

[Gesundheitsrecht] Gerber / Ausweitung der Covid-19-Zertifikatspflicht – Impfempfehlung, Impfobligatorium oder schon Impfzwang?



Entsteht mit der per 13. September 2021 beschlossenen Ausdehnung der Covid-19-Zertifikatspflicht auf die Innenräume öffentlich zugänglicher Einrichtungen, ab 1. Oktober 2021 verbunden mit der Pflicht zur Selbstzahlung der für ein Zertifikat erforderlichen Tests, ein rechtlich fragwürdiger indirekter Impfzwang für die Bevölkerung ab 16 Jahren? Mutiert damit die bisherige 3G-Regel («geimpft, getestet, genesen») praktisch zur 2G-Regel («geimpft, genesen»)?

1. Einleitung

Am 8. September 2021 hat der Bundesrat per 13. September die Covid-19-Zertifikatspflicht ausgeweitet. Sie gilt neu für Personen ab 16 Jahren «im Innern von Restaurants, von Kultur- und Freizeiteinrichtungen sowie an Veranstaltungen in Innenräumen». Die Begründung erzeugt einen Déjà-vu-Effekt: Die Lage in den Spitälern bleibe «angespannt», die Intensivstationen seien «sehr stark ausgelastet». Eine Überlastung der Spitäler im Herbst sei «nicht ausgeschlossen». Beklagt wurde die «nach wie vor» tiefe Impfgeschwindigkeit. Das Zertifikat könne «Schliessungen verhindern». An Veranstaltungen mit Zertifikatspflicht entfielen «zudem alle anderen Schutzmassnahmen, wie die Maskenpflicht». Die Massnahme sei «bis am 24. Januar 2022 befristet».¹

Die Ausweitung der Zertifikatspflicht hat offensichtlich den – per se völlig nachvollziehbaren – Zweck der Steigerung der Impfrate in der Schweiz. Gelegentlich wird gar in ziemlich *martialischer Weise* als kurzfristiges Mittel der Wahl gegen einen «neuen Lockdown» ein «indirekter Impfzwang über das Covid-Zertifikat» gefordert.² Die Sinnhaftigkeit der Impfung gegen Covid-19 als ein *gegenwärtig zentrales Instrument zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie* wird hier keinesfalls in Frage gestellt. Zu umreissen ist jedoch im Folgenden anhand ausgewählter Aspekte, wie der aktuelle politisch gewollte «Druck auf Ungeimpfte» rechtlich einzuordnen ist.

2. Punktuelle Sachverhaltsaspekte

2.1. Nutzen der Ausweitung der Covid-19-Zertifikatspflicht

Anlässlich der Verkündung der Erweiterung der Zertifikatspflicht am 8. September 2021 blieb der Bundesrat (einmal mehr) Hinweise auf eine *Begründungskette* schuldig, inwiefern der *epidemiologische Nutzen* der bisherigen «Schliessungen» deren Kollateralschäden je überstiegen hat. Daran anknüpfend bleibt schleierhaft, warum die Drohung neuer «Schliessungen» überhaupt in den Raum gestellt wird. Hierzu fehlt ebenso der Nachweis, dass die – zumindest bisher strengen Schutzkonzepte unterworfenen – Einrichtungen wie Restaurants oder Fitnesscenter epidemiologisch besonders relevant sind.³ Auch nach 19 Monaten der Pandemie soll demnach bei Bedarf nach dem Giesskannenprinzip «geöffnet» und «geschlossen» werden. Wie gehabt, wurden keine Abwägungen kommuniziert zum *Gesundheitsnutzen* der mit der Ausweitung der Covid-19-Zertifikatspflicht tendenziell schwerer zugänglichen Fitnesscentern.⁴ Die rückläufigen Covid-19-Hospitalisierungen wurden nicht näher gewürdigt.⁵ Schliesslich bleibt generell unklar, welchen konkreten *kausalen Effekt* die Ausweitung des Covid-19-Zertifikats aus *Sicht des Bundesrats* auf das Infektionsgeschehen haben soll.

2.2. Situation auf den Intensivstationen

Die von der Schweizerischen Gesellschaft für Intensivmedizin (SGI) zertifizierten Betten auf den Intensivpflegestationen (IPS) werden *inklusive Personal* gezählt.⁶ Die Schweiz verfügt normalerweise – und so laut SGI auch zu Beginn der Covid-19- Pandemie im März 2020 – über rund 1000 solcher zertifizierter IPS Betten mit Aufstockungspotenzial.⁷ Laut neuerer Aussage der SGI «waren und sind» während der Pandemie jedoch konstant «nur» noch 866 zertifizierte Betten vorhanden, wobei das Potenzial der zertifizierten Betten offenbar (sogar während der Covid-19-Pandemie) nicht *annähernd vollständig* ausgeschöpft wird.⁸ Es ist zudem (trotz des dauernden öffentlichen Lamentos über Personalmangel) laut SGI «unklar, wie viel Personal fehlt».⁹ In der gegenwärtigen Pandemie stehen der Schweizer Bevölkerung, die das Gesundheitswesen finanziert, demnach bemerkenswerterweise nicht nur die – laut SGI *normalerweise* vorhandenen – ca. 1000 zertifizierten Betten *nicht* zur Verfügung, sondern offenbar nicht einmal (und unter Berücksichtigung einer gewissen Freihaltereserve) nahezu alle der neuerdings massgebenden 866 zertifizierten Betten. Die genauen Gründe und Verantwortlichkeiten (v.a. betreffend Spitalplanung) für diese Ungereimtheiten sind anderenorts zu vertiefen.

3. Rechtliche Möglichkeiten für die Motivation zur Impfung

3.1. Vorbemerkung zum öffentlichen Interesse

Dass die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten im öffentlichen Interesse liegt und hierbei auch Grundrechte Dritter (z.B. besonders gefährdete Personen) beachtlich sind, ist trivial (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 2 [BV¹⁰](#)). Es kommt selbstverständlich auf die *Wahl der Mittel* an. Betreffend Schutz der Grundrechte Dritter ist darauf hinzuweisen, dass besonders gefährdete Personen sich mittlerweile – sicherlich auch dank der Impfung gegen Covid-19 – gut schützen können und das allgemeine Lebensrisiko auch bei Covid-19 nicht ausser Acht gelassen werden kann.¹¹

3.2. Gesetzliche Empfehlungen und gesetzliches Impfobligatorium

Um die Bevölkerung zur Impfung gegen Covid-19 zu bewegen, bestehen gegenwärtig im Wesentlichen zwei rechtliche Möglichkeiten: Empfehlungen und das Impfobligatorium.

Nach Art. 9 Abs. 3 [EpG¹²](#) unter dem Titel «Information und Informationsaustausch» veröffentlicht das Bundesamt für Gesundheit (BAG) – als Daueraufgabe und grundsätzlich unabhängig von der jeweiligen epidemiologischen Lage – *Empfehlungen* zu Massnahmen gegen übertragbare Krankheiten und zum Umgang mit Krankheitserregern und passt sie regelmässig dem *aktuellen Stand der Wissenschaft* an. Nach Art. 56 Abs. 2 lit. a [EpG](#) erarbeitet die Eidgenössische Kommission für Impffragen *Impfempfehlungen* zuhanden des BAG.

Die Bürgerinnen und Bürger sollten ihre Entscheidungen möglichst auf der *Grundlage von angemessenen Informationen* treffen. Insbesondere dort, wo persönliche Entscheidungen und Verhaltensweisen zu *Konsequenzen für die eigene oder für die Gesundheit Dritter* führen können, sollen Handlungsoptionen und Entscheidungsgrundlagen bereitgestellt werden.¹³ Der Staat braucht sich bei der Herausgabe von Empfehlungen «nicht auf die Mitteilung von Tatsachen zu beschränken». Vielmehr kann er aus den mitgeteilten Tatsachen «im Interesse einer wirksamen Verhaltenslenkung der Öffentlichkeit auch selbst wertende Schlussfolgerungen ziehen».¹⁴ Wenn diese unter dem Titel «Information und Informationsaustausch» publizierten Empfehlungen – so sinnvoll sie auch sein mögen – von den Adressaten nicht befolgt werden, darf dies für sie, mangels *gesetzlicher Grundlage*, allerdings keinerlei *unmittelbaren grundrechtsrelevanten Konsequenzen* haben. Hingegen können Empfehlungen als verwaltungsrechtlicher Realakt bei Privaten zu einem (*finanziellen*) Schaden führen und damit allenfalls eine *Haftung des Staates* auslösen.¹⁵

Soweit die Nichtbeachtung behördlicher (Impf-)Empfehlungen gegenüber der breiten Bevölkerung *sozialmedizinisch* zum Problem wird, können selbstverständlich *rechtlich klar normierte Massnahmen* gemäss EpG und Covid-19-Gesetz¹⁶ ergriffen werden.

Im Zusammenhang mit der hier interessierenden Impfung gegen Covid-19 kann der Bundesrat nach Art. 6 Abs. 2 lit. d [EpG](#) Impfungen bei *gefährdeten Bevölkerungsgruppen*, bei *besonders exponierten Personen* und bei *Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben*, für obligatorisch erklären.

Das Covid-19-Gesetz bietet für den Bundesrat hingegen *keinerlei Grundlage*, in der gegenwärtigen besonderen Lage direkt oder indirekt über Art. 6 Abs. 2 lit. d [EpG](#) *hinausgehende* Impfobligatorien anzugeordnen.¹⁷ Diese Spezialregelung Art. 6 Abs. 2 lit. d [EpG](#) ist abschliessend und kann auch nicht auf dem Umweg über Art. 40 [EpG](#) («Massnahmen gegenüber der Bevölkerung und bestimmten Personengruppen») ausgehebelt werden.

Die gesetzliche Grundlage für ein Impfobligatorium ist ebenso wenig via Verbindlicherklärung der Impfempfehlungen des BAG¹⁸ zu erreichen (Art. 4 Covid-19-Verordnung besondere Lage¹⁹). Dies wäre eine *unzulässige Subdelegation* von direkt grundrechtsrelevanten Rechtssetzungsbefugnissen an das BAG (Eingriff in die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 [BV](#); Ziffer 4.5 hinten).²⁰

Der Bundesrat kann also in den *ordentlichen rechtlichen Bahnen* von Art. 6 Abs. 2 lit. d [EpG](#) bei gefährdeten Bevölkerungsgruppen, bei besonders exponierten Personen und bei Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, ein Impfobligatorium aussprechen. Dies ist – vermutlich aus politischen Risikoüberlegungen heraus – nicht erfolgt. Zu prüfen ist daher, inwieweit mit der Ausweitung des Covid-19-Zertifikats *im Ergebnis* ein (rechtskonformes) Impfobligatorium entstehen kann.

4. Das Covid-19-Zertifikat und die Impfung gegen Covid-19

4.1. Der Begriff «Zertifikat»

Ein Zertifikat ist in der Hauptbedeutung eine (amtliche) Bescheinigung, eine Beglaubigung, ein Zeugnis über eine abgelegte Prüfung oder ein Diplom.²¹ Das Zertifikat belegt also irgendeine *besondere Qualifikation*. So führt etwa die Swiss Insurance Medicine (SIM) Lehrgänge durch, an deren Ende «zertifizierte Fachpersonen»²² gekürt werden. Aber auch *Gegenstände*, wie die erwähnten Intensivbetten, können für Spezialzwecke *zertifiziert* werden. Ebenfalls werden gelegentlich bestimmte Sachwaren, z.B. Kühlschränke oder sogar Mineralwasser, vorwiegend mit *Umweltverträglichkeits-, Energie-, Klima- oder CO₂-«Labels»* ausgestattet. Mit dem Covid-19-Zertifikat wird neu, so scheint es, auch beim Menschen die individuelle Sozialverträglichkeit – zumindest betreffend Covid-19 – mit einem «Diplom» für vorbildliches Verhalten gegenüber dem Kollektiv «belohnt». Das Covid-19-Zertifikat bringt in dessen Anwendungsbereich immerhin *eine Normalität* zurück: Durch den Wegfall der Maskenpflicht und dem Abstandsgebot dürfen ausser das Coronavirus wieder sämtliche anderen im Alltagskontakt übertragbaren Krankheitserreger bis an die Grenze der strafrechtlich relevanten Körperverletzung verbreitet werden. Der Zweck des Zertifikats ist bei Lichte besehen ebenso klar wie (für schweizerische Verhältnisse) gewöhnungsbedürftig: Menschen, die bestimmte *biologische Unbedenklichkeitsmerkmale* («geimpft, getestet, genesen») nicht erfüllen, werden seit dem 13. September 2021 in den *kommen kälteren Jahreszeiten* mit weniger Ausweichmöglichkeiten nach draussen bereit von *niederschwellig gesellschaftlichen Aktivitäten* (Restaurantbesuchen usw.) ausgesperrt.²³ Damit wird insoweit die Ausübung des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 [BV](#)) an die Bedingung des Zertifikats geknüpft (dazu Ziffer 4.5 hinten).

4.2. «Impfdruck» aufgrund des Covid-19-Zertifikats

Mit der per 13. September 2021 erfolgten Ausdehnung der Covid-19-Zertifikatspflicht auf Innenbereiche vieler, häufig *mehrmals in der Woche* frequentierter öffentlicher Einrichtungen wird gegenüber der früheren Zertifikatspflicht «nur» für eher *sporadisch besuchte* Discos und Grossveranstaltungen bereits ein erheblicher sozialer Druck *in Richtung Impfung* aufgebaut. Die Impfung kann nämlich mit nur *zwei Terminen* erledigt werden, während das regelmässige Testen alle paar Tage in den *Alltag* integriert werden muss.

4.3. Folgen der Pflicht zur Selbstzahlung von Tests

Eine weitere Intensivierung der staatlichen Einflussnahme auf das Impfverhalten der Bevölkerung folgt im kommenden Oktober: Der Bundesrat hat entschieden, dass Personen, die ein Zertifikat erhalten wollen, die dazu notwendigen Tests ab 1. Oktober 2021 selbst bezahlen müssen.²⁴ Der PCR-Test kostet ca. 148 Franken, der Antigen-Schnelltest ca. 54 Franken.²⁵ Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass solche Preise bis weit in den Mittelstand hinein über die Zeit *kaum bezahlbar* sind. Man stelle sich z.B. einen ungeimpften «Büezer» vor, der sich für sein Mittagessen oder Feierabendbier im Innern seiner Stammbeiz wöchentlich mehrfach testen lassen müsste. Der Impfdruck betrifft daher Menschen mit niedrigerem sozioökonomischem Status am meisten. Dadurch wird eine *nur bedingt nachvollziehbare Ungleichbehandlung* der Bevölkerung geschaffen (Art. 8 Abs. 1 [BV](#)). Zwar sind gewisse Gesundheitsbeeinträchtigungen in dieser Bevölkerungsgruppe tendenziell häufiger. Es ist jedoch nicht hinreichend begründbar, im Zusammenhang mit dem Lebensrisiko Covid-19 Bevölkerungsteile mit eher niedrigem Einkommen generell als «gefährdete Bevölkerungsgruppe» gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d [EpG](#) einzustufen. Die Hauptrisikogruppen sind nach wie vor «ältere Menschen, schwangere Frauen und Erwachsene mit Trisomie 21 oder mit bestimmten Formen chronischer Krankheiten» (siehe dazu auch Ziffer 4.4 hinten).²⁶

Das Ende der Kostenübernahme der für das Zertifikat notwendigen Tests führt als Spiegelbild der staatlichen «Lenkungsabgabe», die grundsätzlich eine formell-gesetzliche Grundlage benötigt,²⁷ im Ergebnis zu einer staatlich induzierten «Lenkungsausgabe»: Der Staat zwingt Bürgerinnen und Bürger zu einer *bestimmten finanziellen Belastung* (Kosten für die Tests), welche viele Menschen auch aus dem Mittelstand kaum über mehrere Wochen oder Monate tragen können oder wollen. Um eben dieser *prohibitiv hohen* finanziellen Belastung zu entgehen, schreiten sie, um der Sanktion der eingeschränkten Bewegungsfreiheit (siehe Ziffer 4.5 hinten) zu entgehen, «aus pragmatischen Gründen»²⁸ zur Impfung.

Es verhält sich dabei ähnlich wie bei der *materiellen Enteignung*:²⁹ Es wird zwar *formell* kein Impfobligatorium nach Art. 6 Abs. 2 lit. d *EpG* ausgesprochen. Mit anderen Interventionen – hier dem Covid-19-Zertifikat als Bedingung für die Ausübung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 *BV*) betreffend den freien Zugang zu Innenräumen öffentlicher Einrichtungen – wirkt der Staat jedoch *derart stark* auf die impfungsbezogene Willensbildung der Bevölkerung ein, dass sich etliche Personen aus den erwähnten «pragmatischen Gründen» dennoch gegen Covid-19 impfen lassen.

Die Pflicht zur Selbstzahlung der Tests ab Oktober 2021 führt zusammenfassend dazu, dass die Zertifikatsoption «getestet» für viele Menschen realistischerweise *nicht mehr in Betracht kommt*. So verkommt die bisherige 3G-Regel («geimpft, getestet, genesen») praktisch zur 2G-Regel («geimpft, genesen»).

4.4. Betroffene Bevölkerungsgruppen

Der mit der Ausweitung des Covid-19-Zertifikats ausgeübte Impfdruck richtet sich nicht gegen die im Gesetz für ein Impfobligatorium *epidemiologisch relevantesten Gruppen* nach Art. 6 Abs. 2 lit. d *EpG* (gefährdete Bevölkerungsgruppen, besonders exponierten Personen und Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben). Vielmehr werden *unabhängig von ihrem persönlichen Risikoprofil «gewöhnliche Bürgerinnen und Bürger ab 16 Jahren einer indirekten Impfpflicht unterworfen*. Dadurch wird vernachlässigt, dass das Covid-19-Risiko – wie bereits ausgeführt – nicht für alle Bevölkerungsgruppen gleich hoch ist.³⁰ Sollten in bestimmten Bevölkerungsgruppen *problematisch tiefe Impfraten* feststellbar sein, haben sich die behördlichen Informationsbemühungen und ein *allfälliges diskriminierungsfreies Impfobligatorium in Nachachtung des Verhältnismässigkeitsgebots* (Art. 5 Abs. 2 *BV*) und des *Gebots der Rechtsgleichheit* (Art. 8 Abs. 1 *BV*) bzw. des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 *BV*) auf diese Gruppierungen zu konzentrieren, anstatt unnötigerweise die *Gesamtbevölkerung ab 16 Jahren kollektiv* mit einem indirekten Impfobligatorium zu belegen.

4.5. Impfobligatorium vs. Impfzwang

Für die Bejahung eines (zulässigen oder unzulässigen) Impfobligatoriums ist nicht von Belang, ob die fragliche Impfung letztlich *tatsächlich* durchgeführt wird oder nicht. Auch mit dem «ordentlichen» Impfobligatorium nach Art. 6 Abs. 2 lit. d *EpG* ist kein eigentlicher Impfzwang mit *physischen Zwangsmassnahmen* wie bei der Zwangsmedikation verbunden. Art. 38 Abs. 3 *EpV*³¹ hält denn auch klar fest, dass ein Impfobligatorium zeitlich befristet sein muss und die Impfung nicht mittels physischem Zwang erfolgen darf. Die blosse Weigerung, sich trotz Impfobligatorium gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d *EpG* nicht impfen zulassen, ist zudem auch *nicht strafbewehrt* (vgl. Art. 83 *EpG*). Es genügt für die Annahme des Impfobligatoriums, dass die betreffende nicht geimpfte Person (erhebliche) Nachteile zu gewärtigen hat, wie z.B. Versetzung oder gar Freistellung am Arbeitsplatz. Möglich sind – grundsätzlich *unabhängig* vom Impfstatus – höchstens *individuelle Zwangsmassnahmen* gemäss Art. 31–38 *EpG*.

Nach einem Teil der Lehre gilt als «Zwang» im Sinne des Impfzwangs nicht nur physischer Zwang, sondern gelten sämtliche Erscheinungsformen verwaltungsrechtlicher Sanktionen als Zwang, die geeignet sind, die selbstbestimmte (grundrechtlich und epidemiengesetzlich geschützte) Wahlfreiheit des Individuums gegen eine Impfung zu übersteuern, z.B. Bussen, die beabsichtigen, Druck auf die Adressaten auszuüben, um eine Impfbereitschaft zu «erzwingen».³² Diese Sichtweise ist mutatis mutandis nach hier vertretener Auffassung vorliegend mehr als einschlägig: Gleichzeitig mit der Covid-19-Zertifikatspflicht «konfisziert» der Staat einen Teil des Grundrechts der persönlichen Freiheit (freier Zugang zu Innenräumen öffentlich zugänglicher Einrichtungen) und verhängt dadurch die *klar definierte Sanktion* schon *a priori* und *erga omnes* über 16 Jahren. Sobald das Covid-19-Zertifikat und damit immer auch *höchstpersönliche medizinische Daten* vorgelegt werden, erhält die betreffende Person den suspendierten Teil der persönlichen Freiheit zurück. Das Covid-19-Zertifikat ist demnach die *Resolutivbedingung* für die Wiederherstellung der vorgängig eingeschränkten persönlichen Freiheit. So wird im dargelegten Sinn ein *Impfzwang* etabliert. Dabei wird für die Erlangung des Zertifikats die Testmöglichkeit gegenüber der Impfung, wie erörtert (Ziffern 4.2–4.3 vorne), in unzulässiger Weise *erschwert* bis in gewissen Fällen (primär aus finanziellen Gründen) *verunmöglicht*. Ein solches Sanktionsregime findet weder im *EpG* noch im Covid-19-Gesetz eine hinreichende Grundlage.

4.6. Niederschwellige Testmöglichkeit

Die ratio legis der Ausdehnung des Covid-19-Zertifikats ist offenkundig, die Übertragung von Covid-19 möglichst zu reduzieren.³³ Die Übertragung setzt voraus, dass eine Person Krankheitserreger ausscheidet und dadurch eine *direkte oder indirekte Ansteckungsquelle* für andere Personen sein kann.³⁴ Nun können auch Geimpfte, wenn auch gegenüber *Ungeimpften* in weit geringerem Mass, «das Virus in einigen Fällen weitergeben».³⁵ Ob eine geimpfte oder eine getestete

Person *in concreto* das Coronavirus mit höherer Wahrscheinlichkeit auf andere Menschen übertragen kann, muss hier offenbleiben. Allerdings verlangt es das Verhältnismässigkeitsprinzip, dass die Testmöglichkeit als gegenüber der Impfung *milderes Mittel*, um die gewünschte «Coronavirenfreiheit» zu belegen, weiterhin *niederschwellig* zur Verfügung stehen muss. Dies ist nicht (mehr) der Fall, wenn die für das Covid-19-Zertifikat notwendigen Tests zu den genannten Beträgen selber bezahlt werden müssen. Korrekterweise ist hier freilich einzugestehen, dass sich unabhängig von der finanziellen Anreiz- bzw. Drucksituation *im Einzelfall*, sich impfen zu lassen oder nicht, auch übergeordnete Fragen der (öffentlichen) Finanzierung von Impfungen und Tests stellen, die gelegentlich auf die (zu) einfache Formel reduziert werden: «Die Impfung ist gratis, es ist also kein Problem, wenn die Tests kostenpflichtig sind.» Eine einlässliche Bearbeitung dieses Themas muss hier aus Platzgründen unterbleiben.

4.7. Dauer des Covid-19-Zertifikats

Das *Rechtsgleichheitsgebot* bzw. das *Diskriminierungsverbot* gebietet es schliesslich, dass das Covid-19-Zertifikat für Genesene auch über die bisher maximal 180 Tage nach dem positiven Testresultat³⁷ hinaus Geltung beanspruchen muss, wenn die «Genesenen» *laborchemisch* nachweisen können, dass sie über denselben Immunstatus verfügen wie Geimpfte (Antikörper usw.).³⁸ Ganz allgemein sollte für die Frage nach der erreichten «Herdenimmunität» nicht nur die Durchimpfungsrate massgebend sein, sondern die (mit gleicher Sorgfalt wie die Impfrate unter der Bevölkerung erhobene) *Immunität von Genesenen*. Sollte sich überdies er härten, dass die Schutzwirkung der Impfung gegen Covid-19 nicht so lange dauert, wie ursprünglich angenommen, müsste die Geltungsdauer von 365 Tage ab Verabreichung der letzten Impfdosis³⁸ zumindest künftiger Zertifikate für Geimpfte entsprechend reduziert werden.

5. Fazit

Um die Bevölkerung zur Covid-19-Impfung zu motivieren, bestehen in der gegenwärtigen besonderen Lage nach Art. 6 *EpG* zwei Möglichkeiten: Der Bund kann (immer) Empfehlungen aussprechen oder in der gegenwärtigen besonderen Lage die Impfung gegen Covid-19 nach Art. 6 Abs. 2 lit. d *EpG* bei gefährdeten Bevölkerungsgruppen, bei besonders exponierten Personen und bei Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, für obligatorisch erklären. Das Covid-19-Gesetz bietet für den Bundesrat hingegen keinerlei Grundlage, in der gegenwärtigen besonderen Lage direkt oder indirekt über Art. 6 Abs. 2 lit. d *EpG* hinausgehende Impfobligatorien anzuordnen. Mit der Ausweitung der Covid-19-Zertifikatspflicht wird diese Regel aus folgenden Gründen umgangen:

Die Pflicht zur Selbstzahlung der für die Erteilung des Covid-19-Zertifikats notwendigen Tests ab Oktober 2021 führt aufgrund *prohibitiv hoher finanzieller Belastungen* für einen Grossteil der Bevölkerung dazu, dass die Zertifikatsoption «getestet» für viele Menschen realistischerweise nicht mehr in Betracht kommt. So verkommt die bisherige 3G-Regel («geimpft, getestet, genesen») praktisch zur 2G-Regel («geimpft, genesen»).

Der mit der Ausweitung der Covid-19-Zertifikatspflicht indirekt ausgelöste Impfdruck trifft die Gesamtbevölkerung ab 16 Jahren pauschal und *unabhängig von ihrem persönlichen Risikoprofil*. Dies verstösst gegen Art. 6 Abs. 2 lit. d *EpG*, der die *epidemiologisch relevantesten Adressatengruppen* eines Impfobligatoriums abschliessend umschreibt (gefährdete Bevölkerungsgruppen, besonders exponierte Personen und Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben).

Dabei wird ferner ignoriert, dass das Covid-19-Risiko nicht für alle Bevölkerungsgruppen gleich hoch ist, was gegen das Gebot der *Rechtsgleichheit* verstösst (Art. 8 Abs. 1 *BV*) bzw. gegen das *Diskriminierungsverbot* (Art. 8 Abs. 2 *BV*). Sollten in bestimmten Bevölkerungsgruppen problematisch tiefe Impfraten feststellbar sein, haben sich die behördlichen Informationsbemühungen und ein allfälliges diskriminierungsfreies Impfobligatorium in Nachachtung des Verhältnismässigkeitsgebots (Art. 5 Abs. 2 *BV*) und des Gebots der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 *BV*) bzw. des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 *BV*) auf diese zu konzentrieren, anstatt unnötigerweise die Gesamtbevölkerung ab 16 Jahren *kollektiv* mit einem indirekten Impfobligatorium zu belegen.

Impfzwang ist nicht nur physischer Zwang, vielmehr umfasst er auch sämtliche Erscheinungsformen verwaltungsrechtlicher Sanktionen, die geeignet sind, die selbstbestimmte (grundrechtlich und epidemiengesetzlich geschützte) Wahlfreiheit des Individuums gegen eine Impfung zu übersteuern – die also beabsichtigen, Druck auf die Adressaten auszuüben, um eine Impfbereitschaft zu «erzwingen». Das Covid-19-Zertifikat erscheint dabei als *Resolutivbedingung* für die Wiederherstellung der vorgängig durch die (erweiterte) Covid-19-Zertifikatspflicht eingeschränkte persönliche Freiheit (freier Zutritt zu Innenräumen öffentlicher zugänglicher Einrichtungen). So wird im dargelegten Sinn ein (indirekter) *Impfzwang* etabliert. Dabei wird für die Erlangung des Zertifikats die Testmöglichkeit gegenüber der Impfung, wie dargelegt, in bedenklichem Mass erschwert bis, in gewissen Fällen (primär)

aus finanziellen Gründen), verunmöglicht. Ein solches Sanktionsregime findet weder im EpG noch im Covid-19-Gesetz eine Grundlage.

Dr. iur. Kaspar Gerber, LL. M., wissenschaftlicher Mitarbeiter (Postdoc) am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich, Mitglied des Kompetenzzentrums Medizin – Ethik – Recht Helvetiae (MERH) der Universität Zürich.

1. 1Bundesrat, Coronavirus: Bundesrat dehnt Zertifikatspflicht aus und startet Konsultation zu neuen Einreisebestimmungen, Medienmitteilung vom 8. September 2021 (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85035.html>).
2. 2Sonntagszeitung vom 4. September 2021, «Das Politversagen führt zum Impfzwang» (<https://www.tagesanzeiger.ch/das-politversagen-fuehrt-zum-impfzwang-175182772908>).
3. 3Daher ist die Aussage «Das Covid-Zertifikat wird neu genau dort gelten, wo das Übertragungsrisiko für Sars-CoV-2 hoch ist» in dieser Absolutheit unbelegt (so aber STEPHANIE LAHRTZ, NZZ vom 8. September 2021 <https://www.nzz.ch/wissenschaft/bundesrat-weitet-covid-zertifikatspflicht-aus-ld.1644465>).
4. 4«Der verminderte Zugang zu Physiotherapie und Fitness während der Pandemie hat negative Folgen für Parkinson-Betroffenen. Dies zeigt eine Studie des Unispitals Zürich.» (Medinside, Zustand von Parkinson-Patienten im Corona-Jahr deutlich verschlechtert, 24. August 2021 [<https://www.medinside.ch/de/post/symptome-bei-parkinson-patienten-im-pandemie-jahr-massiv-verschlechtert>]).
5. 5URS P. GASCHE, «Markanter Rückgang der Covid-19-Hospitalisierungen», Infosperber, 10. September 2021 (<https://www.infosperber.ch/gesundheit/public-health/markanter-rueckgang-der-covid-19-hospitalisierungen/>).
6. 6Schweizerische Gesellschaft für Intensivmedizin (SGI), Zertifizierung Intensivstationen durch die Zertifizierungskommission Intensivstationen (ZK-IS) (<https://www.sgi-ssmi.ch/de/zertifizierte-is.html>).
7. 7Medinside, Statistiken zu Intensivbetten sorgen für Verwirrung, 30. Juli 2020 (<https://www.medinside.ch/de/post/statistiken-zu-intensivbetten-sorgen-fuer-verwirrung>); Zu Beginn der Pandemie präsentierte sich die Situation folgendermassen: «In der Schweiz gibt es per Anfang März 2020 82 von der SGI zertifizierte und anerkannte Intensivstationen. Auf diesen stehen aktuell zwischen 950 und 1000 Betten zur Verfügung, die in aussergewöhnlichen Situationen an gewissen Standorten aufgestockt werden können.» (SGI, Stellungnahme Coronavirus Krankheit 2019 (COVID-19), 11. März 2020, S. 1 [https://www.sgi-ssmi.ch/de/covid19.html?file=files/Dateiverwaltung/COVID_19/Stellungnahmen%20SGI/IMSGCM_Stellungnahme_COVID-19_02_DE.pdf]).
8. 8«Allerdings [...] werden nie alle zertifizierten Betten auch tatsächlich betrieben». Dies sei auch schon vor der Pandemie so gewesen (Medinside, «Es mangelt an Fachleuten – nicht an Intensivpflegebetten», 8. September 2021 [<https://www.medinside.ch/de/post/es-mangelt-nicht-an-intensivpflegebetten-sondern-an-fachleuten>]). Bei den 866 zertifizierten Betten betrug der Leerbestand am 9. September 2021 laut Bundesamt für Gesundheit (BAG) knapp 20% (BAG, Covid-19 Schweiz, Informationen zur aktuellen Lage, Stand 9. September 2021 [<https://www.covid19.admin.ch/de/hosp-capacity/icu>]).
9. 9Medinside (Fn. 8). Dies betrifft die personellen Ab- und Zugänge während der Pandemie. «Wie prekär der Personalmangel in der Intensivpflege ist, kann die SGI nur aufgrund von Schätzungen sagen. Die SGI rechnet damit, dass rund 10 bis 15 Prozent der Expertinnen Intensivpflege seit Beginn der Pandemie gekündigt und weitere ihr Pensum reduziert haben. Auch Nachwuchs ist nicht in Sicht: 2020 schlossen nur rund 250 Personen die zweijährige Zusatzausbildung für die Intensivpflege ab, das waren laut SGI 50 weniger als noch 2016. Handkehrum stiegen zu Beginn der Pandemie etliche ehemalige Intensivpflegefachleute, die ihrem Beruf eigentlich den Rücken gekehrt hatten, wieder mit viel Motivation ein. Es lässt sich derzeit nicht sagen, ob diese inzwischen bereits wieder ausgestiegen sind oder ob sie weiterarbeiten» (a.a.O.).
10. 10Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 7. März 2021), SR 101.

-
- 11Näheres bei KASPAR GERBER, Drei Leiturteile des Bundesgerichts zu kantonalen Coronamassnahmen, in: Jusletter 16. August 2021, N 87.
 - 12Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), vom 28. September 2012 (Stand am 25. Juni 2020), [SR](#) 818.101.
 - 13Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010, [BBI 2011 311](#) 368 (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fqa/2011/43/de>).
 - 14[BBI 2011 311](#) (Fn. 13) 368.
 - 15[BBI 2011 311](#) (Fn. 13) 368.
 - 16Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 25. September 2020 (Stand am 2. September 2021), [SR](#) 818.102; zu den Massnahmen gemäss Covid-19-Gesetz GERBER (Fn. 11), N 93–100.
 - 17«Die Möglichkeit, ein Impfobligatorium anzuhören bei gefährdeten Bevölkerungsgruppen, bei besonders exponierten Personen und bei Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben (z. B. Arbeit auf bestimmten Abteilungen in Spitäler oder in Heimen) ergibt sich aus dem geltenden Epidemiengesetz (Art. 6 Abs. 2 Bst. d [EpG](#)). Das vorgesehene Covid-19-Gesetz enthält keine diesbezügliche Grundlage. Ein Impfobligatorium bedeutet nicht das Gleiche wie ein Impfzwang. Weder besteht eine gesetzliche Grundlage, gestützt auf die jemand unter Zwang geimpft werden könnte, noch ist eine solche im Covid-19-Gesetz oder in einem anderen Erlass vorgesehen.» (Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 12. August 2020 [BBI 2020 6563](#) 6581 [<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1669/de>]); GERBER (Fn. 11), N 96 mit weiteren Nachweisen.
 - 18«Wir empfehlen Ihnen, sich gegen das Coronavirus impfen zu lassen.» (BAG, Coronavirus: So schützen wir uns [<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/so-schuetzen-wir-uns.html>]).
 - 19Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) vom 23. Juni 2021 (Stand am 13. September 2021), [SR](#) 818.101.26.
 - 20Dazu KASPAR GERBER, Covid-19: Bundesrechtliche Voraussetzungen für die Anordnung der Quarantäne bei engem Kontakt mit einer infizierten Person, in: [Jusletter Coronavirus-Blog vom 6. Dezember 2020](#), Ziffer 2.3.
 - 21Duden Online, Suchwort «Zertifikat» (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Zertifikat>).
 - 22Swiss Insurance Medicine (SIM), Zertifizierte Fachpersonen (<https://www.swiss-insurance-medicine.ch/de/zertifizierte-fachpersonen>).
 - 23Personen ohne Zertifikat «sind aufzufordern, das Lokal zu verlassen, und, analog zur Alkoholabgabe an Minderjährige, nicht zu bedienen.» (BAG, FAQ – Prüfung der Covid-Zertifikate, 8. September 2021, S. 2 [<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/68147.pdf>]).
 - 24Bundesrat, FAQ – Anpassung nationale Teststrategie, 25. August 2021 (<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/67971.pdf>).
 - 25Siehe hierzu z.B. die Angaben der Passage Apotheke AG, Frauenfeld (<https://www.passageapotheke.ch/corona-test/>); Für die aktuelle detaillierte Regelung der Vergütung von Covid-19-Testungen siehe Art. 26 und 26a und Anhang 6 der Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 3) vom 19. Juni 2020 (Stand am 13. September 2021), [SR](#) 818.101.24.
 - 26BAG, Coronavirus: Besonders gefährdete Personen (<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung/besonders-gefaehrde-menschen.html>).

-
27. 27Der Staat erhebt vor allem im Umweltbereich verschiedene sog. Lenkungsabgaben. Deren Ziel ist nicht die Einnahmenbeschaffung, sondern die Verhaltenslenkung. Zum Ganzen: ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, 7., neu bearbeitete Auflage von Professor Dr. Peter Locher, 2016, S. 7–10.
28. 28Schweizer Radio und Fernsehen (SRF), Michael Hermann: «Jetzt lassen sich die Pragmatiker impfen», Tagesschau vom 10. September 2021 (<https://www.srf.ch/play/tv/redirect/detail/29228cd2-1d97-403a-8440-5412819eb5a5>).
29. 29Urteil des Bundesgerichts [1C_653/2017](#) vom 12. März 2019 E. 2.2 m.w.H.
30. 30BAG (Fn. 26).
31. 31Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienverordnung, EpV) vom 29. April 2015 (Stand am 1. September 2021), [SR](#) 818.101.1.
32. 32KERSTIN NOELLE VOKINGER/NOAH ROHNER, Impfobligatorium und Impfzwang – eine staatsrechtliche Würdigung, recht (Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis), 2020, Ziffer IV (<https://recht.recht.ch/de/artikel/01rechtonlinefirst0220abh/impfobligatorium-und-impfzwang-eine-staatsrechtliche-wurdigung>). Die Autoren halten dafür: «Der Impfzwang ist eine qualifizierte Form des Impfobligatoriums, die darauf abzielt, die Befolgung einer Impfpflicht unmittelbar mit verwaltungsrechtlichen Sanktionen sicherzustellen» (a.a.O.).
33. 33«Das Zertifikat dokumentiert eine Covid-19-Impfung, eine durchgemachte Erkrankung oder ein negatives Testergebnis. Weil damit nur noch Personen zusammentreffen, die nicht ansteckend sind oder ein geringes Risiko aufweisen, ansteckend zu sein, wird das Übertragungsrisiko stark reduziert.» (Bundesrat [Fn. 1]).
34. 34Zum Begriff: [BBI 2011 311](#) (Fn. 13) 452.
35. 35«Befolgen Sie weiterhin die Hygiene- und Verhaltensregeln und die Vorgaben zur Maskenpflicht. Dies, weil auch geimpfte Personen in einigen Fällen das Virus auf andere Personen übertragen können. Aber bei geimpften Personen ist die Wahrscheinlichkeit, sich mit dem Coronavirus zu infizieren deutlich geringer als bei ungeimpften Personen. Damit ist auch das Risiko einer Übertragung auf andere Personen geringer» (BAG, Coronavirus: Häufig gestellte Fragen (FAQ), Muss ich immer noch in Quarantäne, wenn ich geimpft bin? [<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/haeufig-gestellte-fragen.html?faq-url=/covid/de/impfung/muss-ich-immer-noch-quarantaene-wenn-ich-geimpft-bin>]).
36. 36Für genesene Personen: «Die Gültigkeit beginnt ab dem 11. Tag nach dem positiven Testresultat und dauert ab dem Testresultat 180 Tage» (BAG, Coronavirus: Covid-Zertifikat, (<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/covid-zertifikat.html>)).
37. 37Vgl. dazu REINER EICHENBERGER, COVID-19 - Was soll die Zertifikatspflicht? Das Spiel ist sowieso aus, Handelszeitung (https://www.handelszeitung.ch/politik/was-soll-die-zertifikatspflicht-das-spiel-ist-sowieso-aus?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=share-button).
38. 38Für geimpfte Personen: «365 Tage ab Verabreichung der letzten Impfdosis» (BAG [Fn. 36]).