

Selektive Wiederherstellung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Freiheiten: Sind Erleichterungen für Geimpfte zulässig?

Staatspolitischen Kommission des Ständerates, Anhörung vom 23. Februar 2021

Die staatlichen Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19 Pandemie schränken zahlreiche Grundrechte zum Teil auf schwerwiegende Weise ein. Sie müssen deshalb aufgehoben oder in ihrer Tragweite und Wirkung vermindert werden, sobald die epidemiologische Lage dies zulässt. Dies ist ein Gebot der Verhältnismässigkeit. Unverhältnismässige staatliche Massnahmen verletzen ein fundamentales Prinzip des Rechtsstaats (Art. 5 Abs. 2 BV) und – im Bereich geschützter Rechte und Freiheiten – die Grundrechte. Wann und in welchem Mass die Gesundheitssituation die Wiederherstellung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Freiheiten erlaubt, ist nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen. Diese Frage muss in enger Zusammenarbeit mit Expert_innen aus Wissenschaft und Gesundheit beantwortet werden und zahlreiche Faktoren mitberücksichtigen (z.B. die Varianten des Virus und deren Auswirkungen auf die Infektionszahlen und die Hospitalisierungen).

Bei der Frage der selektiven Wiederherstellung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Freiheiten, die zwischen geimpften (oder anderweitig immunen) und nicht geimpften Personen unterscheidet, bestehen grundsätzlich zwei mögliche Vorgehensweisen: Entweder entscheidet sich der Staat selbst für eine selektive Öffnung bestimmter Angebote für geimpfte Personen (**selektive Erleichterung durch den Staat**) oder er hebt die staatlichen Massnahmen schrittweise für alle im gleichen Mass auf und überlässt es Privaten, ihre Angebote allen oder nur geimpften (oder anderweitig immunen) Personen vorzubehalten (**selektiver Ausschluss durch Private**).

Es stellen sich damit zwei Fragen:

1. Darf – oder muss – der Staat danach unterscheiden, ob jemand ansteckend ist oder nicht (mehr) und gestützt darauf für nicht (mehr) Ansteckende eine Lockerung der Massnahmen zur Bewältigung der Covid-19-Pandemie beschliessen?
2. Dürfen Private zwischen ansteckenden und nicht (mehr) ansteckenden Personen unterscheiden und ihre Angebote auf bestimmte Personen beschränken? Besteht ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf nach einer Einschränkung der Vertragsfreiheit?

Die Antwort auf die zweite Frage ist eng mit der Antwort auf die erste Frage verknüpft.

- Entscheidet sich der Bundesrat für eine selektive Wiederherstellung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Freiheiten und damit für eine schrittweise Wiederherstellung der Wirtschaftsfreiheit, so erübrigt sich die Frage nach einem gesetzgeberischen Eingreifen im Bereich der Vertragsfreiheit weitgehend. In diesem Fall würde der Staat entscheiden, dass bestimmte Angebote für immune Personen bereits wieder geöffnet werden können, während sie für andere noch geschlossen bleiben. Sobald es die epidemiologische Situation zuliesse, könnten und müssten die Massnahmen für alle gelockert werden. Zu diesem Zeitpunkt hätten wohl nur noch wenige private Anbieter einen Anreiz, nicht geimpfte Kundinnen und Kunden von ihren

Angeboten auszuschliessen, was aufgrund bestehender Ausweichmöglichkeiten wohl unproblematisch wäre.

- Sollte der Bundesrat dagegen beschliessen, die Massnahmen bald für alle aufzuheben, so wäre eine politische Auseinandersetzung über allfällige Erweiterungen des Kontrahierungszwangs – und eine Klärung datenschutzrechtlicher Fragen – wohl geboten. Würden private Angebote für alle geöffnet, während die epidemiologische Situation noch fragil und unbeständig ist, wäre es denkbar, dass Private – spätestens bei einem Ansteigen der Ansteckungszahlen – eine Vielfalt von Zugangsbeschränkungen vorsehen würden, die der Staat nicht beeinflussen könnte und die sich negativ auf die Verwirklichung der Grundrechte und den gesellschaftlichen Zusammenhalt auswirken könnte.

Darf – oder muss – der Staat danach unterscheiden, ob jemand ansteckend ist oder nicht (mehr) und gestützt darauf für nicht (mehr) Ansteckende eine Lockerung der Massnahmen zur Bewältigung der Covid-19-Pandemie beschliessen?

Die Antwort auf diese Frage hängt wesentlich von der Wirksamkeit der Impfung ab. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt steht noch nicht fest, ob die Impfung nur die geimpfte Person vor einer Erkrankung schützt oder ob sie auch verhindert, dass eine geimpfte Person das Virus auf andere überträgt und diese ansteckt.

1. Die Impfung schützt vor Erkrankung

Können geimpfte Personen nicht erkranken, geht von ihnen eine **geringere Gefahr für die Überlastung des Gesundheitssystems** aus. Zwar können alle Personen einen schweren Krankheitsverlauf erleiden, doch ist die Gefahr bei Personen mit besonderen Risiken besonders hoch. In dem Masse, wie diese Personen geimpft sind, nimmt die Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen in den Spitälern, die Gefahr schwerer Krankheitsverläufe und von Todesfällen ab. Damit verringert sich das öffentliche Interesse an grundrechtseinschränkenden Massnahmen. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass geimpfte Personen, wenn sie aufgrund der Lockerungen der Massnahmen beispielsweise gemeinsam im Kino sitzen würden, sich gegenseitig nach wie vor anstecken könnten. Sie würden in diesem Fall zwar selbst nicht erkranken, könnten aber – im öffentlichen Verkehr, am Arbeitsplatz, in der Familie – das Virus weitergeben. Auch geimpfte Personen kommen deshalb als mögliche Pandemietreiber in Betracht. Schon aus diesem Grund ist eine selektive Wiederherstellung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Freiheiten erst dann möglich, wenn *erstens* eine erhebliche Zahl von Personen mit besonderen Risiken geimpft ist und *zweitens* sich die epidemiologische Lage auch sonst entspannt hat. Dabei darf nicht vergessen werden, dass die grundrechtsbeschränkenden Massnahmen für alle schrittweise aufzuheben sind, sobald die epidemiologische Lage dies zulässt. **Schützt die Impfung nur vor der eigenen Erkrankung, nicht vor der Ansteckung, so könnten bzw. müssten die Lockerungsschritte – mit möglicherweise kleinen Ausnahmen – für geimpfte und nicht-geimpfte Personen wohl fast im Gleichschritt erfolgen.**

2. Die Impfung schützt vor Erkrankung und Ansteckung

Sollten sich die Hinweise darauf verdichten, dass die Impfung die Gefahr der Ansteckung zumindest erheblich senkt, **gebietet die Verhältnismässigkeit die (sofortige oder baldige) Lockerung einiger Massnahmen.** Wenn geimpfte Personen weder selbst erkranken noch andere anstecken können, fällt das öffentliche Interesse an der Einschränkung ihrer Grundrechte weitgehend weg. In diesem Fall wäre es nicht mehr länger gerechtfertigt, geimpften Personen zu verbieten, Restaurants, Konzerte oder Fitnesszentren oder andere Dienstleitungen zu besuchen. Ebenso wenig wäre es unter diesen Umständen

noch erforderlich, privaten und öffentlichen Anbietern zu verbieten, ihre Dienstleistungen Personen zur Verfügung zu stellen, die sich (und damit das Gesundheitssystem) nicht gefährden – und andere nicht oder nur in geringem Ausmass. Dabei gälte es jedoch zu beachten:

- dass Personen, die ihre Immunität durch ein Testergebnis nachweisen können, wohl gleichbehandelt werden müssten wie geimpfte Personen;
- dass datenschutzrechtliche Fragen zu klären wären;
- dass jeder Öffnungsschritt nicht immunen Personen nur dann verwehrt bleiben könnte, wenn es keine alternativen Massnahmen gäbe, die Erkrankungs- und Ansteckungsgefahr in vergleichbarem Ausmass zu senken (wie Maskenpflichten und Distanzregeln);
- dass Erleichterungen im Bereich der allgemeinen Massnahmen (wie das Maskentragen sowie Distanz- und Hygienemassnahmen) weder sinnvoll noch geboten sind. Eine Sonderbehandlung der Geimpften in diesem Bereich wäre einerseits nicht praktikabel und andererseits (namentlich im Falle einer zumindest teilweise verbleibenden Ansteckungsgefahr) auch nicht sinnvoll. Die allgemeinen Massnahmen wiegen ausserdem nicht besonders schwer und könnten weiterhin auch geimpften Personen zugemutet werden;
- dass staatliche Massnahmen sobald es die epidemiologische Lage zulässt für alle Personen gelockert werden müssen.

Die vorübergehende Ungleichbehandlung geimpfter und anderer immuner Personen, die mit einer selektiven Öffnung einhergehen würde, erscheint unter den genannten Voraussetzungen **nicht als unvereinbar mit den Grundrechten**:

- Es geht nicht um eine Privilegierung für geimpfte Personen, sondern um eine **Wiederherstellung ihrer Rechte und Freiheiten**, sobald die öffentlichen Interessen und die Verhältnismässigkeit dies zulassen.
- Die selektive Öffnung erfolgt nicht nur im **grundrechtlichen Interesse der Geimpften** (persönliche Freiheit), sondern auch im **grundrechtlichen Interesse der Anbieter** (Wirtschaftsfreiheit), sobald die öffentlichen Interessen und die Verhältnismässigkeit dies zulassen. In Erwägung zu ziehen ist deshalb auch, ob sich das Verbot von Dienstleistungen noch rechtfertigen lässt, wenn diese bestimmten Personen (weitgehend) gefahrlos angeboten werden könnten.
- Die staatlich vorgesehenen Öffnungen für gewisse Personengruppen würden an der Immunität anknüpfen und damit **nicht an einem verpönten Merkmal** (wie Geschlecht, Religion oder Ethnie). Zwar stellen auch das Alter und die «körperliche, geistige oder psychische Behinderung» verpönte Merkmale dar und damit Kriterien, die beim Zugang zur Impfung gegenwärtig massgebend sind. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die staatliche Anknüpfung an die Impfung eine indirekte Diskriminierung darstellen würde, die zwar neutral verfasst wäre, sich aber nachteilig auf geschützte Personengruppen auswirken würde. Dies kann aber m.E. verneint werden. Das allgemeine Diskriminierungsverbot schützt nach herrschender Auffassung Personen, die einer – historisch oder gegenwärtig – benachteiligten Gruppe angehören. Eine Unterscheidung nach geimpften und nicht-geimpften Personen würde ältere Personen und solche mit gesundheitlichen Vorbelastungen gerade nicht benachteiligen, sondern ihre Rechte und Freiheiten (früher) wiederherstellen. Gerade jene Personen, die im Verlaufe der Pandemie besonders unter Einschränkungen gelitten haben, könnten so als erste einen Beitrag zur Wiederbelebung des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens leisten. Im Ergebnis ist die Verfassungsmässigkeit der Massnahmen deshalb nach der allgemeinen Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV), nicht nach dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) zu prüfen. Für gesetzliche Unterscheidungen genügt deshalb ein sachlicher Grund – und ein solcher ist

in diesem Fall oft gegeben (allerdings nur, wenn keine alternativen Möglichkeiten zur Reduktion der Erkrankung und Ansteckung gegeben sind).

- Schwieriger herzustellen ist die Gleichbehandlung zwischen jenen Personen, die ihre Immunität durch Impfung erlangt haben, und jenen, die sie dadurch erlangt haben, dass sie die Krankheit bereits hinter sich haben. **Geklärt werden müsste** hier unter anderem die Fragen, wie die Immunität nachgewiesen werden und wie lange ein positiver Antikörpertest die Immunität der getesteten Person attestieren könnte. Würde man bei der selektiven Öffnung Geimpfte und Personen mit serologischen Ausweisen gleichbehandeln, müsste man wohl auch deshalb behutsam vorgehen, weil keine Anreize entstehen sollten, sich anzustecken, um nachher Zugang zu Clubs, Sportveranstaltungen und anderen Angeboten zu haben. Nicht zuletzt stellen sich auch bei der Impfung selbst noch einige praktische Fragen, so etwa die, ob Personen, die mit dem Impfstoff von *Pfizer* geimpft worden sind (und einen Immunitätsschutz von ca. 95% aufweisen) gleichbehandelt werden könnten wie Personen, die – z.B. aufgrund einer Impfung mit *Astra Seneca* – einen etwa um einen Drittel tieferen Schutz aufweisen. All diese Fragen müssten zwar mitberücksichtigt und baldmöglichst geklärt werden, stehen einer selektiven Erleichterung der Massnahmen aber nicht grundsätzlich im Wege.
- Fragen der indirekten Diskriminierung stellen sich höchstens bei Personen, die sich aufgrund einer Krankheit nicht impfen lassen können. Diese Personen würden durch eine staatliche Differenzierung zwar tatsächlich im Vergleich zu geimpften Personen benachteiligt. Ihre Gleichberechtigung kann aber nicht dadurch hergestellt werden, dass an der Einschränkung der Grundrechte für alle festgehalten wird. Im Interesse dieser Personen liegt vielmehr eine **möglichst hohe Durchimpfungsrate der Bevölkerung**, zu welcher die selektive Öffnung von Angeboten einen Beitrag leisten könnte.
- Das immer wieder geltend gemachte Argument, dass eine selektive Öffnung ungerecht gegenüber nicht und noch nicht geimpften Personen wäre, vermag aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu überzeugen. **Eine Grundrechtseinschränkung kann nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass andere sie auch oder noch erleiden.** Grundrechtseinschränkungen sind stets auf das mögliche Minimum zu beschränken – sie müssen bzw. dürfen nicht für alle aufrechtzuerhalten, bis sie für alle wegfallen können. Dass es dem Staat unter Umständen nicht möglich ist, Erleichterungen für sämtliche Personen zu beschliessen, darf nicht dazu führen, dass er für niemanden Öffnungen beschliesst. Eine selektive Öffnung ist deshalb auch dann möglich und geboten, wenn noch nicht alle Personen Zugang zur Impfung haben. Es versteht sich dabei von selbst, dass die Impfungen möglichst rasch für alle zugänglich gemacht werden müssen und dass bei der Verteilung der Impfstoffe der nationale Impfplan massgebend sein muss.
- Dass durch die selektive Öffnung ein grosser **Anreiz** entstehen würde, sich impfen zu lassen, wäre ein positiver (Neben-)Effekt, der die raschere Bewältigung der Covid-19-Pandemie begünstigen und eine schnellere Aufhebung der freiheitsbeschränkenden Massnahmen für alle ermöglichen würde.

Dürfen Private zwischen ansteckenden und nicht (mehr) ansteckenden Personen unterscheiden und ihre Angebote auf bestimmte Personen beschränken? Besteht ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf nach einer Einschränkung der Vertragsfreiheit?

Die zweite Frage, ob Private ihre Dienstleistungen Nichtgeimpften verweigern können, stellt sich im Moment erst in wenigen Bereichen – etwa bei Fluggesellschaften (die jedoch häufig nicht schweizerischem Recht unterstehen und in möglicherweise in Zukunft auch ausländische

Einreisevorschriften durchsetzen werden). Kommt es am 1. März zu weiteren Öffnungsschritten, wird die Frage nach dem sogenannten «indirekten Impfzwang» auch im Bereich der Läden, privater Museen, privater Sportanlagen, etc. relevant. Die praktische Bedeutung der Frage nach den Handlungsmöglichkeiten Privater hängt deshalb von den staatlichen Lockerungsschritten ab. Entschliesst sich der Bundesrat zu einem wie in Punkt 1 geschilderten Vorgehen, würde sich die Frage nach einer Einschränkung der Vertragsfreiheit wohl weitgehend erübrigen.

Anders sieht es aus, wenn der Bundesrat rasch eine weitgehende Lockerung der Massnahmen für alle beschliessen würde. In diesem Fall gälte die Vertragsfreiheit, welche die Bundesverfassung als Bestandteil der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) garantiert. Private entscheiden demnach selbst, wem sie ihre Güter und Dienstleistungen anbieten. Gesetzliche Einschränkungen (Kontrahierungspflichten) bestehen nur in wenigen Bereichen (z.B. bei der Personenbeförderung und im Rahmen der Antirassismusstrafnorm). In seltenen Fällen ergibt sich eine Kontrahierungspflicht auch aus dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz bzw. aus dem Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dies allerdings nur der Fall, wenn die folgenden vier Voraussetzungen kumulativ gegeben sind:

- Wenn ein Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen **allgemein und öffentlich anbietet**;
- Wenn die angebotenen Waren oder Dienstleistungen den «**Normalbedarf**» betreffen. Dazu gehören nach der Rechtsprechung nicht nur Waren oder Dienstleistungen, die lebenswichtig sind, sondern auch solche «die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden» (BGE 129 III 35 E. 6.3.);
- wenn dem Interessenten aufgrund der starken **Machtstellung des Anbieters** zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlen. Von einer solchen Machtkonstellation ist nach Bundesgericht immer «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» (BGE 129 III 35 E. 6.3.);
- wenn der Unternehmer **keine sachlich gerechtfertigten Gründe** für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag.

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass private Anbieter nach gegenwärtiger Rechtslage weitgehend frei sind, zwischen ansteckenden und nicht (mehr) ansteckenden Personen zu unterscheiden und ihre Angebote auf bestimmte Personen zu beschränken.

Käme es zu einer raschen Lockerung der staatlichen Massnahmen, die eine grosse Zahl (unterschiedlicher) privater Massnahmen erwarten liesse, wäre es deshalb m.E. notwendig, die Frage einer Erweiterung des Kontrahierungszwangs zu erwägen. Dies aus folgenden Gründen:

- Staatliche Akteure sind verpflichtet, die **Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung zu verwirklichen**, auch unter Privaten, sofern sich die Grundrechte dazu eignen (Art. 35 Abs. 3 BV). Dies gilt für die persönliche Freiheit, die Privatsphäre und – mit Einschränkungen – die Rechtsgleichheit. Es erscheint deshalb als problematisch, wenn der Staat in dieser grundrechtlich belastenden Situation – und nach einer langen Zeit schwerer Grundrechtseinschränkungen – als passiver Zuschauer private «Regelungen» abwartet. Dies gilt besonders in der gegenwärtigen Situation, in der noch nicht alle Personen, die sich impfen lassen möchten, Zugang zur Impfung haben.
- Nach der Öffnung im Sommer wurde immer wieder der «föderale Flickenteppich» beklagt und darauf hingewiesen, wie schwierig es für die Schweizerinnen und Schweizer sei, mit Regeln zu leben, die sich von Kanton zu Kanton unterschieden. Ein Wechsel in ein Regime, in dem sich

die «**Regeln**» von Restaurants zu Restaurants, von Kino zu Kino und von Sportzentrum zu Sportzentrum unterscheiden, erscheint – unter diesen Umständen – nicht als wünschenswertes Szenario.

- Bei der Einführung der SwissCovidApp haben Bundesversammlung und Bundesrat eine Beschränkung der Vertragsfreiheit von Anfang an für geboten gehalten. **Weder staatliche Akteure noch Private dürfen deshalb von Gesetzen wegen (Art. 60a EpG) irgendwelche Vor- oder Nachteile an das Benützen oder Nichtbenützen der App knüpfen** (und dies obwohl die Benutzung der App gerade bei grösseren Veranstaltungen möglicherweise ein wirksames und wenig einschneidendes Mittel der Pandemiebekämpfung gewesen wäre). Eine App zu benutzen, fällt grundrechtlich weniger ins Gewicht, als eine Impfung durchführen zu lassen. Bei der Sonderregelung hat man immer wieder darauf hingewiesen, dass nicht alle ein Handy haben/haben wollen. Überlegungen dieser Art scheinen bei der Impfung ebenfalls geboten, denn in diesem Bereich können medizinische, weltanschauliche oder religiöse – also grundrechtlich geschützte – Bedenken hinzukommen. Die Einschränkung der Vertragsfreiheit bei der SwissCovidApp wurde auch damit begründet, dass die datenschutzrechtlichen Interessen der Einzelnen überwiegen würden. Bei der Impfung sind datenschutzrechtliche Bedenken wohl noch gewichtiger, da sich Personen ohne gesetzliche Regelung in Zukunft möglicherweise bei (allen möglichen) Dienstleistungen über Impfungen oder Antikörpertests ausweisen müssen. Bedenken in dieser Hinsicht hat auch der EDÖB geäußert.

Eine gesetzliche Klärung der Kontrahierungspflicht hätte folgende Vorteile:

- Sie könnte die Frage klären, **wer als privater Anbieter gilt**. Gerade bei staatlich subventionierten Angeboten, etwa des Kulturbereichs, ist dies nicht zum vornherein klar. Auch bei staatlich anerkannten Religionsgemeinschaften geht die Mehrheit der Lehre davon aus, dass diese Grundrechtsadressaten sind – ob sie ihre Angebote von Impfausweisen abhängig machen könnten (wenn sie dies denn wollten), wäre deshalb ebenfalls zu klären.
- Sie könnte **datenschutzrechtliche Fragen** klären.
- Sie könnte definieren, was zum **Normalbedarf** gehört. Unklar ist gegenwärtig zum Beispiel, ob Restaurantsbesuche, Ferien sowie die Teilnahme an kulturellen oder sportlichen Veranstaltungen zu jenen Angeboten gehören, «die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden» (BGE 129 III 35 E. 6.3.).
- Auch die Frage der Machtstellung und der **zumutbaren Ausweichmöglichkeiten** wirft viele Fragen auf. Fehlt es an zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bereits, wenn gewisse Restaurant- und Hotelbetriebe, Reise-, Sport- oder Kulturveranstalter den Zugang zu ihren Angeboten beschränken oder erst, wenn alle dies tun?

Im Ergebnis zeigt sich, dass grundrechtliche Erwägungen einer selektiven Öffnung von Angeboten nicht grundsätzlich entgegenstehen. Dies gilt vor allem, wenn die Impfung nicht nur die Erkrankung, sondern auch die Ansteckung verhindert. Verschiedene Fragen – etwa die Gleichbehandlung von geimpften und immunen Personen und der Datenschutz – wären allerdings noch zu klären. Die Ungleichbehandlung zwischen immunen und anderen Personen müsste in jedem Fall auf das erforderliche – sachliche und zeitliche – Minimum beschränkt werden. Wo Alternativen zur Immunität (Masken, Abstand) einen vergleichbaren Schutz bieten, sind Ungleichbehandlungen nicht gerechtfertigt. Im Falle rascher und allgemeiner Lockerungsschritten wäre eine Erweiterung des Kontrahierungszwangs unter Privaten in Erwägung zu ziehen.