungen (Baden-Württemberg) vom 13.11.01 (GMBI. S. 1293), abgedruckt bei Lundt/Schiwy, Infektionsschutz und Seuchenrecht, Stand 2006, Nr. 928; öffentlich empfohlene Schutzimpfungen (§ 20 Abs. 3) des Informationsschutzgesetzes – IfSG vom 20. Juli 2000 (BMBl. I S. 1045), Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit, Erziehung und Verbraucherschutz vom 18.04.2002 (All.MBl. S. 284, abgedruckt bei Lundt/Schiwy, Infektionsschutz und Seuchenrecht, Stand 2006, Nr. 1034 (2); öffentlich empfohlene Schutzimpfungen für das Land Brandenburg, Runderlass des Ministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen vom 28.05.03 in der Fassung vom 07.06.04 (ABl. S. 475), abgedruckt bei Lundt/Schiwy, Infektionsschutz und Seuchenrecht, Stand 2006, Nr. 1105 A; Anordnung über öffentlich empfohlene Schutzimpfungen und über die Durchführung unentgeltlicher Schutzimpfungen (Hamburg) vom 01.02.05 (Amtl. Anz. S. 415), abgedruckt bei Lundt/Schiwy, Infektionsschutz und Seuchenrecht, Stand 2006, Nr. 1330.

- c. Haftungsrechtlich bedeutet das: Die Außervollzugsetzung des medizinischen Standards begründet grundsätzlich die Haftung des Arztes, siehe dazu Quaas/Zuck, Medizinrecht 2005, Rn. 71, 128 zu § 13.

IV.

1. Es ist davon auszugehen, dass der medizinische Standard drei Elemente hat:
 - wissenschaftliche Erkenntnis
 - praktische Erfahrung
 - Akzeptanz in der Profession, siehe dazu Hart, in: ders. Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht, 2005, 89.
2. Ob eine Impfung gegen Masern im Sinne der STIKO-Empfehlung, also generell, sinnvoll ist, ist unter Medizinern umstritten, vgl. etwa, im Bereich einer „Sekundär-diskussion“ die Leserbriefe zu diesem Thema in DÄBl. 2006, A-2166; A-2233 f.

Es gibt also keine unangefochtene wissenschaftliche Erkenntnis. Im Rahmen einer rechtlichen Auseinandersetzung besteht jedoch keine Möglichkeit, einen solchen Streit verlässlich zu dokumentieren oder ihn gar zu bewerten, siehe dazu BSGE 81, 54 (69) – für die Beurteilung von Maßnahmen der (anerkannten) besonderen Therapierichtungen (kritisch zu dieser Einschränkung Zuck, Homöopathie und Verfassungsrecht, 2005, Rn. 152 mit Fn. 314). Für die vorliegende gutachtliche Äußerung ist infolgedessen lediglich die Tatsache zugrunde zu legen, dass es Kritik an der Notwendigkeit der Masernimpfung gibt. Es bleibt also offen, ob diese Kritik zu „ernsthaften“ Einwänden am Standard im Sinne der für den Arzt bestehenden Notwendigkeit, ggf. anders als wie vom Standard vorgesehen zu verfahren, führt.

C. Fragestellungen

I.

Welche rechtliche Bedeutung kommt dem Impfbeschluss des 109. DÄT zu berufsrechtlichen Sanktionen gegen über Ärzten zu?

1. Der DÄT ist die Hauptversammlung der BÄK (§ 3a der Satzung). Der DÄT wird aus den 250 Delegierten der 17 Ärztekammern gebildet. Er tagt – von wenigen Ausnahmen abgesehen – seit 1873 einmal jährlich. Zu seinen Aufgaben gehört es u.a., länderübergreifende Regelungen zum ärztlichen Berufsrecht zu erarbeiten und zu verabschieden sowie die Positionen der Ärzteschaft zu aktuellen gesundheits- und sozialpolitischen Diskussionen der Gesellschaft darzustellen und sie der Öffentlichkeit zu vermitteln.
2. Die BÄK ist eine Arbeitsgemeinschaft der 17 Ärztekammern (§ 1 I der Satzung). Sie ist infolgedessen lediglich privatrechtlich als nicht rechtsfähiger Verein organisiert. Öffentliche Aufgaben nimmt sie nicht wahr, vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rn. 26; Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, 2. Aufl. 2001, S. 38 f. Das hat zur Folge, dass die Beschlüsse des DÄT unmittelbar weder für die einzelne Ärztekammer noch für den einzelnen Arzt rechtlich bindend sind. Sie stellen, soweit sie das selbst zum Ausdruck bringen, lediglich Empfehlungen dar. Diese Empfehlungen können von den einzelnen Landesärztekammern umgesetzt werden; sie müssen das aber nicht tun. Nur wenn eine solche Umsetzung erfolgt, werden die Empfehlungen rechtsverbindlich, siehe dazu Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, 2. Aufl. 2001, S. 39. Instruktives Beispiel ist die Berufsordnung des DÄT. Sie stellt lediglich ein Muster dar, das rechtliche Verbindlichkeit nur und insoweit erhält, als es von den einzelnen Landesärztekammern nach Maßgabe des jeweiligen landesgesetzlichen Kammerrechts in Satzungsform umgesetzt worden ist, vgl. dazu Ratzel/Lippert, MBO, 4. Aufl. 2006, Einl. Rn. 3, einhM.
3. Der Impfbeschluss des DÄT, auch wenn er das Wort „auffordern“ enthält, ist deshalb nicht mehr als eine Empfehlung ohne jede rechtliche Verbindlichkeit. Wie aber schon die weitgehend durchgeführte Umsetzung der MBO in das Satzungsrecht der Landesärztekammern zeigt, ändert das nichts an der faktischen Verbindlichkeit eines solchen Beschlusses. Diese resultiert nicht nur aus der Autorität, die den Stellungnahmen der BÄK als Repräsentanten der deutschen Ärzteschaft zukommt. Sie ergibt sich auch ganz praktisch aus dem Umstand, dass die Delegierten der einzelnen Landesärztekammern, die im DÄT für einen Beschluss gestimmt haben, sich regional in der Regel nicht anders verhalten werden.
4. Das Ergebnis ist deshalb eindeutig. Der Impfbeschluss des 109. DÄT ist rechtlich ein Nullum. Tatsächlich muss man aber mit seiner Umsetzung in Rechtsakte rechnen.

II.

Welche verfassungsrechtlichen Grenzen bestehen für Veränderungen landesrechtlichen Berufsrechts, die durch eine etwaige Umsetzung des Impfbeschlusses des 109. DÄT verursacht werden?

1. Wie schon unter A ausgeführt, befasst sich diese Frage mit dem Problem, ob bei unverändert fortbestehender berufsrechtlicher Rechtslage Sanktionen gegen Ärzte ausgesprochen werden können, die sich „explizit und wiederholt gegen empfohlene Schutzimpfungen nach § 20 (3) Infektionsschutzgesetz (IfSG) aussprechen“. Wesentlich für eine Beantwortung dieser Frage ist also, dass das geltende Recht seinem Wortlaut nach unverändert bleibt, aber nunmehr, anders als bisher, zu Lasten von Ärzten angewendet wird, die gegen Vorgaben des Impfbeschlusses verstoßen haben.
2. Es ist zunächst zu klären, was der Impfbeschluss überhaupt fordert.
 - a. Der Arzt muss sich explizit äußern. Im Wortsinne ist jede Äußerung explizit, wenn man davon ausgeht, dass der Text sich nicht auf non-verbale Äußerungen im Sinne der Kommunikationstheorie bezieht. Unter einer „expliziten“ Äußerung wird man danach eine solche zu verstehen haben, die nach Inhalt, Umfang und Intensität darauf gerichtet ist, die öffentlichen Empfehlungen im Sinne des § 20 III IfSG ernsthaft in Frage zu stellen.
 - b. Darüber hinaus muss eine solche Äußerung wiederholt erfolgen, also nicht nur einmal. Da keine Veranlassung besteht, die „Aufforderung“ des Impfbeschlusses einschränkend gegen ihren Wortlaut auszulegen, genügt also ein Aufsatz eines ärztlichen Impfgegners z.B. im DÄBl., wie dezidiert er auch immer sein mag, nicht, um berufsrechtliche Sanktionen zu erzwingen; es müssen schon zwei Äußerungen sein.
 - c. Das führt zu einer anderen Frage. Der Impfbeschluss lässt die Äußerung als solche genügen, verhängt also den „Maulkorb“ unabhängig von der Qualität der Kritik. Mit den öffentlichen Empfehlungen handelt es sich danach um Verlautbarungen vergleichbarer Weise, wie wenn der Papst „ex cathedra“ gesprochen hätte. Jedes Widerwort ist ausgeschlossen, vor allem das begründete, denn es ist sicherlich im Sinne des Impfbeschlusses „explizit“.
 - d. Der Impfbeschluss macht keine Einschränkungen hinsichtlich des Adressatenkreises der Äußerung. Das Beispiel von Veröffentlichungen im DÄBl. oder eines Beitrags auf einem Symposium hinkt also nicht. Der Wortlaut erfasst jede abweichende Meinung, von wem und wo auch immer. Es mag sein, dass der Impfbeschluss Äußerungen des Arztes gegenüber dem Patienten (dessen Sorgeberechtigten) gemeint hat, weil nur diesem gegenüber Sorgfalts- und Qualitäts-

sicherungspflichten bestehen. Das ist aber kein zwingender Schluss, weil Sorgfalts- und Qualitätssicherungspflichten im Gemeinwohlinteresse vorgegeben sind, also unabhängig von ihrer patientenindividuellen Konkretisierung.

- e. Der Impfbeschluss befasst sich nicht mit den STIKO-Empfehlungen, sondern mit den öffentlichen Empfehlungen nach § 20 III IfSG. Manche Länder haben gar keine entsprechende Empfehlung ausgesprochen, so z.B. Berlin, andere stützen sich noch immer auf das (obsolete) BSeuchG, z.B. Bremen, Niedersachsen und NRW. Der Impfbeschluss führt also zu einer schwer nachvollziehbaren Zersplitterung: Nur wo es eine öffentliche Empfehlung nach § 20 III IfSG gibt, kommt überhaupt eine Sanktion in Betracht. Maßgebend ist dann, wenn es eine solche Empfehlung gibt, auch immer nur diese, nicht die STIKO-Empfehlung, es sei denn, die Empfehlung integriert die STIKO-Empfehlung. Da der medizinische Standard aber nicht von der öffentlichen Empfehlung, sondern von der STIKO-Empfehlung gebildet wird, ist schon die Grundlage für eine Sanktion die die STIKO-Empfehlung kritisiert, im Einzelfall ohne jede Tatsachenbasis.
3. Ein Wort ist zur Begründung des Impfbeschlusses angebracht. Sie ist unter drei Aspekten bemerkenswert.
- a. In Abs. 2 Satz 2 wird die Pflicht des Arztes, auf die Notwendigkeit der Impfung aufmerksam zu machen, akzentuiert. Das steht im Sinne der Beachtung des medizinischen Standards ohnehin außer Frage, siehe oben B III 2. Es verfälscht aber den Sachverhalt, wenn nicht zugleich, wenn man schon Selbstverständlichkeiten aufführt, nicht darauf hingewiesen wird, dass der Arzt auch auf die allgemeinen und die individuellen Risiken hinzuweisen hat, siehe oben B III 2. Die Begründung bleibt insoweit deshalb tendenziös.
 - b. In Abs. 2 Satz 3 heißt es lapidar: „Entscheidend ist die vorherrschende Ansicht in den Kreisen der wissenschaftlichen Medizin.“

Schon der Hinweis auf die „vorherrschende Ansicht“ zeigt, dass es Minderheitsmeinungen geben kann. Hätten sich diese nicht (in der Vergangenheit) von Fall zu Fall durchgesetzt, gäbe es überhaupt keinen medizinischen Fortschritt, ganz zu schweigen von der Möglichkeit eines allgemeinen Paradigmenwechsels, für den, einmal von den klassischen Zitaten zu diesem Thema abweichend, auf Unschuld, „Was ist Medizin“, 2003, hinzuweisen ist. Die Vorgabe der Begründung bindet infolgedessen nicht nur das, was man als das schulmedizinische Selbstverständnis ansehen kann, sondern auch die Schulmedizin insgesamt. Dabei sollte man nicht übersehen, dass der Streit über die Masern-Impfung auch eine sozusagen technische Seite haben kann, nämlich, wenn es um die Wirksamkeit und den therapeutischen Nutzen der zu verwendenden Arzneimittel geht.

Schwer verständlich ist der Hinweis, auf die wissenschaftliche Medizin. Ob es eine nicht-wissenschaftliche Medizin geben kann, ist hier nicht zu diskutieren. Dass es eine Medizin ohne Wissenschaft gibt, lässt sich nicht leugnen. Was eigentlich gemeint ist, ist die Tatsache, dass Medizin außerhalb der wissenschaftlichen Medizin nach dem Verständnis der Schulmedizin (evidenzbasierte Medizin gibt es übrigens erst seit den 90er Jahren) keine wissenschaftliche Medizin ist. Das eröffnet den Streit um den rechten Wissenschaftsbegriff. Wenn die Begründung damit – indirekt – weiter ausholt, um die anerkannten besonderen Therapierichtungen zu treffen, ist gegen ihr eigenes Selbstverständnis nichts einzuwenden, außer dem Umstand, dass – z.B. – die Zusatzbezeichnung Homöopathie vom DÄT gebilligt worden ist und dass die anthroposophische Medizin sich als Komplementärmedizin versteht, sich also nicht in einen Gegensatz zur Schulmedizin stellen will.

- c. Abs. 3 äußert Bedauern zur Rechtslage, die sich nicht auf einen singulären Medizinstandard festgelegt hat. Der Gesetzgeber hat anthroposophische Medizin, Homöopathie und Phytotherapie als besondere Therapierichtungen anerkannt, vgl. dazu im Einzelnen Zuck, NZS 1999, 311; ders. Homöopathie und Verfassungsrecht, 2005). Das spielt eine Rolle bei der Behandlung der zweiten Frage. Zum einen ist von dieser Rechtslage auszugehen. Zum anderen ist noch einmal der Standardbegriff in Erinnerung zu rufen, siehe oben B IV 1. Er erfasst auch die Akzeptanz in der Profession. Wenn und soweit die besonderen Therapierichtungen in der Gesetzgebung anerkannt worden sind, kann es nicht auf allgemeine (schulmedizinische) Vorgaben ankommen. Es muss vielmehr immer eine Rolle spielen, was in der besonderen Therapierichtung allgemein anerkannt ist. Das enthebt zwar nicht von der Information über die allgemeinen Inhalte, die sich – z.B. – aus STIKO-Empfehlungen ergeben. Es enthebt auch nicht von der Pflicht, diese Empfehlungen fair darzustellen, und es enthebt nicht davon, sich zu vergewissern, wenn denn die Kritik an STIKO-Empfehlungen auf die besondere Auffassung einer besonderen Therapierichtung zurückgeht, ob diese Kritik deren allgemeine Auffassung ist. Alle diese einschränkenden Bemerkungen ändern aber nichts daran, dass es für die berufsrechtliche Würdigung des Verhaltens eines Arztes im Bereich des Impfbeschlusses nicht mit dem Hinweis auf die „vorherrschende Ansicht in den Kreisen der wissenschaftlichen Medizin“ getan ist.
4. Einfach-rechtlich bemessen sich die Sorgfalts- und Qualitätssicherungspflichten des Arztes nach folgenden Regeln:
 - a. Die anzuwendende Sorgfalt ergibt sich aus dem objektiv-typischen Standard im besonderen Verkehrskreis, vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rn. 144; Broglie, in: Ehlers/Broglie, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 736. Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag ist die therapeutische Aufklärung. Der Arzt schuldet dem Patienten die erforderlichen Hinweise über Notwendig-

keit und Ziele der Behandlung, aber auch über die Nebenwirkungen (Risikoaufklärung, siehe dazu Kamps, in: Rieger, Lexikon des Arztrechts, Stand 2002, Nr. 4715, Rn. 21, Rn. 26 ff.) und über mögliche Alternativen. Die therapeutische Aufklärung dient insoweit der Sicherung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. Die Rechtsfolgen einer (schuldhaften) Sorgfaltspflichtverletzung ergeben sich aus dem Zivil- und Strafrecht. Beruflich verpflichtet die regionale Umsetzung von § 11 MBO den Arzt zur gewissenhaften Versorgung mit geeigneten Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, übernimmt also die zivilrechtlichen Maßstäbe, vgl. Ratzel, in: Ratzel/Lippert, MBO, 4. Aufl. 2006, Rn.2 zu § 11 MBO. Vertragsarztrechtlich ist § 2 I 3 SGB V maßgebend: „Die Behandlungsmethoden haben dem allgemein anerkannten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen“. Der anerkannte Stand entspricht der Auffassung der überwiegenden Mehrheit, qualitativ kommt es auf die Fachkompetenz derjenigen an, die den Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis bestimmt haben. Der Hinweis auf den medizinischen Fortschritt macht deutlich, dass der Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis nicht festgeschrieben ist, vgl. dazu Noftz, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand 2004, Rn. 60 ff. zu § 2 SGB V.

- b. Qualitätssicherung ist Gegenstand regionaler Kammergesetze, die die Ärzte zur Mitwirkung an Qualitätssicherungsmaßnahmen verpflichten, vgl. etwa § 30 II HeilbKG BW. Umgesetzt wird das in den Satzungsregelungen der Landesärztekammern, entsprechend § 5 MBO. Das Vertragsarztrecht nimmt das in § 135a I 2 SGB V auf: „Die Leistungen müssen dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse entsprechen und in der fachlich gebotenen Qualität erbracht werden“. Der GBA hat mit Beschluss vom 18.10.2005 entsprechend § 136a SGB V die grundlegenden Anforderungen an das Qualitätsmanagement der vertragsärztlichen Versorgung verbindlich geregelt, BAnZ Nr. 248 vom 31.12.2005, S. 17329, siehe zu alledem auch die Übersicht bei Seewald, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, 631. Zur Bindung des Arztes an Anforderungen der Qualitätssicherung vgl. früher schon Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 39, Rn. 9. Zu den Grundelementen eines einrichtungsbezogenen Qualitätsmanagements gehört danach im Bereich der Patientenversorgung (u.a.) die Ausrichtung der Versorgung an fachlichen Standard und Leitlinien entsprechend dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse, § 3., Nr. 1a QMRL.
5. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Anwendung des einfachen Rechts, insbesondere des ärztlichen Berufsrechts, können sich aus den verfassungsrechtlich fundierten Vorgaben der ärztlichen Therapiefreiheit (a), des Selbstbestimmungsrechts des Patienten (b) und der Wissenschaftsfreiheit (c) ergeben.
- a. Die Therapiefreiheit

Der Grundsatz der ärztlichen Therapiefreiheit besagt, dass kein Arzt zu einer seinem ärztlichen Gewissen widersprechenden Behandlungsmethode gezwungen werden kann. Das folgt aus § 1 II BÄO und § 2 I, II MBO, und ist verfassungsrechtlich durch Art. 12 I GG gesichert, vgl. Zuck, ZaeFQ, 2005, 263 (267). Es ist freilich darauf aufmerksam zu machen, dass unter den Vorgaben des Prinzips der Verhältnismäßigkeit Art. 12 I GG beschränkt wird. Vernünftige Gründe des Gemeinwohls erlauben deshalb eine Einschränkung der Therapiefreiheit durch den Gesetzgeber. Der Grundsatz der ärztlichen Therapiefreiheit bleibt aber als Hintergrund aller Behandlungsmaßnahmen gleichwohl zu berücksichtigen. Das einschlägige einfache Recht ist im Lichte des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) verfassungskonform auszulegen und anzuwenden.

b. Selbstbestimmungsrecht des Patienten

Gegenüber einer neopaternalistischen Medizin, vgl. Feuerstein/Kuhlmann, Neopaternalistische Medizin, 1999, behält der Patient das Letztentscheidungsrecht, verfassungsrechtlich gesichert durch Art. 1 I, Art. 2 I GG, siehe dazu Stern, Staatsrecht IV/1, 2006, 27 unter Hinweis auf Hollenbach, Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis, 2003 und BGHZ 106, 391 (397). Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten schützt dessen Entscheidungsfreiheit über seine körperliche Integrität. Freilich ist auch der Patient in die allgemeine Rechtsordnung eingebunden, insbesondere stehen ihm keine subjektiven Ansprüche auf jeweils konkrete Leistungen durch die GKV zu, siehe dazu Zuck, ZaeFQ 2005, 263 (265) unter Hinweis auf BVerfG(K), NJW 1998, 1775 (1776).

c. Wissenschaftsfreiheit

Art. 5 III GG gewährleistet die Wissenschaftsfreiheit. Jeder, der wissenschaftlich tätig ist (und das ist nicht nur der Hochschullehrer) genießt danach Schutz vor staatlichen Einwirkungen auf den Prozess der Gewinnung und Verwertung wissenschaftlicher Erkenntnisse. Art. 5 III GG schützt dabei nicht eine bestimmte Wissenschaft oder eine bestimmte Wissenschaftstheorie. Der Schutz des Grundrechts hängt infolgedessen weder von der Richtigkeit der Methode und der Ergebnisse ab noch von der Stichhaltigkeit und Vollständigkeit der Argumente, BVerfGE 90. 1 (12); Zuck, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2005, § 2, Rn. 69 ff.

6. Die Konsequenzen der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für eine Umsetzung des Impfbeschlusses des 109. DÄT auf der Basis des geltenden Rechts, also de lege lata, sind wie folgt zu ziehen:

a. Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten stehen nicht in einer vorgegebenen Harmonie zueinander. Sicher kann der Patient dem Arzt keine Behandlung gegen die Regeln der ärztlichen Kunst abverlangen. Sicher rechtfertigt die Therapiefreiheit keine unsachgerechte Behandlung. Für die

Beurteilung des Impfbeschlusses bleiben aber, unabhängig von dieser Problematik, beide Grundsätze weitgehend unergiebig.

Der Impfbeschluss richtet sich an das Handeln des Arztes. Mag der Verzicht auf eine Masernimpfung dem Wunsch des Patienten entsprechen, so ergibt sich hieraus allein noch kein kunstgerechter Verzicht auf die Impfung. Der Wunsch des Patienten wird erst entscheidungserheblich, wenn dieser ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist. Es ist also nicht das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, das den Maßstab dafür bildet, wie der Arzt den Patienten informiert. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten erweist sich insoweit als abhängig von Informationsvorgaben und trägt deshalb alleine die verfassungsrechtliche Beurteilung nicht.

Eindeutiger erscheint die Gewichtung der ärztlichen Therapiefreiheit. Der Arzt kann nicht gezwungen werden, gegen sein Gewissen zu therapieren. Hat er also die gesicherte Überzeugung gewonnen, dass besser nicht (gegen Masern) geimpft würde (und es geht hier nur um die generelle Entscheidung, nicht um die Frage, ob im konkreten Einzelfall besser nicht geimpft würde), so darf er auf jeden Fall diese Überzeugung vertreten, und, weil dies seine Gewissensentscheidung ist, kann man – genauer gesagt – hinzufügen: er muss es sogar. Das ist aber nur ein Teil des Entscheidungsvorgangs. Es darf nicht übersehen werden, dass, wie gezeigt, die STIKO-Empfehlung den medizinischen Standard wiedergibt. Damit sind zwei Konsequenzen verbunden. Der Arzt ist im Rahmen der Aufklärung zunächst gehalten, den Standard zutreffend darzustellen, zusammen mit den standardimmanenten Risiken. Die eigene Auffassung des Arztes wird, wenn man von den Prämissen des Impfbeschlusses ausgeht, aber deutlich weiterreichen, weil sie schon den Standard selbst in Frage stellt. Folgt man der herrschenden Meinung, so ist das abweichend vom Standard nur zulässig, wenn es „ernsthafte“ Kritik am Standard gibt. Das muss man so verstehen, dass gewichtige, durch Untersuchungen bestätigte Einwände gegen den Standard bestehen, im vorliegenden Fall dann mit der erzwungenen Ergebnis, den Patienten dahingehend aufzuklären, er verzichte besser auf die Impfung. Die Beweislast für das Vorliegen ernsthafter Einwände gegen den Standard trägt, mit allen zivil-, straf- und berufsrechtlichen Folgen der behandelnde Arzt. Auch das ist aber noch nicht alles. Im Bereich der anerkannten besonderen Therapierichtungen wird für das Vorliegen solcher ernsthaften Einwände es schon für genügend angesehen, dass innerhalb der jeweiligen besonderen Therapierichtung eine Binnenanerkennung für die Kritik am Standard gegeben ist. Es ist also eine von der überwiegenden Mehrheit der maßgebenden Fachleute der besonderen Therapierichtung getragene Auffassung erforderlich, um davon auszugehen, dass ernsthafte Einwände gegen den Standard vorliegen, wenn man also will, ein Besonderer-Therapierichtungs-Standard. Auch dafür trägt aber der behandelnde Arzt die Beweislast. Insbesondere die anthroposophische Medizin wird sich mit diesem Erfordernis nicht leicht tun, weil sie als Komplementärmedizin auf der Schul-

medizin aufbaut, und deshalb deren wissenschaftliche Erkenntnisse jedenfalls nicht grundsätzlich in Zweifel zieht. Folgt der Arzt diesen Regeln, wird es keinen Anlass für rechtliche Schritte gegen ihn, welcher Art auch immer, geben.

- b. Soweit der Impfbeschluss die Teilnahme des Arztes an der wissenschaftlichen Diskussion erfassen will, verstößt er gegen Art. 5 III GG. Der Arzt kann nicht gehindert werden, seine wissenschaftliche Meinung in Leserbriefen, sonstigen Veröffentlichungen und Diskussionsbeiträgen zu Gehör zu bringen, auch wenn diese Äußerungen „explizit und wiederholt“ gegen STIKO-Empfehlungen/Empfehlungen nach § 20 III IfSG gerichtet sind.

7. Als Ergebnis ist deshalb als Antwort auf Frage 2 festzuhalten:

- a. Berufsrechtliche Maßnahmen auf der Basis des geltenden Rechts sind gegen einen Arzt, der sich gegen den Impfbeschluss des 109. DÄT im Rahmen einer wissenschaftlichen Diskussion äußert, ausgeschlossen. Das ergibt sich aus dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 III GG.
- b. Im Rahmen der ärztlichen Behandlung muss der Arzt den Patienten über den medizinischen Standard und die mit ihm verbundenen Risiken aufklären. Die Empfehlungen der STIKO gehören zum medizinischen Standard. Da der Arzt wegen der durch Art. 12 I GG gewährleisteten Therapiefreiheit nicht gezwungen werden kann, gegen sein Gewissen zu handeln, darf er ernsthafte Einwände gegen den medizinischen Standard äußern und den Patienten darüber informieren, auch aus der besonderen Sicht der von ihm vertretenen besonderen Therapie-richtung. Er trägt aber auch hier die Beweislast dafür, dass solche ernsthaften Einwände über seine persönliche Überzeugung hinaus gegeben sind.

III.

Welche verfassungsgerichtlichen Grenzen bestehen für Veränderungen regionalen Kammerrechts (Satzungsrechts), die durch eine etwaige „Umsetzung“ des Impfbeschlusses des 109. DÄT verursacht werden?

1. Die verfassungsrechtlichen Grundsätze entsprechen den unter C II 2 dargestellten. Zu beachten sind also Art. 1 I, 2 I GG (Selbstbestimmungsrecht des Patienten), Art. 12 I GG (ärztliche Therapiefreiheit) und Art. 5 III GG (Wissenschaftsfreiheit). Da es hier um die Änderung der Gesetzeslage (Satzungen sind Gesetze im materiellen Sinn) geht, muss zusätzlich beachtet werden, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten durch den Umstand besonders qualifiziert wird, dass die übliche Masernimpfung bei Kindern stattfindet, die noch nicht selbst über ihr Schicksal entscheiden können. Es hat bislang keine Veranlassung bestanden, im Rahmen der für diese gutachtliche Äußerung beschränkten Fragestellung auf den Umstand näher einzugehen, dass der hier oft erwähnte Patient durch den Personensorgeberechtigten repräsentiert wird.

Die im Text der Einfachheit halber verwendete Formulierung „Sorgeberechtigter“ enthält eine doppelte Verkürzung: Es geht nur um die Personensorge, und in der Regel haben wir es mit mehreren Sorgeberechtigten, nämlich den Eltern, zu tun. § 1626 BGB macht deutlich, dass für diese in diesem Zusammenhang zu treffenden Einschränkungen das Wohl des Kindes der ausschlaggebende Maßstab ist, vgl. dazu Ziegler, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 2006, Rn. 2 zu § 1626 BGB. Damit wird ein weiterer Grundrechtssachverhalt eingeführt, nämlich Art. 6 II GG, der den Eltern, was die Berücksichtigung des Wohls des Kindes angeht, eine verfassungsrechtliche Pflicht auferlegt, vgl. Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Rn. 31 ff. zu Art. 6 GG. Dass Art. 6 II GG erst an dieser Stelle der gutachtlichen Äußerung erwähnt wird, hat nichts mit der Bedeutung der Berücksichtigung des Wohls des Kindes zu tun, sondern allein mit dem Umstand, dass Art. 6 II GG insoweit das Selbstbestimmungsrecht des Patienten näher strukturiert, und zwar dadurch, dass das durch den Sorgeberechtigten wahrgenommene Selbstbestimmungsrecht weiter gebunden (und damit von den eigenen Überzeugungen des Sorgeberechtigten entfernt) wird, dass all dies aber nur eine geringe Bedeutung hat, weil das Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Ergebnis, wie gezeigt, bei der Berücksichtigung der Sach- und Rechtslage nur eine geringe Rolle spielt, siehe oben C II 5 b, 6 a.

2. Ein Anhaltspunkt für die Änderung der gesetzlichen Rechtslage ist nicht ersichtlich.
 - a. Die wissenschaftliche Meinungsfreiheit kann wegen Art. 5 III GG nicht zu Lasten der Ärzte eingeschränkt werden. Was dazu bei C II 6 b ausgeführt worden ist, gilt entsprechend.
 - b. Für die Befolgung der ärztlichen Pflichten aus dem Behandlungsvertrag und den Inhalt der Impfbehandlung bedarf es keiner Änderung der Rechtslage. Das geltende Recht enthält klare und allgemein anerkannte Maßstäbe für die Beurteilung ärztlicher Sorgfalts- und Qualitätssicherungspflichten.
 - c. Es mag sein, dass sich explizite ärztliche Impfgegner vor allem im Bereich der Homöopathie und der anthroposophischen Medizin finden. Da die besonderen Therapierichtungen, die eher auf einer experience based medicine als auf einer evidence based medicine aufbauen, vom Gesetzgeber im AMG, SGB V und in der GOÄ anerkannt worden sind, liegt eine systematische Grundentscheidung des Gesetzgebers vor, die dem Pluralismus in der Medizin Rechnung trägt. Es wäre deshalb systemwidrig, diese Grundentscheidung durch gesetzliches Sonderrecht zu unterlaufen, das es den Vertretern dieser besonderen Therapierichtungen verbieten würde, auf ihre Besonderheiten im Rahmen ihrer Behandlungsmethoden hinzuweisen. Ein solches allgemeines Sonderrecht verstieße gegen Art. 12 I GG, Art. 3 I GG. Damit das nicht missverstanden wird: Das ändert nichts daran, dass auch die Angehörigen der besonderen Therapierichtungen an die allgemeinen Sorgfalts- und Qualitätssicherungspflichten bei der Ausübung des ärztlichen Berufs gebunden sind, siehe oben C II 6 a.

3. Die zusammengefasste Antwort auf Frage 3 lautet deshalb:
- a. Eine Änderung des geltenden Satzungsrechts mit Ziel, ärztlichen Impfgegnern zu verbieten, „explizit und wiederholt“ ihre Kritik im Rahmen der wissenschaftlichen Diskussion zu äußern, verstößt gegen Art. 5 III GG (Wissenschaftsfreiheit).
 - b. Im Rahmen der ärztlichen Behandlung besteht kein Bedarf für eine Satzungsänderung. Das geltende Recht reicht aus, für die Einhaltung der ärztlichen Sorgfalt- und Qualitätssicherungspflichten zu sorgen. Das geltende Satzungsrecht erlaubt es auf der anderen Seite Kritikern der STIKO-Empfehlungen, im Rahmen des allgemeinen Standard-Rechts abweichende Äußerungen auch in die ärztliche Aufklärung einzubringen.

D. Zusammenfassung

I. Zu Frage 1:

Der Impfbeschluss des 109. DÄT zu berufsrechtlichen Sanktionen gegenüber Ärzten ist rechtlich ein Nullum. Tatsächlich muss man aber mit seiner Umsetzung in Rechtsakte rechnen.

II. Zu Frage 2:

1. Berufsrechtliche Maßnahmen auf der Basis des geltenden Rechts sind gegen einen Arzt, der sich gegen den Impfbeschluss des 109. DÄT im Rahmen der wissenschaftlichen Diskussion äußert, ausgeschlossen. Das ergibt sich aus dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 III GG.
2. Im Rahmen der ärztlichen Behandlung muss der Arzt den Patienten über den medizinischen Standard und den mit ihm verbundenen Risiken aufklären. Die Empfehlungen der STIKO gehören zum medizinischen Standard. Da der Arzt wegen der durch Art. 12 I GG gewährleisteten Therapiefreiheit nicht gezwungen werden kann, gegen sein Gewissen zu handeln, darf er über ernsthafte Einwände gegen den medizinischen Standard informieren, auch aus der besonderen Sicht der von ihm vertretenen besonderen Therapierichtung. Er trägt aber die Beweislast dafür, dass solche ernsthaften Einwände gegeben sind.

III. Zu Frage 3

1. Eine Änderung des geltenden Satzungsrechts mit dem Ziel, ärztlichen Impfgegnern zu verbieten, „explizit und wiederholt“ ihre Kritik im Rahmen der wissenschaftlichen Diskussion zu äußern, verstößt gegen Art. 5 III GG (Wissenschaftsfreiheit).
2. Im Rahmen der ärztlichen Behandlung besteht kein Bedarf für eine Satzungsänderung. Das geltende Recht reicht aus, die Einhaltung der ärztlichen Sorgfalts- und Qualitätssicherungspflichten zu sichern. Das geltende Satzungsrecht erlaubt auf der anderen Seite Kritikern der STIKO-Empfehlungen, im Rahmen des Standard-Rechts abweichende Äußerungen in die ärztliche Aufklärung einzubringen.

Stuttgart, den 06.09.2006

- Prof. Dr. Rüdiger Zuck –
Rechtsanwalt

N:\SC\06_Sep\RZ-Gutachten zum Impfbeschluss.doc