

Lorenz Langer

Immunitätsnachweis, Impfpass und Impfobligatorium

Rechtliche und andere Überlegungen zur Corona-Pandemie in der Schweiz

In der Schweiz und anderswo sind die Corona-Impfkampagnen angelaufen; parallel dazu gelten aber zahlreiche pandemiebedingte Einschränkungen weiter, ja werden aufgrund neuer Virusvarianten noch verschärft. Als Folge wurde wiederholt gefordert, dass die Impfung eine individuelle Lockerung von epidemiologischen Massnahmen ermöglichen soll. Dieser Aufsatz untersucht die Zulässigkeit von Impfnachweiserfordernissen sowohl unter Privaten wie von staatlicher Seite und geht auch auf die Frage der Impfpflicht ein. Zugleich wird die praktische Relevanz einer Impfdiskussion angesichts der solipsistischen Haltung der Schweiz in der Pandemie kritisch hinterfragt.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht, Grundrechte, Rechtsgleichheit.

Verfahrensgarantien. Willkürverbot, Heilmittel, Medizinprodukte,

Lebensmittel, Patientenrechte, Persönlichkeitsrechte, Gesundheitssystem,

Gesundheitspolitik

Zitiervorschlag: Lorenz Langer, Immunitätsnachweis, Impfpass und Impfobligatorium, in:
Jusletter 1. Februar 2021

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Private Impfausweise
 - 2.1. Relevanz der Abgrenzung von privater und hoheitlicher Tätigkeit
 - 2.2. Beispiele für eine mögliche Nachweispflicht im Privatverkehr
 - 2.3. Rechtliche Beurteilung
 - 2.3.1. Im Detailhandel und bei Dienstleistungen
 - 2.3.1.1. Grundsatz der Privatautonomie und spezialgesetzliche Einschränkungen
 - 2.3.1.2. Kontrahierungspflicht?
 - 2.3.1.3. Konkrete Ausgestaltung einer Nachweispflicht
 - 2.3.1.4. Weitere gesetzliche Vorgaben?
 - 2.3.2. Impfpflicht im Arbeitsrecht
3. Staatlich sanktionierte Erfordernis eines Impfnachweises
 - 3.1. Wer erfüllt «staatliche Aufgaben»?
 - 3.2. Staatliche Eingriffe im Kontext der Covid-19-Impfung
 - 3.2.1. Impf- oder Immunitätsnachweis
 - 3.2.1.1. Lockerung der Massnahmen
 - 3.2.1.2. Selektiver Zugang zu bestimmten Angeboten
 - 3.2.1.3. «Privilegierung» der Geimpften?
 - 3.2.2. Staatliches Impfbobligatorium
 - 3.2.2.1. Öffentliches Interesse und Interessen Dritter
 - 3.2.2.2. Verhältnismässigkeit und das Kriterium der Eignung
4. Die Schweiz in der Pandemie
 - 4.1. Das Virus aus dem Orient
 - 4.2. Helvetischer Solipsismus – oder: Ich mach' mir die Welt...
5. Fazit

1. Einleitung

[1] Bereits am Silvestertag versandte der designierte Bundespräsident GUY PARMELIN via Twitter seine Neujahrswünsche und verlieh zugleich seiner Hoffnung Ausdruck, dass wir bald eine gewisse Normalität in unserem Alltag wiederfinden.¹ Nun stirbt die Hoffnung bekanntlich zuletzt, und noch am Grabe pflanzt der Mensch sie auf.² Vielleicht gerade deshalb sollte Hoffnung auf Besserung nicht die einzige oder erste Reaktion angesichts einer Pandemie sein, sondern durch konkretere Massnahmen nach Kräften unterstützt werden. Aber auch ein Jahr, nachdem das Coronavirus sich mit hoher Geschwindigkeit weltweit ausgebreitet hat, herrscht keineswegs Einigkeit über die Art und Intensität dieser Massnahmen. Derweil bleiben in zahlreichen Ländern die Fallzahlen hoch; die sogenannte «zweite Welle» der Covid-19-Infektionen ebbt nicht ab, ja ist teilweise schon in eine dritte Welle übergegangen. Bei den Fallzahlen im Verhältnis zur Bevölkerungsgrösse nimmt die Schweiz international weiterhin einen Spitzenplatz ein;³ umgekehrt proportional dazu blieben im Vergleich zu ähnlich betroffenen Ländern hingegen lange die pandemiebedingten Einschränkungen des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens.

¹ GUY PARMELIN, @ParmelinG, 31. Dezember 2020, <https://twitter.com/ParmelinG/status/1344714034889842689>: «... dans l'espoir que nous pourrions bientôt retrouver une certaine normalité dans notre quotidien.»

² FRIEDRICH VON SCHILLER, Hoffnung (1797), Gedichte, Leipzig 1800, S. 205.

³ Für die chronologische Entwicklung der Fälle im Verhältnis zur Einwohnerzahl siehe beispielsweise <https://ourworldindata.org/coronavirus#coronavirus-country-profiles>.

[2] Mit der Zulassung von Impfstoffen konkretisiert sich nun zwar die vom Bundespräsidenten geäusserte Hoffnung auf baldige Normalisierung. Vorausgesetzt, man vertraut wissenschaftlicher Expertise, müssten dazu aber zwei zentrale Voraussetzungen erfüllt sein: Zuerst werden Impfdosen in genügender Zahl benötigt, und für eine wirksame Impfkampagne müssten sich anschliessend auch genügend Menschen impfen lassen.⁴

[3] In Bezug auf die erste Bedingung gab der Start dieser Kampagne nicht zu Optimismus Anlass. Obwohl die Zulassung des ersten Impfstoffes absehbar sein musste, wurden sowohl Bund und Kantone davon «überrumpelt».⁵ Es folgten sich wiederholt ändernde Informationen über den jeweiligen Impfstoff in den verschiedenen Kantonen;⁶ bei Beginn der Impfungen war weder der Anmeldeprozess noch die Logistik ausgereift.⁷ Ausserdem zeichnet sich ab, dass auch nach einer Impfung die bisherigen Schutzmassnahmen weiterhin nötig sein werden, selbst wenn der Prozentsatz der Geimpften rasch wachsen sollte.⁸

[4] Die entsprechende mittel- und längerfristige Impfnachfrage bleibt vorerst ebenfalls unklar – was sich etwa in der Zielsetzung des Bundesamts für Gesundheit äussert, sechs Millionen Menschen zu impfen «oder alle, die das wünschen».⁹ In Europa nahm die Impfbereitschaft ab, je mehr sich die Verfügbarkeit von Impfstoffen konkretisierte.¹⁰ Die Schweiz gehört zu den Ländern mit der tiefsten Bereitschaftsrate; diese hat «mit dem Höhepunkt der zweiten Welle einen Tiefpunkt erreicht».¹¹ Nach einem «markanten Anstieg» würden sich gemäss aktuellen Erhebungen nun 41% der Befragten impfen lassen.¹² Ausgerechnet beim Pflegepersonal liegen die Werte aber weiterhin deutlich tiefer, obwohl dieses gemäss der Impfstrategie als Risikogruppe prioritär geimpft werden soll.¹³

⁴ ALAN NIEDERER, Wer soll wann geimpft werden?, Neue Zürcher Zeitung, 12. Dezember 2020, S. 53.

⁵ SWISSMEDIC und BAG erklären rasche Impfstoff-Zulassung, Start in den nächsten Tagen, Tages-Anzeiger Online, 19. Dezember 2020, <https://www.tagesanzeiger.ch/berset-in-den-naechsten-tagen-wird-mit-dem-impfen-begonnen-643488728961>.

⁶ Vgl. etwa Kanton Aargau, Coronavirus (Covid-19) – Kanton Aargau setzt Impfstrategie des Bundes um, Medienmitteilung, 21. Dezember 2020, Aarau, https://www.ag.ch/de/aktuelles/medienportal/medienmitteilung/medienmitteilungen/mediendetails_156354.jsp, wo der Start der Impfungen von einer zuvor kaum diskutierten «IT-Lösung des Bundes» abhängig gemacht wurde.

⁷ JAN HUDEC/FABIAN BAUMGARTNER, Corona-Impfstoff wird aufgetaut ausgeliefert, Neue Zürcher Zeitung, 8. Januar 2021, S. 1; NADINE MARKWALDER, Die Corona-Impfungen im Kanton Zürich haben begonnen, Regionaljournal Zürich Schaffhausen, 4. Januar 2021, <https://www.srf.ch/audio/regionaljournal-zuerich-schaffhausen/die-corona-impfungen-im-kanton-zuerich-haben-begonnen?id=11907728>.

⁸ STEPHANIE LAHRTZ, Sars-CoV-2-Ausbruch bei geimpften Altersheimbewohnern, NZZ Online, 8. Januar 2021, <https://www.nzz.ch/panorama/sars-cov-2-ausbruch-bei-geimpften-altersheimbewohnern-ld.1595459> (Infektion vor Wirksamkeit der Impfung).

⁹ FRANZISKA PFISTER, Bis im Sommer sollen in der Schweiz alle geimpft sein, NZZ am Sonntag, 6. Dezember 2020, S. 1.

¹⁰ Covid Vaccines: Coming Soon, Economist, 12. Dezember 2020, S. 23–24.

¹¹ Sotomo, COVID-19-Präventionsmassnahmen: Informationsstand, Einstellungen und Verhalten, Bericht zur Wirkungsmessung von Ende Oktober 2020 im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG, 27. November 2020, S. 21.

¹² PHILIPP SCHNEIDER, Impfbereitschaft in der Schweiz nimmt markant zu, 6. Corona-Umfrage der SRG, SRF, 15. Januar 2021, <https://www.srf.ch/news/schweiz/6-corona-umfrage-der-srg-impfbereitschaft-in-der-schweiz-nimmt-markant-zu>.

¹³ Eidgenössische Kommission für Impffragen, Covid-19-Impfstrategie (Stand 24. Dezember 2020), Bundesamt für Gesundheit, Dezember 2020, S. 7 Tabelle 2 (unter Bezugnahme auf Strategic Advisory Group of Experts on Immunisation, WHO SAGE Roadmap for Prioritizing Uses of COVID-19 Vaccines in the Context of Limited Supply, World Health Organisation, Genf, 13. November 2020. Zur Impfbereitschaft des Pflegepersonals siehe unten, Fn. 134.

[5] Wenig hilfreich dürfte in diesem Zusammenhang die bereits im Sommer losgetretene Debatte um ein Impfblogatorium bzw. einen «Impfzwang» sein.¹⁴ Noch bevor ein wirksamer Impfstoff überhaupt absehbar war, widmeten die Medien diesem Thema bereits beträchtliche Aufmerksamkeit¹⁵ – obwohl die Einführung eines solchen Obligatoriums für weite Bevölkerungskreise bis auf Weiteres völlig unrealistisch bleibt. Zwar hätte der Bundesrat die Kompetenz, zumindest selektiv eine Impfpflicht einzuführen; er hat aber stets betont, dass die Impfung grundsätzlich freiwillig bleiben soll.¹⁶ Vergegenwärtigt man sich die Debatten um das Proximity-Tracing-System (die sogenannte *SwissCovid-App*), wird – *a minore ad maiorem* – auch die politische Unmöglichkeit einer Impfpflicht deutlich: Wenn bereits beim Installieren einer Applikation jeglicher Druck auch von privater Seite gesetzlich verboten wird, so bleibt das explizite staatliche Gebot einer Impfung erst recht illusorisch.¹⁷

[6] Die im vergangenen Frühjahr ohnehin noch hypothetischen Impfdiskussionen wurden aber dankbar und sozusagen präventiv von Impfgegnern aufgenommen, die im Anschluss eine Volksinitiative «Für Freiheit und körperliche Unversehrtheit» lancierten.¹⁸ Dieser allgemeine Titel allein findet sich jedoch nur auf der Unterschriftenliste, welche bei der Bundeskanzlei eingereicht wurde. Das Komitee selbst firmiert unter der Bezeichnung «Komitee STOPP Impfpflicht»,¹⁹ und sowohl auf der Internetpräsenz der Initianten wie auch auf den Unterschriftenbögen sticht primär der Slogan «STOPP Impfpflicht» mit entsprechender Illustration in die Augen.²⁰ Mit der Initiative soll Art. 10 BV um einen Absatz *2bis* ergänzt werden, wonach Eingriffe in die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person deren Zustimmung bedürften; Bestrafung und soziale oder berufliche Nachteile aufgrund einer Verweigerung dieser Zustimmung wären verboten.²¹

¹⁴ Die Begriffe Impfzwang, Impfpflicht und Impfblogatorium werden zumeist ohne Differenzierung verwendet. Es versteht sich von selbst, dass im Schweizer Kontext ein «Impfzwang» keinen physischen Zwang bedeutet (genauso wenig wie die Gurtenpflicht oder ein Helmblogatorium im Strassenverkehr). Auch ist die rechtliche Sanktionierung einer verweigerten, aber obligatorischen Impfung letzten Endes nicht direkt auf die faktische Durchsetzung des Obligatoriums gerichtet: Es folgt eine Busse, aber keine Impfung (so schon BGE 50 I 334). Dem Verfasser ist nur ein einziges historisches Beispiel eines physischen Impfzwangs bekannt: Ein Gesetz, das 1904 in Rio de Janeiro die Pockenimpfung mit militärischer Gewalt durchsetzen wollte, aber umgehend zu einer Revolte führte (JEFFREY D. C. NEEDELL, *The Revolta Contra Vacina of 1904*, *The Hispanic American Historical Review* 67/1987, S. 233 ff.). – Siehe zur Terminologie u.a. LORENZ LANGER, *Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 136 I/2017, S. 87 ff., S. 88; Schweizerischer Bundesrat, *Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 12. August 2020*, BBl 2020 6563; zuletzt (und wohl abschliessend) KERSTIN NOËLLE VOKINGER/NOAH ROHNER, *Impfblogatorium und Impfzwang – eine staatsrechtliche Würdigung*, *recht 4/2020*, S. 257 ff., S. 260–264, die zwischen zulässigem Impfblogatorium und unzulässigem Impfzwang unterscheiden.

¹⁵ DANIEL GERNY, *Der Bundesrat könnte eine Corona-Impfpflicht beschliessen*, *Neue Zürcher Zeitung*, 15. Mai 2020, S. 13; *Gibt es einen Impfzwang in der Schweiz?*, *Echo der Zeit*, SRF, 2. Juni 2020, <https://www.srf.ch/play/radio/echo-der-zeit/audio/gibt-es-einen-impfzwang-in-der-schweiz?id=2ffec594-7aa2-4942-b930-0f22cfabe938>; RUTH WITTWER, *Umstrittene Diskussion – Kann der Impfzwang in der Schweiz kommen?*, SRF, 7. Juni 2020, <https://www.srf.ch/news/schweiz/umstrittene-diskussion-kann-der-impfzwang-in-der-schweiz-kommen>; DANIEL STERN, *Die Angst vor der «Spritzendiktatur»*, *WochenZeitung WoZ*, 9. Juli 2020, S. 5.

¹⁶ Siehe beispielsweise Schweizerischer Bundesrat (Fn. 14), S. 6581 sowie zahlreiche Äusserungen von Mitgliedern des Bundesrats, der Covid-19-Taskforce und von Vertretern des Bundesamts für Gesundheit.

¹⁷ Zur *SwissCovid-App* siehe unten, Fn. 70.

¹⁸ Schweizerische Bundeskanzlei, Eidgenössische Volksinitiative «Für Freiheit und körperliche Unversehrtheit», BBl 2020 9103.

¹⁹ Schweizerische Bundeskanzlei (Fn. 18), S. 9104.

²⁰ *Freiheitliche Bewegung Schweiz, STOPP Impfpflicht*, 8. Januar 2020, Ostermundigen, <https://fbschweiz.ch/index.php/de/stopp-impfpflicht-de>; *Wir bestimmen, Stopp Impfpflicht*, 2020, Ostermundigen, <https://www.fbschweiz.ch/images/PDF/STOPP-Impfpflicht-VI-Onlinebogen-de-v2.pdf>.

²¹ Schweizerische Bundeskanzlei (Fn. 18), S. 9105.

[7] Letztere Bestimmung knüpft wohl auch an Überlegungen an, dass eine Impfung Voraussetzung wäre für die Inanspruchnahme gewisser staatlicher und/oder privater Leistungen, bzw. dass eine Impfverweigerung zu einem spiegelbildlichen Ausschluss von solchen Leistungen führen würde. Entsprechende Bedenken wurden bereits im Zusammenhang mit der *SwissCovid-App* geäußert und führten zu einer gesetzlichen Sonderregelung.²² Tatsächlich wurde schon im Frühjahr in den Medien vorgeschlagen, den Zugang zu gewissen Angeboten vom Impfstatus abhängig zu machen.²³ Auftrieb und Aufmerksamkeit erhielten entsprechende Überlegungen aber erst, nachdem ALAN JOYCE, CEO der australischen Fluggesellschaft Qantas, im November 2020 in einem Interview ankündigte, für internationale Flüge nur Passagiere mit Impfung zuzulassen, sobald diese erhältlich sei.²⁴ JOYCE äusserte auch die Überzeugung, dass andere Fluggesellschaften ebenfalls entsprechende Vorschriften erlassen würden.²⁵

[8] Im Anschluss wurden ähnliche Vorschläge auch in der Schweiz gemacht, etwa durch RUTH HUMBEL, Präsidentin der nationalrätlichen Gesundheitskommission, welche die Einführung eines Impfausweises anregte, dessen Träger etwa wieder Grossanlässe besuchen oder reisen könnten.²⁶ Sie stellte auch einen entsprechenden Vorstoss im Parlament in Aussicht, der bisher aber nicht erfolgte. In der anschliessenden medialen Diskussion wurde eine solche «Privilegierung» von Geimpften mehrheitlich abgelehnt, da so die Gefahr einer Zweiklassengesellschaft bestünde.²⁷ In Bezug auf eine entsprechende Konditionalität privater Dienstleistungen meinte hingegen Bundespräsident PARMELIN etwas zirkulär, wenn dies «rechtlich haltbar» sei, «soll[e] man das machen dürfen».²⁸ Die rechtliche Zulässigkeit wurde aber unterschiedlich beurteilt; während sie teilweise (unter Berücksichtigung bestehender gesetzlicher Vorbehalte) bejaht wurde,²⁹ verneinte sie etwa der eidgenössische Datenschutzbeauftragte.³⁰

[9] Parallel zu dieser Frage – und nicht immer deutlich davon differenziert³¹ – wird auch die Möglichkeit eines «Immunitätsausweises» diskutiert. Hier würde der Nachweis bzw. die Bestätigung von Antikörpern gegen Covid-19-Erreger im Blut eines Individuums zur Aufhebung gewisser Beschränkungen führen. Ein Bericht der Schweizer Covid-19-Taskforce äusserte sich schon früh sehr kritisch zu dieser Option, wobei hier primär ein staatlich sanktionierter Ausweis Gegen-

²² Unten, Fn. 70.

²³ PETER BODENMANN, Im Oktober alle zwangsimpfen?, *Weltwoche*, 23. April 2020, S. 16: «Wer sich impfen lässt, bekommt eine App, mit der der oder die Geimpfte ungehindert Restaurants, Bars und Massagesalons benutzen darf – und im Gegensatz zu den Impfverweigerern ohne Maske SBB und Geschäfte nutzen kann».

²⁴ TRACY GRIMSHAW, A Current Affair, *9Now*, 23. November 2020.

²⁵ «I think that's going to be a common thing talking to my colleagues in other airlines around the globe.» (GRIMSHAW [Fn. 24]). Stand 12. Januar 2021 fliegt Qantas aufgrund von staatlichen Corona-Massnahmen keine internationalen Destinationen an (mit einigen Ausnahmen in Neuseeland): Qantas, International Network Changes, 29. Dezember 2021, <https://www.qantas.com/ch/en/travel-info/travel-updates/coronavirus/qantas-international-network-changes.html>.

²⁶ KARI KÄLIN, Zum Fussballmatch dank dem Coronapass, *Aargauer Zeitung*, 21. November 2020, S. 2–3.

²⁷ KARI KÄLIN/BRUNO KNELLWOLF, Privilegien für Immune, *Aargauer Zeitung*, 21. November 2020, S. 1.

²⁸ CHRISTIAN DORER/SIMON MARTI, Bundespräsident Guy Parmélin: «Wir dachen, wir könnten das Virus meistern», *SonntagsBlick*, 3. Januar 2021, S. 2–5.

²⁹ So etwa ROGER BRÄNDLIN, Zutritt nur für Geimpfte: Private haben das Recht auf ihrer Seite, *SRF*, 29. Dezember 2020, <https://www.srf.ch/news/schweiz/diskussion-um-corona-impfung-zutritt-nur-fuer-geimpfte-private-haben-das-recht-auf-ihrer-seite> (Interview mit EVA MARIA BELSER); DANIEL GERNY, Ins Stadion und ins Restaurant bald nur noch mit Impfausweis?, *Neue Zürcher Zeitung*, 28. November 2020, S. 1.

³⁰ NORA DIBASSEY/RUEDI STUDER, «Seuchenbekämpfung ist nicht Aufgabe von Privaten»: Datenschützer Adrian Lobsiger fordert rasche Impf-Regelung, *Blick*, 28. Dezember 2020, S. 4.

³¹ Vgl. schon KÄLIN (Fn. 26).

stand der Überlegungen war;³² die WHO lehnte Antikörpernachweise zuerst aus immunologischen Gründen ab.³³ Gegen gelockerte Einschränkungen aufgrund von Immunität wurde zudem vorgebracht, dass davon möglicherweise auch Leute profitierten, welche zuvor Schutzmassnahmen ignoriert hatten, ja dass manche sich zu diesem Zweck künftig vielleicht sogar absichtlich ansteckten.³⁴

[10] Gemäss einer in Genf durchgeführten Studie könnte dennoch eine deutliche Mehrheit die Einführung eines solchen Ausweises zumindest für Reisen gutheissen; auch für eine Impfpflicht ergab sich eine knappe Mehrheit.³⁵ Und mit dem Kanton Graubünden hat inzwischen erstmals ein Gemeinwesen in der Schweiz eine teilweise Unterscheidung zwischen geimpften bzw. immunen und anderen Menschen eingeführt – bezeichnenderweise im touristischen Bereich: Reist jemand ein, der bereits zweimal geimpft oder nachweislich innerhalb der letzten drei Monate positiv auf das Coronavirus getestet wurde, so entfällt die Quarantäne, der sofortigen Abfahrt auf der Skipiste steht somit nichts im Wege.³⁶

[11] In anderen europäischen Ländern sind Pläne für Impfnachweise auf nationaler Ebene bereits weit fortgeschritten.³⁷ Zugleich wurde eine entsprechende Initiative auf Ebene der Europäischen Union lanciert.³⁸ Am 19. Januar 2021 hat die Kommission nun angekündigt, auf einheitlich und gegenseitig anerkannte Impffertifikate hinarbeiten: Ein solcher Ausweis sei von allergrösster Wichtigkeit und würde allen EU-Bürgern zugutekommen.³⁹

[12] Mit dem folgenden Beitrag möchte ich versuchen, die Prämissen dieser Diskussion deutlicher zu konturieren. Zu diesem Zweck wird zuerst in Abschnitt 2 eine klare kategoriale Unterscheidung getroffen zwischen der Erfordernis eines Impfausweises im Privatrechtsverkehr und einem Impfnachweis, an den der Staat direkte oder indirekte Rechtsfolgen knüpft. Einzelne privatrechtliche Verhältnisse werden mit Blick auf eine mögliche Ausweisexigenz kurz analysiert, insbesondere im Bereich von Dienstleistungen und Arbeitsverhältnissen. Dabei kommen auch

³² Siehe dazu unten bei Fn. 212.

³³ World Health Organisation, «Immunity passports» in the Context of COVID-19, Scientific Brief, Ref. no. WHO/2019-nCoV/Sci_Brief/Immunity_passport/2020.1, 24. April 2020, Genf. Vgl. jetzt aber TECK CHUAN VOO/ANDREAS A. REIS/CALVIN W.L. HO, Immunity certification for COVID-19, Bulletin of the World Health Organisation 99/2021 (peer-reviewed and accepted online pre-print), https://cdn.who.int/media/docs/default-source/bulletin/online-first/blt.20.280701.pdf?sfvrsn=9107e85b_3, S. 5 f.

³⁴ Siehe insbesondere zur Diskussion in Deutschland unten, Abschnitt 3.2.1.3.

³⁵ MAYSSAMA NEHME/SILVIAABC STRINGHINI/IDRISAB GUESSOUS, Perceptions of Immunity and Vaccination Certificates Among the General Population, Swiss Medical Weekly 2020, S. 1–3: 73% der Befragten befürworteten einen Immunitätsausweis für Reisen und 72% für die Einreise in ein Land, aber nur 32% für die Erlaubnis zu arbeiten; 55% hiessen eine Impfpflicht gut und 49% einen obligatorischen Impfnachweis. Dabei räumten 68% ein Potential für Diskriminierung ein und 28% die Gefahr absichtlicher Ansteckungen.

³⁶ Die Ausnahme gilt nicht für Einreisende aus Grossbritannien und Südafrika: FABIAN RENZ, Geimpfte Touristen dürfen sofort auf die Piste, Tages-Anzeiger, 15. Januar 2021, S. 3.

³⁷ Siehe u.a. SchengenVisaInfo, Denmark Plans to Introduce «Vaccine Passports» for Travelers Soon, 12. Januar 2021, <https://www.schengenvisa.info/news/denmark-plans-to-introduce-vaccine-passports-for-travelers-soon/>; Spain Plans to Establish «Vaccination Certificate» to Recover Tourism Sector, 19. Januar 2021, <https://www.schengenvisa.info/news/spain-plans-to-establish-vaccination-certificate-to-recover-tourism-sector/>.

³⁸ Greece Urges EU to Create «Vaccination Certificate» to Facilitate Travel, 13. Januar 2021, <https://www.schengenvisa.info/news/greece-urges-eu-to-create-vaccination-certificate-to-facilitate-travel/>.

³⁹ European Commission, Remarks by Vice-President MARGARITIS SCHINAS at the press conference on key actions for a united front to beat COVID-19, 19. Januar 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/speech_21_164. Der Europäische Rat schloss sich umgehend der Forderung nach «einem standardisierten und interoperablen Formular zum Impfnachweis» an: Videokonferenz der Mitglieder des Europäischen Rates, 21. Januar 2021, <https://www.consilium.europa.eu/de/meetings/european-council/2021/01/21/>.

die Grenzen zur Sprache, welche der Gesetzgeber der Privatautonomie in gewissen Bereichen gesetzt hat, und die zumindest partiell auch im vorliegenden Kontext zum Tragen kommen.

[13] Die Abgrenzung von Impfausweisen in privat- und öffentlich-rechtlichen Verhältnissen ist zwar aufgrund der je unterschiedlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen zentral; sie fällt in der Praxis aber nicht immer leicht. In Abschnitt 3 werden deshalb zuerst einige Rechtsverhältnisse diskutiert, deren entsprechende Zuordnung nicht eindeutig ist. Wichtiger ist aber die anschliessende Frage, ob und ggf. wie eine staatliche Impfausweispflicht überhaupt zu rechtfertigen wäre – wobei ich insbesondere auf den Vorwurf eingehe, dass daraus eine stossende «Privilegierung» der Geimpften folge. Diese Terminologie wirft grundlegende Fragen zum Impfverständnis auf, die ich in einigen – sehr selektiven – Überlegungen zur Rechtfertigung eines Impfblogatoriums aufgreife.

[14] Rechtliche Fragen und insbesondere grundrechtliche Fragen stehen stets in einem grösseren gesellschaftlichen Kontext. In Abschnitt 4 folgen deshalb einige (eher essayistische) Betrachtungen zum Verlauf der Pandemie in der Schweiz, die nicht primär rechtlicher Natur sind – aber durchaus auf das Recht und dessen Durchsetzung Bezug nehmen.

2. Private Impfausweise

2.1. Relevanz der Abgrenzung von privater und hoheitlicher Tätigkeit

[15] Bei der Diskussion um mögliche Restriktionen für nicht geimpfte Individuen wurde von Anbeginn ungenügend unterschieden zwischen Einschränkungen, die von privaten Akteuren *sua sponte* beispielsweise bei der Erbringung von Dienstleistungen stipuliert werden, und Schranken, die vom Staat unmittelbar errichtet oder auch nur mittelbar veranlasst werden. Die Unterscheidung ist zentral, da jeweils unterschiedliche Massstäbe bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit gelten. Wenn im Zusammenhang mit Impfausweisen und *privaten* Dienstleistungen Diskriminierungsvorwürfe laut werden,⁴⁰ so geht dabei vergessen, dass der Adressat von Grundrechtsgarantien grundsätzlich der Staat ist.⁴¹

[16] Das zeigt gerade das Diskriminierungsverbot besonders deutlich. Der Staat muss gemäss Art. 8 Abs. 1 BV grundsätzlich alle Menschen gleichbehandeln bzw. etwaige Ungleichbehandlungen sachlich begründen; besonders hohe Anforderungen werden dabei an Unterscheidungen gestellt, welche an gewisse verpönte Merkmale (beispielhaft aufgezählt in Art. 8 Abs. 2 BV) an-

⁴⁰ KÄLIN/KNELLWOLF (Fn. 27); DANIEL MEIER, Der subtile Impfwang, NZZ am Sonntag, 6. Dezember 2020, S. 20–21. Differenziert dagegen DANIEL GERNY, Einlass nur mit Impfung, Neue Zürcher Zeitung, 28. November 2020, S. 9 und insbesondere GERALD HOSP, Diskriminierungsvorwurf greift zu kurz, Neue Zürcher Zeitung, 8. Dezember 2020, S. 19.

⁴¹ THOMAS GÄCHTER, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich 2015, S. 435–465, Rz. 4; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2017, Art. 35, Rz. 5; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTENBACH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018, § 4 Rz. 9–11; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich 2020, Rz. 272. – Dass diese allgemein gültige Unterscheidung nicht nur in der Schweiz oft ignoriert wird, zeigen die aktuellen Diskussionen um die Sperrung der Facebook- und Twitter-Konten von Donald Trump, welche etwa von der Deutschen Bundesregierung mit Hinweis auf die elementare Bedeutung des Grundrechts der Meinungsäusserungsfreiheit kritisiert wurde (<https://www.welt.de/politik/deutschland/article224127744/Donald-Trump-Was-Merkel-ueber-seine-Twitter-Sperre-denkt.html>). Gerade das (sehr weit ausgelegte) *First Amendment* richtet sich explizit nur an den (Bundes-) Gesetzgeber («Congress shall make no law...»). Siehe dazu im Detail ERWIN CHEREMINSKY, Constitutional Law: Principles and Policies, 6. Auflage, New York 2019, § 6.4.

knüpfen. So ist eine staatliche Andersbehandlung von Bürgerinnen und Bürgern etwa aufgrund der Herkunft, der Ethnie oder der Lebensform vermutungsweise stets unzulässig und nur in Ausnahmefällen durch qualifizierte Gründe zu rechtfertigen.⁴² Im Privatbereich hingegen diskriminieren wir bewusst oder unbewusst ständig – häufig *gerade* aufgrund von Merkmalen wie der weltanschaulichen oder politischen Überzeugung, der sozialen Stellung, des Geschlechts, des Alters oder der sexuellen Orientierung: etwa bei der Partnerwahl, aber möglicherweise auch bei unserem Freundeskreis und sonstigem sozialen Umgang. Aus menschlicher Sicht mag dies teilweise verwerflich sein oder enttäuschen; rechtlich relevant ist es in der Regel nicht.

[17] Auch im privaten Geschäftsverkehr wird ständig auf eine Art und Weise selektioniert, die kaum mit den grundrechtlichen Vorgaben vereinbar wäre. Finanziell schlechtgestellten oder bedürftigen Individuen bleibt der Genuss der (preislich) gehobenen Gastronomie verwehrt ebenso wie der Besuch von kulturellen oder sportlichen Veranstaltungen; der Zutritt zu Clubs wird von Türstehern aufgrund schwer nachvollziehbarer Kriterien gewährt oder verweigert; die Vermietung einer Wohnung wird beschränkt auf kinderlose oder nichtmusizierende Interessenten. Und wer gegen solche Benachteiligungen rechtlich vorgehen will, wird feststellen, dass auch Anwälte ihre Mandanten nach Vermögen kategorisieren.

[18] Das heisst aber nicht, dass die Grundrechte für private Rechtsbeziehungen generell irrelevant sind. Sie binden alle, die staatliche Aufgaben wahrnehmen⁴³ – nicht nur den als Privatrechts-subjekt auftretenden Staat, sondern auch Private, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen.⁴⁴ Als objektive Grundsatznormen verpflichten sie ausserdem den Staat, die Grundrechte möglichst «bis in die feinsten Verästelungen der Rechtsordnung» zu verwirklichen.⁴⁵ Aus einem solchen konstitutiven Grundrechtsverständnis können sich zudem staatliche Leistungs- und Schutzpflichten ergeben.⁴⁶

[19] Gemäss Art. 35 Abs. 3 BV haben die Behörden auch grundsätzlich dafür zu sorgen, dass die Grundrechte zwischen Privaten wirksam werden, «soweit sie sich dazu eignen». Über diese allgemeine, *indirekte* Drittwirkung hinaus gelten Grundrechte unter Privaten nur dann, wenn eine solche Geltung explizit normiert ist.⁴⁷ Dafür gibt es gerade im Diskriminierungsrecht durchaus Beispiele. Auf Verfassungsstufe verbietet Art. 8 Abs. 3 BV Lohndiskriminierung zwischen Mann und Frau nicht nur für öffentlich-rechtliche Anstellungen, sondern auch für Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht.⁴⁸ Eine solche direkte Drittwirkung würde wohl auch der von der

⁴² KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 41), § 36 Rz. 25.

⁴³ Art. 35 Abs. 2 BV.

⁴⁴ JÖRG PAUL MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/Jean François Aubert/Georg Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 621–645, Rz. 34; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 41), Rz. 277. Kritisch zur Grundrechtsbindung des Staates bei privatrechtlicher Tätigkeit KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 41), § 4 Rz. 62.

⁴⁵ PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel: Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, 3. Auflage, Bern 1982, S. 295.

⁴⁶ In der Terminologie des EGMR handelt es sich um positive Pflichten: MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Auflage, Zürich 2020, Rz. 268.

⁴⁷ JÖRG PAUL MÜLLER, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz, in: Oliver Diggelman/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, Bd. 2, S. 1167–1191, Rz. 39. Für ein weiteres Verständnis plädiert etwa RAINER J. SCHWEIZER, Art. 35, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Karl Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich 2014, Bd. 1, 793–821, Rz. 59 f.

⁴⁸ Vgl. die Konkretisierung in Art. 2 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (GLG), SR 151.1.

erwähnten Volksinitiative angestrebte Zusatz zu Art. 10 BV entfalten.⁴⁹ In Bezug auf Behinderte wurde der *Gesetzgebungsauftrag* von Art. 8 Abs. 4 BV nicht nur im öffentlich-rechtlichen Bereich, sondern teilweise auch unter Privaten umgesetzt, indem Diskriminierungen bei privaten Dienstleistungen verboten sind, sofern diese öffentlich angeboten werden.⁵⁰ Strafrechtlich verfolgt werden aufgrund von Art. 261*bis* StGB schliesslich Diskriminierungen aufgrund von Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung bei von Privaten für die Allgemeinheit angebotenen Leistungen. Eine Leistungsverweigerung wegen anderer Merkmale – etwa der politischen Überzeugung⁵¹ – ist hingegen nicht verboten.⁵²

[20] Zugespielt formuliert gilt folglich, dass «der Staat» nur im qualifiziert begründeten Ausnahmefall diskriminieren darf, während es Privaten allein in besonders normierten Bereichen *nicht* erlaubt ist, andere nach Gutdünken zurückzusetzen oder zu bevorzugen.

2.2. Beispiele für eine mögliche Nachweispflicht im Privatverkehr

[21] Wegen dieser unterschiedlichen grundrechtlichen Implikationen ist die Unterscheidung von Rechtsbeziehungen allein zwischen Privaten bzw. zwischen Privaten und staatlichen Akteuren von zentraler Bedeutung. Aus dieser Bedeutung folgt jedoch nicht, dass die Unterscheidung stets einfach oder eindeutig wäre – bereits das am Anfang der Diskussion stehende Beispiel einer nationalen Fluggesellschaft illustriert diese Problematik,⁵³ die in Abschnitt 3.1 vertieft diskutiert wird. Denn gerade beim Personentransport ist zumeist dann von einer hoheitlichen Tätigkeit auszugehen, wenn dieser gewerbs- und regelmässig erfolgt.⁵⁴ Auch dies gilt jedoch nicht unterschiedslos. So entziehen sich etwa Taxiunternehmen dieser klaren Zuordnung. Sie stehen zwar «funktionell einem öffentlichen Dienst nahe», üben ihre Tätigkeit aber grundsätzlich in privater Kapazität aus.⁵⁵ Zugleich sind Kantone oder Gemeinden unter Wahrung bestimmter Voraussetzungen zu recht weitgehenden Regulierungen befugt.⁵⁶ Dazu kann nicht nur eine Bewilligungspflicht, sondern auch eine grundsätzliche Beförderungspflicht gehören. Letztere sieht aber häufig Ausnahmen vor, wenn etwa «der Transport aus Hygiene- oder Sicherheitsgründen nicht zugemu-

⁴⁹ Siehe oben, Fn. 18. Damit wären jedoch – wie bei anderen Grundrechten – Einschränkungen nicht absolut ausgeschlossen, siehe unten, Abschnitt 3.2.2.1.

⁵⁰ Art. 3 lit. e und Art. 6 Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (BehiG), SR 151.3. Arbeitsverhältnisse werden aber beispielsweise nur im Geltungsbereich des Bundespersonalgesetzes erfasst (Art. 3 lit. g BehiG).

⁵¹ Vgl. das hypothetische Beispiel einer Restaurantbetreiberin und eines SVP-Politikers in HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 41), Rz. 278, 280, sowie den (nichthypothetischen) Aufruf, u.a. keine Anzeigen in unliebsamen Zeitungen mehr zu publizieren oder rechtsnationale Politikern Dienstleistungen zu verweigern: FRANZISKA SCHUTZBACH, *Sofortiger parlamentarischer Ungehorsam, Präzis und Kopflös* (Blog), 23. Mai 2016, <https://franziskaschutzbach.wordpress.com/2016/05/23/sofortiger-parlamentarischer-ungehorsam>.

⁵² So auch der Tenor der Diskussion in Deutschland über die Zulässigkeit einer Impferfordernis im Privatverkehr: Union und SPD prüfen Verbot von Privilegien für Geimpfte, FAZ.NET, 29. Dezember 2020, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/union-und-spd-pruefen-verbot-von-privilegien-fuer-corona-geimpfte-17122421.html> (mit Verweis auf die abschliessende gesetzliche Aufzählung von verbotenen privaten Ungleichbehandlungen in § 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (AGG), BGBl. I 2006 S. 1897, S. 1910).

⁵³ Oben, Fn. 24.

⁵⁴ Unten, Fn. 149.

⁵⁵ BGer 2C_940/2010, Entscheidung vom 17. Mai 2011, E. 4.8 und *passim*. Siehe dazu GIOVANNI BIAGGINI, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 17. Mai 2011, 2C_940/2010, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 113/2011, S. 487 ff., S. 494.

⁵⁶ BGE 121 I 129, E. 3b.

tet werden kann».⁵⁷ Die Bedingung eines Impfausweises für eine Taxifahrt könnte damit vereinbar sein – zumindest, wenn sie nicht flächendeckend eingeführt wird.⁵⁸

[22] Es gibt aber durchaus Sachverhalte, die sich problemlos dem Privatverkehr zuordnen lassen. Dazu gehört etwa das in den Medien oft genannte Beispiel einer Wirtin oder eines Hoteliers, die nur geimpften Gästen Zutritt zu ihrem Lokal oder Gasthaus gewähren.⁵⁹ Ladenbesitzer könnten ihre Türen nur für Kunden öffnen, welche nachweisen können, dass sie gegen Covid-19 immun sind. Gleiches gilt für Fitnessstudios oder andere Dienstleistungsbetriebe ebenso wie für Museen.⁶⁰ Auch in diesem Kontext darf man sich durchaus fragen, ob es sich bei der teilweise heftig geführten Diskussion nicht um eine Mirage oder um blosses Schattenboxen handelt, das von viel drängenderen und realeren Problemen ablenkt. Denn es gibt keinerlei konkrete Hinweise, dass insbesondere in der Gastronomie oder im Detailhandel eine solche Strategie als profitabel oder nachhaltig eingeschätzt worden wäre. Und solange Geschäfte und Lokale geschlossen sind, besteht diesbezüglich auch keine Handlungsfreiheit.⁶¹

[23] Näher an der Realität sind potentiell Diskussionen um Impfnachweise im Kontext von Grossveranstaltungen vor allem im Sport, aber auch im kulturellen Bereich. Rückblickend spielte die Lockerung der einschlägigen Einschränkungen im Sommer offenbar eine wichtige Rolle beim Anstieg der Corona-Fallzahlen im Herbst.⁶² Deshalb dürfte hier ein Impfausweis eine zumindest teilweise Öffnung beschleunigen und deshalb im wirtschaftlichen Interesse der Betroffenen sein. Dafür gibt es von Veranstalterseite erste Anzeichen.⁶³ Aber auch hier gilt: Würde das aktuelle Verbot von solchen Veranstaltungen nicht einfach auslaufen, sondern durch den Gesetzgeber in Bezug auf einen Impfnachweis modifiziert, so handelte es sich um eine *staatlich* sanktionierte Nachweispflicht.⁶⁴

2.3. Rechtliche Beurteilung

2.3.1. Im Detailhandel und bei Dienstleistungen

2.3.1.1. Grundsatz der Privatautonomie und spezialgesetzliche Einschränkungen

[24] Wie stünde es um die rechtliche Zulässigkeit solcher privater Massnahmen? Nichtstaatliche Akteure agieren in der Regel unter dem Schutz der Privatautonomie. Ihre Geschäftsbeziehungen fallen unter die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), welche die privatwirtschaftliche Tätigkeit in

⁵⁷ So etwa Art. 15 Abs. 2 Taxireglement der Stadt St. Gallen vom 27. September 2015, SRS 713.1.

⁵⁸ Vgl. dazu unten, Abschnitt 2.3.1.2.

⁵⁹ Siehe z.B. GERNY (Fn. 29).

⁶⁰ Zur Frage von staatlich subventionierten Angeboten siehe unten, Abschnitt 3.1.

⁶¹ Vgl. Art. 5a Abs. 1 und Art. 5e Abs. 1 Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 19. Juni 2020 (Covid-19-Verordnung), SR 818.101.26 (Fassung vom 1. Januar 2021). Eine Ausnahme von dieser Vorgabe exklusiv für Geimpfte würde eine Gesetzesänderung bedingen und müsste entsprechend den Anforderungen gelten, die für staatliche Massnahmen gelten (unten, Abschnitt 3).

⁶² YVES BOSSART, Alain Berset, kamen Sie 2020 an Ihre Grenzen? Interview mit Bundesrat Berset, SRF, 26. Dezember 2020, <https://www.srf.ch/kultur/gesellschaft-religion/interview-mit-bundesrat-beret-alain-beret-kamen-sie-2020-an-ihre-grenzen>.

⁶³ ALAIN KUNZ, Spielervereinigung fordert: Nur mit Impfung ins Stadion!, Blick, 30. Dezember 2021, S. 17.

⁶⁴ Dazu unten, Abschnitt 3.

umfassender Weise schützt.⁶⁵ Teilgehalte dieses Grundrechts sind die Vertragsfreiheit, die als Institut zum unantastbaren Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit gehört,⁶⁶ ebenso wie die freie Gestaltung der Geschäftsbeziehungen.⁶⁷ Die Wirtschaftsfreiheit spielt exklusiv im Verhältnis zwischen Gemeinwesen und Privaten und verschafft weder Leistungs- noch Teilhabeansprüche; dieser «genuin negatorische Aspekt» wurde treffend als (privates) Recht auf (staatliche) *Nichthinderung* umschrieben.⁶⁸

[25] Die Wirtschaftsfreiheit und auch ihr Teilgehalt der Vertragsfreiheit gelten nicht absolut.⁶⁹ Gerade letztere unterliegt auch aus sozialpolitischen Überlegungen zahlreichen Einschränkungen etwa im Miet- oder Arbeitsrecht. Im epidemiologischen Kontext wird die Vertragsfreiheit neu in Bezug auf die *SwissCovid-App* beschränkt. Gemäss Art. 60a Abs. 3 EpG⁷⁰ ist die Partizipation am Tracing-System freiwillig; auch private Unternehmen und Einzelpersonen dürfen keine Person aufgrund ihrer Teilnahme oder Nichtteilnahme bevorzugen oder benachteiligen. Abweichende Vereinbarungen sind unwirksam. Dabei zielte der Gesetzgeber gerade auf Aktivitäten wie Restaurantbesuche oder das Training in Fitnesszentren.⁷¹ *E contrario* könnte *ohne* gesetzliche Einschränkung der Vertragsfreiheit der Zugang zu privaten Angeboten von der Installation der Covid-Applikation abhängig gemacht werden.

[26] Gibt es in Bezug auf Impfausweise oder Immunitätsnachweise ebenfalls entsprechende gesetzliche Einschränkungen? Als auch unter Privaten geltende Diskriminierungsverbote habe ich bereits die Anknüpfung an das Geschlecht und an Rasse, Ethnie, Religion oder sexuelle Orientierung genannt.⁷² Beide wären hier nicht einschlägig. Komplexer ist bereits die Frage nach der Relevanz des Behindertengleichstellungsgesetzes.⁷³ Die Covid-19-Taskforce etwa hat einen *staatlich sanktionierten* Impfnachweis gestützt auf die analoge Anwendung dieses Gesetzes auf Nichtgeimpfte abgelehnt.⁷⁴ Diese Subsumption ist m.E. unhaltbar.⁷⁵ Selbst wenn die fragliche Impfung etwa für Immungeschwächte unverträglich wäre oder – wie aktuell die Covid-19-Impfstoffe – nur in ungenügender Menge vorhanden, würde diese Qualifikation einer fehlenden Impfung die gesetzliche Definition von Behinderungen wohl sprengen. Gemäss Behindertengleichstellungsgesetz handelt es sich bei einer Behinderung um «eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung», welche «alltägliche Verrichtungen» wie die Pflege sozialer Kontakte, die Fortbewegung, die Aus- und Weiterbildung oder die Erwerbstätigkeit erschwert

⁶⁵ KARL VALLENDER, Art. 27, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Karl Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich 2014, Bd. 1, 590–625, Rz. 9.

⁶⁶ VALLENDER (Fn. 65), Rz. 45.

⁶⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 41), Rz. 645.

⁶⁸ JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit: Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Zürich 2011, Rz. 104 f.

⁶⁹ Wobei (im Verbund mit Art. 94 BV) zwischen grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen Eingriffen zu unterscheiden ist: VALLENDER (Fn. 65), Rz. 56.

⁷⁰ Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 19. Juni 2020, in Kraft vom 25. Juni 2020 bis zum 30. Juni 2022, AS 2020 2191 2727; BBl 2020 4461.

⁷¹ Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zu einer dringlichen Änderung des Epidemiengesetzes im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Proximity-Tracing-System) vom 20. Mai 2020, BBl 2020 4461, 4474.

⁷² Oben, Fn. 48 & 52

⁷³ Oben, Fn. 50.

⁷⁴ National COVID-19 Science Task Force, Ethical, Legal, and Social Issues Associated with «Serological Passports», Policy Brief, 22. April 2020, <http://sciencetaskforce.ch/wp-content/uploads/2020/10/Ethics-of-serological-passports-22April20-English.pdf>, S. 3.

⁷⁵ Dazu im Detail unten, Abschnitt 3.2.1.3.

oder verunmöglicht.⁷⁶ Eine *Benachteiligung* aufgrund einer Behinderung liegt unter anderem vor, wenn Betroffene «rechtlich oder tatsächlich anders als nicht Behinderte behandelt und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden als diese».⁷⁷

[27] Gleich in mehrfacher Hinsicht ist fraglich, ob diese Voraussetzungen bei fehlender Impfung erfüllt wären. In Bezug auf die Dauer liegt hoffentlich – insbesondere dank der Impfbereitschaft anderer – wenn nicht das Ende, so doch eine Abschwächung der Pandemie und damit auch der Einschränkungen in nicht allzu ferner Zukunft. Auch betreffen die diskutierten Angebote wie Gastronomie oder Grossveranstaltungen wohl nicht elementare Aspekte der Lebensführung.⁷⁸ Selbst wenn man aber von einer behinderungsbedingten Benachteiligung ausginge, bestünde mit Verweis auf den Gesundheitsschutz wohl eine sachliche Rechtfertigung.

[28] Was im Anschluss noch zu klären wäre, sind die vertragsrechtlichen Konsequenzen, die sich auch aus einer gerechtfertigten Leistungsverweigerung ergeben können – etwa in Bezug auf bereits bestehende Vertragsbeziehungen wie eine Saisonkarte für Sportveranstaltungen. Inwieweit hier vertragliche Rückabwicklungsverhältnisse oder auch Schadenersatzansprüche entstehen, ist nicht Gegenstand dieses Beitrags.

[29] Komplexer als vertragsrechtliche Fragen sind hingegen die datenschutzrechtlichen Implikationen eines Impf- oder Immunitätsnachweises. Wie eingangs erwähnt, vertritt der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte die restriktive Auffassung, dass es gegen das Datenschutzgesetz verstossen würde, wenn ein Wirt einem Gast nur Zutritt gewährt, wenn dieser einen Impfnachweis erbringt: Ohne gesetzliche Vorgabe sei es unzulässig, dass «Bürger [...] einer Beschaffung und Bearbeitung von Gesundheitsdaten durch andere Bürger ausgesetzt» würden.⁷⁹

[30] Erkundigt sich ein privater Anbieter im persönlichen Kontakt explizit nach einem Impfnachweis, so erfragt er sich zwar durchaus Daten und beschafft bzw. «bearbeitet» diese im Sinne des Datenschutzgesetzes.⁸⁰ Bei gesundheitsbezogenen Informationen handelt es sich zudem um besonders schützenswerte Personendaten.⁸¹ Die Einschränkung von privaten Angeboten aufgrund des Gesundheitszustandes ist zwar nicht völlig unbekannt – man denke etwa an Jahrmarktattraktionen, deren Benutzung Schwangeren oder Personen mit Kreislauf- oder Wirbelsäulenproblemen untersagt ist. Natürlich muss, wer Achterbahn fährt, kein ärztliches Attest vorlegen. Immerhin müssten auch Nichtgeimpfte ihren Status nicht offenlegen, wenn sie ein entsprechend bedingtes Angebot nicht in Anspruch nehmen; ist das Erfordernis eines Impfnachweises deutlich signalisiert, können sie eine Datenbearbeitung i.S.v. Art. 3 lit. e DSGVO problemlos vermeiden, da aus der *Abwesenheit* eines Datenaustauschs nicht automatisch auf bestimmte Sachverhalte geschlossen werden kann.⁸²

⁷⁶ Art. 2 Abs. 1 BehiG. Die Definition folgt Art. 1 Abs. 2 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13. Dezember 2006, 2515 U.N.T.S. 70.

⁷⁷ Art. 2 Abs. 2 BehiG.

⁷⁸ Vgl. MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014, S. 19.

⁷⁹ DIBASSEY/STUDER (Fn. 30); siehe auch THOMAS SCHÜRPF/FRANK SIEBER, Erhält das Impfbüchlein mit Covid-19 eine ganz neue Rolle?, Neue Zürcher Zeitung, 31. Dezember 2020, S. 9.

⁸⁰ Art. 3 lit. e Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG), SR 235.1.; siehe dazu BEAT RUDIN, Art. 3, in: Kurt Pärli/Beat Rudin (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Bern 2015, Rz. 34.

⁸¹ Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG.

⁸² Vgl. RUDIN (Fn. 80), Rz. 10.

[31] Begehrt hingegen eine geimpfte Person Einlass oder wünscht eine Dienstleistung, so müsste sie tatsächlich Daten über ihre Gesundheit bekanntgeben.⁸³ Deren Beschaffung ist jedoch nicht *a priori* verboten. Rechtmässig ist eine verhältnismässige Bearbeitung von Daten nach Treu und Glauben und zu dem Zweck, der bei der Beschaffung angegeben wurde oder aus den Umständen ersichtlich ist – wobei die Beschaffung der Personendaten und der Bearbeitungszweck für die Betroffenen erkennbar sein müssen.⁸⁴ Bei einem Impfnachweis wären die genannten Datenbearbeitungsgrundsätze nach der Erhebung ohne Weiteres zu erfüllen (insbesondere Zweckgebundenheit, sofortige Löschung beim Wegfallen des Erhebungszwecks und Sicherung gegen unbefugten Zugriff). Da es sich um besonders schützenswerte Personendaten handelt, müssen die Betroffenen zudem angemessen über die Datenbeschaffung informiert werden und auf dieser Basis freiwillig und ausdrücklich einwilligen.⁸⁵

[32] *Vertieft geprüft* werden müsste hingegen die auch im Datenschutzgesetz vorgesehene Möglichkeit, eine allfällige Persönlichkeitsverletzung durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse zu rechtfertigen.⁸⁶ Die Wahrung der Gesundheit – sowohl des Dienstleistungserbringers selbst, seiner übrigen Kundschaft oder der Öffentlichkeit – könnte ein solches Interesse konstituieren.⁸⁷

[33] Die Frage nach der Zulässigkeit eines Impfnachweises bei privaten Angeboten scheint mir deshalb aus Sicht des Datenschutzes zumindest nicht mit apodiktischer Sicherheit beantwortbar, zumal es dafür bereits Beispiele gibt.⁸⁸ Trotzdem würde eine gesetzliche Regelung natürlich Klarheit schaffen und tatsächlich die Gefahr «heilloser Diskussionen»⁸⁹ erheblich reduzieren, da mit einer solchen Regelung ein eindeutiger Rechtfertigungsgrund bestünde.⁹⁰

2.3.1.2. Kontrahierungspflicht?

[34] Die bisher diskutierten gesetzlichen Normen schränken die Privatautonomie vor allem mit Bezug auf gewisse Formen der Diskriminierung ein, oder sie verbieten aus Datenschutzgründen bestimmte Geschäftspraktiken. Neben diesen negativen Vorgaben kann unter gewissen Bedin-

⁸³ Vgl. zur Bekanntgabe Art. 3 lit. f DSGVO.

⁸⁴ Art. 4 Abs. 2, 3 und 4 DSGVO.

⁸⁵ Art. 4 Abs. 5 DSGVO. Eine zusätzliche Informationspflicht nach Art. 14 DSGVO dürfte damit entfallen, vgl. Art. 14 Abs. 4 DSGVO. Natürlich müssten aber alle anderen einschlägigen Datenschutzbestimmungen beachtet werden, wie etwa das Verbot von Persönlichkeitsverletzung inkl. der Weitergabe an Dritte (Art. 12 DSGVO). – Eine materielle Einschränkung der Einwilligung gibt es im Übrigen nicht: BRUNO BAERISWYL, Die Einwilligung hilft (nicht) weiter, *digma* 2/2020, S. 62 ff., S. 65.

⁸⁶ Art. 13 Abs. 1 DSGVO.

⁸⁷ Vgl. AMÉDÉO WERMELINGER, Art. 13, in: Kurt Pärli/Beat Rudin (Hrsg.), *Datenschutzgesetz (DSG)*, Bern 2015, Rz. 13, wonach ein öffentliches Interesse besteht an der Bearbeitung von Personendaten durch den Ausrichter einer Sportveranstaltung, damit die Sicherheit des Anlasses sichergestellt wird. Möglicherweise könnten sich Arbeitgeber in bestimmten Konstellationen auch auf ihre Sorgfaltspflicht gegenüber ihren Angestellten berufen, vgl. dazu unten, Abschnitt 2.3.2.

⁸⁸ So führte 2019 erstmals eine Gruppe von Tagesstätten einen Impfnachweis für Masern und Keuchhusten als Voraussetzung für die Aufnahme von Kindern ein; die Nachweispflicht galt für Kinder ab zwölf Monaten. Für das Bundesamt für Gesundheit war eine solche Regelung zulässig, ja man hoffte sogar auf eine Signalwirkung. Gemäss DANIEL KOCH, Leiter der Abteilung für übertragbare Krankheiten, wäre eine entsprechende öffentliche Diskussion positiv, «damit auch andere Kitas überprüfen, wie hoch das Risiko bei ihnen ist.» (ROLAND GAMP, Erste Kita weist ungeimpfte Kinder ab, *SonntagsZeitung*, 9. Juni 2019, S. 5.

⁸⁹ DIBASSEY/STUDER (Fn. 30), S. 4.

⁹⁰ Art. 13 Abs. 1 DSGVO *in fine*. Da es sich dabei dann um eine staatlich sanktionierte Nachweispflicht handelte, wäre ein solches Gesetz auch nach grundrechtlichem Massstab zu prüfen (unten, Abschnitt 3.2.1).

gungen aber auch eine *positive* Verpflichtung zum Vertragsabschluss und damit ein Kontrahierungszwang bzw. eine Kontrahierungspflicht bestehen.⁹¹ In den allermeisten Fällen wird bei einer solchen Pflicht zwar an die Erfüllung staatlicher Aufgaben durch einen der Vertragspartner angeknüpft.⁹² Aber es gibt durchaus gesetzliche Vorschriften, durch welche einer Privatperson «aufgrund einer Rechtsnorm die Verpflichtung auferlegt wird, ohne ihre Willensbildung im Interesse eines Begünstigten mit diesem einen Vertrag bestimmten Inhalts abzuschliessen».⁹³ Dies gilt etwa im Wettbewerbsrecht: So sieht das Kartellgesetz für marktbeherrschende Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen einen Kontrahierungszwang vor,⁹⁴ der im vorliegenden Kontext aber angesichts etwa der Vielzahl gastronomischer Angebote kaum relevant sein dürfte.

[35] Die Rechtsprechung hat darüber hinaus aber auch Fallgruppen entwickelt, in denen selbst ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage eine Kontrahierungspflicht besteht. Gemäss Bundesgericht kann sich eine solche Pflicht auch «aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechtes wie dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens ergeben».⁹⁵ Das Gericht misst dabei aber der Vertragsfreiheit als Element der Privatautonomie weiterhin einen ausserordentlich hohen Stellenwert zu. Gerade weil sich Einschränkungen der Vertragsabschlussfreiheit bereits in grosser Zahl aus ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen ergäben, hätten Kontrahierungspflichten ausserhalb solcher gesetzlichen Anordnungen «ausgesprochenen Ausnahmecharakter» und könnten «nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden».⁹⁶ Eine solche Ausnahme gälte dann, wenn öffentlich Waren und Dienstleistungen des Normalbedarfs angeboten würden – also Güter, «die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden». Darüber hinaus müssen dem Interessenten aufgrund der starken Machtstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung ebendieses Normalbedarfs fehlen. Davon sei auszugehen, «wenn entweder nur ein einziger Anbieter zureichend erreichbar» sei oder sich alle einschlägigen Anbieter «gegenüber dem Interessenten gleichermassen ablehnend verhalten». Selbst dann könne aber nur von einer Kontrahierungspflicht ausgegangen werden, wenn für die Verweigerung des Vertragsabschlusses keine sachlich gerechtfertigten Gründe vorliegen.⁹⁷

[36] Die Hürden für eine Kontrahierungspflicht unter Privaten sind also hoch. Im Zusammenhang mit einem Covid-19-Impfausweis dürften sie kaum je erfüllt sein. So besteht gerade in den Bereichen Gastronomie und Detailhandel eine Vielzahl alternativer und sich konkurrierender Angebote. Dies gilt wohl mehrheitlich auch bei Sportveranstaltungen, Ferienreisen oder Kulturangeboten – sofern man die Kategorien nicht eng definiert und etwa auf den Besuch der Spiele einer bestimmten Mannschaft, einer bestimmten Destination oder der Darbietung einer bestimmten Interpretin beschränkt. Selbst dann ist fraglich, ob solch' spezifische Unterhaltungsformen

⁹¹ Zur Terminologie KATHRIN KLETT, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, Basler Juristische Mitteilungen 4/2005, S. 161 ff., 165 – es stellen sich die gleichen Probleme wie bei den Begriffen Impfwang und Impfpflicht bzw. -obligatorium (oben, Fn. 14).

⁹² Siehe unten, Abschnitt 3.1.

⁹³ KLETT (Fn. 91), S. 166. Zur Abgrenzung von *vertraglichen* Kontrahierungspflichten siehe ERNST A. KRAMER, Inhalt des Vertrages Kommentar zu Art. 19–22 OR, Berner Kommentar, Bern 1991, Rz. 100.

⁹⁴ Art. 7 Abs. 2 lit. a und (zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs) Art. 13 lit. b Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG), SR 251.

⁹⁵ BGE 129 III 35, E. 6.3.

⁹⁶ BGE 129 III 35, E. 6.3.

⁹⁷ BGE 129 III 35, E. 6.3. Für Kritik am Urteil siehe beispielsweise MADELEINE CAMPRUBI, Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35, Aktuelle Juristische Praxis 2004/2004, S. 384 ff.

zum Normalbedarf gehören und «regelmässig in Anspruch genommen» werden.⁹⁸ Auch in diesem Fall könnte zudem die Verweigerung eines Vertragsabschlusses mit dem Verweis auf die Bekämpfung der Pandemie sachlich gerechtfertigt werden.

2.3.1.3. Konkrete Ausgestaltung einer Nachweispflicht

[37] Trotz einiger, insbesondere datenschutzrechtlicher Bedenken wäre es privaten Anbietern nach der hier vertretenen Auffassung in verschiedenen Konstellationen nicht verwehrt, ihre Dienstleistungen von epidemiologischen Kriterien abhängig zu machen. Bei der konkreten Ausgestaltung wären sie – wiederum unter Vorbehalt des Datenschutzes – aufgrund der Privatautonomie und im Gegensatz zum Gemeinwesen ebenfalls relativ frei. Bei der Impfung gegen das Coronavirus wird ein «Schweizerischer Impfnachweis COVID-19» ausgestellt, auf dem die erste und zweite Impfdosis vermerkt werden. Daneben ist natürlich auch wie bisher der Eintrag im nationalen Impfpass bzw. im Impfausweis der Weltgesundheitsorganisation möglich.⁹⁹ Seit einigen Jahren fördert der Bund auch einen elektronischen Impfpass,¹⁰⁰ der nun spezifisch um ein Modul für die Covid-19-Impfung ergänzt wurde.¹⁰¹ Validierte Impfungen können als Ausdruck oder auch auf einer Applikation für Mobiltelefone präsentiert werden.¹⁰² Schliesslich arbeitet auch die WHO (in Kooperation mit Estland) an einem digitalen Nachweis für die Covid-19-Impfung.¹⁰³

[38] Im Privatverkehr wäre die Unterscheidung zwischen Impf- und Immunitätsausweis ohne grosse Bedeutung; die Bedenken gegen letzteren bezüglich Fairness und potentieller falscher Anreize¹⁰⁴ sind möglicherweise bei einem staatlich sanktionierten Ausweis relevant, nicht aber im Geltungsbereich der Vertragsfreiheit.

2.3.1.4. Weitere gesetzliche Vorgaben?

[39] Die obigen Ausführungen stehen grundsätzlich unter dem Vorbehalt zusätzlicher gesetzlicher Regulierung. Käme beispielsweise die erwähnte Volksinitiative zustande und würde angenommen, so wäre es – auch bei künftigen Epidemien oder Pandemien – grundsätzlich untersagt, negative Rechtsfolgen an eine Nicht-Impfung zu knüpfen.¹⁰⁵ Auf *Gesetzesstufe* wären entsprechende Vorgaben denkbar in einem Gesetz oder einer Gesetzesrevision, welche die Frage eines

⁹⁸ Vgl. BGE 129 III 35, E. 6.3.

⁹⁹ Siehe zu letzterem World Health Organisation, International Health Regulations (2005), 3. Auflage, Genf 2016, Annex 6.

¹⁰⁰ Schweizerischer Bundesrat, Nationale Strategie zu Impfungen, 2016, S. 29–31.

¹⁰¹ Siehe dazu die Informationen auf <https://www.mycovidvac.ch/>. Vgl. auch SCHÜRPF/SIEBER (Fn. 79).

¹⁰² Stiftung Meineimpfungen, Anleitung zur Erstellung eines elektronischen Impfausweises, o.J., https://www.meineimpfungen.ch/downloads/Meineimpfungen_Anleitungen_Neues_Impfdossier.pdf. Bei der Erstellung und Speicherung des elektronischen Impfpasses werden ebenfalls Gesundheitsdaten bearbeitet, doch wird dabei eine explizite Einwilligung eingeholt.

¹⁰³ World Health Organisation, Estonia and WHO to Jointly Develop Digital Vaccine Certificate to Strengthen COVAX, 7. Oktober 2020, Genf, <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/estonia-and-who-to-jointly-develop-digital-vaccine-certificate-to-strengthen-covax>.

¹⁰⁴ Siehe oben, Fn. 34.

¹⁰⁵ Siehe dazu unten, Rz. 87. Daraus folgte wohl auch eine direkte Drittwirkung (analog zu Art. 8 Abs. 3 BV). Die erschöpfende normative Erfassung der von den Initianten ebenfalls anvisierten «sozialen Nachteile» dürfte hingegen schwieriger sein (oben, Fn. 21).

staatlichen Impfnachweises regelt, zugleich aber auch dessen Verwendungen unter Privaten – analog der Einschränkungen zur Covid-Applikation im Epidemiengesetz.¹⁰⁶ Eine solche allgemeine gesetzliche Regulierung von Impfnachweisen wurde bereits mit Hinweis auf die erhöhte demokratische Legitimation sowie die Rechtssicherheit gefordert.¹⁰⁷

[40] Es wäre aber auch möglich, dass nur zur Frage des Impfnachweises unter Privaten legiferiert würde, indem ein solcher Ausweis als Voraussetzung etwa für Dienstleistungen teilweise oder gänzlich verboten würde.¹⁰⁸ Damit würde aber in die Wirtschaftsfreiheit von Privatpersonen eingegriffen, wobei mit der Vertragsfreiheit auch ein institutioneller Aspekt der Wirtschaftsfreiheit tangiert wäre.¹⁰⁹ Somit müsste der Eingriff gemäss den Vorgaben von Art. 36 BV ein öffentliches Interesse oder die Grundrechte Dritter schützen sowie verhältnismässig sein.¹¹⁰ Das öffentliche Interesse wäre dabei jedoch diffus; in der deutschen Diskussion etwa wurde vor einer «Spaltung der Gesellschaft» gewarnt.¹¹¹ Wird hingegen der Schutz von Grundrechten Dritter als Rechtfertigungsgrund angeführt, müsste für diese Grundrechte eine *positive* Schutzpflicht des Staates vorliegen, die den Staat zur Regulierung verpflichten würde.¹¹² Eine solche positive Pflicht besteht durchaus im Bereich des Rechts auf Privatsphäre (Art. 13 BV) bzw. auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK).¹¹³ Damit wird auch die Aufnahme und Pflege emotionaler Beziehungen zu anderen Menschen geschützt. Die einschlägige Rechtsprechung macht jedoch deutlich, dass mit der Verweigerung einer nicht essentiellen Dienstleistung das Recht auf Achtung des Privatlebens nicht verletzt wird.¹¹⁴

2.3.2. Impfpflicht im Arbeitsrecht

[41] Die möglichen Einschränkungen im Detailhandel und bei Dienstleistungen werden, wie erwähnt, durch die mutmasslich weiterhin hohe Zahl von alternativen Angeboten *ohne* entsprechende Einschränkung relativiert. Ganz anders präsentiert sich die Situation im Bereich des Arbeitsverhältnisses: Dieses ist langfristig angelegt und kaum je ohne Aufwand substituierbar. Das Einfordern eines Impfnachweises ist hier deshalb praktisch deckungsgleich mit einer Impfpflicht, insbesondere wenn bei einer Verweigerung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses droht.¹¹⁵ Entsprechend häufig wurde die Frage gestellt, ob ein Arbeitgeber einen Impf- oder Immunitätsnachweis verlangen bzw. eine Corona-Impfpflicht einführen kann.¹¹⁶ In den Medien wurde diese

¹⁰⁶ Siehe oben, Fn. 70.

¹⁰⁷ BRÄNDLIN (Fn. 29); DIBASSEY/STUDER (Fn. 30).

¹⁰⁸ Entsprechende Vorschläge werden beispielweise in Deutschland diskutiert, siehe unten, Abschnitt 3.2.1.3.

¹⁰⁹ VALLENDER (Fn. 65), Rz. 57.

¹¹⁰ Ein *grundsatzwidriger* Eingriff ist im vorliegenden Kontext hingegen schwer vorstellbar (vgl. VALLENDER (Fn. 65), Rz. 60).

¹¹¹ Oben, Fn. 52.

¹¹² Oben, Abschnitt 2.1.

¹¹³ STEPHAN BREITENMOSER/RAINER J. SCHWEIZER, Art. 13, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Karl Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich 2014, Bd. 1, 341–377, Rz. 6; VILLIGER (Fn. 46), Rz. 655.

¹¹⁴ BREITENMOSER/SCHWEIZER (Fn. 113), Rz. 21; VILLIGER (Fn. 46), Rz. 664 (jeweils mit Hinweisen zur Rechtsprechung).

¹¹⁵ Auch hier zielt ein «Impfzwang» selbstredend nicht auf die tatsächliche Verabreichung einer Impfung (siehe für die verwirliche Terminologie etwa NICOLE RÜTTI, Impfzwang für Angestellte wird zum heissen Thema, Neue Zürcher Zeitung, 12. Januar 2021, S. 23, wonach in der Flugbranche «gar ein Impfblogatorium» drohe).

¹¹⁶ Siehe beispielsweise MIGUEL PEREIRO, Coronavirus: Darf der Arbeitgeber eine Impfung vorschreiben?, nau.ch, 14. Dezember 2020, <https://www.nau.ch/news/schweiz/coronavirus-darf-der-arbeitgeber-eine-impfung->

Frage (m.E.) zu Recht *im Grundsatz* positiv beantwortet.¹¹⁷ Auch die bisherigen Äusserungen in der Literatur schliessen eine Impfung als Voraussetzung für die Arbeitsleistung nicht aus.¹¹⁸

[42] Im Bereich des privatrechtlichen Arbeitsverhältnis wird die Privatautonomie und damit die Vertragsfreiheit durch eine ganze Reihe zwingender gesetzlicher Vorgaben eingeschränkt.¹¹⁹ Diese Vorgaben bestimmen zugleich, dass Arbeitnehmende sowohl zur sorgfältigen Ausführung der ihnen übertragenen Arbeit ebenso wie zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers verpflichtet sind.¹²⁰ Ausserdem kann der Arbeitgeber über die Ausführung der Arbeit und ihr Verhalten im Betrieb allgemeine Anordnungen erlassen und besondere Weisungen erteilen, welche die Arbeitnehmenden nach Treu und Glauben zu befolgen haben.¹²¹ Die konkreten Implikationen dieser Sorgfalts- und Weisungsbefolgungspflichten ergeben sich aus dem jeweiligen Arbeitsverhältnis. Im Kontext des Nachweises einer Corona-Impfung dürfte es sich dabei zumeist um bereits bestehende Vertragsverhältnisse handeln, die in Bezug auf die Weisungsbefugnisse des Arbeitgebers entsprechend ausgelegt werden müssen.¹²² Denn selbst wenn in bestehenden (Einzel- oder auch Gesamtarbeits-)Verträgen bereits eine Impfpflicht statuiert sein sollte, dürfte sich diese noch nicht auf die Covid-19-Impfung, sondern auf andere Vakzine beziehen.¹²³ Bei neuen Vertragsschlüssen – etwa bei einer Neuanstellung – wäre die Aufnahme einer expliziten Verpflichtung zum Impfnachweis aber vermuthungsweise ebenfalls zulässig, sofern die nachfolgend dargelegten Voraussetzungen erfüllt sind.¹²⁴

[43] Das Weisungsrecht des Arbeitgebers erstreckt sich auch auf den Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmenden oder Kunden; aufgrund seiner Fürsorgepflicht kann der Arbeitgeber sogar zu Schutzmassnahmen *verpflichtet* sein.¹²⁵ Zugleich wird das Weisungsrecht des Arbeitgebers beschränkt durch das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmenden; ein Eingriff in die Persönlichkeitsgüter darf nicht weiter gehen, als für den Zweck des Arbeitsvertrages und damit für die Erfordernisse des Arbeitsverhältnisses unbedingt erforderlich ist.¹²⁶ Eine Impfung ist ein erheb-

vorschreiben-65833359; BERNHARD KISLIG, Dürfen Unternehmen eine Impfpflicht verordnen?, Tages-Anzeiger, 21. Dezember 2020, S. 10.

¹¹⁷ Siehe etwa 10 vor 10, (SRF, 10. Dezember, 2020) (Interview mit Roger Rudolph); KISLIG (Fn. 116); RÜTTI (Fn. 115).

¹¹⁸ THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter 23. März 2020, Rz. 58; ISABELLA WILDHABER, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 139/2020, S. 157 ff., 174.

¹¹⁹ Siehe insbesondere den ersten Abschnitt des zehnten Titels im OR («Der Einzelarbeitsvertrag»). Weitere Einschränkungen finden sich in Spezialgesetzen wie etwa dem Arbeitsgesetz, dem Gleichstellungsgesetz oder dem Behindertengleichstellungsgesetz.

¹²⁰ Art. 321a Abs. 1 OR.

¹²¹ Art. 321d OR.

¹²² ANDREA ZEDER, Gesundheitsvorsorge und Impfpflicht, insbesondere beim Pflegepersonal, Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, St. Gallen 2020, 29–30 m.w.H. Dagegen wäre für GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 118), Rz. 22, eine Impfpflicht *nur* auf vertraglicher Basis und nicht auf blosser Weisung hin zulässig; die Einführung einer Covid-19-Impfpflicht würde dann eine Vertragsrevision voraussetzen.

¹²³ Vgl. für das Beispiel eines GAV (Insel-Gruppe) ZEDER (Fn. 122), 28.

¹²⁴ Siehe dazu ROGER RUDOLPH, Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung 1/2010, S. 1 ff., S. 5 f.; zustimmend JULIA HUG/KURT PÄRLI, Impfzwang in Gesundheitsbetrieben des Privatrechts, Pflegerecht 2/2013, S. 165 ff., S. 170 und ZEDER (Fn. 122), 61 m.w.H.

¹²⁵ Art. 328 OR. Vgl. dazu RUDOLPH (Fn. 124), 8. Eine solche Verpflichtung bestünde auch zur Durchsetzung etwaiger staatlicher Impfvorschriften, siehe dazu unten, Abschnitt 3.2.2.

¹²⁶ WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, Art. 328, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht, 7. Auflage, Basel 2020, 2186–2214, Rz. 5.

licher Eingriff in die Persönlichkeitsrechte.¹²⁷ Eine entsprechende *Verpflichtung* dazu setzt eine sorgfältige Interessensabwägung voraus.¹²⁸ Während auf Seiten des Arbeitnehmers das Selbstbestimmungsrecht über die eigene körperliche Integrität grosses Gewicht hat, dürfen auch die Interessen auf Arbeitgeberseite nicht unterschätzt werden.¹²⁹ Diese wiegen umso schwerer, je ernster die epidemiologische Lage ist und je effektiver diese mittels einer Impfung entschärft werden kann. Nebst diesen allgemeinen Aspekten müssen auch die konkreten Umstände einbezogen werden: Es handelt sich stets um ein im Einzelfall auszutarierendes Gleichgewicht unter Berücksichtigung der aktuellen Gefährdungssituation – wobei sich diese auch rasch ändern kann. Die folgenden Abwägungen stützen sich auf die Situation Anfangs 2021. Es ist aber durchaus möglich, dass bisherige Schutz- und Hygienemassnahmen gegen die zuerst in Grossbritannien und Südafrika aufgetretenen, mutierten Covid-19-Versionen weniger effektiv sind;¹³⁰ entsprechend wäre die Risikoeinschätzung anzupassen.

[44] Unter diesem Vorbehalt folgt mit Bezug auf die Corona-Impfung, dass aufgrund einer Güterabwägung die Impfpflicht ausser Betracht fällt für jene Bereiche, in denen Arbeitnehmer keinen Kundenkontakt haben. Hier dürften zumindest bisher als mildere Massnahmen Hygiene- und Distanzregeln genügen bzw. (sofern letztere nicht eingehalten werden können) eine Maskenpflicht oder die – nun ohnehin gesetzlich verordnete¹³¹ – Arbeit im *home office*. Bei gelegentlichem Kontakt unter Beachtung von Schutzkonzepten – etwa im Detailhandel – sind die Voraussetzungen für eine verbindliche Impfwweisung des Arbeitgebers ebenfalls nicht erfüllt. Das gilt wohl selbst bei intensiverem Kontakt oder körperlicher Nähe – wie in der Physiotherapie oder bei einer Massage. Hier müsste auch die Zeitdauer der gegenseitigen Exponierung einbezogen werden, weshalb eine Impfpflicht für das Kabinenpersonal auf Linienflügen nicht *a priori* ausgeschlossen ist, zumal hier auch der Zweck des Arbeitsverhältnisses tangiert sein könnte, wenn ausländische Zieldestinationen einen Impfnachweis für das Personal verlangen.¹³² Gilt ein solches Erfordernis auch für die Flugpassagiere, kämen wohl auch Aussendienstmitarbeiter unter Druck, wenn sie für ihre Tätigkeit häufig fliegen müssen *und* eine Umstellung auf digitale Kundeninteraktion nicht möglich ist.

[45] Am drängendsten stellt sich die Frage einer Impfpflicht aber im Pflege- und Gesundheitsbereich, zumal hier häufiger und enger Kontakt mit Risikogruppen besteht. Zugleich ist die Impfbereitschaft insbesondere beim medizinischen Pflegepersonal traditionell tief;¹³³ das gilt auch für die Corona-Impfung.¹³⁴ In der aktuellen Lage wäre es deshalb wohl rechtens, wenn weisungsge-

¹²⁷ Diese Rechte sind im privatrechtlichen Verhältnis durch Art. 328 OR und Art. 27 ZGB geschützt; diese Bestimmungen setzen die staatlichen Schutzpflichten im Rahmen von Art. 10 BV um, der selbst aber unter Privaten nicht unmittelbar zur Anwendung kommt. Vgl. oben, Abschnitt 2.1.

¹²⁸ FRANK EMMEL, Art. 321d, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft* Art. 319–529 OR, 3. Auflage, Zürich 2016, 35–38, Rz. 3.

¹²⁹ Dazu im Detail RUDOLPH (Fn. 124), HUG/PÄRLI (Fn. 124), 166–169. Im bereits genannten Kita-Beispiel mussten sich auch die Betreuerinnen impfen lassen (oben, Fn. 88).

¹³⁰ «Ansteckende Corona-Mutation breitet sich in der Schweiz aus», *Tages-Anzeiger*, 12. Januar 2021, <https://www.tagesanzeiger.ch/virus-mutation-und-zweiter-impfstoff-wo-steht-die-schweiz-220956588674> (zur Ausbreitung des mutierten Stammes in Wengen).

¹³¹ Art. 5 Covid-19-Verordnung (besondere Lage) (Stand 18. Januar 2021).

¹³² RÜTTI (Fn. 115).

¹³³ So bereits im Kontext von Grippe- und Schweinegrippeimpfung: SUSANNE WENGER, «Ein klassisches ethisches Dilemma», *Curaviva* 12/2009, S., 21 ff.

¹³⁴ CHRISTOPH MEIER, Mehrheit der Gesundheitsprofis will keine rasche Corona-Impfung, *medinside.ch*, 3. Januar 2021, <https://www.medinside.ch/de/post/corona-impfung-mehrheit-des-gesundheitspersonals-in-der-schweiz>

bundene Arbeitnehmer etwa in Arztpraxen oder privaten Spitälern und Pflegeheimen zur Impfung verpflichtet würden, sofern sie unmittelbar und wiederholt mit Patientinnen und Patienten Kontakt haben, insbesondere, wenn auch letztere einer Risikogruppe angehören.¹³⁵

[46] In einem solchen Fall kann die Verweigerung einer geforderten Impfung Konsequenzen haben – nicht, wie auch hier immer wieder betont wird, mit einer zwangsweise erfolgten Impfung,¹³⁶ sondern mit arbeitsrechtlichen Massnahmen. Die arbeitgeberische Fürsorgepflicht verlangt dabei die Wahl der mildestmöglichen Massnahme.¹³⁷ Dabei dürfte aber der Einsatz alternativer Schutzmassnahmen (wie Abstand oder Maskenpflicht) keine Option sein – denn würden diese genügen, wären die Voraussetzungen für eine Impfpflicht *nicht* erfüllt. Denkbar wäre hingegen der Einsatz in einem Bereich ohne Patientenkontakt. Ist aber eine Versetzung nicht möglich, so ist als *ultima ratio* die Kündigung nicht ausgeschlossen.¹³⁸

3. Staatlich sanktionierte Erfordernis eines Impfnachweises

3.1. Wer erfüllt «staatliche Aufgaben»?

[47] Grundlegend verschieden ist die rechtliche Situation zu beurteilen, wenn der *Staat* unmittelbar ein Erfordernis für Impfausweise einführt oder den Einsatz solcher Ausweise mittelbar fördert (etwa durch die die daran geknüpfte Lockerung von Schutzmassnahmen). Wie eingangs ausgeführt ist dies der Fall, wenn staatliche Akteure einen Impfausweis verlangen *oder* Private, welche staatliche Aufgaben erfüllten.¹³⁹ In diesem Fall müsste ein solcher Eingriff gesetzlich normiert ebenso wie im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein.¹⁴⁰

[48] Wird in einem öffentlichen Spital vom Personal eine Corona-Impfung verlangt, so bereitet die Qualifizierung keine Schwierigkeiten. Es liegt ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis vor; das Gemeinwesen als Arbeitgeber ist unmittelbar an die Grundrechte gebunden.¹⁴¹ Die Persönlichkeitsrechte der staatlichen Angestellten sind durch Art. 10 und Art. 13 BV geschützt, die Rechtmässigkeit eines Eingriffs misst sich an den Vorgaben von Art. 36 BV, wobei an die gesetzliche Grundlage und die Verhältnismässigkeit geringere Anforderungen gestellt werden.¹⁴² Auf kantonaler Ebene wurde die Zulässigkeit eines Impfobligatoriums für medizinisches Pflegepersonal an einem öffentlichen Spital bereits bejaht.¹⁴³ Auch *private* Spitäler erfüllen jedoch eine

ist-zurueckhaltend; MARCEL GYR/MICHAEL SCHILLIGER/ALINE WANNER, Sie waren Heldinnen – und jetzt?, Neue Zürcher Zeitung, 16. Januar 2020, S. 42–45. Bei der *Ärztenschaft* ist die Impfbereitschaft in der Regel höher: LADINA TRIACA, Jeder vierte Arzt will sich nicht impfen lassen, NZZ am Sonntag, 10. Januar 2021, S. 9.

¹³⁵ So auch (für ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis) Verwaltungsgericht St. Gallen, GVP 2006 Nr. 1, 19. Oktober 2006.

¹³⁶ Vgl. RUDOLPH (Fn. 124), S. 10; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 118), Rz. 22.

¹³⁷ HUG/PÄRLI (Fn. 124), S. 173.

¹³⁸ RUDOLPH (Fn. 124), S. 11.

¹³⁹ Zur Frage der Definition von staatlichen Aufgaben siehe SCHWEIZER (Fn. 47), Rz. 34–38; BERNHARD WALDMANN, Art. 35, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basel 2015, 174–223, Rz. 19–23.

¹⁴⁰ Art. 36 BV.

¹⁴¹ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, Rz. 2041.

¹⁴² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 141), Rz. 2041.

¹⁴³ Verwaltungsgericht SG (Fn. 135), E. 2.

staatliche Aufgabe, sofern sie mit staatlicher Subvention den Leistungsauftrag eines Gemeinwe-
sens erfüllen;¹⁴⁴ die Zulässigkeit einer Impfpflicht bestimmt sich also dort ebenfalls nach grund-
rechtlichen Kriterien.¹⁴⁵

[49] Subventionen allein begründen jedoch noch keine staatliche Tätigkeit i.S.v. Art. 35 Abs. 2
BV.¹⁴⁶ Deshalb dürfte sich etwa bei Museen, die privat betrieben, aber vom Staat subventio-
niert werden, die Zulässigkeit von Zutrittsbeschränkungen nach den oben beschriebenen, pri-
vatrechtlichen Kriterien bestimmen, ebenso bei privaten Kulturinstitutionen oder -veranstaltern
wie Theater oder Konzerthallen. Das gleiche gilt für private Sportvereine und -anlagen – während
wiederum ein öffentliches Schwimmbad, welches Eintritte von einem Impfnachweis abhängig
macht, dabei an den Grundrechten gemessen würde, ebenso wie ein vom Gemeinwesen geführtes
Theater. Die Intensität der Grundrechtsbindung dürfte hier jedoch aufgabenbedingt variieren.¹⁴⁷

[50] Ebenfalls eine öffentliche Aufgabe wird, wie erwähnt, durch die meisten Personentransport-
unternehmen erfüllt.¹⁴⁸ Aufgrund des Personenbeförderungsregals hat der Bund das ausschliess-
liche Recht, Reisende mit regelmässigen und gewerbsmässigen Fahrten zu befördern.¹⁴⁹ Dieses
Recht übt er nicht selbst aus, sondern verleiht es durch Konzessionen an staatsnahe Betriebe
wie die SBB (als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft), aber auch an private Unternehmen.¹⁵⁰ In
beiden Fällen sind die Konzessionäre verpflichtet, das Personenbeförderungsrecht nach den Vor-
schriften der Gesetzgebung und der Konzession auszuüben.¹⁵¹ Das Personenbeförderungsgesetz
schreibt für Personentransporte in seinem Geltungsbereich in allgemeiner Weise eine Transport-
pflicht fest (wobei der Bundesrat Personen ganz oder bedingt aus Gründen der Hygiene und der
Sicherheit ausschliessen kann).¹⁵²

[51] Somit sind auch Privatbahnen wie die BLS AG (ehemals BLS Lötschbergbahn) oder Schiff-
unternehmen wie die Zürichsee-Schiffahrtsgesellschaft ZSG oder die Schiffahrtsgesellschaft des
Vierwaldstättersees SGV grundsätzlich verpflichtet, Passagiere aufzunehmen. Aktuell von grös-

¹⁴⁴ Siehe für die Aufnahme der Listenspitäler Art. 41a Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom
18. März 1994, SR 832.10, und für die staatliche Natur dieser Aufgabe BGE 2P.67/2004, Entscheid vom
23. September 2004, E. 1.8.

¹⁴⁵ Dieselben Anforderungen gelten auch für Krankenversicherungen im Bereich der Grundversorgung (vgl. KIENER/
KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 41), § 4 Rz. 68), wo eine Kontrahierungspflicht der Versicherer besteht (FELDER STEFAN,
Ökonomische Überlegungen zum Kontrahierungszwang in der Obligatorischen Krankenpflegeversicherung,
Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 62 Nr. 1/2018, S. 95 ff., 96). Eine Prämi-
enverbilligung für Geimpfte wäre deshalb in der obligatorischen Versicherung wohl nicht ohne Weiteres zulässig.
Weniger problematisch wäre es aber, wenn der Abschluss bzw. die Prämienhöhe von (privatrechtlichen) Zusatzver-
sicherungen von einer Impfung abhängig gemacht würde.

¹⁴⁶ BGE 118 Ia 46, E. 4d.

¹⁴⁷ BIAGGINI (Fn. 41), Art. 35 Rz. 13. Besonders komplexe Abgrenzungsfragen ergeben sich in diesem Kontext dann,
wenn ein Gemeinwesen an einer als Aktiengesellschaft organisierten Kulturinstitution beteiligt ist, die Mehr-
heit im Verwaltungsrat stellt (vgl. Art. 12 Opernhaus Zürich AG, Statuten, 12. April 2012, Zürich, https://www.opernhaus.ch/site/assets/files/0/11/227/statutenvom20_4_20121.pdf) und ggf. sogar zusätzlich noch gewisse in-
haltliche Vorgaben macht (vgl. Art. 1, 5, 11 Vertrag zwischen der Stadt Zürich und der Schauspielhaus Zürich AG,
AS 444.1302019, Zürich, [https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/portal/Deutsch/AmtlicheSammlung/
Erlasse/444/130/444.130_Vertrag%20zwischen%20Stadt%20Z%C3%BCrich%20und%20Schauspielhaus%20Z%C3%BCrich%20AG_April19_V5.pdf](https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/portal/Deutsch/AmtlicheSammlung/Erlasse/444/130/444.130_Vertrag%20zwischen%20Stadt%20Z%C3%BCrich%20und%20Schauspielhaus%20Z%C3%BCrich%20AG_April19_V5.pdf).)

¹⁴⁸ Für die Ausnahme der Taxiunternehmen siehe oben bei Fn. 55.

¹⁴⁹ Art. 4 Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 (PBG), SR 745.1. Das Regal kann einge-
schränkt werden durch andere Erlasse, durch völkerrechtliche Verträge oder durch Verordnungen des Bundesrats.

¹⁵⁰ Generell dienen konzessionierte Tätigkeiten vermutungsweise ebenfalls der Erfüllung staatlicher Aufgaben i.S.v.
Art. 35 Abs. 2 BV: SCHWEIZER (Fn. 47), Rz. 46; zurückhaltender BIAGGINI (Fn. 41), Art. 35 Rz. 13.

¹⁵¹ Art. 6 Abs. 2 PBG.

¹⁵² Art. 12 Abs. 1 und 2 PBG.

serer Bedeutung dürfte jedoch die Frage sein, wie es um Seilbahnen, Sessellifte und Skilifte und damit mittelbar um den Zutritt zu Skigebieten steht. Solche Bahnen und Lifte fallen ebenfalls unter das Transportgesetz; ihre Betreiber nehmen folglich im Rahmen des Transportregals öffentliche Aufgaben wahr.¹⁵³ Sollte die Benutzung solcher Anlagen vom Impfstatus abhängig gemacht werden, wäre also auch dieser Eingriff auf seine grundrechtliche Relevanz zu prüfen.

[52] Eine solche explizite Transportpflicht fehlt dagegen im Luftverkehr. Die Rechte und Pflichten der Unternehmen, die gewerbsmässig Personen oder Güter auf dem Luftverkehr transportieren, ergeben sich aus der dafür notwendigen Bewilligung durch das BAZL sowie aus den jeweiligen Streckenkonzessionen.¹⁵⁴ So ist etwa die Swiss verpflichtet, «Passagiere und Güter gemäss den vom BAZL genehmigten Allgemeinen Beförderungsbedingungen, den anwendbaren Verordnungen und Richtlinien der Europäischen Union sowie den Normen der Internationalen Zivilluftfahrt-Organisation (ICAO) über die Beförderung gefährlicher Güter mit Luftfahrzeugen und den dazugehörigen technischen Vorschriften zu befördern.»¹⁵⁵ Gemäss ihren Allgemeinen Beförderungsbedingungen kann die Swiss die Beförderung u.a. verweigern, um behördliche Vorschriften einzuhalten, oder wenn ein Passagier die Gesundheit anderer Fluggäste oder der Besatzung wesentlich beeinträchtigt.¹⁵⁶

[53] Betrachtet man die Swiss als privaten Akteur, so könnte sie gestützt auf diese Bestimmung wohl selbstständig einen Impfausweis als Voraussetzung für den Lufttransport verlangen. Erfüllt sie öffentliche Aufgaben, so müsste eine solche Voraussetzung aber verhältnismässig und insbesondere erforderlich sein: Das heisst beispielsweise, das Tragen einer Maske allein würde ein Ansteckungsrisiko nicht genügend reduzieren.

[54] Die entsprechende Kategorisierung fällt nicht ganz leicht, wie auch die einschlägige Gesetzgebung zeigt. Während im Kontext der gesetzlichen Maskenpflicht die Definition des «öffentlichen Verkehrs» zuerst nur die dem Personenbeförderungsgesetz unterstellten Unternehmen umfasste,¹⁵⁷ fallen seit August 2020 auch Flugzeuge von Unternehmen darunter, die eine Bewilligung gemäss Luftfahrtgesetz haben und im Linien- oder Charterverkehr eingesetzt werden.¹⁵⁸ Die Swiss hatte zu jenem Zeitpunkt aber bereits selbstständig eine Maskenpflicht eingeführt.¹⁵⁹ In Bezug auf einen Impfausweis fordert die Swiss nun eine *staatliche* Regulierung.¹⁶⁰

[55] Mit Bezug auf den Flugverkehr dürfte eine autonome nationale Regelung ohnehin nicht realistisch sein. Bei der Ausübung der Beförderungspflicht ist für Fluggesellschaften auch die

¹⁵³ Indikativ dafür ist auch Art. 7 Bundesgesetz über Seilbahnen zur Personenbeförderung vom 23. Juni 2006 (SebG), SR 743.01 (Enteignungsrecht), sowie die Exemption von der allgemeinen Maskenpflicht gem. Art. 3a Abs. 2 Covid-19-Verordnung (besondere Lage) (Stand 2. Juli 2020).

¹⁵⁴ So noch explizit in der ursprünglichen Fassung Art. 30 Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (LFG), SR 748.0 und implizit aktuell Art. 28 Abs. 5.

¹⁵⁵ Bundesamt für Zivilluftfahrt, Streckenkonzession für Luftverkehrslinien zwischen der Schweiz und der Europäischen Union sowie der Europäischen Freihandelszone, UVEK, 23. Mai 2018, Bern.

¹⁵⁶ Swiss International Air Lines, Beförderungsbestimmungen (Stand Januar 2021), <https://www.swiss.com/fr/de/rechtliches/befoerderungsbestimmungen>, Art. 7.

¹⁵⁷ Ziff. I Art. 3a Abs. 2 Covid-19-Verordnung (besondere Lage) (Stand 19. Juni 2020).

¹⁵⁸ Ziff. I Art. 3a Abs. 2 lit. b Covid-19-Verordnung (besondere Lage) (Stand 12. August 2020).

¹⁵⁹ Swiss führt Maskenpflicht für Passagiere ein, Tages-Anzeiger, 6. Juli 2020, S. 7.

¹⁶⁰ EVELINE KOBLER, Thomas Klühr, dürfen bald nur noch Geimpfte an Bord der Swiss? Swiss-Chef zur Luftfahrtskrise», SRF, 12. Dezember 2020, S., <https://www.srf.ch/news/schweiz/swiss-chef-zur-luftfahrtskrise-thomas-kluehr-duerfen-bald-nur-noch-geimpfte-an-bord-der-swiss>.

Rechtslage am Zielort verbindlich.¹⁶¹ Sie tragen die Verantwortung und Kosten für Passagiere, die am Zielort nicht einreisen können.¹⁶²

3.2. Staatliche Eingriffe im Kontext der Covid-19-Impfung

[56] Aus juristischer Sicht ist eines der zentralen Elemente der Corona-Pandemie die schiere Masse neuer Normen, die innert kürzester Frist erlassen werden musste, um die epidemiologischen Massnahmen auf feste rechtsstaatliche Grundlagen zu stellen, nachdem die Regierung zu Beginn noch gestützt auf Notrechtskompetenzen agierte. Die Rechtswissenschaft hat sowohl die Notrechtsverordnungen wie auch die Machtverschiebung hin zur Exekutive mehrheitlich kritisch kommentiert.¹⁶³

[57] Neben diesen institutionellen Aspekten wurden auch individualrechtliche Fragen aufgeworfen und Eingriffe in die Grundrechte moniert, etwa in Bezug auf Quarantänevorschriften, Besuchsverbote oder die Maskenpflicht. So schränke letztere etwa die Möglichkeit ein, das eigene Erscheinungsbild zu bestimmen, und tangiere deshalb das Recht auf persönliche Freiheit.¹⁶⁴ Dieses Recht hat tatsächlich einen weiten Schutzbereich und umfasst auch «die Freiheit in der Auswahl der Bekleidung etwa nach den Gesichtspunkten der Ästhetik und der Praktikabilität».¹⁶⁵ Angesichts der europäischen Grundrechtskonzeption überrascht nicht, dass die epidemiologischen Massnahmen den Schutzbereich mehrerer Grundrechte tangieren. Dieser Schutzbereich wird sehr weit gefasst,¹⁶⁶ dann aber durch zahlreiche zulässige Einschränkungen wieder re-dimensioniert – auch in Bezug auf unser äusseres Erscheinungsbild: *Keine* Kleider zu tragen mag ebenfalls Ausdruck der individuellen Lebensgestaltung sein, ist in der Regel aber dennoch aus Sittlichkeitsgründen untersagt.¹⁶⁷

[58] Im Folgenden befasse ich mich jedoch allein mit jenen möglichen staatlichen Massnahmen, die in einem engen Zusammenhang mit der Covid-19-Impfung stehen, also mit der staatlichen Sanktionierung oder Einforderung eines Immunitäts- oder Impfnachweises oder einer Impfpflicht. Dazu müssen vorgängig verschieden Szenarien unterschieden werden. (a) Als mildeste Massnahme und primär im Interesse der Rechtssicherheit könnte der Gesetzgeber jene Branchen bezeichnen, welche ihre Dienstleistungen vom Impfstatus der Kunden abhängig machen

¹⁶¹ International Civil Aviation Organisation, Annex 9 to the Convention on International Civil Aviation: Facilitation, International Standards and Recommended Practices 2017, § 3.34.

¹⁶² International Civil Aviation Organisation (Fn.) §§ 3.46 & 5.9. Siehe bezeichnenderweise auch § 6.35: «*Contracting States should ensure that there are, at or near all their major international airports, facilities and services for vaccination or revaccination, and for the delivery of the corresponding certificates.*»

¹⁶³ ANDERAS KLEY, Der Vordenker des Schweizer Rechtsstaats, Neue Zürcher Zeitung, 10. August 2020, S. 10; ANDREAS GLASER/KATJA GFELLER, Das Ringen des Parlaments um mehr Macht, in: Jusletter 5. Oktober 2020; ANDREAS STÖCKLI, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 139/2020, S. 9 ff.

¹⁶⁴ GIAN ANDREA SCHMID, Gerichte schauen bei Notverordnungen weg, Plädoyer 6/2020, S. 16 ff.

¹⁶⁵ BGE 138 IV 13 E. 7.2.

¹⁶⁶ Im Gegensatz etwa zur US-amerikanischen Grundrechtskonzeption, die auf einem i.d.R. engeren Schutzbereich gründet, dafür aber Eingriffe praktisch ausschliesst: LORENZ LANGER, «Let Them Vent Their Spleen»: Free Speech and Its Limits in the United States, in: Guido Mühlemann/Annja Mannhart (Hrsg.), Freiheit ohne Grenzen – Grenzen der Freiheit, Zurich 2008, 135–160, 155.

¹⁶⁷ BGE 138 IV 13, E. 7.2 lässt offen, ob Nacktheit in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV fällt; Nudisten würden wohl argumentieren, dass ihr Lebensstil ebenfalls Ausdruck von Ästhetik- und Praktikabilitätsüberlegungen ist.

dürfen.¹⁶⁸ (b) Der Gesetzgeber könnte aber auch weiterhin bestehende Einschränkungen so modifizieren, dass diese je nach Immunitäts- oder Impfstatus unterschiedlich ausfallen und aktuell verbotene Aktivitäten selektiv wieder möglich wären. So könnte etwa der Besuch einer Grossveranstaltung oder eines Konzerts nur mit einem Impfpass möglich sein; diesfalls *müssten* die Veranstalter einen entsprechenden Nachweis verlangen. (c) Schliesslich könnte auch das Gemeinwesen gleich selbst – soweit möglich – eine Impfung vorschreiben und somit ein Impfblogatorium einführen.¹⁶⁹

3.2.1. Impf- oder Immunitätsnachweis

[59] Wenn der Argumentation in Absatz 2.3.1 gefolgt wird, so erübrigt sich Option (a) in jenen Bereichen der Privatwirtschaft, in denen die selektive Leistungserbringung gestützt auf die Vertragsfreiheit ohnehin erlaubt ist. Immerhin würde eine gesetzliche Normierung Klarheit schaffen und könnte möglicherweise auch die datenschutzrechtlichen Bedenken durch verbindliche Vorgaben reduzieren.¹⁷⁰

[60] Bei Option (b) können wiederum mehrere positive und negative Fallgruppen unterschieden werden. (i) Entweder wird für immune oder geimpfte Individuen unmittelbar eine bestimmte Massnahme gelockert oder ausser Kraft gesetzt, die zuvor für alle Personen gegolten hat: etwa die Entbindung von der Maskenpflicht im Allgemeinen oder in einer spezifischen Situation, die Möglichkeit, Sport zu treiben, die Erhöhung der Zahl gleichzeitig zugelassener Kontakte, oder die Lockerung von Quarantänebestimmungen im grenzüberschreitenden Verkehr. (ii) Alternativ oder kumulativ könnten bisher sistierte oder eingeschränkte Angebote selektiv für Träger eines entsprechenden Nachweises wieder zugänglich gemacht werden. Adressaten wären hier die Erbringer spezifischer Leistungen. Dabei kann es sich sowohl um private wie auch öffentliche Angebote handeln. In beiden Fällen wäre eine gesetzliche Grundlage nicht nur sinnvoll, sondern aufgrund des Legalitätsprinzips zwingend.

[61] Aus rechtlicher Sicht steht für beide Fallgruppen das Gebot der Rechtsgleichheit im Vordergrund, wonach alle Menschen bei der Rechtssetzung und -anwendung gleich behandelt werden müssen.¹⁷¹ Gefordert ist jedoch in der Regel nicht absolute, sondern relative Gleichbehandlung:¹⁷² Sie bemisst sich danach, ob zwei Sachverhalte vergleichbar sind und deshalb gleich zu regeln sind (Gleichbehandlungsgebot), oder ob sie aufgrund tatsächlicher Unterschiede auch ungleich behandelt werden sollen (Differenzierungsgebot).¹⁷³ Der entscheidende Punkt ist somit

¹⁶⁸ Voraussetzung wäre natürlich, dass zuvor die aktuell verfügte allgemeine Schliessung der meisten Läden aufgehoben wurde, vgl. oben, Fn. 61.

¹⁶⁹ Für eine kurze Diskussion dieser Option sehe unten, Abschnitt 3.2.2.

¹⁷⁰ Vgl. HANSUELI SCHÖCHLI, Gäste müssen Daten nicht hinterlegen, 8. Mai 2020, S. 12 und die anschliessende Regulierung der Kontaktdatenverarbeitung in Art. 5 Covid-19-Verordnung (besondere Lage) (Stand 20. Juni 2020). Bei einem Impfausweis handelt es sich zwar um besonders schützenswerte Daten; auch deren Bearbeitung ist jedoch unter gewissen Voraussetzungen möglich, siehe oben, Abschnitt 2.3.1.1.

¹⁷¹ Art. 8 Abs. 1 BV. Dazu allgemein MATTHIAS OESCH, Differenzierung und Typisierung: Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung Bern 2008, S. 10 ff.

¹⁷² Ausnahmen sind etwa das gleiche Stimmrecht für alle Bürgerinnen und Bürger oder die Geschlechtergleichheit gem. Art. 8 Abs. 3 BV: HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 41), Rz. 752.

¹⁷³ OESCH (Fn. 171), S. 32.

das Kriterium, wonach sich Gleichheit und Differenz bestimmten, bzw. die Relevanz und Zulässigkeit dieses Kriteriums.¹⁷⁴

[62] Eine zulässige staatliche *Ungleichbehandlung* setzt voraus, dass sich die Betroffenen bezüglich des untersuchten Sachverhalts in einer nicht vergleichbaren Situation befinden, sondern nach «herrschender Rechtsauffassung» erhebliche tatsächliche Unterschiede bestehen.¹⁷⁵ Die daraus folgende unterschiedliche Regelung bzw. Behandlung muss sich zudem auf sachliche und vernünftige Gründe stützen. Fällt die Differenzierung zugleich in den Schutzbereich eines Grundrechts, so muss die Begründung «triftiger und ernsthafter Natur» sein.¹⁷⁶

[63] Durch diese abstrakten Formulierungen eröffnet sich offensichtlich erheblicher Auslegungsspielraum.¹⁷⁷ Im Kontext eines Impf- oder Immunitätsausweis dürfte die Ungleichbehandlung in der Regel evident sein: Wer den Nachweis der Immunität erbringt, wird anders behandelt. Er oder sie unterliegt weniger Einschränkungen bzw. kann zusätzliche Angebote in Anspruch nehmen. Diese Ungleichbehandlung ist dann zulässig, wenn Impfung oder Immunität einen tatsächlichen Unterschied konstituieren und für unterschiedliche Rechtsfolgen sachliche und vernünftige Gründe vorliegen. Fraglich ist, ob diese Ungleichbehandlung auch eine grundrechtliche Komponente aufweist und deshalb qualifiziert begründet werden muss.

3.2.1.1. Lockerung der Massnahmen

[64] Dass die epidemiologischen Massnahmen, die im Laufe der Covid-19-Pandemie erlassen wurden, in den Schutzbereich von Grundrechten eingreifen, ist offensichtlich. Dies gilt nicht nur für die bereits erwähnte Maskenpflicht,¹⁷⁸ sondern auch für die Beschränkung von öffentlichen Versammlungen¹⁷⁹ und privaten Zusammenkünften,¹⁸⁰ welche in die Versammlungsfreiheit eingreifen; durch Home-Office-Pflicht und die Schliessung von Lokalen und Geschäften wird auch die Wirtschaftsfreiheit tangiert.¹⁸¹ Inwieweit diese Einschränkungen *selbst* gerechtfertigt sind, ist nicht Gegenstand dieses Beitrages,¹⁸² ihre Grundrechtskonformität wird aber im Folgenden prinzipiell vorausgesetzt. Hier geht es vielmehr um die Frage, ob die teilweise *Befreiung* von diesen Einschränkungen die Rechtsgleichheit verletzt, wenn der Grundrechtseingriff für die übrige Bevölkerung fort dauert.

[65] Damit eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigt ist, muss als erste Voraussetzung die Impfung oder Immunität ein relevantes *tatsächliches* Unterscheidungsmerkmal sein und eine abwei-

¹⁷⁴ Zu diesem *tertium comparationis* im Detail OESCH (Fn. 171), S. 34–36; TILMANN ALTWICKER, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht Band, Heidelberg 2011, S. 10 f.

¹⁷⁵ So bereits unter Art. 4 aBV GEORG MÜLLER, Art. 4, in: Heinrich Koller/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dieter Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich 1995, Bd. 1, 521–528, Rz. 3.

¹⁷⁶ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 41), § 35, Rz. 13–32; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 41), Rz. 756–760.

¹⁷⁷ Zumal die dieser Auslegung zugrundeliegende herrschende Rechtsauffassung stets weiterentwickelt: BGE 125 I 173, E. 6a.; BGE 136 I 1, E. 4.1.

¹⁷⁸ Siehe oben, Fn. 164.

¹⁷⁹ Art. 3c Covid-19-Verordnung (besondere Lage) (Stand 18. Januar 2021).

¹⁸⁰ Art. 3c Abs. 1 Covid-19-Verordnung (besondere Lage) (Stand 18. Januar 2021).

¹⁸¹ Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung (besondere Lage) (Stand 18. Januar 2021). Betroffen sind sowohl die freie privatwirtschaftliche Betätigung wie auch die Freiheit unternehmerischer Betätigung, VALLENDER (Fn. 65), Rz. 9 ff. und 22 ff.

¹⁸² Siehe dazu beispielsweise BERNARD FÉDÉRIC, Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, Sicherheit & Recht 3/2020, S. 130 ff.

chende *rechtliche* Behandlung nahelegen. Dass ein unterschiedlicher Impfstatus generell zu unterschiedlicher Behandlung führen kann, darf als «herrschende Rechtsauffassung» gelten. Nicht nur die Gesetzgebung weist in diese Richtung,¹⁸³ sondern auch die Rechtsprechung.¹⁸⁴ Als zweite Voraussetzung muss die Ungleichbehandlung qualifiziert, also besonders überzeugend begründet werden können. Ob dieses Kriterium erfüllt ist, hängt nicht nur allgemein, sondern gerade in unserem Kontext ganz zentral von den konkreten Umständen und der jeweiligen Massnahme ab. Ausgangspunkt müssen dabei epidemiologische Überlegungen sein, die anschliessend auf ihre rechtliche Relevanz geprüft werden.

[66] Gegen Erleichterungen aufgrund von Immunitätsausweisen wurden mehrere wissenschaftliche Einwände erhoben. So besteht weiterhin Unklarheit über die Dauer und den Umfang einer durch Infektion bewirkten *Immunisierung*.¹⁸⁵ Solange diese Unsicherheit andauert, wäre eine staatliche Sanktionierung von Immunitätsausweisen kaum zu rechtfertigen, da diese ihren zentralen Zweck – Schutz des Trägers und seiner Kontakte – möglicherweise gar nicht erfüllen. Dieser Einwand schliesst also eine Besserstellung alleine aufgrund einer Immunisierung durch Ansteckung aus. Er rechtfertigt aber zugleich eine Differenzierung nach infektions- und impfbedingter Immunität, zumal auch jene geimpft werden sollen, welche bereits infiziert waren.¹⁸⁶ Schliesst man eine Andersbehandlung allein aufgrund von Immunität aus, würde zugleich das wohl rechtlich weniger fassbare, für das Gerechtigkeitsempfinden aber gewichtige Dilemma einer möglichen «Belohnung» für das Missachten von Schutzmassnahmen gelöst.¹⁸⁷

[67] Zugleich besteht aber auch weiterhin Unklarheit über das Verhältnis von Immunität und *Infektiosität*, also ob geimpfte Personen das Virus noch weiterverbreiten, obwohl sie selbst nicht daran erkranken.¹⁸⁸ Auch daraus wurde gefolgert, dass Lockerungen der Schutzmassnahmen für Geimpfte nicht möglich seien – etwa die Aufhebung der Maskenpflicht ebensowenig wie die Aufhebung von Distanzvorschriften.¹⁸⁹ Ein derart kategorischer Ausschluss von Erleichterungen ist m.E. aber nicht folgerichtig, sondern gilt nur dort, wo keine klare temporäre physische Trennung von Geimpften und Nichtgeimpften besteht. Natürlich ist eine solche Trennung *per se* kein Ziel; sie kann sich aber etwa dann ergeben, wenn der Zugang zu einer Veranstaltung von einem Impfausweis abhängig gemacht wird.¹⁹⁰ Selbst bei andauernder Infektiosität wäre so die Immunität der Beteiligten sichergestellt, sofern bezüglich Effektivitätsrate und Schutzdauer der Impfungen Klarheit besteht.

183 So etwa die einschlägigen Bestimmungen im Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (EpG), SR 818.101 und in der Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 29. April 2015 (EpV), SR 818.101.1; vgl. auch für die internationale Ebene Art. 31 und 43 International Health Regulations (Fn. 99).

184 Verwaltungsgericht SG (Fn. 135); BGer 2C_395/2019, Entscheid vom 8. Juni 2019.

185 World Health Organisation (Fn. 33); Deutscher Ethikrat, Immunitätsbescheinigungen in der Covid-19-Pandemie, 22. September 2020, Berlin, S. 12.

186 BAG will auch Immune impfen, Medinside.ch, 23. Dezember 2020, <https://www.medinside.ch/de/post/bag-will-auch-immune-impfen>; JAN HUDEC/DOROTHEE VÖGELI, Von Impfskepsis kann im Zürcher Testheim keine Rede sein, Neue Zürcher Zeitung, 12. Januar 2021, S. 11.

187 Siehe oben, Fn. 34.

188 Deutscher Ethikrat (Fn. 185), S. 8.

189 Deutscher Ethikrat (Fn. 185), S. 48.

190 Ebenso wäre ein Besuch im Alters- oder Pflegeheim sehr viel weniger problematisch, wenn sowohl Besucherin wie Heiminsasse geimpft sind (so auch Deutscher Ethikrat (Fn. 185), S. 21, mit Verweis auf die «Stabilisierung es sozialen Umfelds von Hochrisikogruppen»). Ablehnend: Laschet gegen Vorrechte für Geimpfte, FAZ.NET, 2. Januar 2021, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/interview-mit-armin-laschet-ueber-corona-impfungen-und-vorrechte-17127549.html>.

[68] Gerade *weil* die aktuellen Schutzmassnahmen auch in Grundrechte eingreifen, ist ihre fortgesetzte *unterschiedslose* Anwendung nicht unproblematisch. Denn wenn die Möglichkeit gegeben ist, Grundrechtsbeschränkungen *individuell* wieder aufzuheben – hätten dann die Geimpften nicht Anspruch auf diese Aufhebung, auch wenn sie nur selektiv erfolgt?¹⁹¹ Und müsste dies nicht erst recht gelten, wenn sich herausstellt, dass Geimpfte nicht mehr ansteckend sind?¹⁹² Auch ein Teil des deutschen Ethikrats kam zum Schluss, dass «für den immunen Teil der Bevölkerung infektionsschutzbedingte Grundrechtsbeschränkungen grundsätzlich zurückgenommen» werden müssten, wenn «bei diesem die vom Infektionsschutzgesetz verlangte Gefährdungssituation nicht mehr gegeben wäre». Verfassungsrechtlich wäre dieses Vorgehen sogar *geboten*, «sofern dadurch nicht der Zweck der jeweiligen Infektionsschutzmassnahme in seiner Gesamtheit gefährdet würde».¹⁹³

[69] Dieser Vorbehalt ist gewichtig, wenn auch nicht rechtlicher Natur. Angesichts der weitverbreiteten Ressentiments gegen die Schutzmassnahmen wäre vorauszusehen, dass eine selektive Befreiung der Einhaltung durch die übrige Bevölkerung kaum förderlich wäre. Aber auch wenn in der Corona-Krise oft der gegenteilige Eindruck entstand: Mutmasslicher Widerstand gegen eine Norm ist alleine kein Grund, auf die Normierung zu verzichten.¹⁹⁴ Vorliegend wäre aber die Durchsetzung tatsächlich eine grosse Herausforderung, da der Impfstatus äusserlich nicht ersichtlich ist.¹⁹⁵ Eine Lockerung von Schutzmassnahmen für Geimpfte wäre somit epidemiologisch kein vielversprechender Weg, was wiederum eine entsprechende Regelung rechtlich zwar nicht ausschliesst, aus pragmatischer Sicht jedoch wenig sinnvoll erscheinen lässt. Die entsprechenden Diskussionen werden aber nicht abbrechen.¹⁹⁶

3.2.1.2. Selektiver Zugang zu bestimmten Angeboten

[70] Zu einem anderen Schluss kann diese Abwägung führen, wenn der Zutritt zu einem speziellen Angebot kontrolliert werden kann – insbesondere wenn dieses Angebot sonst weiterhin unterbleiben muss. Hier ginge es nicht darum – und das ist nicht nur eine semantische Spitzfindigkeit –, Nichtgeimpfte auszuschliessen, sondern Geimpfte wieder zuzulassen. Wenn die Alternative zu Theatervorstellung nur für Geimpfte *gar keine* Theatervorstellungen sind, so würde der beschränkte Zutritt auch helfen, die andauernden negativen wirtschaftlichen Folgen für die einzelnen Anbieter wie auch das Gemeinwesen zu mildern.¹⁹⁷ Nichtgeimpfte müssten auf solche Angebote ohnehin verzichten; ihr Verzicht hängt also nicht kausal damit zusammen, dass Geimpfte anders behandelt werden. Auch würde die Dauer ihres Verzichts nicht verlängert. Solange die epidemiologische Lage keinen uneingeschränkten Zugang erlaubt, wäre eine solche Regelung vorzuziehen, wenn so etwa die Situation der Kulturschaffenden oder der Sportler verbessert wird.

¹⁹¹ So auch Deutscher Ethikrat (Fn. 185), S. 9.

¹⁹² So u.a. der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts Hans-Jürgen Papier und der frühere Bundesverfassungsrichter Dieter Grimm: Laschet gegen Vorrechte für Geimpfte (Fn. 190).

¹⁹³ Deutscher Ethikrat (Fn. 185) S. 20. Der Ethikrat konnte sich nicht auf eine einheitliche Position einigen, vgl. S. 9 f.

¹⁹⁴ Unten, Abschnitt 4.2.

¹⁹⁵ Deutscher Ethikrat (Fn. 185) S. 22.

¹⁹⁶ So zuletzt: Maas will Geimpfte bevorzugen, *Süddeutsche Zeitung*, 18. Januar 2021, S. 1, mit der Forderung nach einer unterschiedlichen Behandlung *unabhängig* von der Infektiosität.

¹⁹⁷ So auch Deutscher Ethikrat (Fn. 185) S. 20.

Dagegen spräche einzig die (menschliche, aber nicht sehr attraktive) Haltung, dass, was ich selbst (noch) nicht haben kann, anderen ebenfalls verwehrt bleiben soll.

[71] Wer nicht gegen Covid-19 geimpft ist, mag durch eine solche Regelung zwar empfindliche Einbussen in seiner subjektiven Lebensqualität erleiden. Diese Einbussen dürften aber aus grundrechtlicher Sicht nicht von allzu grossem Gewicht sein, sofern sie vom jeweiligen Schutzbereich überhaupt erfasst werden.¹⁹⁸

[72] Damit will nicht gesagt sein, dass ein impfbedingter selektiver Zugang stets unproblematisch wäre. Nicht alle gemeinsamen Veranstaltungen haben primär unterhaltenden Charakter. Wenn Gläubige nur mit Impfnachweis an Gottesdiensten teilnehmen können, wäre die Religionsfreiheit tangiert: Beim zeitweiligen Ausschluss der nichtgeimpften Gläubigen läge eine erhebliche Einschränkung vor. Wenn aber das generelle *Verbot* von Gottesdiensten mit Hinweis auf die öffentliche Gesundheit gerechtfertigt werden kann, so müsste als mildere Massnahme auch ein teilweiser Ausschluss möglich sein. Konkret wäre aber stets die Verhältnismässigkeit und insbesondere die Notwendigkeit einer solchen Ungleichbehandlung zu prüfen.¹⁹⁹ Gleichermassen hohe Anforderungen wären zu stellen, wenn etwa der Zugang zum Präsenzunterricht an öffentlichen Bildungsanstalten vom Impfstatus abhängig gemacht würde.²⁰⁰

[73] Vorbehalte sind auch im Bereich des Personentransports angebracht: Zwar wird die Schweiz bzw. die Fluggesellschaften beim internationalen Flugverkehr möglicherweise keine andere Wahl haben, als aufgrund von entsprechenden Anforderungen in Zielländern eine Ausweispflicht einzuführen.²⁰¹ Wenn man aber etwa die Nutzung des öffentlichen Verkehrs *neu* auf Geimpfte beschränken würde, so stellte sich die Frage, wieso bisher der Betrieb allein mit Maskenpflicht fortgeführt werden konnte – wenn diese Schutzmassnahme nicht genügte, hätte doch die *Einstellung* der Verbindungen in Betracht gezogen werden müssen. Auch wäre der Ausschluss vom öffentlichen Verkehr eine Massnahme, die zwar *rechtlich* nicht zu einer Impfung verpflichtet; sie würde aber die prinzipielle Entscheidungsfreiheit in Bezug auf Impfungen möglicherweise erheblich kompromittieren.²⁰²

3.2.1.3. «Privilegierung» der Geimpften?

[74] Die Frage einer Registrierung oder Dokumentierung des Impfstatus wird nicht nur in der Schweiz diskutiert. In Spanien etwa kündigte der Gesundheitsminister an, dass alle, die sich nicht impfen liessen, in einem zentralen Register erfasst würden, das mit europäischen Partnerstaaten

¹⁹⁸ So schützt zwar Art. 13 BV «den Anspruch jeder Person, vom Staat nicht an der freien Gestaltung ihres Lebens und ihres Verkehrs mit anderen Personen gehindert zu werden» (Schweizerischer Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, 20 November 1997, 152); vorausgesetzt wird jedoch, dass es sich um elementare Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung handelt: JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der Uno-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008, S. 141). Der Besuch von kulturellen und sportlichen Veranstaltungen dürfte nicht in diese Kategorie fallen.

¹⁹⁹ Vgl. im Kontext von Art. 14 EMRK VILLIGER (Fn. 46), Rz. 876.

²⁰⁰ Impfungen als Voraussetzung etwa für den Krippen-, Kindergarten- oder Schulbesuch gibt es aber in andren Ländern durchaus, insbesondere in Bezug auf die Masernimpfung; siehe allgemein LANGER (Fn. 14), S. 109 und für Deutschland bzgl. Masernimpfung § 21 Abs. 8 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen vom 20. Juli 2000 (IfSG), BGBl. I S. 1045.

²⁰¹ Art. 31 International Health Regulations (Fn. 99) sieht explizit die Möglichkeit vor, die Einreise von einer Impfung abhängig zu machen.

²⁰² Vgl. dazu auch die Überlegungen von VOKINGER/ROHNER (Fn. 14), S. 262.

geteilt würde.²⁰³ Besonders breit wurden Immunitätsausweise in Deutschland debattiert, wo eine entsprechende Gesetzesanpassung bereits im April 2020 von Gesundheitsminister Spahn in die Wege geleitet worden war,²⁰⁴ bevor ihr politischer Widerstand erwuchs. Der daraufhin konsultierte Ethik-Rat lehnte zwar eine sofortige Einführung ab, war jedoch mit Blick auf die Zukunft gespalten.²⁰⁵ Die eine Hälfte der Mitglieder wollte nicht ausschliessen, dass solche Ausweise innerhalb eines «Konzept verantwortlicher Freiheit» mit dem Ziel der: «Freiheitsrückgewähr» zulässig sein und zugleich zu einer Begrenzung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Schäden der Pandemie beitragen könnte.²⁰⁶ Die anderen Mitglieder sahen darin nicht nur eine Gefährdung der bisher verfolgten Strategie, sondern auch der gesellschaftlichen Solidarität.²⁰⁷ Die Politik schwenkte umgehend auf diese Linie ein; auch der Gesundheitsminister liess nun verlauten, Geimpfte sollten keine «Sonderrechte» einfordern, sondern sich solidarisch gedulden, bis alle geimpft seien.²⁰⁸ Auch andere Politiker sprachen sich fast durchgängig gegen etwaige «Vorrechte», «Privilegierungen» und «Sonderprivilegien» aus,²⁰⁹ ansonsten «Spaltungen in der Gesellschaft» drohen würden.²¹⁰

[75] Auch in der Schweiz wurde in den Medien eindringlich vor Diskriminierung, einer «Zweiklassengesellschaft» und der Benachteiligung von Minderheiten gewarnt.²¹¹ Die Covid-19-Taskforce hatte sich wie erwähnt schon im April dezidiert gegen Immunitätsausweise ausgesprochen und argumentiert, dass die Benachteiligung von Nichtgeimpften mit der Diskriminierung von Behinderten gleichzusetzen sei.²¹²

[76] Hier sind einige Klarstellungen angebracht, auch in Bezug auf die Terminologie. Zuerst gibt es unterschiedliche Gründe, warum jemand nicht geimpft ist. Es waren entweder nicht genug Impfdosen vorrätig, damit sich alle impfen lassen konnten, die dies beabsichtigten. Oder manche Leute *wollen* sich nicht impfen lassen, obwohl ihnen diese Möglichkeit offenstünde. Der erste Fall schafft ein echtes Dilemma, da Menschen potentiell ausgeschlossen werden, ohne (zumindest vorläufig) etwas daran ändern zu können. Dieses «zumindest vorläufig» ist aber wichtig, denn es impliziert, dass es sich dabei voraussichtlich um ein vorübergehendes Dilemma handelt – und der Ausschluss selbst möglicherweise dazu beiträgt, dass die Situation sich schneller entschärft.

²⁰³ Der Registrierung soll ein Impfaufgebot vorangehen: Illa confirma que habrá un registro de quienes rechacen la vacuna que se compartirá «con otros socios europeos», Al Rojo Vivo, La Sexta Television, 28. Februar 2020, https://www.lasexta.com/programas/al-rojo-vivo/entrevistas/illa-confirma-que-se-citara-a-la-gente-para-vacunarse-y-se-hara-un-registro-de-las-personas-que-lo-rechacen_202012285fe9d9c2bc50ef000101275c.html.

Der Vorschlag hat kaum Kontroversen ausgelöst: UTE MÜLLER, Spanien will Impf-Verweigerer registrieren, Neue Züricher Zeitung, 30. Dezember 2020, S. 2.

²⁰⁴ Bundesregierung, Formulierungshilfe Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, 29. April 2020 (bzgl. § 28 IfSG).

²⁰⁵ Deutscher Ethikrat (Fn. 185) S. 9.

²⁰⁶ Deutscher Ethikrat (Fn. 185) S. 23–25.

²⁰⁷ Deutscher Ethikrat (Fn. 185), S. 39 und 43.

²⁰⁸ MARTEN VON SWAANTJE, Erst das Impfen, dann die Moral?, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 28. Dezember 2020, S. 2.

²⁰⁹ Streit über Privilegien für Geimpfte: Justizministerin Lambrecht: Besserstellung verbietet sich gegenwärtig, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 30. Dezember 2020, S. 1; Kein Vorrecht für Geimpfte, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 3. Januar 2021, S. 1; Union und SPD prüfen Verbot von Privilegien für Geimpfte (Fn. 52). Für eine Ausnahme siehe die Aussage von Manuela Rottmann, Sprecherin der Grünen, wonach ein «generelles Differenzierungsverbot nach Ansteckungsrisiko [...] rechtlich nicht zu halten sei (ALEXANDER HANEKE, Privilegien der Geimpften?, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 30. Dezember 2020, S. 2).

²¹⁰ Union und SPD prüfen Verbot von Privilegien für Geimpfte (Fn. 52).

²¹¹ So u.a. KÄLIN (Fn. 26); MEIER (Fn. 40).

²¹² National COVID-19 Science Task Force (Fn. 74), S. 3.

Im zweiten Fall aber ist die Vorstellung einer Privilegierung gewiss fehl am Platz.²¹³ Begriffe wie «Sonderrecht» oder «Privileg» implizieren eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung bei gleichen Voraussetzungen. Die Voraussetzungen sind hier aber *nicht* gleich. Wer sich impfen lässt, geht ein gewisses Risiko für die eigene Gesundheit ein;²¹⁴ zugleich leistet er einen Beitrag an den Schutz der öffentlichen Gesundheit.²¹⁵

[77] Gerade in diesem Fall wäre auch eine Gleichsetzung von Nichtgeimpften mit Behinderten nicht nur wenig überzeugend, sondern geradezu stossend. Wie bereits ausgeführt, setzt Behinderung «eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung» voraus;²¹⁶ da es sich dabei um eine intensive Beeinträchtigung handelt, gibt es in der Regel keine Massnahmen zu deren Beseitigung.²¹⁷ Diese Situation unterscheidet sich essentiell vom bewussten Verzicht auf eine Impfung, welche innert überschaubarer Frist erhältlich wäre. Was immer die Gründe dafür sind, es handelt sich um eine Wahl, die Behinderte nicht haben. Aber auch wenn die Impfung aus Mangel an Impfstoff unterbleibt, überzeugt die Subsumption unter das Behindertenrecht nicht; zum einen folgt daraus keine körperliche oder psychische Beeinträchtigung, zum anderen handelt es sich nicht um einen voraussichtlich dauernden Zustand.

[78] Generell erweckt der Fokus auf mutmassliche Privilegierungen den Eindruck, dass der eigentliche Zweck eines Impfnachweises vergessen geht:²¹⁸ die Aufhebung von Einschränkungen zumindest dort, wo sie bereits möglich ist, anstelle der unterschiedslosen Weitergeltung.²¹⁹ Wer in diesem Zusammenhang von Zweiklassengesellschaft spricht, insinuiert, dass zwischen Geimpften und Nichtgeimpften kein sachlich relevanter Unterschied besteht – dass es sich um Gleiches handelt, das gleich behandelt werden muss.

3.2.2. Staatliches Impfblogatorium

[79] Natürlich würde die unterschiedliche Behandlung von Geimpften und Nichtgeimpften auch einen Anreiz (oder Druck) schaffen, sich gegen Covid-19 impfen zu lassen. Generell ist die Linie zwischen der *Ermütigung* zu einer Impfung – einem sogenannten *nudge* – und einer Impfpflicht nicht immer klar zu ziehen. Eine Ermütigung liegt beispielsweise noch vor, wenn Impfungen angeboten werden im Rahmen von Untersuchungen, die für den vollen Erhalt des Kinderbetreu-

²¹³ Auch gemäss HANS-JÜRGEN PAPIER könne von «Privilegien» oder «Sonderrechten» für Geimpfte keine Rede sein: Union und SPD prüfen Verbot von Privilegien für Geimpfte (Fn. 52).

²¹⁴ LANGER (Fn. 14), S. 105 f.

²¹⁵ Siehe unten, Abschnitt 3.2.2.1.

²¹⁶ Oben, Fn. 76.

²¹⁷ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 78), S. 19.

²¹⁸ Vgl. dazu auch National COVID-19 Science Task Force (Fn. 74) S. 5, wo auf den Missbrauch von Impfausweisen im faschistischen Italien hingewiesen wird. Zahlreiche Institutionen und Infrastrukturen wurden im Faschismus zweckentfremdet, ohne dass deswegen heute ihre Berechtigung oder Nützlichkeit in Frage gestellt werden.

²¹⁹ In diesem Sinne auch ANJA STEHLE, «Man kann Freiheitsrechte nicht einschränken mit dem vagen Appell an einen unklaren Begriff von Solidarität», NZZ Online, 29. Dezember 2020, <https://www.nzz.ch/international/iv-reinhard-merkel-ld.1594307> (Interview mit REINHOLD MERKLE).

ungsgeldes absolviert werden müssen.²²⁰ Wird hingegen das Kindergeld nur *nach* einer Impfung ausbezahlt, so wird bereits erheblicher mittelbarer Zwang ausgeübt.²²¹

[80] Weiter ginge die *explizite* Verpflichtung zur Impfung. Hier soll aber nur sehr selektiv auf gewisse Aspekte eines *Impfblogatoriums* eingegangen werden.²²² Ich verzichte bewusst auf eine ausführliche Darstellung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften im Epidemiengesetz (diese ist bereits andernorts erfolgt)²²³ und beschränke mich auf die Feststellung, dass der Bundesrat in der aktuell geltenden «besonderen Lage» die Kompetenz hat, «Impfungen bei gefährdeten Bevölkerungsgruppen, bei besonders exponierten Personen und bei Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, für obligatorisch [zu] erklären».²²⁴ Im gleichen Umfang können auch die Kantone bereits in normalen Zeiten Impfungen für obligatorisch erklären, «sofern eine erhebliche Gefahr besteht».²²⁵ Auf eine ausführliche Diskussion kann vor allem deshalb verzichtet werden, weil – vielleicht als einzige Konstante während des bisherigen Verlaufs der Corona-Krise – ein Impfblogatorium praktisch einmütig abgelehnt wurde, und zwar nicht nur für gefährdete Bevölkerungsgruppen, sondern auch für einzelne Berufsgruppen.²²⁶ Ebenso setze ich als gegeben voraus, dass eine Impfung einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit bedeutet (wobei die Schwere dieses Eingriffs recht unterschiedlich qualifiziert wird),²²⁷ und dass auch andere Grundrechte durch eine Impfung betroffen sein können.²²⁸

[81] Was *hier* interessiert, ist die Güterabwägung bei der Frage, ob ein öffentliches Interesse ein Impfblogatorium rechtfertigen könnte. Ausserdem wird im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeitsprüfung diskutiert, worauf wir eigentlich eine solche Prüfung stützen oder stützen sollten.

3.2.2.1. Öffentliches Interesse und Interessen Dritter

[82] Die Medienberichterstattung in der Corona-Krise erweckt teilweise den Eindruck, dass mit der Feststellung, eine Impfung verletze die persönliche Freiheit, eine Impfpflicht bereits aus-

²²⁰ So die Regelung in Österreich: Die Absolvierungen der nach dem Mutter-Kind-Pass vorgesehenen Untersuchungen ist Voraussetzung für den vollen Erhalt des Kinderbetreuungsgeldes (<https://www.frauen-familien-jugend.bka.gv.at/familie/finanzielle-unterstuetzungen/kinderbetreuungsgeld-ab-1.3.2017/anspruchsvoraussetzungen.html>). Die Impfungen sind nur empfohlen (<https://www.gesundheit.gv.at/leben/eltern/mutter-kind-pass/vierte-bis-sechste-untersuchung-kinder>).

²²¹ Vgl. LANGER (Fn. 14), S. 109. Ausführlich zur Definition von Zwang im Impfkontext VOKINGER/ROHNER (Fn. 14), S. 262.

²²² Dieses wird mit VOKINGER/ROHNER (Fn. 14) definiert als gesetzlich vorgeschriebene Impfung, bei deren Verweigerung «ersatzweise eine *gesundheitspolizeilich* motivierte Zwangsmassnahme verhängt wird» (S. 263).

²²³ LANGER (Fn. 14), S. 91 ff.; VOKINGER/ROHNER (Fn. 14), S. 260 ff.

²²⁴ Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG.

²²⁵ Art. 22 EpG und Art. 38 EpV. Siehe im Detail VOKINGER/ROHNER (Fn. 14), S. 264 ff.

²²⁶ So etwa GUY PARMELIN auf die Frage, ob man das Gesundheitspersonal zur Impfung verpflichten solle: «Nein, auch wenn es möglich wäre, sollte man meiner Meinung nach niemanden dazu verpflichten.» (DORER/MARTI (Fn. 28)).

²²⁷ In der Rechtsprechung reicht die Qualifikation von harmlos (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 41), Rz. 348) über erheblich (THOMAS GÄCHTER/MARIANNE KAUFMANN, Impfpflicht für Gesundheitspersonal, Pflege-recht 4/2013, S. 213 ff., S. 215) bis hin zu schwer (VOKINGER/ROHNER (Fn. 14), S. 266). Die (ältere) Rechtsprechung qualifizierte den Eingriff als «*en général inoffensive et peu douloureuse*» (BGE 99 Ia 747, E. 3b) oder neuerdings als «verhältnismässig leicht», Verwaltungsgericht SG (Fn. 135), E. 2d). Bemerkenswerterweise findet keine Abstufung nach Art der Impfung statt.

²²⁸ So insbesondere die Religionsfreiheit (Art. 15 BV) und der Anspruch auf Privat- und Familienleben (Art. 13 BV), vgl. LANGER (Fn. 14), S. 99–102 (inkl. Diskussion des einschlägigen internationalen Menschenrechtsschutzes).

geschlossen sei.²²⁹ Grundrechtseinschränkungen sind jedoch (gerade unter einem europäischen Grundrechtsverständnis) zwar nicht die Regel, aber gewiss keine seltene Ausnahme.²³⁰ Die Voraussetzungen dafür sind bekannt. Neben der bereits erwähnten gesetzlichen Grundlage muss die Einschränkung eines Grundrechts auch durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.²³¹

[83] Die öffentliche Gesundheit gehört in diesem Zusammenhang zu den zentralen polizeilichen Schutzgütern.²³² Ob sie im Laufe einer Pandemie gefährdet ist und in welchem Masse, ist aber nicht persönliche Ansichtssache, sondern wird durch Abklärungen der zuständigen nationalen oder internationalen Behörden etabliert – also in der Schweiz insbes. durch das Bundesamt für Gesundheit und auf internationaler Ebene durch das WHO Emergency Committee.²³³ Verbindlich ist dabei das naturwissenschaftliche Paradigma.²³⁴ Die Naturwissenschaften liefern zwar kaum je eindeutige, aber *verifizierbare* Antworten. Das unterscheidet sie vom in sich widersprüchlichen Konzept «alternativer Fakten», wie sie in der Corona-Pandemie weit verbreitet sind.²³⁵ Das gilt gleichermaßen bei der Determinierung anderer öffentlichen Interessen wie etwa dem Umweltschutz: Auch hier sind beispielsweise die Berichte des *Intergovernmental Panel on Climate Change* relevant,²³⁶ nicht aber unfundierte Äusserungen, die einen Klimawandel *prinzipiell* verneinen.²³⁷

[84] Neben dem öffentlichen Interesse wird m.E. dem Schutz der Grundrechten Dritter gerade bei Gesundheitsfragen zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt.²³⁸ Gerade im Kontext von Art. 10 BV trägt der Staat auch positive *präventive* Schutzpflichten, etwa bei Lebensgefährdung durch objektive Gefahren.²³⁹ Bei Impfungen im Allgemeinen erstreckt sich diese Pflicht auch auf Immungeschwächte oder andere, die nicht geimpft werden können, weil sie noch zu jung sind; bei Corona im Speziellen wäre an den Schutz von Risikogruppen zu denken.

[85] Individualrechte sollten nicht auf dem Altar des «Allgemeinwohls» geopfert werden – zumal das Konzept einer solchen Opferbereitschaft durchaus anfällig für Missbrauch ist. Auch ist

²²⁹ Vgl. etwa ROGER BRÄNDLIN, *Steuert die Schweiz auf einen indirekten Impfwang zu?*, Echo der Zeit, SRF, 29. Dezember 2020, <https://www.srf.ch/play/radio/popupaudioplayer?id=40ac9655-d860-4a1d-aa4e-dc30641d269b> und besonders bemerkenswert MEIER (Fn. 26): «So klein der Pikser sein mag, er verletzt das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit. Das wiegt stärker als das öffentliche Interesse am Gesundheitsschutz – jedenfalls so lange keine neue, hochansteckende, absolut tödliche Krankheit auftaucht» (Hervorhebung des Autors). Eine «absolut tödliche Krankheit» würde wohlgerne eine Letalitätsrate von 100% voraussetzen!

²³⁰ Oben, Fn. 166.

²³¹ Art. 36 Abs. 2 BV.

²³² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 41), Rz. 315.

²³³ Art. 3 ff. EpV bzw. Art. 48 International Health Regulations (Fn. 99).

²³⁴ Dazu unten, Abschnitt 3.2.2.2 und im Detail LANGER (Fn. 14), S. 106–108.

²³⁵ So genügt es beispielsweise nicht zu postulieren, das Coronavirus habe «nachweislich» zu keiner Übersterblichkeit geführt (so <https://wirmachenauf.ch/der1101> (besucht am 15. Januar 2021)). Ähnliche Überlegungen motivieren auch die erwähnte Volksinitiative: «Glauben Sie nicht, dass der Mensch genug vernünftig wäre, sich impfen zu lassen, wenn das Virus wirklich so gefährlich wäre? Ich glaube, wenn wir richtig aufgeklärt würden, wären wir genug schlau, die richtigen Massnahmen für uns zu treffen. Die Medien aber informieren einseitig, ein offener Diskurs ist nicht möglich.» (SASCHA BRITSKO, «Verliert einer den Job, wenn er sich weigert?», NZZ am Sonntag, 6. Dezember 2020, S. 21, Interview mit Initiator RICHARD KOLLER).

²³⁶ Vgl. JOHANNES REICH, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 5. Mai 2020, 1C_37/2019, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 121/2020, S. 489 ff., S. 498.

²³⁷ Unten, bei Fn. 257.

²³⁸ Dazu im Detail LANGER (Fn. 14), S. 103.

²³⁹ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 41), § 11 Rz. 11 f.

Selbstlosigkeit keine Pflicht.²⁴⁰ Aber das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft ist gerade bei Impfungen komplex – auch in moralischer Hinsicht. Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass eine Impfung nicht frei von Risiken ist und folglich damit verbundene Erleichterungen kaum als «Privilegien» taxiert werden sollten.²⁴¹ Die Impfung hat eine stark altruistische Komponente, da sie letztlich auch jene schützt, die sich nicht impfen lassen *können* – genauso wie jene, die sich nicht impfen lassen *wollen*, aber nichtsdestotrotz von der Herdenimmunität profitieren.

[86] Die moderne Konzeption von Menschenrechten fokussiert zwar auf die Rechte des Individuums gegenüber dem Kollektiv (und möglicherweise auch *gegen* das Kollektiv).²⁴² Aber das ist nicht mit Rücksichtslosigkeit und Egoismus gleichzusetzen.²⁴³ Aber die Tendenz nimmt zu, eigene Ansichten und Präferenzen als Menschenrechte zu verabsolutieren und dann ohne Einschränkung einzufordern, ohne Beachtung der Auswirkungen auf andere oder auf gesellschaftliche Implikationen – *et pereat mundi*.²⁴⁴

[87] Mit ihrem extensiven Anwendungsbereich illustriert die im Corona-Kontext lancierte Volksinitiative diese Entwicklung. *Präventiv* und ohne Berücksichtigung auf die konkreten Umstände will man sich vor negativen Konsequenzen der eigenen Haltung schützen – und schießt dabei über das Ziel hinaus. Denn aufgrund der (wohl aus taktischen Gründen weit gewählten) Formulierung wären nicht nur Impfungen verboten.²⁴⁵ Die körperliche und geistige Unversehrtheit umfasst etwa auch den Schutz vor zwangsweiser Blutentnahme in einem Strafprozess oder einer Haarprobe²⁴⁶ – soll hier, wenn die Zustimmung für den Eingriff verweigert wird, Strafe ausgeschlossen sein? Wenn man den vorgeschlagenen Art. 10 Abs. *2bis* BV nicht gar zum Kerngehalt des Schutzes von Leben und persönlicher Freiheit erklären will, bleibt eine Einschränkung gemäss den Voraussetzungen von Art. 36 BV ohnehin möglich.

[88] Diese Problematik müsste vielleicht auch in der Grundrechtstheorie und -dogmatik, die «nach wie vor zu einseitig auf die individuellen Schutz- und Abwehrinteressen hin konditioniert» sind, vermehrt thematisiert werden.²⁴⁷ Die Rechtswissenschaft ist stark fokussiert auf je für sich betrachtete Einzelrechte und fordert reflexartig und teilweise beckenmesserisch deren Schutz ein.²⁴⁸ Fokussiert man aber stets nur auf Teilaspekte, so kann es einem ergehen wie Zenon mit Achilleus und der Schildkröte: Weil man die Kontinuität einer Entwicklung übersieht, en-

²⁴⁰ Vgl. wiederum BRITSKO (Fn. 235): «Heute soll man sich impfen, um andere zu schützen. Für mich ist das ein Paradoxon sondergleichen. Interviewer: *Sich impfen zu lassen, damit andere nicht sterben müssen, das ist für Sie unverständlich?* Etwas machen, um andere zu schützen: Wie weit müssen wir denn gehen?»

²⁴¹ Oben, Abschnitt 3.2.1.3.

²⁴² MARIE-LUISA FRICK, *Human Rights and Relative Universalism*, Cham 2019, S. 70: «... *human rights advocates should be unapologetic about the fact that the idea of human rights is biased in favor of individuals.*»

²⁴³ Vgl. FRICK (Fn. 242), S. 68 f.

²⁴⁴ Vgl. dazu BGER 2C_395/2019, Entscheid vom 8. Juni 2019: Wegen eines Masernausbruchs wurde ein Kind, das weder immun noch geimpft war, für zwei Wochen vom Unterricht ausgeschlossen. Die Eltern machten geltend, dass die Verabreichung von Immunglobulin an *andere* Kinder ein verhältnismässigeres Mittel gewesen wäre.

²⁴⁵ Die Initiative bezieht sich auf *jegliche* Eingriffe in die körperliche oder geistige Unversehrtheit, siehe oben, Fn. 18.

²⁴⁶ MÜLLER/SCHEFER (Fn. 198), S. 72.

²⁴⁷ MARKUS MÜLLER, *Perspektiven der schweizerischen Rechtsstaatlichkeit*, in: Oliver Diggelman/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2020, Bd. 2, 1146–1164, Rz. 14.

²⁴⁸ Aus wissenschaftspolitischer Sicht mag so auch Deutungshoheit reklamiert werden in Gebieten, auf denen juristische Expertise nicht an erster Stelle gefragt ist – wie etwa bei epidemiologischen Fragen.

det man in der Paradoxie.²⁴⁹ Es wird, mit anderen Worten, «der tiefere normative Gehalt der Grund- und Freiheitsrechte ausgeblendet», der «nicht nur Abwehr- und Schutzrechte, sondern auf der Kehrseite auch Rücksichts- und Toleranzpflichten» umfasst; Grundrechte sind deshalb «nicht ausschliesslich «vom Ich her», sondern auch «vom Du her» zu denken und gestalten».²⁵⁰

[89] Den zahlreichen Beteuerungen, ein Impfblogatorium stehe höchstens als *ultima ratio* zur Verfügung, ist beizupflichten – aber auch in Bezug darauf, dass ein solches Obligatorium nicht *prinzipiell* ausgeschlossen werden kann. Wenn sich herausstellen sollte, dass etwa eine weit unterdurchschnittliche Impfbereitschaft beim Pflegepersonal ernsthafte epidemiologische Folgen zeitigt,²⁵¹ so können nicht *allein* die persönlichen Vorbehalte der Pflegenden entscheidend sein. Ebenso müssen die Interessen der Öffentlichkeit gewogen werden und die Rechte Dritter, wenn ansonsten beispielsweise ein konsequenter *lock-down* zu weit verbreiteten Einschränkungen der persönlichen Freiheit führen würde.²⁵²

3.2.2.2. Verhältnismässigkeit und das Kriterium der Eignung

[90] Auch was die Frage der Verhältnismässigkeitsprüfung eines Impfblogatoriums betrifft, sei für eine detaillierte Analyse auf bestehende Abhandlungen verwiesen.²⁵³ Hier möchte ich nur auf das Kriterium der *Eignung* eines solchen Obligatoriums zum Schutz der öffentlichen Gesundheit oder der Grundrechte Dritter eingehen. Dabei steht aber *nicht* die Frage im Vordergrund, wann dieses Kriterium bei einem Impfblogatorium erfüllt wäre; vielmehr folgen einige Gedanken über den Massstab, der für die Feststellung der Eignung gelten soll.

[91] Rechtsordnungen gründen auf einem «Norm-Rationale» oder einem bestimmten Paradigma – auf Werten oder Annahmen *ausserhalb* des Rechts, die *durch* das Recht verwirklicht werden sollen. Lange Zeit war dieses Rationale religiöser Natur.²⁵⁴ Heute unterlegen in der Regel nicht mehr ein, sondern eine Vielzahl von umfassenden oder partiellen Paradigmata das Gemeinwesen.²⁵⁵ Das naturwissenschaftliche Paradigma nimmt dabei eine ganz zentrale Stellung ein, zumindest in jenen Bereichen, die ohne naturwissenschaftliche Expertise zwar wahrgenommen, aber nicht verstanden werden können. Dazu gehört, wie erwähnt, etwa der Klimawandel. Die *policy*-Entscheidungen des Staates gründen in diesem Bereich auf dem aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstand, der selbstverständlich stets hinterfragt werden darf und soll – aber ebenfalls mit wissenschaftlicher Methode, nicht mit anekdotischen Hinweisen etwa auf lokale Kältewel-

²⁴⁹ Vgl. ROY A. SORESENSEN, *A Brief History of the Paradox Philosophy and the Labyrinths of the Mind*, New York 2003, S. 49.

²⁵⁰ MÜLLER (Fn. 247), Rz. 14 (mit Verweis auf Peter Saladin, *Verantwortung als Staatsprinzip*, Bern/Stuttgart 1984, S. 204).

²⁵¹ Siehe oben, Fn. 13.

²⁵² Zur Qualifikation eines *lock-down* siehe unten, Abschnitt 4.2.

²⁵³ GÄCHTER/KAUFMANN (Fn. 227), S. 216 f.; LANGER (Fn. 14), S. 105–111; VOKINGER/ROHNER (Fn. 14), S. 268–270.

²⁵⁴ Vgl. dazu LORENZ LANGER, *Religious Offence and Human Rights: The Implications of Defamation of Religions*, Cambridge Studies in International & Comparative Law, Cambridge 2014, S. 259 ff.

²⁵⁵ Vgl. JOHN RAWLS, *Political Liberalism*, expanded ed. New York 2005, xviii, der von *comprehensive doctrines* spricht, die einem *overlapping consensus* zugänglich sind.

len.²⁵⁶ Die Behauptungen von Klimaskeptikern, es gäbe keine Erderwärmung, werden bei der Normsetzung und -durchsetzung im Regelfall nicht berücksichtigt.²⁵⁷

[92] Analog würde man meinen, dass auch im gesundheitlichen Bereich der Rechtssetzung und -anwendung primär das medizinisch-naturwissenschaftliche Rationale zugrundeliegt.²⁵⁸ Die Krankenversicherung etwa übernimmt nur die Kosten von *wirksamen* Leistungen – und diese Wirksamkeit «muss nach *wissenschaftlichen* Methoden nachgewiesen sein.»²⁵⁹ An diesem Wirksamkeitskriterium richtet sich auch die gesetzliche Regelung der Epidemienbekämpfung im allgemeinen und von Impfungen im Speziellen aus: Den einschlägigen Vorschriften im Epidemienengesetz liegt die Annahme zugrunde, dass Impfungen zu den «wirksamsten und kosteneffizientesten medizinischen Massnahmen» gehören und «eine der grössten Public-Health-Errungenschaften des letzten Jahrhunderts» sind.²⁶⁰

[93] Nun erstaunt die andauernde Impfskepsis und -ablehnung insofern nicht, als dass dieses Phänomen in die Frühzeit der Impfungen zurückreicht²⁶¹ – wobei die jeweiligen Gründe dem Zeitgeist entsprechend anfänglich noch religiöser Art waren, während Impfgegner sich heute vor allem auf alternative Fakten stützen²⁶² oder die absolute Freiheit des Individuums anrufen.²⁶³ Was dabei verwundert, ist die Geduld, die ihnen dabei entgegengebracht wird, und die Plattform, die ihnen bereitwillig zur Verfügung steht. Irreführende Informationen sind nicht in einem Bereich brandgefährlich und in anderen Gebieten harmlos – gerade nicht, wenn sie sich auf die Gesundheit beziehen.²⁶⁴ Sie kompromittieren die Epidemienbekämpfung und können darüber hinaus auch zum Glauben verführen, die Missachtung von Gesundheitsmassnahmen seien nicht Rechtsverstösse, sondern legitimer Widerstand.²⁶⁵ Die übervorsichtige und oft defensive

²⁵⁶ Vgl. MIRINA GROSZ, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 5. Mai 2020 (1C_37/2019), Umweltrecht in der Praxis 4/2020, S. 397 ff., S. 415. Die Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse bei der Normsetzung und -durchsetzung hat dabei durchaus auch eine grund- oder menschenrechtliche Komponente, vgl. REICH (Fn. 236), S. 499–501 und allgemein ANNA-MARIA HUBERT, The Human Right to Science and Its Relationship to International Environmental Law, European Journal of International Law 31/2020, S. 625 ff.

²⁵⁷ Für eine (nun beendete) Ausnahme von dieser Regel siehe die zahlreichen Tweets von Donald Trump zum Thema, die noch einsehbar sind unter <https://www.vox.com/policy-and-politics/2017/6/1/15726472/trump-tweets-global-warming-paris-climate-agreement>.

²⁵⁸ So schon ZACCARIA GIACOMETTI, Die staatspolitische Bedeutung des neuen Tuberkulosegesetzes, Neue Zürcher Zeitung, 28. März 1949, S. 1: «Auf wen sollte der Gesetzgeber in solchen medizinischen Fragen in erster Linie abstellen, wenn nicht auf das Urteil der Mediziner?»

²⁵⁹ Art. 32 Abs. 1 KVG. – Dass die Leistungen auch *wirtschaftlich* sein müssen, zeigt, dass das medizinische Rationale nicht exklusiv zur Anwendung kommt. Art. 118a BV illustriert ausserdem, dass das schulmedizinische Primat nicht unbeschränkt gelten soll, wobei die Umsetzung dieser Vorgabe bezeichnenderweise schwerfällt: UELI KIESER, Art. 118a, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Karl Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich 2014, Bd. 2, 2077–2086, Rz. 33.

²⁶⁰ Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienengesetz, EpG), BBl 2010 311, 3. Dezember 2010, 360.

²⁶¹ Ausführlich LANGER (Fn. 14), S. 90–96.

²⁶² Siehe oben, Fn. 235.

²⁶³ Siehe oben, Fn. 244

²⁶⁴ Häufig gibt es dabei auch thematische und persönliche Überschneidungen, etwa zwischen Klimawandel- und Impfskeptiker. Das gilt auch für Donald Trump, der (bevor ein Covid-19-Impfstoff seine zweite Amtszeit retten sollte), ein bekennender Impfskeptiker war (so etwa in einem Tweet vom 28. März 2014: «Healthy young child goes to doctor, gets pumped with massive shot of many vaccines, doesn't feel good and changes – AUTISM. Many such caes!» (@realDonaldTrump). Zur Autismus-Debatte siehe LANGER (Fn. 14), S. 106, Fn. 167.

²⁶⁵ So etwa der Aufruf Anfang 2021, die Lokale trotz Schliessung zu öffnen (vgl. oben, Fn. 235), wobei sich die Protagonisten bezeichnenderweise «im Recht fühlten» (vgl. DANIEL GRAF/BETTINA ZANNI, Gastronomen riskieren für Corona-Rebellion hohe Bussen, 20min.ch, 8. Januar 2021, <https://www.20min.ch/story/gastronomen-riskieren-fuer-corona-rebellion-hohe-bussen-438611677036>; der Aufruf wurde schliesslich kaum befolgt: SELINA SCHMID/PAULINE VOSS, Nur wenige Wirte haben aufgemacht, Neue Zürcher Zeitung, 12. Januar 2021, S. 12).

Kommunikation der Behörden oder der Politik in Bezug auf ein Impfblogatorium mag gut gemeint sein; auch ist es in unser aller Interesse, dass ein solches Obligatorium nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden muss. Unbeabsichtigt kann so aber auch die Überzeugung gestärkt werden, dass Impfungen suspekt oder gar gefährlich sind. Als Folge verlaufen Diskussionen um eine Impfpflicht etwa des Pflegepersonals stets nach einem vorhersehbaren Muster und dienen deshalb primär der Profilierung der Protagonisten.²⁶⁶ Dabei ist der *vorbehaltlose* Ausschluss einer solchen Pflicht ebenso unseriös wie die undifferenzierte Forderung danach.²⁶⁷

4. Die Schweiz in der Pandemie

[94] Die vorgängigen Ausführungen bezwecken, zur Frage der Impfausweise eine hoffentlich solide Grundlage zu schaffen, die aber sicher noch der Ergänzung bedarf. Das Thema ist in der öffentlichen Diskussion präsent und wird in den kommenden Monaten wohl noch öfters zu Kontroversen führen. Mit der steigenden Zahl verabreichter Impfdosen dürfte seine Aktualität noch zunehmen, wenn parallel dazu die Kosten von weitreichenden, aber undifferenzierten verhängten Massnahmen weiterhin steigen. Zugleich wird die Thematik m.E. in der Schweiz von *beschränkter* Relevanz bleiben. Dies hängt zum einen mit der früh signalisierten politischen Absicht zusammen, im Hinblick auf Impfungen auch nur den Anschein jeglicher Pflicht zu vermeiden. Dieser prinzipielle Ausschluss ist aber auch bezeichnend für die generelle Haltung der Schweiz in der Corona-Krise. Diese Haltung wird auch künftig für den Verlauf der Pandemie sehr viel mehr Gewicht haben als Impf- oder Immunitätsausweise, weshalb einige kritische Anmerkungen dazu erlaubt seien.

4.1. Das Virus aus dem Orient

[95] In seinem grundlegenden Buch *Orientalism* definierte EDWARD SAÏD Orientalismus als Geishaltung, die auf einer ontologischen und epistemologischen Unterscheidung zwischen «Okzident» und «Orient» basiert.²⁶⁸ Ein zentraler Aspekt des Buches war das Konzept des «Anderen» (*the Other*).²⁶⁹ Dieses Konzept ist inzwischen in den Geisteswissenschaften omnipräsent – mit guten und oft mit weniger guten Gründen. Die Corona-Krise aber ist ein illustratives Beispiel für eine Entwicklung, die stark geprägt ist durch diese Idee des fremden, fernen und gefährlichen Anderen und durch die eigene Abgrenzung davon.

[96] Als sich im Frühjahr das Coronavirus in China rasant ausbreitete, wurden in Europa Menschen mit asiatischen Zügen teilweise offen diskriminiert. Auch in der Schweiz wurden sie, ob-

²⁶⁶ Vgl. dazu die Diskussion in Deutschland: ROBERT ROSSMANN, Söder sieht Impfen als Bürgerpflicht, *Süddeutsche Zeitung*, 12. Januar 2021, S. 1; DIETRICH MITTLER, Kritik an Impfpflicht-Vorschlag für medizinische Berufe, *Süddeutsche.de*, 12. Januar 2021, <https://www.sueddeutsche.de/politik/impfpflicht-coronavirus-soeder-kritik-1.5171716>.

²⁶⁷ Vgl. Spahn weiter gegen Impfpflicht: Habe mein Wort gegeben, *Süddeutsche.de*, 13. Januar 2021, <https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-deutschland-spahn-impfpflicht-1.5164637>. «Bundesgesundheitsminister Jens Spahn (CDU) hat einer Impfpflicht im Kampf gegen die Corona-Pandemie erneut eine Absage erteilt. «Ich habe im Bundestag mein Wort gegeben: In dieser Pandemie wird es keine Impfpflicht geben. Und das gilt.»

²⁶⁸ EDWARD W. SAÏD, *Orientalism*, 25th Anniversary Edition, New York 2003 (orig. publ. 1978), S. 2.

²⁶⁹ Vgl. SAÏD (Fn. 268), S. 332.

wohl teilweise hier geboren oder schon lange niedergelassen,²⁷⁰ wiederholt angepöbelt und rassistisch angefeindet – auf den Schulhöfen blieben selbst die Kinder nicht von Beschimpfungen verschont. Asiatischen Touristen schlug offene Ablehnung entgegen – und der implizite Vorwurf der Verantwortungslosigkeit und Rücksichtslosigkeit: Warum blieben sie nicht zu Hause, anstatt uns mit ihren Vergnügungs- und Einkaufsreisen zu gefährden? Die extensiven Massnahmen zur Bekämpfung des Virus in Asien – von der ständigen umfassenden Desinfektion über den Bau von Spitälern bis hin zu weitreichenden und konsequent durchgesetzten Quarantänen – nahm man zwar zur Kenntnis, doch schienen sie immer noch ungenügend. So wurde etwa ausführlich über den Fall einer infizierten Frau aus Wuhan berichtet, die ungehindert aus der angeblich geschlossenen Stadt nach Peking gelangen konnte.²⁷¹ Das Virus (und damit die Verantwortung) war dabei geographisch klar in China und damit in weiter Ferne verortet, in einem Land, in dem die Leute noch allerlei seltsames Getier verspeisen – bei solchen Bräuchen ist das sporadische Auftauchen neuer Viren wie SARS, der Vogel- und Schweinegrippe und jetzt Covid-19 ja fast schon eine logische Folge.²⁷²

[97] Sobald aber das Virus in der Schweiz angekommen war, änderte sich diese Haltung fundamental. Man hätte meinen könnte, es handelte sich nicht mehr um den gleichen Erreger. Er war plötzlich weniger gefährlich, weniger bedrohlich, weniger – im soziologischen Sinne – «anders». Während wir zuvor die einschneidenden Massnahmen in Asien zustimmend zur Kenntnis genommen hatten, lehnten wir jetzt hier die Schliessung der Grenzen oder der Schulen als unverhältnismässig und letzten Endes zu kostspielig ab (und auf Reisen verzichten wollte man ebenfalls nicht). Zugleich fand eine bemerkenswerte Relativierung der Massnahmen in Asien statt. Die asiatische Gepflogenheit, bei einer Erkältung eine Atemschutzmaske zu tragen, hat man hierzulande ja ohnehin schon immer als Marotte belächelt; nun wurde zusätzlich betont, dass diese Vorkehrung ohnehin wenig mehr als Aberglaube sei – auch hier schien die Herablassung gegenüber dem unaufgeklärten anderen durch.²⁷³ Parallel dazu verlagerte sich der Fokus der medialen Berichterstattung: Bald wurde impliziert, in China und anderswo in Asien sei nicht zu wenig gegen die Epidemie getan worden, sondern zu viel. So stand nicht etwa die bemerkenswerte Effektivität bei der dortigen Bekämpfung der Virenausbreitung im Vordergrund; thematisiert wurde nun vor allem die unverhältnismässige Einschränkung von individuellen Freiheitsrechten. So berechtigt diese Kritik war – sie hätte nicht daran gehindert, die *lessons learned* anderer Länder vertieft zu studieren.

4.2. Helvetischer Solipsismus – oder: Ich mach' mir die Welt...

[98] Daran änderte sich in der zweiten Phase wenig. Die ausserordentliche Lage brachte einschneidende Massnahmen. Deren allgegenwärtige Bezeichnung als «harter Lockdown» liess aber

²⁷⁰ CORINNE PLAGA/KATRIN BÜCHENBACHER, Diskriminierung in Zeiten des Virus, Neue Zürcher Zeitung, 5. März 2020, S. 20.

²⁷¹ MARKUS MÜLLER, Infizierte flüchtet aus Wuhan, Neue Zürcher Zeitung, 29. Februar 2020, S. 22.

²⁷² Vgl. zu dieser «not me»- bzw. «not my group»-Reaktion HÉLÈNE JOFFÉ, Risk and «The Other»: Cambridge 1999, S. 1.

²⁷³ Vgl. dazu das anfängliche offizielle Insistieren auf der Nutzlosigkeit der Masken: ROLAND GAMP/CHRISTIAN BRÖNNIMANN, Beamte horteten Masken und Desinfektionsmittel, SonntagsZeitung, 2. August 2020, S. 3; dagegen National COVID-19 Science Task Force, Role of Face masks as part of nonpharmaceutical interventions against coronavirus disease, Policy Brief, 20 April 2020, <http://scienctaskforce.ch/wp-content/uploads/2020/10/Role-of-masks-20April20-English.pdf>.

die Frage offen, wie dann die noch härteren Massnahmen in Spanien oder Italien zu bezeichnen wären. Auch wurde auf die Ahndung von Verstössen gegen die Vorschriften weitgehend verzichtet. Insbesondere nach Beendigung der ausserordentlichen Lage dominierten in der Öffentlichkeit zum einen Kompetenzfragen zwischen Bund und Kantone die Debatte; zugleich begannen – noch ohne jeglichen Konnex zur Realität – die Diskussionen um ein Impfobligatorium. Für die Sommerferien wurden zwar Risikogebiete definiert und eine Quarantänepflicht für die von dort einreisenden oder zurückkehrenden Reisenden verordnet.²⁷⁴ Auch diese Vorschrift blieb aber vorerst ein anschauliches Beispiel für eine *lex imperfecta*,²⁷⁵ da ihre Durchsetzung überhaupt erst gegen Ende der Sommerferien und dann sehr zögerlich einsetzte.²⁷⁶

[99] Mit dem steilen Anstieg der Fallzahlen nach dem Sommer setzte eine weitere Verengung bzw. ein kompletter Wechsel der Perspektive ein. Man zog, bildlich gesprochen, in die Villa Kunterbunt ein und machte sich die Welt fortan so, wie sie einem gefällt. Es entstand nun zunehmend eine eigene schweizerische Realität²⁷⁷ – etwa in Bezug auf die selbstreferentielle Möglichkeit für Kantone, Einschränkungen zu lockern, solange die Infektionen unter dem *schweizerischen* Durchschnitt blieben.²⁷⁸ Die Öffnung der Skigebiete wurde zur Schicksalsfrage und zu einem weiteren Beispiel mangelnden Respekts des Auslands für Schweizer Eigenheiten.²⁷⁹ Die dortigen strengen Massnahmen wurden – insbesondere wenn sie dazu dienten, Reisen in die Schweiz zu unterbinden – als «Schikanen» diskreditiert (also als gem. Duden «kleinliche, böswillige Quälerei»)²⁸⁰ Zugleich wurden die weitaus mildereren Einschränkungen im eigenen Lande als «drakonisch» kritisiert.²⁸¹ Internationale Vergleiche der pro-Kopf-Infektionen blieben jetzt weitestgehend aus; stattdessen verwies man darauf, dass niemand wisse, wie die Pandemie effektiv bekämpft werden könnte.²⁸²

[100] Das trifft nur beschränkt zu. Es gibt bekannterweise eine Reihe von Ländern, welche die Infektions- und Todeszahlen sehr tief halten konnten – und dabei handelt es sich nicht nur um autoritäre Regime wie etwa die Volksrepublik China, wo bei der Bekämpfung des Virus keinerlei Rücksicht auf Individualrechte genommen wird. Die *kumulierten* Fallzahlen von Demokratien wie Neuseeland oder Taiwan seit Beginn der Pandemie werden in der Schweiz *täglich* über-

²⁷⁴ Art. 2 Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) im Bereich des internationalen Personenverkehrs vom 2. Juli 2020 (Covid-19-Verordnung Massnahmen im Bereich des internationalen Personenverkehrs), SR 818.101.27.

²⁷⁵ Vgl. HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2nd ed. Wien 1960. S. 10: «Eine Rechtsnorm wird als objektiv gültig nur angesehen, wenn das menschliche Verhalten, das sie regelt, ihr tatsächlich, wenigstens bis zu einem gewissen Grade, entspricht».

²⁷⁶ MICHAEL VON LEDEBUR/DANIEL FRITZSCHE/ADI KÄLIN, Zürich holt sich die Passagierdaten direkt, *Neue Zürcher Zeitung*, 6. August 2020, S. 13.

²⁷⁷ Vgl. JOFFÉ (Fn. 272), viii: «... *the majority of people in a society are able to carve a space of invulnerability for themselves.*»

²⁷⁸ Art. 7 Abs. 2 lit. c Covid-19-Verordnung besondere Lage (Fassung vom 11. Dezember 2020).

²⁷⁹ Bemerkenswert war insbesondere das Unverständnis gegenüber den Massnahmen der umliegenden Länder, um ihre Einwohner am Skifahren in der Schweiz zu hindern (so etwa Echo der Zeit, Schweizer Skigebiete sollen offen bleiben, *Radio SRF*, 26. November 2020) – es wurde (wie in der Vergangenheit bereits in anderem Kontext) gefragt, warum die Schweiz durch in anderen Ländern geltende Verbote daran gehindert werden sollte, von einer Situation wirtschaftlich zu profitieren.

²⁸⁰ So ANDRES WYSLING, Italien blockiert den Festtagstrubel, *Neue Zürcher Zeitung*, 4. Dezember 2020, S. 2.

²⁸¹ DOMINIK FEUSI, Gewerbe lobbyiert gegen Lockdown, *Tages-Anzeiger*, 16. Dezember 2020, S. 13.

²⁸² DORER/MARTI (Fn. 28), S. 4: «Leider gibt es keine allgemein gültigen Kriterien, die uns klipp und klar sagen: Tritt diese Entwicklung ein, dann tun wir dies und das.»

treffen.²⁸³ Eine solch erfolgreiche Bekämpfung des Virus wird teilweise mit ganz erheblichen Eingriffen in die Privatsphäre erkauft: etwa durch eine strikte Quarantäne, die mittels elektronischer Überwachung durchgesetzt wird.²⁸⁴ Es ist durchaus möglich, dass man solche Eingriffe auch dann nicht akzeptieren will, wenn die Alternative ein unterschiedsloser Lock-down mit Grundrechtseinschränkungen für Individuen und mit erheblichen Folgen für Gesellschaft und Wirtschaft ist.²⁸⁵ Aber um eine *informierte* Abwägung zwischen den jeweiligen Massnahmen zu treffen, müsste man die verschiedenen Optionen zumindest zur Diskussion stellen, anstatt den eigenen Weg als alternativlos darzustellen.

5. Fazit

[101] Die Corona-Pandemie ist ein einschneidendes Ereignis mit weitreichenden Folgen – auch im rechtlichen Bereich. Es stellen und stellen sich grundlegende Fragen in Bezug auf das Gleichgewicht der Staatsgewalten wie auch des Verhältnisses zwischen Bund und Kantonen. Die wellenförmig (und mit sukzessive höheren Wellenbergen) verhängten Einschränkungen haben aber auch weitreichende grundrechtliche Auswirkungen. Das gilt gleichermassen für epidemiologische Massnahmen wie Impfungen, die unweigerlich zu emotionalen öffentlichen Diskussionen führen.

[102] Dieser Aufsatz hat sich mit einem Teilaspekt dieser Diskussionen befasst – mit der Frage, inwieweit private oder staatliche Akteure den Impfstatus von Individuen zur Bedingung für Dienstleistungen oder auch gewisse Tätigkeiten machen dürfen. Es wurde argumentiert, dass dafür innerhalb privatrechtlicher Beziehungen ein relativ weiter Spielraum besteht. Diese Beziehungen sind aber momentan durch die Covid-Gesetzgebung stark reguliert; würden gesetzliche Lockerungen von Impfnachweisen abhängig gemacht, so handelte es sich um staatliche Massnahmen, die grundrechtskonform sein müssen. Das gilt erst recht, wenn der Gesetzgeber selbst eine Impfnachweispflicht oder sogar ein Impfblogatorium einführt.

[103] Bei der entsprechenden Prüfung sollte das öffentliche Interesse am Gesundheitsschutz wie auch an den Grundrechten Dritten, gebührend gewichtet werden. Auch muss sich die Prüfung der Verhältnismässigkeit am geltenden wissenschaftlichen Paradigma orientieren. Unabhängig davon dürfte die Frage nach Impfnachweisen in der aktuellen Pandemie in der Schweiz von untergeordneter Bedeutung bleiben. In anderen Ländern mögen entsprechende Ausweise eher früher als später eingeführt werden – wie erwähnt hat die Europäische Kommission bereits entsprechende Absichten bekanntgegeben.

[104] Die Schweiz hingegen hat sich im Zusammenhang mit der Epidemie ihre Welt weitgehend selbst gemacht und hofft weiterhin, dass sich so alles bald wenn nicht zum Guten, dann zumindest zum Besseren wendet. Dabei ist gegen das Prinzip Hoffnung nichts einzuwenden – solange es (im Sinne von ERNST BLOCH, der den Begriff geprägt hat)²⁸⁶ nicht als passives Abwarten, son-

²⁸³ Stand 18. Januar 2021: Neuseeland 2'262 Ansteckungen und 25 Todesfälle, Taiwan 868/7, Schweiz 502'191/8'820: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>.

²⁸⁴ CHUNHUEI CHI, Taiwan's Response to the Coronavirus Pandemic, Cambridge Core Blog, 12. August 2020, <https://www.cambridge.org/core/blog/2020/04/16/taiwans-response-to-the-coronavirus-pandemic>.

²⁸⁵ In Taiwan blieben die Schulen, Geschäfte oder Restaurants geöffnet: Tiger Balm, Economist, 5. Dezember 2020, S. 44–45.

²⁸⁶ Vgl. ERNST BLOCH, Das Prinzip Hoffnung, 11. Auflage, Werkausgabe Bd. 5–7, Frankfurt am Main 2019.

dern als aktiv planendes und bewusst veränderndes Einwirken auf die Entwicklung von Mensch, Gesellschaft und Natur verstanden wird.

Prof. Dr. iur. LORENZ LANGER, MA, MPhil, RA, ist Assistenzprofessor für Öffentliches Recht und Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung europäischer Demokratiefragen an der Universität Zürich und am Zentrum für Demokratie Aarau.

Der Autor dankt Philipp Bärtschi, Mirina Grosz, Urs Haldimann, Andreas Th. Müller, Patricia Schiess Rütimann, Dirk Spacek, Martin Steiger, Yeh Hui-Min sowie seinen Assistierenden Lea von Felten und Jérôme Fischer.