

Sehr geehrte Damen und Herren Ständerätinnen und Ständeräte

Zunächst möchte ich mich sehr herzlich bei Ihnen für die Einladung bedanken.

Das Thema der Erleichterungen für geimpfte Personen wirft *schwierige rechtliche und ethische Fragen* auf. Es sind verschiedene Konstellationen auseinanderzuhalten, wobei diese auch von der epidemiologischen Lage abhängen. Es sind schwierige Interessenabwägungen vorzunehmen. In der Folge möchte ich mich auf einige grundsätzliche Ausführungen beschränken. Ich werde auch nicht allgemein auf die Zulässigkeit der bestehenden Corona-Massnahmen eingehen.

Meine Ausführungen sind *wie folgt gegliedert*: Nach einleitenden Bemerkungen werde ich zunächst auf die aus rechtlicher Sicht relevante Unterscheidung zwischen dem staatlichen und dem privaten Bereich eingehen. Anschliessend werde ich mich mit der Kernfrage auseinandersetzen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Staat verpflichtet ist, die Corona-Massnahmen für Geimpfte zu lockern. Zum Schluss werde ich versuchen, relativ konkrete Leitlinien für ein mögliches Vorgehen zu skizzieren.

1. Einleitende Bemerkungen und Annahmen

Gerne möchte ich mit den folgenden *Bemerkungen* und *Annahmen* beginnen:

- Zunächst gehe ich davon aus, dass mit zunehmender Impftrate die Corona-Massnahmen schrittweise für alle Personen gelockert werden können, wodurch sich die *Notwendigkeit für Differenzierungen* zwischen geimpften und ungeimpften Personen mit der Zeit reduzieren dürfte.
- Weiter gehe ich davon aus, dass eine Differenzierung zwischen Geimpften und Ungeimpften für die meisten Massnahmen (insb. betreffend Erleichterungen im wirtschaftlichen und kulturellen Bereich) erst dann in Frage kommen dürfte und sinnvoll sein kann, wenn ein nicht unerheblicher Teil der Bevölkerung geimpft ist. Ebenfalls gehe ich davon aus, dass ab einem bestimmten Zeitpunkt (ev. Herdenimmunität bzw. sehr hohe Impftrate bzw. wenn alle Impfwilligen geimpft sind) die meisten (wenn nicht alle) Corona-Massnahmen aufgehoben werden können bzw. müssen. Deshalb dürfte sich die Frage der Differenzierung zwischen geimpften und ungeimpften Personen wohl nur *vorübergehend* stellen. Die Zeitspanne ist von verschiedenen Faktoren abhängig, namentlich vom Fortschritt bei den Impfungen, vom Immunitätsgrad in der Bevölkerung sowie von der epidemiologischen Lage (etwa auch von der Frage der Mutationen).
- Obwohl ich kein Epidemiologe bin, nehme ich weiter an, dass mit der *Durchimpfung der Risikopersonen* aus epidemiologischen Gründen noch keine vollständige bzw. weitgehende Aufhebung der Corona-Massnahmen erfolgen darf. Gegen eine solche Strategie spricht, dass nicht alle Risikopersonen aus gesundheitlichen Gründen geimpft werden können, auch Nicht-Risikopersonen schwer erkranken und an Langzeitfolgen leiden können und die Impfung keinen absoluten Schutz bietet.
- Weiter ist es mir ein Anliegen, vorzuschicken, dass eine selektive Lockerung der Massnahmen für Geimpfte aus epidemiologischen und rechtlichen Gründen grundsätzlich nur in Frage kommt, wenn nachgewiesen ist, dass eine Impfung nicht nur wirksam vor der Erkrankung schützt (sog. «klinische Immunität»), sondern auch die Übertragung des Virus deutlich einschränkt (sog. «sterile Immunität»). Was Letzteres anbelangt, gibt es soweit ersichtlich erste Studien aus Israel, die zuversichtlich stimmen – wissenschaftlich erhärtete Erkenntnisse gibt es aber zur Zeit noch nicht.

Geht man von der letzten Prämisse aus, kann man aus rechtlicher Sicht die beiden folgenden *Grundeinschätzungen* abgeben:

- *Erstens*: Die mit den Corona-Massnahmen einhergehenden Freiheitseinschränkungen (insb. Massnahmen gegen Personen und öffentlich zugängliche Einrichtungen und Betriebe sowie Veranstaltungen) werden dadurch gerechtfertigt, dass die Verbreitung des Coronavirus zu verhindern und Übertragungsketten zu unterbrechen sind (vgl. Art. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage). Geht nun aber von geimpften Personen keine Ansteckungsgefahr mehr aus, ist der Grund für die Massnahmen gegenüber diesen Personen weggefallen, weshalb sie gegenüber diesen Personen grundsätzlich aufgehoben werden müssen.
- *Zweitens*: Der Umstand geimpft und damit für andere kein Ansteckungsrisiko mehr zu sein, ist im Kontext der Pandemiebekämpfung ein legitimer Grund, anders behandelt zu werden als (riskante) Ungeimpfte. Gleiches muss nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden. Das Kriterium der Nicht-Ansteckung erscheint als sachlich gerechtfertigtes Kriterium für Differenzierungen. Von einer Diskriminierung kann von vornherein nicht gesprochen werden, da nicht an ein verpöntes Merkmal (wie etwa Rasse, Religion, Geschlecht, Behinderung) angeknüpft wird. Dies gilt jedenfalls solange, als die Priorisierungsentscheidungen im Zusammenhang mit dem Impfplan auf sachlichen Gründen beruhen.

2. Unterscheidung zwischen staatlichem und privatem Bereich

Wenn aus rechtlicher Sicht über eine Differenzierung zwischen Geimpften und Ungeimpften gesprochen wird, muss zwischen dem staatlichen und dem privaten Bereich unterschieden werden. Anders als der Staat sind *Private* grundsätzlich *nicht an die Grundrechte gebunden*, sondern sie können sich vielmehr auf die Grundrechte (etwa die Wirtschaftsfreiheit) berufen.

- Für den *staatlichen Bereich*, beispielsweise für den Zugang zu staatlichen Einrichtungen wie Schulen, dürften Differenzierungen nach dem Impfstatus schwer zu rechtfertigen sein. Obwohl eine Impfung und die damit einhergehende Übertragungseinschränkung mit Blick auf das Rechtsgleichheitsgebot ein sachlich gerechtfertigtes Differenzierungsmerkmal darstellt, führen Verhältnismässigkeitsüberlegungen zu einem anderen Ergebnis: Bevor der Staat den Zugang zu staatlichen Einrichtungen für Ungeimpfte beschränkt, ist er angehalten, mildere Mittel zu prüfen und gleichheitsfreundlichere Hygienekonzepte zu implementieren. Eine Differenzierung kommt deshalb – wenn überhaupt – nur in Ausnahmebereichen (z.B. bei staatlichen Kulturveranstaltungen oder in staatlichen Alters- und Pflegeheimen) in Frage.
- Im *privaten Bereich* sieht die Rechtslage anders aus: Private Unternehmen, wie private Fluggesellschaften, Restaurants oder Kultur- und Sporteinrichtungen, können im Rahmen ihrer Privatautonomie grundsätzlich frei entscheiden, dass sie nur mit geimpften Personen in geschäftlichen Kontakt treten wollen. Es darf grundsätzlich sogar damit geworben werden. Vorbehalten sind freilich Bereiche, in denen private Unternehmen einem Kontrahierungszwang unterliegen. Ausserhalb von ausdrücklich gesetzlich geregelten Kontrahierungspflichten (z.B. im Bereich des öffentlichen Verkehrs) dürfen solche nur ausnahmsweise angenommen werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht etwa eine Kontrahierungspflicht, wenn es sich um Waren oder Dienstleistungen handelt, die zum Normalbedarf gehören und allgemein und öffentlich angeboten werden, und dem Konsumenten Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung des Normalbedarfs fehlen. Darüber hinaus ist gefordert, dass das Unternehmen keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag. In diesen Ausnahmefällen wäre demnach – wie bei staatlichen Einrichtungen – eine Differenzierung, die ausschliesslich am Kriterium des Geimpftseins anknüpft, grundsätzlich unzulässig.

Im Privatrechtsbereich besteht demnach deutlich mehr Spielraum für Differenzierungen zwischen Geimpften und Ungeimpften als im staatlichen Bereich. Deshalb steht die Forderung im Raum, Privaten eine *Ungleichbehandlung wegen des Impfstatus gesetzlich zu verbieten*. Diese Frage stellt sich insbesondere für den Fall, dass der Staat die Corona-Massnahmen kontinuierlich für alle Personen und Betriebe gleichermaßen öffnet. Die Befürchtung, dass Private in einer solchen Situation ihre Angebote nach Impfstatus differenzieren, dürfte allerdings nicht für alle Bereiche zutreffen. Soweit ersichtlich gibt es beispielsweise keine konkreten Hinweise, dass in der Gastronomie oder im Detailhandel eine solche Strategie als profitabel oder nachhaltig eingeschätzt werden würde. Näher an der Realität sind Diskussionen um Impfnachweise im Kontext von Grossveranstaltungen (insbesondere im Sport und im kulturellen Bereich). Hier könnte eine Differenzierung im wirtschaftlichen Interesse liegen. Das Gleiche gilt etwa für die Luftfahrt.

Meines Erachtens ist es fraglich, ob es für ein *staatliches Verbot von Differenzierungen nach dem Impfstatus im privaten Bereich* und eine damit einhergehende Ausdehnung der heute bestehenden Kontrahierungspflichten eine ausreichende Rechtfertigung gäbe. Sollte sich aber zeigen, dass Ungeimpfte ihre Grundbedürfnisse nicht mehr ohne grösseren Aufwand decken können, wäre ein staatliches Eingreifen im Einzelfall aber wohl angezeigt.

Besondere Fragen können sich weiter im *Arbeitsbereich* ergeben. Bereits heute bietet das Arbeitsrecht einen gewissen Schutz, zu nennen ist insbesondere das Recht auf Schutz der Persönlichkeit, wobei Arbeitnehmende in gewissen Branchen (z.B. Arbeitnehmende in Arztpraxen oder Pflegeheimen) unter Umständen auch zur Impfung verpflichtet werden können. Es ist insofern fraglich, ob es weitere staatliche Schutzmassnahmen braucht. Meines Erachtens sind in diesem Bereich idealerweise sozialpartnerschaftliche Lösungen zu finden.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich bei einer Differenzierung nach dem Impfstatus *datenschutzrechtliche Vorgaben* zu beachten sind, die vom Eidg. Datenschutzbeauftragten in einer Empfehlung auch bereits publiziert worden sind.

3. Lockerung der staatlichen Corona-Massnahmen für Geimpfte?

Damit bin ich beim dritten Punkt, nämlich bei der *Kernfrage* angelangt, ob und unter welchen Voraussetzungen und Modalitäten der Staat verpflichtet ist, die staatlichen Corona-Massnahmen (heute bestehende Verbote und Einschränkungen) für Geimpfte zu lockern.

Heute gelten die freiheitseinschränkende Corona-Massnahmen grundsätzlich unabhängig von der Frage, ob Personen immun sind oder nicht. Bereits heute gibt es aber auch gewisse *Ausnahmen*: So gelten Personen, die bereits gegen Covid-19 *geimpft* sind, nicht als besonders gefährdete Personen, weshalb sie nicht in den Genuss von Massnahmen zum Schutz von besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kommen (Art. 27a Abs. 10 Covid-19-Verordnung 3). Weiter bestehen Erleichterungen in Bezug auf den Reiseverkehr und Quarantänebestimmungen (Kontakt- und Reisequarantäne) bei Vorweis eines *negativen Testergebnisses*. Auch bestehen bereits heute Erleichterungen im Reiseverkehr und in Bezug auf die Kontakt-Quarantäne in Bezug auf Personen, die nachweisen können, dass sie sich innerhalb der letzten drei Monate mit Sars-CoV-2 angesteckt haben und als *geheilt* gelten.

Wie bereits ausgeführt, ist in Bezug auf nicht mehr ansteckende Personen der Grund für die freiheitsbeschränkende staatlichen Corona-Massnahmen weggefallen, weshalb diese grundsätzlich aufzuheben sind. Es ist insofern unzutreffend, von Privilegien zu sprechen. Vielmehr geht es um die *Wiederherstellung der verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrechte*. Auch wurde bereits festgehalten, dass eine unterschiedliche Geltung von Corona-Massnahmen für Ansteckende und Nicht-Ansteckende unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes grundsätzlich gerechtfertigt ist. Es liegt *keine unsachliche Ungleichbehandlung* und schon gar keine Diskriminierung im Rechtssinne vor, sofern die Prioritätenliste des Impfplans auf sachlichen Kriterien beruht. Dabei ist auch zu beachten, dass durch eine

solche selektive Lockerung der Corona-Massnahmen nicht nur die Grundrechte der Geimpften, sondern auch jene der Betriebe, der Veranstalter etc. besser gewahrt werden könnten.

An dieser Stelle stellt sich freilich die Frage, *welcher Grad an Schutz, Immunität und Übertragungsverminderung bzw. welcher Impfstoff* für eine Lockerung der Massnahmen für Geimpfte genügt. Diese Frage muss in erster Linie von Epidemiologen, Virologen und Gesundheitsexperten beurteilt werden. Dabei muss auch die Frage aufgeworfen werden, welche Restrisiken vernünftigerweise eingegangen werden sollen und dürfen. Wie bereits weiter oben ausgeführt kommt eine Lockerung der Corona-Massnahmen für Geimpfte nur in Frage, wenn eine weitgehende «sterile Immunität» vorliegt. Solange Unsicherheit über diese Frage besteht, darf grundsätzlich keine Differenzierung in Betracht gezogen werden.

Weiter stellt sich die Frage, ob eine Lockerung für Geimpfte erst ab dem Zeitpunkt in Frage kommt, wenn *alle Personen ein Impfangebot* haben. Würde man dieses Erfordernis nicht verlangen, entstünde ein Dilemma für Leute, die sich impfen lassen wollen, aber aufgrund der fehlenden Impfmöglichkeiten noch nicht können. Dadurch werden Menschen vom gesellschaftlichen Leben ausgeschlossen, ohne (zumindest vorläufig) selber etwas daran ändern zu können. Bei einem Zuwarten mit Lockerungsschritten für Geimpfte bis zum Impfangebot für alle würden nun aber die Interessen der Geimpften, Betriebe und Veranstalter weniger stark berücksichtigt. Meines Erachtens kann diese Interessenabwägung auch so ausfallen, dass nicht auf das Impfangebot für alle gewartet wird. Eine Folge des Zuwartens auf das Impfangebot für alle wäre im Übrigen, dass sich die Phase, in der Differenzierungen überhaupt in Frage kommen, verkürzen würde.

Ein weiterer wichtiger Punkt ist, ob es *Gründe* gibt, die *gegen eine Lockerung* der Corona-Massnahmen für Geimpfte und eine Differenzierung zwischen Geimpften und Ungeimpften sprechen. Mit Blick auf die Ausführungen zur Wiederherstellung der Grundrechte für Geimpfte und Betriebe sowie zur Rechtsgleichheit wenig zielführend sind an dieser Stelle der Hinweis auf die «gesellschaftliche Solidarität» und das Argument, dass eine «Zweiklassengesellschaft» entstehen könnte. Es gibt aber durchaus Argumente, die gegen eine selektive Lockerung bzw. eine Differenzierung sprechen:

- So ist etwa das *Argument der Regelbefolgung* im Blick zu behalten: Werden Geimpfte von gewissen Corona-Massnahmen entbunden, beispielsweise von der Pflicht im öffentlichen Verkehr eine Maske zu tragen, kann dies zu Missstimmung und Misstrauen und dazu führen, dass sich Ungeimpfte nicht mehr an die Regeln halten. Da es sich hierbei um ein juristisch «weiches» Kriterium handelt, dürfte es allerdings nur in Bezug auf leichte Grundrechtseingriffe durchschlagend sein. So sollte beispielsweise auf Differenzierungen zwischen Geimpften und Ungeimpften in Bezug auf das Maskentragen im öffentlichen Verkehr und ganz allgemein in öffentlich zugänglichen Räumen verzichtet werden.
- Gegen eine Differenzierung können weiter auch *Praktikabilitätsargumente*, etwa der Umstand ins Feld geführt werden, dass eine Differenzierung nicht kontrolliert oder durchgesetzt werden könnte. Dies wäre etwa bei Grossveranstaltungen der Fall, wo keine Zutrittskontrolle stattfindet.
- Gegen eine Differenzierungs- bzw. eine selektive Lockerungsstrategie wird weiter vorgetragen, dass sie ein «*faktisches Impfbliogatorium*» einführe, wobei dies vor allem deshalb problematisch sei, da die Politik ein solches bisher kategorisch ausgeschlossen habe. Wenngleich dieser Vergleich hinkt, ist nicht von der Hand zu weisen, dass durch die selektive Lockerung Anreize entstehen, sich impfen zu lassen. Solche Anreize sind auch nach der Auffassung der Nationalen Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin solange legitim, als sie der Autonomie und der Entscheidungsfreiheit der einzelnen Personen Rechnung tragen.

Relevant sind weiter auch *Verhältnismässigkeitsüberlegungen*: Eine selektive Lockerung ist nur vorzusehen, wenn sie geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Es ist insbesondere zu fragen, ob es mildere Massnahmen zur Differenzierung gibt bzw. ob diese notwendig ist. So müssen Massnahmen für alle

gelockert werden, sofern es die epidemiologische Lage zulässt. Lockerungen dürfen Ansteckenden nur dann verwehrt bleiben, wenn es keine alternativen Schutzkonzepte gäbe, die Ansteckungsgefahr in einem vergleichbaren Mass zu reduzieren.

Unter Gleichheits- und Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten müssten weiter Personen mit einem *zuverlässigen negativen Testergebnis* gleichbehandelt werden wie nicht mehr ansteckende Geimpfte. Dadurch würden Impfwillige, die noch nicht geimpft sind, Personen, die sich aus gesundheitlichen Gründen nicht impfen lassen können und Impfverweigerer nicht ungleich behandelt bzw. einem «faktischen Impfblogatorium» unterstellt. Ob auch für bereits am Corona-Virus erkrankte und genesene Personen eine Gleichstellung vorgesehen werden müsste, hängt davon ab, ob eine vergleichbare sterile Immunität vorliegt wie bei Geimpften, für die Lockerungen vorgesehen werden. Das Unterscheidungskriterium wäre also nicht «geimpft»/«nicht-geimpft», sondern «nicht-ansteckend»/«ansteckend».

Voraussetzung für eine selektive Lockerungsstrategie wäre weiter die Gewährleistung eines sicheren und zuverlässigen *Impf- bzw. Immunitätsnachweises*. Dabei ist nicht nur an eine nationale, sondern – mit Blick auf den grenzüberschreitenden Verkehr – auch an eine internationale Anerkennung zu denken.

Es stellt sich weiter auch die Frage, ob es für die Umsetzung einer solchen selektiven Lockerungsstrategie *gesetzliche Grundlagen* bräuchte. Ohne hier ins Detail gehen zu wollen, gehe ich davon aus, dass etwa die Einführung eines staatlichen Impf- bzw. Immunitätsausweises oder die staatliche Zertifizierung des Impfausweises oder -testats einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfte. Ebenfalls bräuchte es aus datenschutzrechtlichen Gründen eine gesetzliche Grundlage für Differenzierungen im staatlichen Bereich sowie für den Fall, dass der Bund die Datenbearbeitung durch Private im Zusammenhang mit differenzierten Zugangsregelungen kontrollieren will. Eine formell-gesetzliche Grundlage bräuchte es auch für eine Ausdehnung der Kontrahierungspflicht im privaten Bereich. Hingegen bräuchte es m.E. für eine Lockerung bzw. Aufhebung von bestehenden staatlichen Corona-Massnahmen für Nicht-Ansteckende (unter Beibehaltung der Massnahmen für Ansteckende) keine formell-gesetzliche Grundlage. Vielmehr könnten diese Ausnahmen für Nicht-Ansteckende in die bestehenden Verordnungen des Bundesrats integriert werden.

4. Fazit

Nach den bisherigen Ausführungen komme ich zum Schluss, dass der Staat bzw. der Bund zunächst prüfen sollte, ob – abhängig von der epidemiologischen Lage – freiheitsbeschränkende Corona-Massnahmen für alle gelockert oder aufgehoben werden können. In Bereichen, in denen eine Lockerung nicht für alle in Frage kommt, sollte er des Weiteren vorübergehend (bis zur Aufhebung bzw. Lockerung der Massnahmen für alle) eine *Strategie der selektiven Lockerung für Nicht-Ansteckende* verfolgen. Dabei könnte nach der heutigen Kategorisierung der Massnahmen in den Verordnungen des Bundesrats wie folgt unterschieden werden:

1. Hinsichtlich der bestehenden *Massnahmen gegen Personen* könnten für Nicht-Ansteckende insb. die Quarantänepflicht sowie die Obergrenzen für Menschenansammlungen aufgehoben werden.
2. Hinsichtlich der *Massnahmen gegen öffentlich zugängliche private Einrichtungen und Betriebe sowie Veranstaltungen* wäre eine Differenzierung nach dem Kriterium der Ansteckungsgefahr zulässig. So könnten die Anforderungen an Schutzkonzepte unterschiedlich ausfallen. Auch könnten Einschränkungen und Verbote für nachweislich nicht Ansteckende aufgehoben werden. Freilich müssten alle Personen die Möglichkeit haben, ihre Grundbedürfnisse zu decken, was allerdings bereits heute grundsätzlich der Fall ist.
3. Regelungen betreffend die *allgemeine Prävention* (Maskenpflicht, Abstandsvorschriften, Hygieneregeln) müssten weiterhin für alle Personen gleichermaßen gelten.

4. Hinsichtlich der Massnahmen betreffend *staatliche Einrichtungen* wären Differenzierungen nur ausnahmsweise zulässig (etwa für staatliche Kulturbetriebe oder staatliche Alters- und Pflegeheime).
5. Im *Arbeitsbereich* sollten idealerweise sozialpartnerschaftliche Lösungen erarbeitet werden.
6. Wichtig ist es auch, die Rolle und die Möglichkeiten der *Kinder* zu klären.

Bei einem solchen Vorgehen dürfte sich die Frage, ob es einer *Ausweitung der Kontrahierungspflicht im Privatrechtsbereich* bedarf, wohl mehr oder weniger *erübrigt* haben.

Aufgrund der epidemiologischen Lage nicht zu empfehlen ist derzeit ein Vorgehen, bei dem die *meisten Massnahmen für alle gelockert* würden und es den Privaten überlassen würde, Differenzierungen nach dem Impf- bzw. Immunitätsstatus vorzunehmen.

Für die Umsetzung einer selektiven Lockerungsstrategie wären weiter ein sachgerechter *Zeitplan* sowie eine nachvollziehbare *Kommunikationsstrategie* erforderlich.

Ebenfalls sollten die *Entwicklungen in anderen Ländern* im Auge behalten werden: So hat beispielsweise Israel letzten Sonntag damit begonnen, eine solche selektive Lockerungsstrategie umzusetzen. Wir werden wohl schon bald wissen, ob sich eine solche Strategie auch in der Praxis bewährt.

AS/22.2.2021