



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Fachbereich Rechtsetzungsbegleitung I

18. Februar 2021

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus



BJ-D-29623401/22

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	4
1.1	Ausgangslage.....	4
1.2	Prämisse.....	4
1.3	Aufbau der Notiz.....	4
2	Leistungserbringer mit staatlichen Aufgaben	4
2.1	Pflicht zur Achtung der Grundrechte.....	4
2.1.1	Grundsätze.....	4
2.1.2	Gleichbehandlung im Besonderen.....	5
2.1.3	Erforderlichkeit einer Rechtsgrundlage.....	5
2.2	Datenschutz.....	5
2.2.1	Grundsätze.....	5
2.2.2	Das Epidemien-gesetz als Rechtsgrundlage?.....	6
3	Differenzierungen durch Private: Privatautonomie	7
3.1	Übersicht.....	7
3.1.1	Grundsatz der Vertragsfreiheit.....	7
3.1.2	Schranken der Vertragsfreiheit.....	7
3.2	Sektorspezifische Leistungspflichten.....	7
3.2.1	Personenbeförderung.....	8
3.2.2	Gastwirtschaftsgewerbe.....	8
3.3	Kontrahierungspflicht aus den guten Sitten (Art. 20 OR).....	8
3.4	Kontrahierungspflicht aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ff. ZGB).....	9
3.4.1	Persönlichkeitsverletzung.....	9
3.4.2	Rechtfertigung.....	9
3.4.3	Durchsetzung der Kontraktionspflicht.....	10
3.5	Datenschutz.....	10
3.5.1	Gesundheitsdaten als besonders schützenswerte Personendaten.....	10
3.5.2	Persönlichkeitsverletzung.....	10
3.5.3	Rechtfertigung.....	11
3.5.3.1	Grundsätze.....	11
3.5.3.2	Einwilligung.....	12
3.5.3.3	Überwiegende private Interessen.....	12
3.5.3.4	Überwiegende öffentliche Interessen.....	13
3.5.3.5	Gesetz.....	13
3.6	Kontrahierungspflicht aus dem Kartellgesetz.....	14
4	Gesetzgeberische Optionen für den Bund	14
4.1	Ausgangslage: undifferenzierte Einschränkungen von Freiheiten.....	14
4.1.1	Einschränkungen.....	14
4.1.2	Gleichbehandlung und Differenzierungspflicht.....	15
4.1.3	Grundsatz der Verhältnismässigkeit.....	16
4.2	Beispiel: Quarantäneregulierung.....	16
4.3	Beispiel: Wirtschaft.....	17
4.3.1	Differenzierung zur Lockerung der bestehenden Einschränkungen.....	17
4.3.2	Modalitäten.....	18
4.3.2.1	Aufhebung von Massnahmen mit Möglichkeit zur Differenzierung.....	18
4.3.2.2	Aufhebung von Massnahmen mit Pflicht zur Differenzierung.....	18

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

4.3.3	Geltungsbereich der Differenzierungen	19
4.3.4	Anforderungen an die Praktikabilität.....	19
4.4	Erhöhung der Impfraten und Lockerung der Schutzmassnahmen	20
5	Schlussfolgerungen.....	20

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

1 Einleitung

1.1 Ausgangslage

Die Impfung der Schweizer Bevölkerung gegen Covid-19 ist Ende Dezember 2020 angelaufen. Bisher haben einige Hunderttausend Personen mindestens eine Dosis des Impfstoffs erhalten. Schritt für Schritt wird ein bedeutender Teil der Bevölkerung geimpft werden oder wird zumindest die Möglichkeit haben, sich impfen zu lassen. So stellt sich die Frage, ob es rechtlich zulässig ist, geimpfte und ungeimpfte Personen unterschiedlich zu behandeln. Die öffentliche Diskussion wurde international durch die Fluggesellschaften lanciert, als sie verlauten liessen, dass sie für Flugreisen eine Impfung zu verlangen gedenken. Die Diskussion hat sich in der Schweiz jüngst vor allem im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen verschärft: Dürfen private und öffentliche Leistungserbringer – wie Konzert- und Theaterveranstalter oder Restaurants – Geimpfte und Ungeimpfte unterschiedlich behandeln?

1.2 Prämisse

Die vorliegende Notiz stützt sich auf folgende Prämisse: Die Impfung schützt die geimpfte Person nicht nur (umfassend oder teilweise) vor (schwerwiegenden) Symptomen von Covid-19, sondern schützt auch langfristig vor der Ansteckung mit SARS-CoV-2 und der Übertragung des Virus auf andere Personen. Bei dieser Prämisse wird vom idealen Impfstoff ausgegangen. Es ist zumindest wichtig, dass die Gefahr einer Übertragung des Virus durch Geimpfte im Vergleich zu Ungeimpften deutlich reduziert ist. Beim Verfassen der vorliegenden Notiz war der Nachweis, dass die zugelassenen Impfstoffe diese Prämisse erfüllen, (noch) nicht erbracht.

1.3 Aufbau der Notiz

In der vorliegenden Notiz wird zunächst aufgezeigt, welchen Spielraum private oder öffentliche Leistungserbringer haben, um die Frage im Rahmen des geltenden Rechts selbst zu beantworten. Dabei wird danach unterschieden, ob es sich bei den Leistungserbringern um Akteure handelt, die staatliche Aufgaben übernehmen (nachfolgend Ziff. 2), oder um private Akteure (nachfolgend Ziff. 3). Denn der rechtliche Rahmen unterscheidet sich in diesen beiden Fällen. Als Nächstes werden einige Optionen untersucht, die auf der Ebene der Bundesgesetz- bzw. verordnungsgebung in Betracht gezogen werden können (nachfolgend Ziff. 4).

Die Frage der Zulässigkeit von Differenzierungen ist komplex, kann sich in einer Vielzahl von Bereichen stellen und sollte stets unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Situation differenziert beantwortet werden. Eine solche differenzierte Analyse ist im Rahmen dieser Notiz nicht möglich. Deshalb wird sie sich auf einige grundlegende Überlegungen beschränken. Es ist hier ferner nicht das Ziel, alle Aspekte der Problematik einer Differenzierung zwischen Geimpften und Ungeimpften zu behandeln. Ausgeklammert wird insbesondere der Bereich der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse.

2 Leistungserbringer mit staatlichen Aufgaben

2.1 Pflicht zur Achtung der Grundrechte

2.1.1 Grundsätze

Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV, SR 101). Entscheidend ist nicht, um welche Art von Organ es sich handelt, sondern welche Aufgabe es erfüllt. Zur Achtung der Grundrechte verpflichtet sind daher nicht nur alle Staatsorgane einschliesslich der Verwaltungsbehörden auf allen Ebenen. Die Pflicht gilt auch für Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts ausserhalb der Verwaltung, die durch Gesetz mit staatli-

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

chen Aufgaben betraut sind. Der Begriff der staatlichen Aufgabe umfasst alle Tätigkeiten, für deren Ausführung von Gesetzes wegen ganz der Staat verantwortlich ist. Dazu gehören auch Bereiche, in denen das Gesetz einen Leistungsauftrag erteilt, wie z. B. die Grundversorgung durch die Post (Art. 13 Postgesetz, SR 783.0). Andererseits wird keine staatliche Aufgabe erfüllt, wenn die Tätigkeit nur einer staatlichen Aufsicht unterliegt.

Jeder Akteur, der nach Gesetz Dienstleistungen in Erfüllung einer staatlichen Aufgabe erbringen muss, ist verpflichtet, die Grundrechte, insbesondere das Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), zu wahren. Eine Ungleichbehandlung muss im Hinblick auf die zu regelnden Verhältnisse vernünftig begründet sein. Gemäss Rechtsprechung kann die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund besteht, zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden; dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze ein weiter Gestaltungsspielraum (BGE 142 I 195 E. 6.1 S. 213).

2.1.2 Gleichbehandlung im Besonderen

Ein staatlicher Erlass verletzt das Gleichbehandlungsgebot nicht nur, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die kein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, sondern auch dann, wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, wenn also Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Gemäss Praxis und Rechtsprechung ist jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität eine gewisse Schematisierung zulässig, wenn eine differenzierte Regelung, die den tatsächlichen Unterschieden in vollem Umfang Rechnung trägt, nicht wirksam so umgesetzt werden könnte, dass das Ziel der Regelung erreicht wird.

Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung liegt ein objektiver Differenzierungsgrund vor, wenn bei Geimpften ein sehr geringes Risiko besteht, dass sie sich anstecken und Covid-19 übertragen können. Dieser Grund muss angesichts der zu regelnden Verhältnisse auch vernünftig erscheinen. Ferner ist zu beachten, dass aufgrund des gestaffelten Impfplans der Behörden noch während vieler Monate ein mehr oder weniger grosser Teil der Ungeimpften keinen Zugang zur Impfung haben wird. Bis zum Abschluss dieses Impfplans wird die Impfung einer Person daher von der Politik abhängen, bevor sie aufgrund eines persönlichen Entscheids erfolgen kann. Der Staat wird dies berücksichtigen müssen, bevor er für die von ihm erbrachten Leistungen Differenzierungen nach dem Impfstatus einführt.

2.1.3 Erforderlichkeit einer Rechtsgrundlage

Nach dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) bedürfte die Erbringung von nach Impfstatus differenzierten staatlichen Leistungen einer gesetzlichen Grundlage. Die erforderliche normative Bestimmtheit kann jedoch je nach Art der Regelung variieren. So kann eine Differenzierung bei der Umsetzung einer Ausnahme eine abstraktere und ungenauere Rechtsgrundlage haben als eine Differenzierung, die einen besonderen Status für Ungeimpfte schafft. Werden durch eine Differenzierung die Grundrechte einiger oder aller Betroffenen eingeschränkt, gelten die Anforderungen nach Artikel 36 Absatz 1 BV an die Rechtsgrundlage, sodass bei einer schwerwiegenden Einschränkung eine formell-gesetzliche Rechtsgrundlage erforderlich ist.

2.2 Datenschutz

2.2.1 Grundsätze

Wenn eine Differenzierung aufgrund des Impfstatus dazu führt, dass für den Zugang zu einer staatlichen Leistung ein Impfausweis (in Papier- oder elektronischer Form) verlangt wird, dann beeinträchtigt dies das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK). Dieses Recht garantiert, dass grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, wie

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

sensibel die fraglichen Informationen tatsächlich sind, den Einzelnen die Herrschaft über ihre personenbezogenen Daten zustehen (BGE 138 II 346 E. 8.2 S. 359). Jede Einschränkung eines Grundrechts bedarf zunächst einer gesetzlichen Grundlage, und schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 BV).

Beim Impfstatus handelt es sich um Gesundheitsdaten und damit um besonders schützenswerte Daten im Sinne von Artikel 3 Buchstabe c Ziffer 2 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; vgl. dazu nachfolgend Ziff. 3.5). Werden diese Daten von einer Bundesbehörde bearbeitet, ist nach Artikel 17 Absatz 2 DSG eine formell-gesetzliche Rechtsgrundlage erforderlich. Soll die Bearbeitung hingegen von einer kantonalen Behörde vorgenommen werden – wie es gemäss der Epidemiengesetzgebung meist der Fall ist – ist das DSG nicht anwendbar. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Bearbeitung dieser Daten durch eine kantonale Behörde zwingend eine schwerwiegende Verletzung von Artikel 13 Absatz 2 BV darstellen würde. Allerdings ist es auch auf kantonaler Ebene üblich, dass Gesundheitsdaten als besonders schützenswerte Daten qualifiziert werden und eine formell-gesetzliche Rechtsgrundlage für deren Bearbeitung durch eine Behörde erforderlich ist (vgl. auch Art. 37 DSG). Es ist daher zu erwarten, dass auch die kantonalen Behörden ohne formelle Rechtsgrundlage auf Bundes- oder Kantonebene nicht die Vorlage eines Impfausweises verlangen und den Impfstatus kontrollieren können.

2.2.2 Das Epidemiengesetz als Rechtsgrundlage?

Nach Artikel 58 Absatz 1 EpG können das BAG, die für den Vollzug des EpG zuständigen kantonalen Behörden und die mit Aufgaben nach diesem Gesetz betrauten öffentlichen und privaten Institutionen unter bestimmten Voraussetzungen Personendaten, einschliesslich Daten über die Gesundheit, bearbeiten oder bearbeiten lassen. Solche Bearbeitungen sind erlaubt, soweit sie zur Identifizierung von kranken, krankheitsverdächtigen, angesteckten, ansteckungsverdächtigen und Krankheitserreger ausscheidenden Personen im Hinblick auf Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit, insbesondere zur Erkennung, Überwachung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, erforderlich sind. Während der Bekämpfung von Covid-19 wurde der Begriff «krankheitsverdächtig» bisher weit gefasst. Er schliesst auch potenziell angesteckte Personen ein, d.h. es reicht aus, dass eine objektive Ansteckungsgefahr besteht (siehe Massnahmen zur Verhinderung von Kontakten oder die Quarantänenvorschriften für Reisende aus bestimmten Ländern).

Es ist zweifelhaft, ob Artikel 58 Absatz 1 EpG noch weiter ausgelegt werden und auf alle ungeimpften Personen ausgedehnt werden kann. Denn Artikel 58 EpG ermächtigt nicht zur Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten von Personen, bei denen keine objektiven Anhaltspunkte für einen Ansteckungsverdacht bestehen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass Artikel 58 Absatz 1 EpG die Bearbeitung von Gesundheitsdaten jeder Person erlaubt, die eines Tages angesteckt sein könnte, ohne dass dazu heute konkrete Anhaltspunkte bestehen. Eine solche Ausdehnung würde praktisch die gesamte Bevölkerung der Schweiz erfassen. Erst recht gibt es derzeit keine formell-gesetzliche Rechtsgrundlage für ein Impfregister oder einen Impfausweis des Bundes. Wenn also im Rahmen der Erfüllung staatlicher Aufgaben zwischen Geimpften und Ungeimpften differenziert werden soll und entsprechende besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden sollen, muss grundsätzlich eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Gestützt auf Art. 58 EpG kann nur der Impfstatus von Personen abgefragt werden, bei denen objektive Anhaltspunkte für einen Ansteckungsverdacht bestehen. Hinzukommt, dass nur die Vollzugsorgane des Epidemiengesetzes (wie z.B. die Kantonsärztinnen und Kantonsärzte) diese Daten unter den in Art. 58 EpG genannten Voraussetzungen und zu den in dieser Bestimmung aufgeführten Zwecken bearbeiten dürfen.

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

3 Differenzierungen durch Private: Privatautonomie

3.1 Übersicht

3.1.1 Grundsatz der Vertragsfreiheit

Im Verhältnis unter Privaten gilt der Grundsatz der Privatautonomie, gemäss welchem die Privaten ihre Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen gestalten können. Die Vertragsfreiheit ist wesentlicher Teilgehalt der Privatautonomie und stellt gleichzeitig ein wichtiges Element der Wirtschaftsfreiheit dar. Ein zentraler Aspekt der Vertragsfreiheit ist die sog. Abschlussfreiheit, d. h. die Freiheit, einen bestimmten Vertrag nach Belieben abzuschliessen (positive Abschlussfreiheit) oder nicht abzuschliessen (negative Abschlussfreiheit) und die Vertragsgegenseite frei wählen zu können (BGE 131 I 333 E. 4 S. 339; 102 Ia 533 E. 10a S. 542). Sie ergibt sich unmittelbar aus der Wirtschaftsfreiheit und ist auch in der persönlichen Freiheit verwurzelt (BGE 102 Ia 533 E. 10a S. 542).

3.1.2 Schranken der Vertragsfreiheit

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit wird allerdings in verschiedener Hinsicht eingeschränkt: Hauptbeispiele sind gesetzliche Kontrahierungspflichten sowie gesetzliche Beschränkungen der Partnerwahlfreiheit in Form von Verboten, gewisse Verträge mit bestimmten Personen abzuschliessen. Hinzu kommen die Inhaltsschranken von Artikel 19 Absatz 2 und Artikel 20 Absatz 1 OR, die Bewilligungsbedürftigkeit bestimmter Verträge, die einer behördlichen Genehmigung oder der Zustimmung durch private Dritte bedürfen, sowie die gesetzlichen Formvorschriften.

Im Rahmen der vorliegenden Diskussion steht die sog. Kontrahierungspflicht im Vordergrund, d. h. die Pflicht zum Abschluss eines bestimmten Vertrags mit einer anderen Person. Mit der Kontrahierungspflicht wird der Grundsatz der negativen Abschlussfreiheit durchbrochen.

Es gibt zahlreiche Beispiele gesetzlicher Kontrahierungspflichten für spezielle Vertragstypen, die sich in der Regel aus dem öffentlichen Recht ergeben (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 3.2). Andere gesetzliche Kontrahierungspflichten fliessen aus dem Privatrecht, beispielsweise die Pflicht der Grundeigentümerin, unter gewissen Umständen einen Dienstbarkeitsvertrag abzuschliessen.

Als allgemeine, das gesamte Vertragsrecht umfassende Grundlagen für eine Kontrahierungspflicht finden sich die guten Sitten (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 3.3), das Persönlichkeitsrecht (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 3.4.), sowie auch das Kartellgesetz (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 3.6). Im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes kommt dem Datenschutzrecht eine herausragende Bedeutung zu, weil der Datenschutz eine wesentliche Ausprägung des Persönlichkeitsschutzes darstellt (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 3.5). Für die praktische Bedeutung und die Wirkungen möglicher Einschränkungen der Vertragsfreiheit aufgrund des Impfstatus ist somit stets vorauszusetzen, dass die mit einer entsprechenden Differenzierung einhergehende notwendige vorgängige Kenntnisnahme des Impfstatus einer Person unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzrechts zulässig ist.

3.2 Sektorspezifische Leistungspflichten

Es gibt öffentlich-rechtliche Regelungen, die in einzelnen Sektoren auch private Leistungserbringer verpflichten, ihre Angebote allen anzubieten und dadurch die Privatautonomie einschränken. Wir werden hier zwei Beispiele nennen:

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

3.2.1 Personenbeförderung

Auf Grund der Transportpflicht, festgehalten in Artikel 12 des Personenbeförderungsgesetzes (SR 745.1), müssen die konzessionierten Transportunternehmen wie beispielsweise die SBB grundsätzlich alle Personen befördern. Der Bundesrat kann zwar regeln, dass Personen aus Gründen der Hygiene und der Sicherheit nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen transportiert werden müssen. Bei der Beratung der Botschaft zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes wegen sog. Fantransporte in Zügen hat das Parlament die Frage, ob die Transportpflicht der Unternehmen wegen randalierenden Fussballfans eingeschränkt werden kann, negativ beantwortet. Argumentiert wurde, dass das Recht auf Beförderung im öffentlichen Verkehr quasi ein «Grundrecht» darstellt, das auch gegenüber randalierenden Fussballfans, die wiederholt Zugwagons demolieren und gar den Zugverkehr lahmlegen, nicht eingeschränkt werden soll (vgl. Voten Aebischer und Glättli, AB 2014 N 297 f.). In beiden Kammern wurde das Eintreten auf die Vorlage mit deutlichen Mehrheiten abgelehnt.

3.2.2 Gastwirtschaftsgewerbe

Im Gastwirtschaftsgewerbe gilt auch der Grundsatz der Vertragsfreiheit: Wer ein Hotel oder Restaurant führt, darf grundsätzlich beherbergen und bewirten, wen er oder sie will. Einzelne Kantone (z. B. SO und GE) sehen aber eine ausdrückliche Bewirtungspflicht im Gastgewerbe vor, sofern der Gast nicht offensichtlich zahlungsunfähig ist oder sich ungebührlich verhält. In diesen Kantonen dürfen ohne vorgängige Gesetzesänderung nicht ausschliesslich Geimpfte bedient werden.

3.3 Kontrahierungspflicht aus den guten Sitten (Art. 20 OR)

Das Bundesgericht hat festgestellt, dass aus dem Grundsatz der «guten Sitten» (Art. 20 OR) nicht nur das Verbot des Abschlusses sittenwidriger Verträge abgeleitet werden, sondern sich unter Umständen daraus auch eine Pflicht zum Abschluss eines Vertrags mit einem bestimmten Inhalt ergeben kann. Eine solche Pflicht wurde gemäss der ursprünglichen Rechtsprechung bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung dann angenommen, wenn eine «sachlich nicht gerechtfertigte Verweigerung [...] lebenswichtige Interessen des davon Betroffenen verletzt oder gefährdet» (BGE 80 II 26 E. 4c S. 37). In einer jüngeren Entscheidung hat das Bundesgericht betont, dass Kontrahierungspflichten ausserhalb von ausdrücklichen gesetzlichen Anordnungen «ausgesprochenen Ausnahmecharakter» haben und nur «mit grosser Zurückhaltung» angenommen werden dürfen (BGE 129 III 35 E. 6.3 S. 45). Gleichzeitig hat das Bundesgericht allerdings die entsprechenden Voraussetzungen etwas gelockert und folgendermassen umschrieben (BGE 129 III 35, 45 f. mit Hinweisen auf die Lehre):

- «Eine Kontrahierungspflicht auf dieser Grundlage setzt erstens voraus, dass ein Unternehmer *seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbietet*. Der Bereich des rein privaten Güterausstausches ist von einer Kontrahierungspflicht zum Vornherein ausgenommen. Zweitens kann sich der Kontrahierungszwang nur auf Güter und Dienstleistungen beziehen, die zum *Normalbedarf* gehören. Dazu zählen Güter und Leistungen, die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden. Die Beschränkung der Kontrahierungspflicht auf «lebenswichtige» – d. h. für das nackte Überleben notwendige – Güter und Leistungen (so noch BGE 80 II 26 E. 4c S. 37) scheint zu eng. Drittens kann ein Kontrahierungszwang nur angenommen werden, wenn dem Interessenten aufgrund der starken Machtstellung des Anbieters *zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlen*. Von einer solchen Machtkonstellation ist dann auszugehen, wenn entweder nur ein einziger Anbieter zureichend erreichbar ist, oder wenn sich alle in Frage kommenden Anbieter gegenüber dem Interessenten gleichermaßen ablehnend verhalten. Und viertens kann von einer Kontrahierungspflicht nur dann

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

ausgegangen werden, wenn *der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag.*»

Die Anwendung dieser Voraussetzungen auf die vorliegende Fragestellung kann nicht pauschal erfolgen, sondern wiederum nur unter Berücksichtigung der verschiedenen Elemente und insbesondere einer Interessenabwägung im Einzelfall. Gleichzeitig lassen sich verschiedene dieser Voraussetzungen durchaus allgemein beurteilen. So wird die Frage, welche Waren oder Dienstleistungen zum sog. Normalbedarf gehören, nach einem objektiven Massstab zu beantworten sein; es ist davon auszugehen, dass jedenfalls Waren, die gemäss Anhang 2 der Verordnung besondere Lage vom 13. Januar 2020 als «Lebensmittel und andere Güter des kurzfristigen und täglichen Bedarfs» gelten, die entsprechenden Anforderungen grundsätzlich erfüllen. Umgekehrt dürfte dies bei ausschliesslich dem Freizeitvergnügen dienenden Dienstleistungen kaum je gelten.

In der gegenwärtigen Situation ist davon auszugehen, dass gerade auch wirtschaftliche Gründe auf der Seite des Anbieters als sachlich gerechtfertigte Verweigerungsgründe berücksichtigt werden können, so, wenn beispielweise eine Veranstaltung ohne den Nachweis einer Impfung gar nicht oder nur mit einer weit geringeren Teilnehmerzahl durchgeführt werden könnte. Die geforderten, sachlich gerechtfertigten Verweigerungsgründe eines Unternehmens sind wohl insbesondere dann gegeben, wenn nach Massgabe der allfälligen Regelungen für Schutzkonzepte zwischen geimpften und ungeimpften Personen eine Differenzierung gemacht werden kann oder allenfalls sogar muss (vgl. dazu Ziff. 4.3).

3.4 Kontrahierungspflicht aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ff. ZGB)

3.4.1 Persönlichkeitsverletzung

Die Abschlussfreiheit darf nicht dazu missbraucht werden, einzelne Interessentinnen und Interessenten wegen einer bestimmten Eigenschaft oder der Ausübung eines Rechts, das ihnen kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, vom Vertrag auszuschliessen, ohne dass es hierfür eine sachliche Rechtfertigung gibt (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Diskriminierende Ungleichbehandlungen, beispielweise beruhend auf dem Geschlecht, der Rasse, des Alters, des Gesundheitszustands, der sexuellen Präferenzen, der Religion, der Nationalität, der politischen Anschauungen oder der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, können eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellen und daher unzulässig sein.

Nicht jede Ungleichbehandlung stellt jedoch bereits eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar: Erstens muss die Beeinträchtigung der Persönlichkeit eine gewisse Intensität erreichen, indem sie eine Herabwürdigung oder eine Ausgrenzung zum Ziel oder zur Folge hat. Zweitens muss sich die Verletzung gegen eine ganz bestimmte Person richten.

3.4.2 Rechtfertigung

Eine Persönlichkeitsverletzung ist nur dann widerrechtlich, wenn sie gemäss Artikel 28 Absatz 2 ZGB nicht ausnahmsweise durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

In Rechtsbeziehungen unter Privatpersonen können daher Zugangsbeschränkungen oder andere Differenzierungen aufgrund des Impfstatus zulässig sein, wobei eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen ist. Zu berücksichtigen sind dabei die gesamten Umstände des jeweiligen Einzelfalles: Auf der Seite der Anbietenden die Möglichkeit, andere Schutzmassnahmen vorzusehen, aber auch ihre persönliche und wirtschaftliche Situation; auf der Seite der Nachfragenden vor allem das Kriterium, ob sie auf die in Frage stehende Vertragsleistung angewiesen sind und ob diese anderweitig bezogen werden kann.

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

Im Ergebnis zeigt sich damit, dass die Grenze zwischen der Abschlussfreiheit und dem Verbot der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung unscharf ist und sich nicht allgemein festlegen lässt, sondern auf einer Einzelfallbetrachtung beruht.

3.4.3 Durchsetzung der Kontrahierungspflicht

Es ist theoretisch möglich, die Kontrahierungspflicht durchzusetzen. Nach Artikel 28a ZGB kann die betroffene Person beantragen, dass die Verletzung verboten, beseitigt oder festgestellt wird, und auf Schadensersatz und Genugtuung klagen. Eine unmittelbare Auswirkung auf den Vertrag ist daher potenziell möglich (Beseitigung der Verletzung durch Abschluss des Vertrags oder durch Streichung der beanstandeten Klausel), aber die Verletzung muss zum Zeitpunkt des Urteils noch aktuell sein und die klagende Partei persönlich und individuell betreffen. Es ist davon auszugehen, dass der Verstoss in vielen Fällen nicht mehr aktuell sein wird, sodass die realistischste Folge die Zahlung von Schadensersatz sein wird.

3.5 Datenschutz

«Das Datenschutzrecht ergänzt und konkretisiert den bereits durch das Zivilgesetzbuch (insbesondere Art. 28 ZGB) gewährleisteten Schutz der Persönlichkeit» (BGE 138 II 346 E. 8 S. 358; vgl. Ziff. 3.4). Eine Datenbearbeitung tangiert stets auch die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person, namentlich ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Das DSG präzisiert und konkretisiert die allgemeinen Regeln zum Persönlichkeitsschutz unter anderem durch Datenbearbeitungsgrundsätze sowie durch besondere Bestimmungen zu den Persönlichkeitsverletzungen und den Rechtfertigungsgründen.

3.5.1 Gesundheitsdaten als besonders schützenswerte Personendaten

Verlangen private Unternehmen von einer Person Angaben über ihren Covid-19-Impfstatus, liegt eine Datenbearbeitung bzw. eine Datenbeschaffung im Sinne von Artikel 3 Buchstabe e DSGVO vor. Dies gilt ungeachtet dessen, ob die betroffene Person lediglich mündlich nach ihrem Impfstatus gefragt wird oder ob sie die Covid-19-Impfung durch einen physischen oder digitalen Impfausweis belegen soll.

Angaben über die Gesundheit werden in Artikel 3 Buchstabe c Ziffer 2 DSGVO als besonders schützenswert erklärt. Darunter fallen alle Informationen, welche direkt oder indirekt Rückschlüsse auf den physischen oder psychischen Gesundheitszustand einer Person zulassen. Angesichts dieses weiten Begriffsverständnisses ist auch der Impfstatus als besonders schützenswertes Gesundheitsdatum zu betrachten.

Private dürfen Personendaten grundsätzlich ohne gesetzliche Ermächtigung oder die Einwilligung der betroffenen Person bearbeiten. Dies gilt auch für besonders schützenswerte Personendaten. Wird dabei jedoch die Persönlichkeit der betroffenen Person verletzt (vgl. Ziff. 3.5.2), muss ein Rechtfertigungsgrund nachgewiesen werden (vgl. Ziff. 3.5.3).

3.5.2 Persönlichkeitsverletzung

Das Bearbeiten von Personendaten an sich stellt noch keine Persönlichkeitsverletzung dar. Eine Persönlichkeitsverletzung liegt erst dann vor, wenn die Datenbearbeitung das Recht der betroffenen Person auf informationelle Selbstbestimmung mit einer gewissen Intensität beeinträchtigt.

Artikel 12 Absatz 2 DSGVO nennt drei Konstellationen, in denen aus der Sicht des Gesetzgebers immer eine Persönlichkeitsverletzung gegeben ist. Dies ist der Fall, wenn Personendaten entgegen den datenschutzrechtlichen Grundsätzen der Rechtmässigkeit, des Verhal-

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

tens nach Treu und Glauben, der Verhältnismässigkeit, der Zweckbindung, der Erkennbarkeit, der Datenrichtigkeit und der Datensicherheit bearbeitet werden (Bst. a), wenn Personendaten gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Person bearbeitet werden (Bst. b) oder wenn besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile Dritten bekanntgegeben werden (Bst. c). Die Aufzählung in Artikel 12 Absatz 2 DSGVO ist nicht abschliessend. Eine Persönlichkeitsverletzung kann sich auch sonst aus der Art und Weise oder den Umständen einer Datenbearbeitung ergeben. Ob die Beschaffung der Daten zum Covid-19-Impfstatus einer Person deren Persönlichkeit verletzt, lässt sich also nicht abstrakt beurteilen, sondern hängt von der konkreten Ausgestaltung der Datenbearbeitung und deren Folgen ab.

Von einer Persönlichkeitsverletzung auszugehen wäre insbesondere dann, wenn das Verhältnismässigkeitsprinzip missachtet würde (Art. 4 Abs. 2 DSGVO). Sowohl der Zweck, der mit der Datenbearbeitung verfolgt wird, als auch die Art und Weise der Bearbeitung müssen verhältnismässig sein (BVG 2009/44 E. 3.1 S. 628). Das wäre beispielsweise nicht der Fall, wenn etwa bei reinen Onlinegeschäften unter dem Titel Gesundheitsschutz der Impfstatus der Einkaufenden abgefragt würde. In vielen Fällen, in denen an sich die Kenntnis des Impfstatus einer Person aus der Optik des Gesundheitsschutzes legitim ist, dürfte es genügen, den Status lediglich festzustellen. Unverhältnismässig (und damit rechtfertigungsbedürftig) wäre dagegen, die entsprechenden Daten länger als unbedingt notwendig aufzubewahren und weiterzubearbeiten oder gar mit anderen Daten zu verknüpfen. Ausserdem ist zu berücksichtigen, ob – neben dem Abstellen auf den Impfstatus – weitere geeignete Massnahmen zum Schutz vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus zur Verfügung stehen, welche keine oder eine weniger intensive Datenbearbeitung erfordern.

Persönlichkeitsverletzend wäre des Weiteren, wenn gegen das Gebot der Zweckbindung (Art. 4 Abs. 3 DSGVO) verstossen würde. Dieser Grundsatz verlangt, dass die Daten zum Impfstatus nur für die bei der Beschaffung angegebenen oder aus den Umständen ersichtlichen Zwecke bearbeitet werden (z. B. zur Gewährung des Zugangs zu einer Leistung oder Räumlichkeit); die Bearbeitung zu anderen Verwendungszwecken (z. B. für zielgerichtete Werbung) wäre persönlichkeitsverletzend.

Sodann können die betroffenen Personen die Bearbeitung ihrer Impfdaten jederzeit und voraussetzungslos untersagen. In diesem Fall würde jede weitere Bearbeitung der Daten als Persönlichkeitsverletzung gelten und zwar unabhängig davon, auf welche Art und Weise oder zu welchem Zweck sie erfolgt.

Schliesslich hätte auch die Bekanntgabe der besonders schützenswerten Impfdaten an Dritte eine Persönlichkeitsverletzung zur Folge (wobei es hier in der Regel auch an der Erforderlichkeit der Datenbekanntgabe fehlen dürfte).

Zur Frage, unter welchen Umständen die Verweigerung oder die Erschwerung des Zugangs zu Leistungen und Gütern für die betroffene Person unverhältnismässig sind bzw. eine Persönlichkeitsverletzung oder eine Verletzung des Grundsatzes der guten Sitten darstellen, siehe Ziff. 3.3 und 3.4.

3.5.3 Rechtfertigung

3.5.3.1 Grundsätze

Führt die Bearbeitung der Daten zum Covid-19-Impfstatus einer Person zu einer Persönlichkeitsverletzung, ist ein Rechtfertigungsgrund erforderlich. Ansonsten ist die Datenbearbeitung widerrechtlich (Art. 12 Abs. 1 DSGVO). Als Rechtfertigungsgründe kommen gemäss Artikel 13 Absatz 1 DSGVO die Einwilligung der betroffenen Person, ein überwiegendes privates oder

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

öffentliches Interesse an der Datenbearbeitung sowie eine gesetzliche Grundlage in Frage. Dabei ist zu beachten, dass eine Rechtfertigung der Verletzung von datenschutzrechtlichen Grundsätzen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwar nicht generell ausgeschlossen ist, im konkreten Fall aber nur mit grosser Zurückhaltung bejaht werden kann (BGE 136 II 508 E. 5.2.4 S. 521).

3.5.3.2 Einwilligung

Private Unternehmen werden die Daten über den Impfstatus in der Praxis regelmässig nur bei der betroffenen Person selber (und nicht bei Dritten) beschaffen können. Deshalb kommt der Einwilligung der betroffenen Person als Rechtfertigungsgrund eine besondere Bedeutung zu. Allerdings kann man alleine aus dem Umstand, dass eine Person die Angaben zu ihrem Impfstatus herausgibt, noch nicht auf eine gültige Einwilligung schliessen. Gemäss Artikel 4 Absatz 5 DSGVO muss die Einwilligung nach angemessener Information freiwillig erfolgen (Satz 1). Da es sich beim Impfstatus um ein besonders schützenswertes Personendatum handelt, muss die Einwilligung zudem ausdrücklich erteilt werden (Satz 2). Eine stillschweigende bzw. konkludente Einwilligung genügt nicht.

Kann die Einwilligung der betroffenen Person freiwillig abgegeben werden, wenn der private Datenbearbeiter die Erbringung seiner Leistung von der Information über den Covid-19-Impfstatus der betroffenen Person abhängig macht? Die Beantwortung dieser Frage hängt wesentlich von den konkreten Umständen der Datenverarbeitung ab. Allgemein lässt sich immerhin sagen, dass nicht jede Einschränkung der Entscheidungsfreiheit der betroffenen Person die Freiwilligkeit infrage stellt. Dies wäre nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur dann der Fall, wenn bei einer fehlenden Einwilligung Nachteile drohen, die keinen Bezug zum Zweck der Datenbearbeitung haben oder diesem gegenüber unverhältnismässig sind (BGE 138 I 331 E. 7.4.1 S. 344). So wäre der Nachteil, der bei einer Verweigerung des Zugangs zu einer Sportveranstaltung resultieren würde, anders zu beurteilen, als der Nachteil bei einer Beschränkung des Zugangs zu Waren und Dienstleistungen des Normalbedarfs (vgl. dazu auch Ziff. 3.3). Nach einer anderen Formulierung gilt eine Einwilligung dann als unfreiwillig, wenn der betroffenen Person keine zumutbare Handlungsalternative zur Verfügung steht (siehe BVGE 2009/44 E. 4.2). Eine solche Alternative wäre beispielsweise gegeben, wenn der Anbieter seine Leistung nicht nur bei einer bestätigten Covid-19-Impfung erbringen würde, sondern auch andere Schutzmassnahmen zur Verfügung stellen bzw. akzeptieren würde, etwa indem er die betroffene Person wählen lässt, ob sie ihren Impfausweis vorlegen oder eine Maske tragen will. Eine Alternative könnte auch darin bestehen, dass die gleiche Leistung unter zumutbaren Bedingungen bei Dritten bezogen werden kann. Besondere Zurückhaltung bei der Beurteilung der Freiwilligkeit gilt in Abhängigkeitsverhältnissen, wo ein Machtgefälle zwischen Datenbearbeitenden und der betroffenen Person besteht.

3.5.3.3 Überwiegende private Interessen

Eine persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung kann sodann durch überwiegende private Interessen gerechtfertigt sein. Dabei werden die Interessen an der Datenverarbeitung und das Interesse der betroffenen Person, nicht in der eigenen Persönlichkeit verletzt zu werden, gegeneinander abgewogen. Als Datenbearbeitungsinteresse kann grundsätzlich jedes schützenswerte private Interesse berücksichtigt werden, d. h. alle Interessen von allgemein anerkanntem Wert.

Schützenswert ist namentlich die Bearbeitung von Daten zur eigenen Sicherheit oder zum Erhalt der Gesundheit. Aber auch rein wirtschaftliche Interessen, wie beispielsweise das Interesse daran, eine Datenbearbeitung möglichst effizient zu gestalten oder die eigenen Geschäftsabläufe zu optimieren, kommen in Frage. Ebenso kann Gewinnstreben ein schüt-

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

zenswertes Interesse darstellen. Weitere Hinweise, was als schützenswertes Interesse gilt, liefern die Beispiele in Artikel 13 Absatz 2 DSGVO (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4232/2015 vom 18. April 2017 E. 5.4.2.1).

Vor diesem Hintergrund lassen sich verschiedene berechnigte Interessen an der Bearbeitung von Daten zum Covid-19-Impfstatus anführen. Diese können insbesondere im Schutz des Personals sowie der Kunden eines Unternehmens vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus liegen. Zudem ist das wirtschaftliche Interesse, einen Betrieb wiederaufzunehmen oder bestehende Einschränkungen zu lockern, von Bedeutung. Zu berücksichtigen ist aber auch die Möglichkeit der Datenbearbeitenden, andere bzw. weniger datenintensive Schutzmassnahmen vorzusehen. Demgegenüber steht das Integritätsinteresse der betroffenen Person. Dieses ist per se schützenswert, doch hängt der Grad der Schutzwürdigkeit von weiteren Faktoren ab, insbesondere von der Schwere der Persönlichkeitsverletzung (vgl. Ziff. 3.5.2) oder der Beziehung zwischen dem Datenbearbeiter und der betroffenen Person. Ob die Interessen an der Datenbearbeitung oder das Datenschutzinteresse der betroffenen Person überwiegen, muss letztlich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls durch eine Bewertung der einander entgegengesetzten Interessen ermittelt werden.

3.5.3.4 Überwiegende öffentliche Interessen

Auch ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenbearbeitung kommt als Rechtfertigungsgrund für eine Persönlichkeitsverletzung in Frage. Dabei handelt es sich um ein Interesse der Allgemeinheit oder einer Mehrzahl von Personen, welches die privaten Datenbearbeitenden quasi stellvertretend für sich geltend machen können. Wichtige öffentliche Interessen sind insbesondere polizeiliche Interessen an der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. So wird in der Lehre beispielsweise ein öffentliches Interesse angenommen, wenn der Ausrichter einer Sportveranstaltung Personendaten bearbeitet, um die Sicherheit des Anlasses zu gewährleisten.

Das öffentliche Interesse an der Datenbearbeitung ist gegen das Datenschutzinteresse der betroffenen Person abzuwägen. Dazu kann auf die Ausführungen unter Ziff. 3.5.3.3 verwiesen werden. Zwar ist in der Interessenabwägung der Umstand zu berücksichtigen, dass bei einem öffentlichen Interesse mehr als nur eine Person betroffen ist. Das führt aber noch nicht zu einer systematischen höheren Gewichtung des öffentlichen Interesses. Auch ein wichtiges Interesse der durch die Datenbearbeitung verletzten Person kann im konkreten Fall bedeutender oder zumindest gleichwertig sein.

3.5.3.5 Gesetz

Schliesslich kann eine persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung gerechtfertigt werden, wenn eine gesetzliche Grundlage die Bearbeitung der Personendaten ausdrücklich vorschreibt, erlaubt oder implizit voraussetzt. Je schwerer der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person wiegt, desto höher sind die Anforderungen an die Normstufe des Rechtfertigungsgrunds. Im öffentlich-rechtlichen Bereich stellt der Gesetzgeber unter anderem auf die Unterscheidung zwischen gewöhnlichen Personendaten (für welche eine Regelung auf Verordnungsstufe genügt) und besonders schützenswerten Personendaten (welche einer formell-gesetzlichen Rechtsgrundlage bedürfen) ab (vgl. Art. 17 DSGVO). Kohärenzüberlegungen könnten dafür sprechen, diese Anknüpfung auch bei privaten Datenbearbeitern zu übernehmen. Derzeit ist die Bearbeitung von Daten über den Covid-19-Impfstatus durch Private weder auf formell- noch materiell-gesetzlicher Ebene geregelt.

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

3.6 Kontrahierungspflicht aus dem Kartellgesetz

Gemäss Artikel 13 Buchstabe b KG kann ein Zivilgericht auf Antrag einer Partei anordnen, dass «der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen haben.» Vorausgesetzt ist allerdings, dass es sich um ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinn von Artikel 4 Absatz 2 KG handelt, das sich gemäss Artikel 7 KG unzulässig verhält, indem es insb. Geschäftsbeziehungen verweigert. Zu beachten ist, dass Artikel 8 KG die ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen vorsieht.

4 Gesetzgeberische Optionen für den Bund

4.1 Ausgangslage: undifferenzierte Einschränkungen von Freiheiten

4.1.1 Einschränkungen

Der Bund hat in seinen Covid-19-Verordnungen viele sehr restriktive Regelungen eingeführt, um Ansteckungen zu verhindern und damit die Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems zu erhalten. Diese Regelungen beinhalten zum Teil massive Eingriffe in die Grundrechte von Privatpersonen und Unternehmen. Ein paar Beispiele:

– Für Privatpersonen:

- Verweigerung der Einreise in die Schweiz für bestimmte Ausländerinnen und Ausländer (Art. 4 Verordnung 3, SR 818.101.24)
- Quarantäne bei der Einreise in die Schweiz (Covid-19-Verordnung Massnahmen im Bereich des internationalen Personenverkehrs, SR 818.01.27)
- Verbot von Veranstaltungen von mehr als 5 (50) Personen, ausser wenn die Veranstaltung politischen Charakter hat (Art. 6 Covid-19-Verordnung besondere Lage, SR 818.101.26)
- Verbot kultureller Aktivitäten in Gruppen von mehr als 5 Personen (Art. 6f Covid-19-Verordnung besondere Lage)
- Verbot nichtprofessioneller Sportaktivitäten (Art. 6e Covid-19-Verordnung besondere Lage)
- Verbot eines Grossteils der Präsenzveranstaltungen in Bildungseinrichtungen (Art. 6d Covid-19-Verordnung besondere Lage)
- Verbot der Durchführung von Proben und Aufführungen von Chören oder mit Sängerinnen und Sängern (Art. 6f Covid-19-Verordnung besondere Lage)

– Für Unternehmen:

- Pflicht zur Umsetzung eines Schutzkonzepts (Art. 4 Covid-19-Verordnung besondere Lage)
- Verbot des Betriebs von Restaurations-, Bar- und Clubbetrieben sowie von Diskotheken und Tanzlokalen (Art. 5a Covid-19-Verordnung besondere Lage)
- Erfordernis einer Bewilligung für den Betrieb eines Skigebiets (Art. 5c Covid-19-Verordnung besondere Lage)
- Schliessung öffentlich zugänglicher Einrichtungen und Betriebe in den Bereichen Kultur, Unterhaltung, Freizeit und Sport (Art. 5d Covid-19-Verordnung besondere Lage)
- Schliessung der Einkaufsläden und Märkte im Freien (Art. 5e Covid-19-Verordnung besondere Lage)
- Verbot der Präsenzveranstaltungen in Bildungseinrichtungen (Art. 6d Covid-19-Verordnung besondere Lage)

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

- Verbot eines Teils der Sportaktivitäten auch im Freien (Art. 6e Covid-19-Verordnung besondere Lage)
- Möglichkeit, den Spitälern und Kliniken bestimmte Pflichten aufzuerlegen (Art. 25 Verordnung 3)
- Einschränkung der Einrichtungen, die Sars-CoV-2-Schnelltests durchführen dürfen (Art. 24 Verordnung 3)

– Für öffentliche Körperschaften:

- Schutzkonzept für Wintersportorte (Art. 5b Covid-19-Verordnung besondere Lage)
- Präsenzveranstaltungen in öffentlichen Bildungseinrichtungen (Art. 6d Covid-19-Verordnung besondere Lage)

4.1.2 Gleichbehandlung und Differenzierungspflicht

Die genannten Einschränkungen gelten grundsätzlich für alle Personen, ohne Unterscheidung nach dem Risiko, dass sie das Virus übertragen. Sie beruhen auf der Annahme, dass jeder Mensch ein potenzieller Träger des Virus ist und es übertragen kann. Bereits heute sind in der zweiten Welle seit Sommer 2020 fast eine halbe Million Menschen mit SARS-CoV-2 angesteckt worden. Es wird angenommen, dass das Risiko einer erneuten Ansteckung und damit einer Übertragung bei ihnen deutlich geringer ist als bei der übrigen Bevölkerung. Wenn Impfstoffe das Risiko, dass eine geimpfte Person sich ansteckt und das Virus überträgt, ebenfalls deutlich verringern, wird es immer mehr Menschen geben, die die implizite Voraussetzung, ein potenzieller Träger des Virus zu sein und es übertragen zu können, nicht erfüllen.

Es gilt zu bedenken, dass ein staatlicher Erlass das Gleichbehandlungsgebot nicht nur dann verletzt, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die kein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, sondern auch dann, wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, wenn also Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Gemäss Praxis und Rechtsprechung ist aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität zwar eine gewisse Schematisierung zulässig, wenn eine differenzierte Regelung, die den tatsächlichen Unterschieden in vollem Umfang Rechnung trägt, nicht wirksam so umgesetzt werden könnte, dass das Ziel der Regelung erreicht wird. Der zulässigen Schematisierung sind jedoch Grenzen gesetzt. Wenn der Anteil der Bevölkerung, bei dem es kaum oder gar nicht wahrscheinlich ist, dass er sich ansteckt oder das Virus überträgt, weiter (erheblich) zugenommen hat, wird der Zeitpunkt kommen, an dem die Gründe der Praktikabilität und der Rechtssicherheit nicht mehr genügen, um den Verzicht auf eine Differenzierung nach dem Übertragungspotenzial der betroffenen Personen zu rechtfertigen. Nach Artikel 8 Absatz 1 BV müssen die Massnahmen dann so angepasst werden, dass Ungleiches nicht mehr gleich behandelt wird, es sei denn, die Massnahmen werden dann schlicht und einfach aufgehoben.

Ungleichbehandlungen können an tatsächlichen Unterschieden anknüpfen (hier: Geimpfte und Ungeimpfte); sie können aber auch eine Folge davon sein, dass externe Regelungsziele verfolgt werden. Extern begründete Ungleichbehandlungen – oder Gleichbehandlungen bei tatsächlicher Ungleichheit – können ein Mittel zur Verwirklichung von öffentlichen Interessen unter Einschränkung der Rechtsgleichheit darstellen. Denkbar wäre, dass – etwa zur Vermeidung von Konflikten oder aus Gründen der Solidarität – bewusst auf eine Differenzierung zwischen Geimpften und Ungeimpften verzichtet würde. Beruhen die Differenzierungen bzw. der Verzicht auf Differenzierungen bei tatsächlicher Ungleichheit auf externen Regelungszielen, ist zu prüfen, ob das Ziel selbst zulässig erscheint und ob sich das Vorgehen zur Erreichung des vom Gesetzgeber verfolgten Zieles als verhältnismässig erweist (BGE 136 I 1 E. 4.3.2

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

S. 8). Bei der Abwägung der verschiedenen Interessen steht dem Gesetzgeber ein grosser Spielraum zu.

4.1.3 Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Noch bevor aus dem Gleichbehandlungsgebot eine verfassungsrechtliche Differenzierungspflicht abgeleitet wird, wird zu prüfen sein, ob eine differenziertere Lösung nicht die Eingriffe in die Grundrechte verringern würde und unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit geboten wäre.

Die Beschränkung von Grundrechten muss sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen, im Interesse von öffentlichen Interessen oder zum Schutz von Grundrechten Dritter erfolgen und hat den Grundsatz der Verhältnismässigkeit einzuhalten.

Die Verhältnismässigkeit ist mit Blick auf das in Frage stehende öffentliche Interesse zu prüfen, d. h. es stellt sich die Frage, ob ein Eingriff bezogen auf dieses Interesse geeignet und erforderlich sowie verhältnismässig im engeren Sinne, d. h. zumutbar ist. Wird ein ursprünglich verhältnismässiger Grundrechtseingriff im Verlaufe der Zeit unverhältnismässig, weil das angestrebte Ziel mit mildereren Massnahmen erreicht werden kann, ist der Eingriff entsprechend anzupassen. Es ist aber denkbar, dass auf die prima vista notwendige Anpassung der ursprünglich strengen Massnahmen aus anderen Gründen verzichtet werden kann oder sogar muss. Dies könnte dann der Fall sein, wenn – ähnlich wie das schon bei der Rechtsgleichheit diskutiert wurde – andere öffentliche Interessen, die für eine Beibehaltung der Massnahmen sprechen, stärker ins Gewicht fallen. Auch hier könnten Interessen an der Vermeidung von Konflikten oder zur Wahrung von Solidarität in der Gesellschaft ausschlaggebend sein. Relevant könnte dabei auch die Befürchtung sein, dass bei den Ungeimpften die Bereitschaft, die nur noch für sie geltenden Schutzmassnahmen zu befolgen, abnehmen würde. Es geht um eine Abwägung, die in erster Linie durch den Gesetzgeber erfolgen muss und bei der er über einen grossen Spielraum verfügt.

Wenn die Impfung das Ansteckungsrisiko beseitigt oder zumindest das Risiko schwerwiegender Folgen verringert, wird den Impfwilligen mit dem Zugang zur Impfung ein Vorteil gewährt. Durch die Verknüpfung dieses gesundheitlichen Vorteils mit gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Erleichterungen werden die Ungleichheiten, die mit dem ungleichen Zugang zur Impfung einhergehen, noch akzentuiert. So entsteht eine Zwei-Klassen-Gesellschaft, deren Einteilung – zumindest in nächster Zeit – durch den behördlich definierten Impfplan vorgenommen wird. Dies ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

Die folgende Analyse konzentriert sich nur auf einige beispielhafte Konstellationen und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

4.2 Beispiel: Quarantäneregelung

Am 27. Januar 2021 hat der Bundesrat die Quarantänevorschriften mit Inkrafttreten per 8. Februar 2021 revidiert. Die neuen Vorschriften gelten sowohl für die Quarantäne nach engem Kontakt mit einer angesteckten Person als auch für die Quarantäne nach der Einreise in die Schweiz aus einem Land mit erhöhtem Ansteckungsrisiko. Mit diesen Regeln wurde erstmals eine ausdrückliche Ausnahme für Personen eingeführt, die nachweisen können, dass sie sich innerhalb der letzten drei Monate bereits mit SARS-CoV-2 angesteckt haben und als geheilt gelten (Art. 3d Abs. 2 Bst. a Covid-19-Verordnung besondere Lage; Art. 8 Abs. 1 Bst. h der Verordnung vom 27. Januar 2021 Covid-19-Verordnung Massnahmen im Bereich des internationalen Personenverkehrs). Gemäss dem erläuternden Bericht war der Grund für diese Ausnahme, dass geheilte Personen eine gewisse Immunität haben und bei ihnen ein ge-

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

ringes Risiko für eine erneute Ansteckung innerhalb von drei Monaten besteht. Dahinter steht der Gedanke, dass die schwerwiegende Einschränkung der persönlichen Freiheit, die eine Quarantänemassnahme darstellt, nicht verhältnismässig ist, wenn das Risiko, sich durch engen Kontakt anzustecken, sehr gering ist, auch wenn es nicht auszuschliessen ist.

Erst recht müsste diese Argumentation auf Geimpfte angewandt werden, wenn gemäss der in dieser Notiz verfolgten Hypothese erwiesen wäre, dass auch bei diesen Personen kein oder ein geringes Risiko für die Übertragung des Virus besteht. Die Bearbeitung der Daten zum Impfstatus der ansteckungsverdächtigen Personen durch die Vollzugsorgane des Epidemien-gesetzes (namentlich die Kantonsärztinnen und Kantonsärzte) könnte sich unter den in Ziff. 2.2.2 genannten Voraussetzungen auf Art. 58 EpG abstützen. Der Kanton Graubünden seinerseits vertrat bereits die Auffassung, sich auf die sehr allgemeine Ausnahmeklausel für «begründete Fälle» (Art. 4 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Massnahmen im Bereich des internationalen Personenverkehrs; vgl. auch Art. 8 Abs. 4 der Fassung dieser Verordnung vom 27. Januar 2021) berufen zu können, um geimpfte Reisende von der Quarantänepflicht zu befreien.

4.3 Beispiel: Wirtschaft

4.3.1 Differenzierung zur Lockerung der bestehenden Einschränkungen

Derzeit beinhalten viele der Massnahmen, die zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie und ihrer schädlichen Auswirkungen auf das Gesundheitssystem ergriffen worden sind, die Schliessung von Unternehmen oder einen stark eingeschränkten Zugang zu deren Dienstleistungen. Für die Einzelpersonen haben die Massnahmen zur Folge, dass ihnen der Zugang zu Dienstleistungen verwehrt ist (z. B. Konsum in Restaurants) oder dass für sie Bedingungen gelten, die ihnen den Zugang zu solchen Dienstleistungen erschweren (z. B. Reduktion auf Takeaway). Für die Unternehmen bedeuten die Massnahmen einen schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, da sie daran gehindert werden, ihre wirtschaftliche Tätigkeit gewinnbringend auszuüben (z. B. durch das Verbot für einen Fussballclub, ein Orchester oder ein Theater, vor einem zahlenden Publikum von mehr als fünf Personen zu spielen).

Das Ziel, Ansteckungen zu verhindern, um ein funktionierendes Gesundheitssystem zu gewährleisten, könnte kaum ein Verbot privater Dienstleistungen für eine Kundschaft rechtfertigen, bei der ein sehr geringes Risiko für eine Ansteckung und Übertragung des Virus besteht. Wenn diese Kundschaft kein wichtiger Treiber für die Ausbreitung der Epidemie ist, kann sich aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips eine differenzierte Anwendung aufdrängen. Eine solche Differenzierung würde den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Unternehmen verringern. Reduziert würden auch die Einschränkungen für die Geimpften. Die rechtliche Situation der Ungeimpften bliebe dagegen unverändert, da ihr Zugang zur privaten Dienstleistung – wie bisher – eingeschränkt oder ausgeschlossen wäre.

Bevor jedoch eine teilweise Aufhebung einer Massnahme für Geimpfte erwogen wird, müsste auch die Verhältnismässigkeit der zugrundeliegenden bisherigen Schutzmassnahmen neu geprüft werden. Eine Lockerung oder Aufhebung der Massnahmen für Geimpfte rechtfertigt nicht, die bisherigen Massnahmen für die anderen Personen über das unbedingt erforderliche Mass hinaus aufrechtzuerhalten. Wenn beispielsweise Restaurants Geimpfte bewirten dürfen, bedeutet das nicht automatisch, dass die Schliessung für die Ungeimpften aufrechterhalten werden muss, da unter Umständen das öffentliche Interesse an der Schliessung (Schutz des Gesundheitswesens) das Interesse der Gastronomen an der uneingeschränkten Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit nun nicht mehr überwiegt. Allgemeiner ausgedrückt: Je stärker die Gefahr sinkt, die durch die Schutzmassnahmen bekämpft werden soll, desto weni-

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

ger restriktive Massnahmen sind notwendig und desto geringer wird der Bedarf nach einer Differenzierung aufgrund des Impfstatus.

4.3.2 Modalitäten

Wo das geltende Recht heute eine Tätigkeit verbietet oder nur unter Bedingungen erlaubt, die keinen Raum für eine Differenzierung zwischen Geimpften und Ungeimpften lassen, könnte eine Differenzierung nur durch eine Änderung des Rechts ermöglicht werden. Eine solche Änderung kann verschiedene Formen annehmen:

4.3.2.1 Aufhebung von Massnahmen mit Möglichkeit zur Differenzierung

Eine erste Form wäre die generelle Aufhebung der Massnahme, wie z. B. die obligatorische Schliessung, bei gleichzeitig strengen Anforderungen an die Verhütung von Ansteckungen durch Schutzkonzepte. In diesem Fall tritt der Staat als Regulator privater Aktivitäten auf, würde aber selbst keine Differenzierung nach dem Impfstatus vorschreiben, da er sich darauf beschränken würde, diese zu ermöglichen. Die betroffenen privaten Anbieter könnten dann ihre Vertragsfreiheit nutzen, um in ihren Schutzkonzepten nach Impfstatus zu differenzieren, um z. B. die Belastung durch die Auflagen zur Verhütung von Ansteckungen zu verringern. Dabei unterlägen sie den oben dargelegten Schranken der Vertragsfreiheit (Ziff. 3.1.2).

Der Bundesrat könnte davon absehen, die Differenzierung aufgrund des Impfstatus durch private Anbieter zu regeln in der Ansicht, dass die allgemeinen Schranken gemäss dem Privat- und dem Datenschutzrecht ausreichen. Er könnte sich umgekehrt aber auch auf Artikel 35 Absatz 3 BV berufen, um in der Covid-19-Verordnung besondere Lage Bedingungen zu definieren, nach denen die privaten Anbieter im Rahmen der Schutzkonzepte aufgrund des Impfstatus differenzieren können. Der Bundesrat hat bei der Gesetzgebung dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (vgl. Art. 35 Abs. 1 BV). Es wäre somit vorstellbar, dass er Differenzierungen aufgrund des Impfstatus in besonders sensiblen Bereichen ausschliesst.

4.3.2.2 Aufhebung von Massnahmen mit Pflicht zur Differenzierung

Wenn der Staat private Anbieter verpflichtet, in ihren Schutzkonzepten aufgrund des Impfstatus zu differenzieren, nimmt er eine staatliche Aufgabe wahr und ist wie bei einer unmittelbar geltenden Massnahme zur Wahrung der Grundrechte verpflichtet. Es liegt an ihm, dafür zu sorgen, dass die Ungleichbehandlung dem Gleichbehandlungsgebot entspricht, auch wenn die Differenzierung letztlich mit einem privaten Erlass, dem Schutzkonzept, konkretisiert wird. Darüber hinaus würden die privaten Anbieter bei der Ausarbeitung und Umsetzung der Schutzkonzepte weiterhin den oben (Ziff. 3.1.2) dargelegten Schranken der Vertragsfreiheit unterliegen.

Die Aufhebung von Massnahmen mit Pflicht zur Differenzierung kann auf zwei Arten erfolgen:

4.3.2.2.1 Aufhebung der Massnahmen für Geimpfte

Der Staat könnte die Einschränkungen für den Kreis der Geimpften aufheben, indem er z. B. die Wiedereröffnung von Bars davon abhängig macht, dass gemäss dem Schutzkonzept sowohl die Kundschaft als auch das Personal geimpft sein muss.

4.3.2.2.2 Differenzierte Aufhebung von Massnahmen für Geimpfte und Ungeimpfte

Gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss der Staat diejenige Massnahme wählen, die die Grundrechte am wenigsten einschränkt. Das könnte zu einer Aufhebung von Einschränkungen führen, bei der je nach Impfstatus differenziert würde. Zum Beispiel: Wenn

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

das Ziel, Ansteckungen zu vermeiden, erreicht werden könnte, indem – wie bei Raucherräumen im Sinne des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen – zwischen Bereichen für Geimpfte und anders eingerichteten Bereichen für Ungeimpfte unterschieden wird, wäre diese Möglichkeit einer völligen Schliessung für Ungeimpfte vorzuziehen.

4.3.3 Geltungsbereich der Differenzierungen

Die Zulässigkeit einer Differenzierung aufgrund des Impfstatus ist je nach Bereich der betreffenden Dienstleistungen oder Waren zu prüfen.

Für Waren oder Dienstleistungen des täglichen Bedarfs, insbesondere solche, die durch die heutigen strengen Restriktionen nicht betroffen sind, kommt eine Verweigerung des Zugangs für Ungeimpfte nicht in Frage. Eine solche Massnahme würde die heutigen Beschränkungen ja nicht verringern, sondern verschärfen, da neu ein Teil der Bevölkerung ausgeschlossen würde.

Für Waren oder Dienstleistungen, die nicht zum täglichen Bedarf gehören, ist eine Differenzierung aufgrund des Impfstatus möglich, insbesondere als Alternative zu einem Verbot. Beschränkungen können sich jedoch aus anderen Verfassungsnormen ergeben. So könnte eine Beschränkung der nicht dringend angezeigten Untersuchungen und Behandlungen in Spitälern und Kliniken (Art. 25 Abs. 2 VO 3) nicht aufgrund des Impfstatus erfolgen, ohne gegen das Sozialziel zu verstossen, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält (Art. 41 Abs. 1 Bst. b BV).

4.3.4 Anforderungen an die Praktikabilität

Wie bereits erwähnt, können Gründe der Praktikabilität und der Rechtssicherheit für einen Schematismus ohne Differenzierung sprechen (Ziff. 2.1 und 4.1). Dieselben Gründe wirken auch einschränkend auf Differenzierungen aufgrund des Impfstatus. Eine Differenzierungspflicht kann nur angeordnet werden, wenn sie von den Adressaten der Norm umgesetzt werden kann.

Voraussetzung für eine Differenzierung aufgrund des Impfstatus ist, dass die betreffende Person ihren Status mitteilt, damit sie private Leistungen in Anspruch nehmen kann. Um den Wirtschaftsakteuren die Anwendung von Differenzierungen zu erleichtern, wäre es unter Berücksichtigung der oben genannten datenschutzrechtlichen Anforderungen (vgl. oben Ziff. 3.5.3.5) denkbar, in einer gesetzlichen Grundlage den Rechtfertigungsgrund dafür zu schaffen, dass sie solche Gesundheitsdaten verlangen können. Es wäre jedoch zweifelhaft, ob eine solche spezifische gesetzliche Grundlage gegenüber der allgemeinen Regelung im DSG Vorteile bieten würde, die aufgrund ihres hohen Abstraktionsgrades den vielen konkreten Situationen besser gerecht wird als eine starre Regelung.

Ferner darf die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit durch eine Differenzierungspflicht nicht zu stark eingeschränkt werden. Auch wenn sie eine Erleichterung gegenüber der im geltenden Recht vorgesehenen Schliessung anstrebt, darf sie nicht derart kompliziert sein, dass es die Unternehmen vorziehen, geschlossen zu bleiben. So kann es ohne offiziellen Impfausweis schwierig sein, in kurzer Zeit den Impfstatus einer grossen Anzahl von Personen zu prüfen. Für eine Differenzierungspflicht wäre möglicherweise zu prüfen, ob die Einführung eines digitalen offiziellen Impfausweises zweckmässig wäre, für den wiederum eine formell-gesetzliche Rechtsgrundlage erforderlich wäre.

Eine Pflicht zur Differenzierung aufgrund des Impfstatus setzt auch voraus, dass die Erfüllung dieser Pflicht kontrolliert werden kann. Wie oben gesehen wird eine formell-gesetzliche

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

Rechtsgrundlage notwendig sein, um die Behörden zur Bearbeitung besonders schützenswerter Daten über den Impfstatus zu ermächtigen (vgl. oben Ziff. 2.2). Ohne formell-gesetzliche Rechtsgrundlage wird die Differenzierungspflicht eine *lex imperfecta* bleiben: Der Staat kann zwar vom privaten Anbieter eine Bestätigung verlangen, dass er den Zugang auf Geimpfte beschränkt hat, er kann aber nicht überprüfen, ob diejenigen, die die Dienstleistung in Anspruch genommen haben, tatsächlich geimpft waren.

4.4 Erhöhung der Impfraten und Lockerung der Schutzmassnahmen

Anfang Februar 2021 hatten etwas mehr als 3,6 Prozent der Bevölkerung mindestens eine Dosis eines der beiden zugelassenen Impfstoffe erhalten. Wenn die Auswirkungen der Impfung auf die Übertragbarkeit des Virus geklärt sind, kann bzw. muss die besondere Situation der Geimpften in Bezug auf die Massnahmen gegenüber Personen wie die Quarantäne rasch berücksichtigt werden.

Anders präsentieren sich die zeitlichen Verhältnisse bei den Massnahmen betreffend öffentlich zugängliche Einrichtungen, Betriebe und Veranstaltungen. Die Frage, ob die besondere Situation von Geimpften berücksichtigt werden soll, dürfte sich hier erst stellen, wenn die Impfrate ein relativ hohes Niveau erreicht hat. Zuvor wird der «Markt» der Geimpften zu klein sein, um für die meisten Wirtschaftsakteure profitabel zu sein. Eine steigende Impfrate – insbesondere bei den besonders gefährdeten Personen, die ein höheres Hospitalisierungsrisiko haben – dürfte die Notwendigkeit sinken lassen, die Ansteckungsrate zur Gewährleistung eines funktionierenden Gesundheitssystems tief zu halten. Das bedeutet, dass das öffentliche Interesse, das die heutigen restriktiven Massnahmen rechtfertigt, allmählich an Bedeutung verlieren wird. So sollte es möglich sein, die Massnahmen zu lockern oder sogar aufzuheben. Wenn dies der Fall ist, wird eine Differenzierung aufgrund des Impfstatus nicht oder kaum mehr erforderlich sein. Das könnte dazu führen, dass Differenzierungen bei öffentlich zugänglichen Einrichtungen, Betrieben und Veranstaltungen praktisch kaum relevant werden: Eine Differenzierung wäre zu Beginn noch nicht sinnvoll und wäre, sobald sie durch die erhöhte Impfrate relevant würde, nicht mehr notwendig.

5 Schlussfolgerungen

Wenn eine Dienstleistung in Ausübung einer staatlichen Aufgabe erbracht wird, sollte eine Differenzierung aufgrund des Impfstatus auf einer Rechtsgrundlage basieren und das Gleichbehandlungsgebot wahren, indem sie mit Blick auf die zu regelnden Verhältnisse durch einen vernünftigen Grund gerechtfertigt ist. Wenn die Differenzierung ein Grundrecht einschränkt, muss sie ausserdem durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein.

In Rechtsbeziehungen unter Privatpersonen sind Differenzierungen aufgrund des Impfstatus möglich. Die Vertragsfreiheit schliesst die Freiheit ein, einen bestimmten Vertrag mit einer Person nach Belieben abzuschliessen oder nicht abzuschliessen. Diese Vertragsfreiheit wird in bestimmten Fällen durch eine Kontrahierungspflicht eingeschränkt, insbesondere im Falle von Persönlichkeitsverletzungen. In Rechtsbeziehungen unter Privatpersonen können Zugangsbeschränkungen oder andere Differenzierungen aufgrund des Impfstatus zulässig sein, wobei eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen ist. Die Grenze zwischen der Abschlussfreiheit und dem Verbot der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung ist unscharf und lässt sich nicht allgemein festlegen, sondern ergibt sich aus einer Einzelfallbetrachtung.

Es ist den Privaten nicht verboten, Daten zum Covid-19-Impfstatus einer Person zu bearbeiten, solange sie dies nicht in persönlichkeitsverletzender Weise tun oder einen Rechtfertigungsgrund nachweisen können. Dabei ist die Einhaltung der datenschutzrechtlichen

Rechtsrahmen für Differenzierungen aufgrund des Impfstatus

Grundsätze, insbesondere der Verhältnismässigkeit und der Zweckbindung, zentral. Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit solcher Bearbeitungen lässt sich aber nicht allgemein beurteilen, sondern beruht auf den Umständen des Einzelfalls.

Für den Gesetzgeber wird sich die Frage der Differenzierung aufgrund des Impfstatus vor allem in Bezug auf die Schutzmassnahmen zur Bekämpfung von Ansteckungen stellen. In bestimmten Situationen, z. B. bei Quarantänemassnahmen, kann das Gleichbehandlungsgebot eine differenzierte Behandlung von Geimpften erfordern. Eine Berechtigung oder Verpflichtung zur Differenzierung aufgrund des Impfstatus könnte auch im Zusammenhang mit der (teilweisen) Aufhebung der sehr starken Grundrechtseinschränkungen durch die Schutzmassnahmen in Frage kommen. Durch eine Differenzierung aufgrund des Impfstatus könnten die Grundrechtseinschränkungen für einen Teil der Betroffenen verringert werden, ohne die Einschränkungen für die Ungeimpften zu verschärfen. Der Gesetzgeber wird jedoch auf die Wahrung der Grundrechte – was komplexe Fragen aufwirft – und die Praktikabilität der Differenzierung achten müssen. Um den mit dem Vollzug des Epidemiengesetzes betrauten Behörden die Überprüfung des Impfstatus von Personen zu ermöglichen, die sich auf einen Sonderstatus für Geimpfte berufen dürften, müsste der Gesetzgeber im Gesetz eine Rechtsgrundlage für die Bearbeitung dieser besonders schützenswerten Daten grundsätzlich schaffen.