

Erster Beratungsgegenstand

Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie

2. Vergleich

Referat von *Helen Keller*, Zürich

Inhalt

I.	Einleitung	68
1.	Untersuchungsgegenstand und -methode	68
2.	Vom Schock über die Ernüchterung zur Covid-Fatigue	69
3.	Erkenntnisgewinn aus der Rechtsvergleichung	71
4.	Selbst- und Fremdbestimmung bei einer Impfpflicht	72
II.	Die Regelungen in der Übersicht	72
1.	Allgemeines	72
2.	Deutschland	76
3.	Frankreich	78
4.	Italien	79
5.	Österreich	81
6.	Schweiz	83
7.	Erklärungen für die Unterschiede und Gemeinsamkeiten	85
III.	Aspekte der Selbstbestimmung	88
1.	Menschenbild	88
2.	Autonomie, körperliche Integrität und Eigenverantwortung	89
3.	Risikoabschätzung	90
4.	Gerichtliche Überprüfung und Kognition	91
IV.	Fluchtpunkte der Fremdbestimmung	93
1.	Gemeinwohl und die Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung	93
2.	Schutz vor sich selbst, Paternalismus	94
3.	Institutsbezogene Impfpflicht	96
a)	Schutz von anderen, v.a. von vulnerablen Personen	96
b)	De facto-Impfpflicht	97

4. Verhältnismäßigkeitsprüfung im Speziellen	99
a) Allgemeines	99
b) Geeignetheit	100
c) In persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht	100
d) Sanktionen	102
e) Fazit	103
V. Analyse	104

I. Einleitung

1. Untersuchungsgegenstand und -methode

Die Selbstbestimmung wurde in der Covid-Pandemie radikal in Frage gestellt. Die Maßnahmen waren einschneidend und haben praktisch alle gesellschaftlichen Bereiche betroffen. Die epidemiologischen Unwägbarkeiten spiegelten sich in ständig ändernden Maßnahmenpaketen. Unter den vielen möglichen Aspekten fokussiere ich auf die Frage *einer* Impfpflicht.

Was auf der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Ebene schon fast unmöglich nachzuverfolgen ist,¹ wird zum Albtraum im rechtsvergleichenden Kontext. Man weiss schlicht nicht, wie man mit der Gesetzes- und Verordnungsflut umgehen soll.² Ich verarbeite die Rechtsprechung aus den folgenden Ländern: Deutschland, Österreich und die Schweiz sowie Frankreich und Italien, weil die Impfregime und die Rechtsprechung dieser Länder kontrastreich sind.³

Der Fokus liegt auf der vergleichenden Analyse der klassischen Grundrechtsbeschränkungen der persönlichen Freiheit, der körperlichen und geistigen Integrität und indirekt der Bewegungsfreiheit. Nicht genauer untersucht habe ich Fragen der Rechtsgleichheit (z.B. Priorisierung der Impfungen bei knappem Impfstoff,⁴ Anerkennung von Impfnachweisen aus

¹ Manchmal haben auch die Antragstellenden Mühe, im Rechtsmittel genau zu zitieren, welchen Erlass in welcher Form sie anfechten, vgl. etwa Verfassungsgerichtshof, 6.10.2021, V 86/2021-19, Rn. 53, abrufbar unter <<https://www.ris.bka.gv.at>>.

² Die damit einhergehende Machtverschiebung zu Gunsten der Exekutive ist von verschiedenen Stimmen kritisiert worden, siehe hinten Fn. 60.

³ Es ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die fünf untersuchten Länder zu den «liberalen Demokratien» im Sinne des Titels zählen. Die Auswahl ist von weiteren Faktoren geprägt: Sie fokussiert auf Europa und ist durch meine Sprachkenntnisse beschränkt; vor allem bei den Urteilen erschien es unerlässlich, dass sie in der Originalsprache verarbeitet werden konnten. Ausgeklammert bleiben auch Impfauflagen von privaten Arbeitgebern gegenüber ihren Arbeitnehmern, z.B. bei Fluggesellschaften.

⁴ Zu dieser Frage in Frankreich beispielsweise *Marie Mesnil La vaccination contre le covid-19 au prisme des libertés*, Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie,

dem Ausland oder verschiedene Massnahmenkonzepte im Bereich Kultur und Religion,⁵ etc.) und spezifisch datenschutzrechtliche Probleme (z.B. die Aufbewahrungs dauer von Gesundheitsdaten⁶).

Erstaunlicherweise gibt es keinen Konsens über die Definition von Impfpflicht.⁷ Impfobligatorien können verschiedentlich ausgestaltet werden – direkt als Pflicht zur Impfung oder indirekt über eine Nachweispflicht oder Verknüpfung mit negativen Konsequenzen bei Nichtbefolgung (wie Bussgeld oder faktischer Ausschluss vom öffentlichen Leben);⁸ sie können nur für bestimmte Personengruppen gelten oder zeitlich beschränkt sein. Je nachdem können sich andere Anforderungen an ihre Verfassungsmässigkeit ergeben, die im Folgenden verglichen und analysiert werden sollen. Besonderes Augenmerk soll hierbei auf das Austarieren von Selbst- und Fremdbestimmung gelegt werden.

2. *Vom Schock über die Ernüchterung zur Covid-Fatigue*

Im Dezember 2019 wurden die ersten Covid-19-Fälle in China identifiziert; im März 2020 rief die WHO die Pandemie aus. Alle Staaten Europas reagierten mit teils einschneidenden Maßnahmen auf die Ausbreitung des Virus. Neben dem Schutz der Bevölkerung vor Infektionen stand auch die Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung im Vordergrund, die durch die rasant anwachsende Zahl von schwer Erkrankten auf den Intensivstationen vor dem Kollaps stand.⁹ Die Pandemie verlief nicht gradlinig, sondern

2021, 72 (74 f.), abrufbar unter <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03358897>> (Stand 7.9.2022).

⁵ Zur Verfassungswidrigkeit einer Blankoausnahme für religiöse Veranstaltungen bei einem weitgehenden Verbot von künstlerischen Darbietungen siehe etwa Verfassungsgerichtshof, 30.6.2022, V 312/2021-15, Rn. 56 ff.

⁶ Vgl. dazu Conseil constitutionnel, 11.5.2020, no. 2020-800, Rn. 73 f., abrufbar unter <<https://www.conseil-constitutionnel.fr>>.

⁷ Kerstin Vokinger/Noah Rohner Impfobligatorium und Impfzwang – eine staatsrechtliche Würdigung, recht 2020, 257 (260), m.w.H. auf die verschiedenen Ansätze in der Literatur. Vgl. zum anglosächsischen Rechtskreis Emma Cave Voluntary vaccination: the pandemic effect, Legal Studies 37 (2017), 279 (285 ff.).

⁸ In der Schweiz beispielsweise darf eine allfällige Impfpflicht nicht mit Zwang durchgesetzt werden, vgl. Thomas Gächter/Marianne Kaufmann Impfpflicht für Gesundheitspersonal, Pflegerecht 2013, 213 (216); Roger Rudolph Pandemie und Impfobligatorium für das Gesundheitspersonal. Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 („Schweinegrippe“), ARV 2010, 1 (10).

⁹ Aussagekräftig für den Ernst der Situation ist die Übersterblichkeit. Die Zahlen pro 100.000 Einwohner für die untersuchten Länder laut WHO im Zeitraum 2020 und 2021 sind für den Vergleich interessant: Frankreich 63, Italien 133, Deutschland 116, Österreich 66, Schweiz 47. Obwohl das Maßnahmenregime in der Schweiz insgesamt (nicht nur auf die Impfpflicht bezogen) weniger streng war als in Italien, Deutschland und Österreich,

in Wellen.¹⁰ Ein unaufhaltsames Ping-Pong-Spiel von Virusmutationen und Maßnahmen dominierte die Jahre 2020 bis 2022. Während in den ersten drei Wellen vor allem Maßnahmen im Vordergrund standen, die die Bewegungsfreiheit und den Kontakt beschränkten, wurden von der vierten Welle an auch Impfobligatorien eingeführt. Dass man der Pandemie erst relativ spät mit Impfobligatorien Herr zu werden versuchte, liegt am Umstand, dass der Impfstoff erst entwickelt, zugelassen und dann im großen Umfang produziert werden musste.¹¹ Während in den ersten Wellen die Maßnahmen relativ gut eingehalten wurden, zeigte sich spätestens seit der vierten Welle eine spürbare Ermüdung.

Bei der Impfung stellte sich ab November/Dezember 2021 eine gewisse Ernüchterung ein: Während man bis dahin große Hoffnungen auf die verschiedenen Impfstoffe – allen voran auf die mRNA-Technologie – setzte, musste man feststellen, dass neue Virusvarianten den Immunschutz leichter umgehen konnten, was wiederum die Fallzahlen in die Höhe schnellen ließ. Immerhin nahm aber die Zahl der schwer Erkrankten nicht überproportional zu. Mittlerweile ist eine Covid-Fatigue eingetreten. Nun rückt die Selbstbestimmung wieder in den Vordergrund.

verzeichnet die Schweiz insgesamt eine tiefere Übersterblichkeit, WHO, Global excess mortality associated with COVID-19 (modelled estimates), 5.5.2022, abrufbar unter <<https://www.who.int/data-sets/global-excess-deaths-associated-with-covid-19-modelled-estimates>> (Stand 7.9.2022).

Aufschlussreich ist auch der Hinweis, dass Deutschland pro Kopf der Bevölkerung drei Mal so viele Intensivbetten hat als die Schweiz, zitiert gemäss Interview mit Klaus Stöhr in der NZZ vom 13.7.2022.

¹⁰ Wobei rückblickend nicht immer klar erscheint, wie man die einzelnen Wellen nummerierte.

¹¹ Für die internationale Dimension dieser Herausforderung vgl. Armin von Bogdandy/Pedro A. Villarreal *The Role of International Law in Vaccinating Against Covid-19: Appraising the COVAX Initiative*, ZAöRV 81 (2021), 89 ff.; Pedro A. Villarreal COVID-19-Impfstoffbeschaffung, in: Jan Bergmann (Hrsg.) Handlexikon der Europäischen Union, 6. Aufl. 2022, 240. Im Vergleich zu anderen Impfstoffen erfolgt die Entwicklung und Produktion in Windeseile, vgl. etwa den Hinweis des Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione Sicilia, 16.3.2021, n. 01272/2021, Rn. 17.1, abrufbar unter <<https://www.giustizia-amministrativa.it>>, wonach es 28 Jahre brauchte, um den Impfstoff gegen Windpocken zu realisieren. Die Covid-Impfung alleine deswegen verfassungsrechtlich anzusehen, greift m.E. aber zu kurz, a.A. Philippe Sécur Sur la licéité d'une obligation vaccinale anti-covid, *Révue des droits et libertés fondamentaux*, 2021, abrufbar unter <<http://www.revuedlf.com/droit-administratif/sur-la-liceite-dune-obligation-vaccinale-anti-covid/>> (Stand 7.9.2022). Ähnlich wie hier Caroline Lantero Sur la licéité d'une obligation vaccinale anti-covid-2, *Révue des droits et libertés fondamentaux*, 2021, abrufbar unter <<http://www.revuedlf.com/droit-administratif/sur-la-liceite-dune-obligation-vaccinale-anti-covid-2/>> (Stand 7.9.2022).

3. Erkenntnisgewinn aus der Rechtsvergleichung

Alle untersuchten Länder gehören dem „civil law-Rechtskreis“ an.¹² Inhaltlich verfügen die Impfregelungen über strukturelle Ähnlichkeiten. Der Rechtsschutz in den untersuchten Ländern ist unterschiedlich gestaltet.¹³ Unterschiedlich ist auch, ob und inwiefern die höchsten Gerichte die EMRK in ihre Rechtmäßigkeitsprüfung einbeziehen.¹⁴ Die jeweili-

¹² Im öffentlichen Recht zeigen sich die Grenzen der rechtsvergleichenden Analyse aufgrund der sozio-ökonomisch und politisch unterschiedlichen Rechtsordnungen besonders deutlich, weshalb der Vergleich verwandter Rechtsordnungen als die fruchtbarste Methode erscheint, *Georgios Trantas Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts*, 1998, 55; vgl. *Uwe Kischel Rechtsvergleichung*, 2015, §1 Rn. 68, 72 ff., § 7 Rn. 231 ff.

¹³ Zum Beispiel kann das BVerfG Parlamentsgesetze nach ihrem Inkrafttreten auf vier Wegen auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen (abstrakte und konkrete Normenkontrolle, Rechtssatzverfassungsbeschwerde, Urteilsverfassungsbeschwerde). Dahingegen wurde dem Conseil constitutionnel erst mit der Verfassungsreform von 2008 und der Einführung der *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) die Kompetenz der Verfassungsmässigkeitskontrolle *a posteriori* übertragen. Die QPC eröffnet Instanzgerichten die Möglichkeit, ein entscheidungserhebliches Gesetz dem Conseil constitutionnel zur Überprüfung auf seine Verfassungsmässigkeit vorzulegen, wodurch die QPC-Ähnlichkeit zur konkreten Normenkontrolle vor dem BVerfG aufweist. Ein entscheidender Unterschied besteht aber darin, dass in Deutschland jedes Gericht zur Vorlage berechtigt und verpflichtet ist, sofern es von der Verfassungswidrigkeit einer Norm überzeugt ist. Hingegen sind im Rahmen der QPC nur die Höchstgerichte (den Conseil d’État oder die Cour de Cassation) zur Vorlage an den Conseil constitutionnel berechtigt, unteren Gerichten steht folglich kein direkter Zugang zur Verfassungsgerichtsbarkeit offen. Entscheiden die Höchstgerichte sich gegen eine Vorlage an den Conseil constitutionnel, besteht dagegen weder ein Rechtsmittel noch eine andere Anfechtungsmöglichkeit, *Matthias Jestaedt Verfassungsgericht ist nicht gleich Verfassungsgericht*. Vergleichende Beobachtungen zum französischen Conseil constitutionnel und zum deutschen Bundesverfassungsgericht, JZ 10 (2019), 473 (478 f.); *Olivier Jouanjan Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht: zwei verschiedene Modelle der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: Michael Stolleis (Hrsg.) *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, 2011, 137 (145 f.); *Nikolaus Marsch Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: Nikolas Marsch/Yoan Vilain/Mattias Wendel (Hrsg.) *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht. Ein Rechtsvergleich*, 2015, § 6 Rn. 63 ff. Ausführlich dazu *Olivier Jouanjan Verfassungsrechtsprechung in Frankreich*, in: IPE VI, § 99 Rn. 93 ff.

¹⁴ Der österreichische Verfassungsgerichtshof prüft wie auch das Bundesgericht die EMRK mit, nicht so aber das deutsche Bundesverfassungsgericht. Die Corte Costituzionale zieht die EMRK ebenfalls als Prüfungsmaßstab in ihre Rechtsprechung mit ein, siehe dazu *Davide Paris Der Einfluss von Unionsrecht und der EMRK auf die nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: IPE VII, § 120 Rn. 26. Hingegen ist Frankreich Teil der Rechtsordnungen, in denen das Verfassungsgericht nur die Verfassungsmässigkeit, nicht aber die Konventionsmässigkeit von Gesetzen prüft, *Marsch* (Fn. 13), § 6 Rn. 55 f. Kommt es zu einer Verurteilung durch den EGMR, scheint der Conseil constitutionnel seine Rechtsprechung jedoch nachträglich an jene des EGMR anzupassen, *Paris* (Fn. 14), § 120 Rn. 26. Ähnli-

gen obersten Gerichte und Verfassungsgerichte stehen je in einer anderen Rechtstradition, vor allem was ihre Begründungsstile und ihr Selbstverständnis angeht. Diese Unterschiede sind aber für unseren Vergleich nicht zentral, weil der Fokus auf den Argumenten für oder gegen einen selbstbestimmten Umgang mit der Krankheit liegt.

4. Selbst- und Fremdbestimmung bei einer Impfpflicht

Im Folgenden sollen die verschiedenen Formen der Impfobligatorien in den untersuchten Ländern kurz vorgestellt werden. Weil die Impfpflicht häufig Teil eines Gesamtpakets Thema in der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist, werden die Impfobligatorien in den Kontext der Pandemiemaßnahmen gestellt.¹⁵ Man wollte mit der Impfung gerade andere, härtere Maßnahmen verhindern.¹⁶

II. Die Regelungen in der Übersicht

1. Allgemeines

Die internationalen und europäischen Vorgaben der hier verglichenen Staaten bewegen sich im selben Rahmen. Da ist als erstes Art. 12 Abs. 1 des Internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, der die Vertragsstaaten verpflichtet, ein Recht an körperlicher und geistiger Gesundheit progressiv zu verwirklichen.¹⁷ Eine ähnli-

ches spiegelt sich auch in der durch die Verfassungsreform revidierten Verfahrensordnung wider, wobei sich der Conseil constitutionnel bei der Ausarbeitung der Regeln für das Verfahren der *questions prioritaires de constitutionnalité* deutlich bemühte, die Rechtsprechung des EGMR zum fairen Verfahren zu beachten, Paris (Fn. 14), § 120 Rn. 33 m.W.H. Zur Verfassungsreform siehe auch vorne Fn. 13.

¹⁵ Der österreichische Verfassungsgerichtshof spricht ausdrücklich von den einzelnen Maßnahmen als ineinandergerüttelnde Komponenten eines Gesamtkonzepts, Verfassungsgerichtshof, 6.10.2021, V 86/2021-19, Rn. 85.

¹⁶ Wie etwa verschärzte Hygienevorschriften, Maskenpflicht, Kontaktbegrenzungen, Homeoffice, Lockdowns, Grenz- und Schulschließungen, Massentests, etc.

¹⁷ Vgl. dazu *Eibe Riedel* The Right to Health under the ICESCR. Existing Scope, New Challenges and How to Deal with It, in: Andreas von Arnauld/Kerstin von der Decken/Mart Susi (Hrsg.), The Cambridge Handbook of New Human Rights, Recognition, Novelty, Rhetoric, 2020, 107 (113). Konkreter erwähnt der internationale Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte in Art. 12 Abs. 2 lit. c) und d) einerseits die Pflicht der Staaten, die erforderlichen Maßnahmen zur Vorbeugung, Behandlung und Bekämpfung epidemischer, endemischer, Berufs- und sonstiger Krankheiten zu ergreifen, und andererseits die Voraussetzungen zu schaffen, die für jedermann im Krankheitsfall den Genuss medizinischer Einrichtungen und ärztlicher Betreuung sicherstellen. Der Sozialausschusses

che Formulierung kennt auch die Europäische Sozialcharta¹⁸, die in ihrem Art. 11 (3) die Staaten dazu verpflichtet, so weit wie möglich Maßnahmen zu ergreifen, um epidemischen, endemischen und anderen Krankheiten vorzubeugen. Der Europäische Ausschuss für soziale Rechte hat diese Bestimmung dahingehend ausgelegt, dass «die Staaten ein hohes Maß an Immunisierung gewährleisten» müssen.¹⁹

Die Frage, inwieweit Impfregime mit der EMRK vereinbar sind, hat den EGMR mehrfach beschäftigt, allen voran im Fall Vavřička and Others v. the Czech Republic²⁰. Das Urteil betraf zwar nicht eine Impfung gegen Covid-19, sondern eine obligatorische Impfung gegen mehrere Kinderkrankheiten. Das Urteil der Grossen Kammer erging aber inmitten der

hat diese Vorgaben in seinem General Comment Nr. 14 in dem Sinne konkretisiert, dass es zu den vergleichbaren Prioritäten eines Staates gehört, Maßnahmen zur Vorbeugung, Behandlung und Kontrolle epidemischer und endemischer Krankheiten zu ergreifen, United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nr. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 ICESCR), 2.5.2016, UN Doc. E/C.12/2000/4, Rn. 44.

¹⁸ Von allen untersuchten Staaten ratifiziert außer der Schweiz (Stand 19.7.2022).

¹⁹ Médecins du Monde – International v. Frankreich, Kollektivbeschwerde Nr. 67/2011, Rn. 160. Zu erwähnen wäre auch die Oviedo-Konvention (ratifiziert von Frankreich, der Schweiz, nicht aber von Österreich, Deutschland und Italien (Stand 19.7.2022), die in Art. 5 die freie und informierte Zustimmung bei jedem medizinischen Eingriff vorsieht. Da dieses Erfordernis aber in allen untersuchten Rechtsordnungen auch auf nationaler Ebene besteht, spielt diese Konvention für unsere Untersuchung keine weitere Rolle. Für die Schweiz Art. 28 Abs. 2 ZGB. Gemäß ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts erfüllen ärztliche Eingriffe, auch wenn sie medizinisch indiziert und kunstgerecht durchgeführt worden sind, immer den objektiven Tatbestand der (schweren oder einfachen) Körperverletzung, wenn sie „in die Körpersubstanz eingreifen (z.B. bei Amputationen) oder mindestens vorübergehend die körperliche Leistungsfähigkeit oder das körperliche Wohlbefinden des Patienten nicht nur unerheblich beeinträchtigen oder verschlechtern“, BGE 124 IV 258, E. 2. Durch die Einwilligung entfällt jedoch in der Regel (nachträglich) die Rechtswidrigkeit, siehe dazu *Marcel Alexander Niggli/Carola Göhlich* in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.) Basler Kommentar zum Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, Vor Art. 14 Rn. 16, 50 f.; ähnliches gilt in Österreich, vgl. § 1299 ABGB sowie der Beschluss des OGH, 8 Ob 628/92, 12.11.1992; für Deutschland § 630d BGB; für Frankreich Art. 16-3 Code civil; für Italien Art. 1 Abs. 2 und 3 Gesetz 219/17.

²⁰ Vavřička and Others v. the Czech Republic, no. 47621/13 u.a., Grosser Kammer, 8.4.2021. Siehe auch Fenech v. Malta, no. 19090/20, 1.3.2022, Rn. 19 ff. zu den Materialien des Europarates zur Covid-Pandemie. Auf die Anfechtung des «pass sanitaire» in einem französischen Fall ist der EGMR nicht eingetreten, Zambrano c. France, no. 41994/21, 21.9.2021. Auch eine Beschwerde zur Überprüfung der Impfpflicht für Angehörige der Feuerwehr hat der EGMR für unzulässig erklärt, weil die nationalen Rechtsmittel nicht ausgeschöpft worden waren, Thevenon c. France, no. 46061/21, 13.9.2022.

Covid-19-Pandemie. Die sorgfältige Urteilsbegründung darf sicher auch vor diesem Hintergrund interpretiert werden.²¹

Bereits vor Ausbruch der Covid-Pandemie kannten alle untersuchten Staaten eine beschränkte Impfpflicht für gewisse Erkrankungen, z.B. zur Vorbeugung von Kinderkrankheiten,²² sowie eine Haftungsklausel in den

²¹ In Bezug auf das legitime Ziel, das mit Pflichtimpfungen verfolgt wird, wies der EGMR darauf hin, dass Impfungen dem Schutz der individuellen und der öffentlichen Gesundheit dienen. Sie würden nicht nur die Gesundheit derjenigen schützen, die geimpft wurden, sondern auch die derjenigen, die nicht geimpft werden und sich nur auf die Herdenimmunität verlassen können, um geschützt zu werden, *Vavřička and Others v. the Czech Republic*, no. 47621/13 u.a., Grosse Kammer, 8.4.2021, Rn. 272. Die Impfpflicht beinhaltete somit den Wert der sozialen Solidarität, da zum Schutz derjenigen, die nicht geimpft werden konnten, von der allgemeinen Bevölkerung verlangt wurde, ein Mindestrisiko in Form einer Impfpflicht zu tragen (Rn. 279, 306). Darüber hinaus verwies der EGMR auf einen allgemeinen Konsens unter den Vertragsparteien der EMRK in Bezug auf die Impfung als eine der erfolgreichsten und kosteneffizientesten Gesundheitsmaßnahmen (Rn. 273) und hob hervor, dass die Vertragsparteien eine positive Verpflichtung haben, das Leben und die Gesundheit der ihrer Hoheitsgewalt unterliegenden Personen zu schützen (Art. 2 und 8 EMRK) (Rn. 220, 282).

Obwohl der EGMR anerkannte, dass einige Länder versuchten, die auf dem Spiel stehenden Interessen durch freiwillige Impfprogramme zu schützen, vertrat er in der Rechtsache *Vavřička* die Auffassung, dass die Vertragsparteien über einen breiten Ermessensspielraum verfügen, um zu entscheiden, ob der Schutz der individuellen und der öffentlichen Gesundheit die Auferlegung einer Impfpflicht erfordere (Rn. 278, 280). In jedem Fall müssen Pflichtimpfungen verhältnismässig sein, und der EGMR hat bei der Beurteilung mehrere Elemente berücksichtigt: die Sicherheit und Wirksamkeit der Impfstoffe und die Frage, ob diese von den Behörden kontinuierlich überwacht werden; das Vorhandensein von Ausnahmen von der Impfpflicht, z.B. für Personen mit medizinischen Kontraindikationen; ob die Impfung erzwungen werden kann; welche Art von Sanktionen gegen diejenigen verhängt werden, die gegen die Verpflichtung verstößen; ob die Kosten für die Impfung von der öffentlichen Krankenversicherung übernommen werden; und schliesslich, ob eine Entschädigung für Gesundheitsschäden, die durch eine Pflichtimpfung entstanden sind, vorgesehen ist. Der EGMR hat damit ein detailliertes Raster für die Verhältnismässigkeitsprüfung, wie sie auf der internationalen Ebene erfolgt, vorgegeben (Rn. 290 ff.).

²² Für die Schweiz galt phasenweise eine obligatorische Pockenimpfung, siehe dazu *Lorenz Langer* Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit, ZSR 2017, 87 (92 ff.); vgl. auch ausführlich zur historischen Entwicklung *Vokinger/Rohner* Impfobligatorium (Fn. 7), 257 ff. Das am 1.3.2020 in Kraft getretene deutsche Masernschutzgesetz schreibt vor, dass alle Kinder ab dem vollendeten ersten Lebensjahr einen ausreichenden Schutz vor Masern nachweisen können müssen. Grundlage dafür ist § 20 Abs. 9 IfSG. Diese Pflicht gilt ebenso für gewisse Personen, welche nach 1970 geboren sind (Personen, die in Gemeinschaftseinrichtungen tätig sind, Asylbewerber und Flüchtlinge), siehe dazu *Stephan Rixen* Die Impfpflicht nach dem Masernschutzgesetz, NJW 2020, 647. Zudem besteht in Deutschland eine besondere Impfpflicht für Soldaten nach § 17a Abs. 2 S. 1, 2 SG; vgl. allgemein zu den geltenden Impfpflichten in Deutschland *Christian Richter* Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Impfpflicht gegen das SARS-CoV-2, Unter Berücksichtigung einer etwaigen Schutzpflicht, NVwZ 4 (2022),

entsprechenden Gesetzen für Impfschäden.²³ Mit Ausnahme des österreichischen Verfassungsgerichtshofs hatten sich in allen Ländern die höchsten Gerichte zu diesen älteren Impfobligatorien geäußert.²⁴

204 (205 f.); *Martin Mrosk* Die Pflicht zum Impfen – Vernunft und Verantwortung, 2019, 1 (16 ff.). Die Impfpflichten gegen Pocken, Poliomyelitis (übertragbare Kinderlähmung) sowie Tuberkulose wurden in Österreich bereits Anfang der Achtziger bzw. Zweitausender Jahre ersatzlos aufgehoben, *Alexander Langbauer* Das österreichische Impfwesen unter besonderer Berücksichtigung der Schutzimpfung, 2010, 36 f. und 38 f. Durch das Legge Decreto 73/2017, welches später in das Gesetz 119/2017 überführt wurde, stieg die Anzahl der obligatorischen Impfungen für Personen bis 16 Jahre in Italien von vier auf zehn, was durch die Corte Costituzionale als verfassungskonform befunden wurde, siehe dazu hinten Fn. 73, abrufbar unter <<https://www.cortecostituzionale.it>>. In Frankreich gelten verschiedene Impfpflichten für Kinder, Gesundheitspersonal, Studierende und Bestatter. Die relevanten Bestimmungen dazu finden sich in Art. L3111-1 bis L3111-11 Code de la santé publique. Der Conseil constitutionnel erkannte dabei bereits 2015 die Impfpflicht bezüglich Poliomyelitis (übertragbare Kinderlähmung), Diphtherie und Tetanus als verfassungskonform, *Conseil constitutionnel*, no. 2015-458, 20.3.2015. Bei den Impfungen für Kinder sind die Regime in Frankreich und Italien vergleichbar, siehe *Anna Laura Palmieri* Le régime juridique des vaccinations obligatoires en France et Italie, Les blogs pédagogiques, 20.10.2022, abrufbar unter <<https://blogs.parisnanterre.fr/article/le-regime-juridique-des-vaccinations-obligatoires-en-france-et-en-italie>> (Stand 20.8.2022).

²³ Für die Schweiz Art. 64 EpG; für Deutschland § 60 IfSG; für Frankreich Art. L 3111-9 code de la santé publique; für Italien Art. 1 Gesetz 210/1992; für Österreich § 1 Impfschadengesetz. Vgl. auch den EGMR zur Tragung von allfälligen Impfschäden bei einem nichtobligatorischen Impfregime, Baytüre c. Turquie, no. 3270/09, 12.3.2013 (unzulässig *rationae materiae*).

²⁴ Für die Schweiz z.B. BGE 50 I 334 (Pockenimpfung), BGE 99 Ia 747 (Diphtherieimpfung). In einem im Jahre 2020 ergangenen Entscheid entschied das Bundesgericht, dass im Falle der Uneinigkeit der Eltern hinsichtlich der Masernimpfung ihrer Tochter über die Durchführung dieser Maßnahme die zuständige Behörde in pflichtgemäßer Ausübung ihres Ermessens entscheiden kann, BGE 146 III 313. In Deutschland stufte das BVerwG bereits mit Urteil vom 14.7.1959 die allgemeine Impfpflicht gegen Pocken auf Grundlage des Reichsimpfgesetzes vom 8.4.1874 als verfassungskonform ein, BVerwG, NJW 1959, 2325. Die Anträge zweier Familien auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die seit dem 1.3.2020 geltende Impfpflicht gegen Masern wurde vom BVerfG mit Beschluss vom 11.5.2021 zurückgewiesen, BVerfG, NJW 2020, 1946; die Verfassungsmäßigkeit der Masernimpfpflicht schließlich bejaht, vgl. Fn. 110. Sodann hat das BVerwG im Dezember 2020 die militärischen Basisimpfungen (gegen Tetanus, Diphtherie, Keuchhusten und andere bekannte Krankheiten) als verfassungskonform eingestuft, BVerwG, COVuR 2021, 96, BVerwG Beschl. v. 22.12.2020 – 2 WNB 8.20. Für Frankreich siehe das vorne erwähnte Urteil in Fn. 22. Nebst dem bereits erwähnten Urteil (Fn. 22) äußerte sich die Corte Costituzionale in der Vergangenheit bereits öfter zu verschiedenen Impfobligatorien, z.B. erklärte sie in den Urteilen vom 14.6.1990, 307/1990 bzw. vom 15.4.1996, 118/1996, ein Gesetz, welches eine Pflichtimpfung gegen Poliomyelitis vorsah, als verfassungswidrig, da es keine Entschädigung für Impfschäden vorsah. Hingegen wurde 2019 ein regionales Gesetz, wonach Angestellte im Gesundheitswesen, die über keine Influenzaimpfung verfügten, von bestimmten Krankenhausabteilungen ausgeschlossen werden können, als ver-

In allen Staaten verfügt der Bund resp. der Zentralstaat jedenfalls über eine Teilkompetenz für die Einführung einer Impfpflicht.²⁵ Wenn also die allgemeinen Covid-Maßnahmen je nach Gliedstaat, Region oder Departement unterschiedlich sein konnten, so galten die Impfregime immer landesweit.

2. Deutschland

Nach unterschiedlich langen Lockdown-Phasen haben die deutsche Bundesregierung und die Regierungen der Länder Vorschriften für den Wiedereintritt in das öffentliche Leben erlassen mit Impf-, Genesungs- und Testbescheinigungen. Die spezifischen Anforderungen schwankten zwischen der 3G-Strategie (geimpft, genesen oder getestet), 2G-Strategie (geimpft oder genesen) und 2G+-Strategie (geimpft oder genesen mit einem zusätzlichen Test; letzterer war nicht erforderlich für Personen, die eine Auffrischungsimpfung erhalten hatten). Vor allem die Anforderungen 2G und 2G+ führten dazu, dass man sich faktisch impfen lassen musste, da ein Test allein

fassungskonform eingestuft. Die Corte Costituzionale vertrat die Auffassung, dass die Regionalverwaltung mit dieser Maßnahme lediglich ihren allgemeinen Verpflichtungen als Arbeitgeber nachkommt, die Sicherheit am Arbeitsplatz zu gewährleisten, Corte Costituzionale, 17.4.2019, 137/2019, abrufbar unter <[https://www.cortecostituzionale.it.](https://www.cortecostituzionale.it/)>.

²⁵ Für Österreich Art. 10 Abs. 1 Z 12 Bundes-Verfassungsgesetz. Für eine Übersicht über die Kompetenzverteilung in Österreich s. *Fabian Gamper* Stets umstritten – die Zulässigkeit einer Impfpflicht, DRdA-infras 3 (2021), 249 (250 f.); *Anja Krasser* Zur grundrechtlichen Zulässigkeit einer Impfpflicht, RdM 2020, 136 (136); *Langbauer* Impfwesen (Fn. 22), 30. Für Deutschland Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, wonach der Bund die konkurrenzierende Gesetzgebungskompetenz für Massnahmen gegen „gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten“ innehat, worunter auch Impfpflichten fallen; *Christoph Degenhart* in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 85. Daneben regelt § 20 Abs. 6 IfSG, in Ausübung dieser Kompetenz, eine Verordnungsermächtigung vorrangig des Bundes zur Einführung von Impfpflichten; s. dazu auch *Christian Richter* Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Impfpflicht gegen das SARS-CoV-2, NVwZ 2022, 204 (205 f.). Für die Schweiz sieht das Epidemigesetz vor, dass der Bund in der besonderen Lage eine institutsspezifische oder für bestimmte Gruppen definierte Impfpflicht einführen könnte (Art. 6 Abs. 2 lit. d) EpG); ansonsten sind die Kantone zuständig, sofern eine erhebliche Gefahr besteht (Art. 20 EpG); in einer ausserordentlichen Lage wäre der Bundesrat befugt, eine Impfpflicht für das ganze Land erlassen (Art. 7 EpG); im Detail vgl. *Vokinger/Rohner* Impfobligatorium (Fn. 7), 264 ff. Für Italien Art. 117(3) Costituzione della Repubblica Italiana (konkurrierende Gesetzgebungskompetenz von Staat und Regionen für den Gesundheitsschutz); daneben besteht nach Art. 77 der Verfassung die Möglichkeit für die Regierung, per Notstands-Dekret eine Impfpflicht einzuführen, s. dazu auch *Sofia Palmieri/Tom Goffin* De Jure and De Facto: An Overview on the Italian Measures on Compulsory Vaccination, European Journal of Health Law 29 (2022), 151 (155 ff.). Für Frankreich Art. L3111-1 Code de la santé public (Zuständigkeit des Gesundheitsministers).

nicht mehr ausreichte, um ohne bedeutende Einschränkungen am öffentlichen Leben teilzunehmen.

Am 10.12.2021 wurde dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) § 20a hinzugefügt. Mit der neuen Bestimmung wurde eine sektor- oder institutsspezifische Impfpflicht eingeführt, die vorschreibt, dass alle Beschäftigten medizinischer Einrichtungen (z.B. in Krankenhäusern und bei Rettungsdiensten) ihrem Arbeitgeber bis zum 15.3.2022 einen Nachweis über die vollständige Impfung, die Genesung oder eine medizinische Kontraindikation für die Impfung vorlegen müssen. Ist dies nicht der Fall, muss der Arbeitgeber das Gesundheitsamt benachrichtigen, das den Zugang des Mitarbeiters zum Arbeitsplatz aussetzen kann.²⁶

Eine Anfechtung der einrichtungsspezifischen Impfpflicht blieb vor dem Bundesverfassungsgericht erfolglos.²⁷ Das Bundesverfassungsgericht hatte es abgelehnt, die Impfpflicht im beschleunigten Verfahren auszusetzen. Schon in dieser Entscheidung stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Einführung einer Impfpflicht für bestimmte Berufe oder Institute keine grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken aufwerfe. Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der möglichen Aussetzung argumentierte das Bundesverfassungsgericht, dass der Antragsteller, wenn die Regelung in Kraft tritt, entweder von der Arbeit dispensiert sei oder sich impfen lassen müsse, wobei die Wahrscheinlichkeit eines Impfschadens sehr gering sei. Die sehr geringe Wahrscheinlichkeit schwerwiegender Folgen der Impfung wird also durch die wesentlich höhere Wahrscheinlichkeit einer Schädigung von Leib und Leben gefährdet. Personen aufgewogen. Nur an der Verfassungsmäßigkeit der doppelt dynamischen Verweisung im Impfgesetz (Bestimmtheitsgrundsatz) äusserte das Bundesverfassungsgericht Zweifel; diese wurde durch den Gesetzgeber per 19.3.2022 angepasst.

Auch das Impfobligatorium für Angehörige der Bundeswehr ist vom Bundesverwaltungsgericht für rechtens erklärt worden. Die allgemeine Regelung des Bundesministeriums der Verteidigung vom 24.11.2021, mit der die Schutzimpfung gegen Covid-19 in die Liste der für alle aktiven Soldatinnen und Soldaten verbindlich Basisimpfungen aufgenommen worden ist, sei formell und materiell rechtmäßig.²⁸

²⁶ Ab dem 16.3.2022 müssen neue Arbeitnehmer diesen Nachweis vor Beginn der Beschäftigung erbringen, andernfalls darf die Person nicht eingestellt werden. Die Vollimpfung gemäß § 20a IfSG folgt der Einschätzung der Robert-Koch- und Paul-Ehrlich-Institute. Diese haben eine Zwei-Dosen-Impfpflicht vorgesehen. Gemäß § 20a Abs. 1 S. 2 IfSG sind Ausnahmen nur in medizinisch begründeten Fällen zulässig.

²⁷ Vgl. hinten IV.3.a) und b).

²⁸ BVerwG 1 WB 2.22 und 1 WB 5.22, Beschluss vom 7.7.2022, Urteilsbegründung noch ausstehend (Stand 7.9.2022). Das Bundesverwaltungsgericht rechtfertigte das Impfobligatorium unter anderem mit den engen Arbeitsverhältnissen im Militär (z.B. in Fahrzeu-

Im Vergleich vor allem mit der Schweiz herrschten in Deutschland häufig einschneidendere Maßnahmen. Im Gegenzug wurde von den Rechtschutzmöglichkeiten in Deutschland öfter Gebrauch gemacht als in anderen Ländern.²⁹

3. Frankreich

In Frankreich wurden die Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie schrittweise ausgebaut. Nach einer Phase von relativ strengen Kontakt- und Ausgangsverboten griffen die Behörden zu Gesundheits- und Impfpässen („passe sanitaire“) und verordneten eine Impfpflicht für eine Reihe von Berufsgruppen. Insbesondere das Gesundheitspersonal, Feuerwehrleute, Angehörige der Zivilschutzberufe und Studierende der Gesundheitsberufe mussten ab August 2021 einen vollständigen Impf- oder Genesungsnachweis vorlegen (Artikel 12–13 des Gesetzes 2021-1040 vom 5.8.2021).³⁰ Die Nichteinhaltung der Maßnahme wurde mit der Aussetzung des Arbeitsverhältnisses (ohne Lohnfortzahlungspflicht) sanktioniert.

Frankreich erreichte im Januar 2022 eine Impfrate von fast 77% der Gesamtbevölkerung.³¹ Diese relative hohe Impfrate wurde als Rechtfertigung verwendet, um den Zugang für Personen über 16 Jahren zu Sport-, Kultur- oder Freizeiteinrichtungen oder -veranstaltungen, Restaurants und Bars, grossen Einkaufszentren und öffentlichen Fernverkehrsmitteln von einem „passe vaccinal“ (Impfausweis) abhängig zu machen (Gesetz 2022-46). Die neue Regelung, die durch das Dekret 2022-51 des Premierministers vom 22.1.2022 umgesetzt wurde, verlangte von Personen, die in Einrichtungen und Veranstaltungen des Sport-, Kultur- oder Freizeit-

gen, Schiffen und Flugzeugen) und durch das Gemeinschaftsleben in Kasernen, das mit einem erhöhten Risiko der Verbreitung von übertragbaren Krankheiten einhergeht. Gemäß § 17a Soldatengesetz sei jeder Soldat verpflichtet, sich im Interesse der militärischen Auftragserfüllung gesund zu erhalten und ärztliche Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten gegen seinen Willen zu dulden.

²⁹ Vgl. auch die statistischen Angaben zum Härteindizes in Fn. 36. Im Frühjahr 2022 beriet der Bundestag über verschiedene Anträge zum Thema Impfpflicht, unter anderem über eine Impfpflicht für über 50-Jährige oder eine allgemeine Impfpflicht für Erwachsene. Eine Ausweitung der Impfpflicht auf alle Personen eines bestimmten Alters scheiterte jedoch im April 2022 im Bundestag.

³⁰ Vgl. dazu auch die Einschätzung des Conseil d’État (commission permanente), Avis sur un projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, no. 403.629, séance du 19 juillet 2021. Für eine Zusammenfassung der Rechtsprechung des Conseil d’État zu Einzelfragen in diesem Gesetz siehe die Zusammenfassung in Thevenon c. France, (Fn. 20) § 38ff.

³¹ Die Impfrate (vollständig geimpfter Personen) im Vergleich am 28.1.2022: Italien: 77.56%; Frankreich: 76.42%; Deutschland: 73.61%; Österreich: 72.74%; Schweiz 68.09%, abrufbar unter <<https://ourworldindata.org/covid-vaccinations>> (Stand 28.1.2022).

bereichs arbeiten, einen Nachweis der Impfung, der Genesung oder einer medizinischen Kontraindikation für die Impfung.

Der Conseil constitutionnel hat sich zu diesen Zugangsschranken in zwei Entscheidungen geäußert. In der ersten Entscheidung bejahte er die Verfassungsmäßigkeit der berufsspezifischen Impfpflicht.³² Sowohl die berufsspezifische Impfpflicht als auch die Impfnachweispflicht hielt er für verfassungskonform. Er differenzierte dann aber im zweiten Entscheid zwischen den beiden Regelungen in Bezug auf die Frage, ob das Gesetz zum „passe vaccinal“ einer allgemeinen Impfpflicht gleichkomme. Die Pflicht zur Vorlage des „passe vaccinal“ für bestimmte Tätigkeiten im Allgemeinen beinhaltet kein Impfmandat, weil genügend Ausnahmen vorgesehen seien, die berufs- und einrichtungsbezogenen Impfpflicht dagegen schon, da das Arbeitsverhältnis ohne einen Impfnachweis ausgesetzt würde.³³ Die Nichtkontrolle der Impfnachweise ist strafbewehrt.³⁴

4. Italien

Italien wurde von der ersten Covid-Welle hart getroffen.³⁵ Die Maßnahmen in diesem Land sind deshalb besonders rigoros ausgefallen. Sowohl die Kontaktbeschränkungen wie auch die Schulschließungen waren strenger und dauerten länger als beispielsweise in der Schweiz.³⁶ Auch die Ausweitung des Covid-Zertifikates („green pass rafforzato“ und dann „super green pass“) für die Teilnahme an weiten Teilen des öffentlichen Lebens (z.B. Einkaufen, öffentlicher Verkehr, Freizeit- und Kulturbereich – einschließlich religiöser Versammlungen) war umfassender als in den anderen Ländern – und kam meiner Meinung nach einer faktischen Impfpflicht

³² Conseil constitutionnel, 5.8.2021, no. 2021-824.

³³ Conseil constitutionnel, 21.1.2022, no. 2022-835, Rn. 29. In beiden Fällen bestätigte der Conseil constitutionnel die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit der Maßnahme, die in Anbetracht der verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse nicht offensichtlich ungeeignet war, das angestrebte Ziel der Pandemiebekämpfung zu erreichen.

³⁴ Zum drakonischen Charakter der Strafen siehe hinten IV.4.d).

³⁵ Das lässt sich anschaulich an der Übersterblichkeitsrate am 29.3.2020 aufzeigen: Italien: 86%; Frankreich 36%; Schweiz: 26%; Österreich: 6%; Deutschland 1%, abrufbar unter <<https://ourworldindata.org/excess-mortality-covid>> (Stand 28.1.2022).

³⁶ Das lässt sich mit dem sogenannten Härteindex der Massnahmen veranschaulichen, der eine Reihe von Covid-Maßnahmen in den verschiedenen Ländern vergleicht. Härteindex am 1.3.2022 für Deutschland: 41.67; Österreich: 45.37; Italien: 38.89; Frankreich: 17.59; Schweiz: 14.81. Der Index misst die Schul- und Arbeitsplatzschließungen, Verbot von öffentlichen Veranstaltungen, Versammlungsbeschränkungen, öffentliche Informationskampagnen, Einschränkungen der Bewegungsfreiheit sowie Reisebeschränkungen, abrufbar unter <<https://ourworldindata.org/policy-responses-covid>> (Stand 1.3.2022).

sehr nahe.³⁷ Ohne einen einfachen Zertifikatsausweis („basic green pass“), der ein negatives Testergebnis, einen Genesenenzustand oder eine Impfung bescheinigt, war es lediglich noch möglich, essentielle Verrichtungen in der Öffentlichkeit zu unternehmen, wie beispielsweise den Einkauf in Supermärkten oder Apotheken. Schon der Besuch beim Friseur war ohne einen einfach Zertifikatsausweis nicht mehr möglich.³⁸ Mit dem Legge Decreto 172/2021 wurde insbesondere das Benutzen des öffentlichen Verkehrs an die Voraussetzung eines „super green pass“ geknüpft, d.h. dem Nachweis einer vollständigen Impfung oder einer Genesung bei Ungeimpften.

Der italienische Staat weitete aber auch die eigentliche Impfpflicht immer stärker aus.³⁹ Während in einem ersten Schritt vor allem Personen in Gesundheitseinrichtungen betroffen waren (Legge Decreto 44/2021), wurde diese auf Schulpersonal, die Sicherheitskräfte und Gefängnisinsassen (Legge Decreto 176/2021) und schließlich grundsätzlich auf alle Personen über 50 Jahre ausgeweitet (Legge Decreto 1/2022). Das Ziel dieser Maßnahme war es, eine Bevölkerungsgruppe von ca. 2.5 Millionen Personen systematisch impfen zu lassen.⁴⁰

Im Vergleich zu anderen Ländern wurde diese breite Impfpflicht recht gut befolgt und führte im Ergebnis auch zu einer Erhöhung der Impfrate.⁴¹ Die verschiedenen Erlasse sind gerichtlich durch den italienischen Staats-

³⁷ Vgl. für die einzelnen Phasen der Pandemiebekämpfung und die Auswahl der Maßnahmen *Stefano Civitarese Matteucci et al.* Italy: Legal Response to Covid-19, in: Jeff King/Octávio LM Ferraz et al. (Hrsg.) Oxford Constitutional Law, 21.4.2022, 63. Ähnlich in der Einschätzung auch *Sofia Palmieri/Tom Goffin* De Jure and De Facto: An Overview on the Italian Measures on Compulsory Vaccination, European Journal of Health Law 29 (2022), 151 (159 und 164).

³⁸ Verfassungsvergleichend bemerkenswert das Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, der ab einer bestimmten Dauer von Zugangsbeschränkungen den Besuch beim Friseur als Teil der Grundbedürfnisse qualifizierte, 30.6.2022, V 3/2022-19, Rn. 57 ff.

³⁹ Zur Entwicklung im Einzelnen siehe *Sofia Palmieri/Tom Goffin* Italian Measures on Compulsory Vaccination (Fn. 37), 157 ff. Alle instituts- und berufsspezifischen Impfobligatorien außer im Gesundheitswesen sind per 1.9.2022 aufgehoben worden.

⁴⁰ Die Impfpflicht betraf grundsätzlich alle Personen, unabhängig von ihrer Nationalität und einem allfälligen Eintrag im italienischen Gesundheitssystem. Diese allgemeine Impfpflicht galt bis zum 15.6.2022 und war bei Zu widerhandlung mit einer administrativen Strafe verknüpft. Zu den Details *Sofia Palmieri/Tom Goffin* Italian Measures on Compulsory Vaccination (Fn. 37), 162.

⁴¹ Die Erhöhung der Impfrate ist statistisch vor allem für frühere Impfobligatorien belegt, vgl. etwa *Fortunato D'Ancona/Claudio D'Amario/Francesco Maraglino/Giovanni Rezza/Stefania Iannazzo* The Law on Compulsory Vaccination in Italy: an Update 2 Years after the Introduction, 26 Euro Surveill. 24 (2019); *Daniel Lévy-Bruhl/Laure Fonteneau/Sophie Vaux/Anne-Sophie Barret/Denis Antona/Isabelle Bonmarin/Didier Che/Sylvie Querlet/Bruno Coignard* Assessment of the Impact of the Extension of Vaccination Mandates on Vaccin Coverage After 1 Year, France, 2019, 26 Euro Surveill. 24 (2019).

rat und den Verfassungsgerichtshof überprüft worden. Bei der selektiven Impfpflicht betont der italienische Staatsrat, dass diese dem Schutz der Arbeitnehmerinnen sowie dem Schutz der schwächsten und verletzlichsten Gruppen dient. Er rechtfertigt diese Impfpflicht u.a. mit dem Hinweis auf die Solidarität.⁴² Die Frage der grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit der institutsspezifischen Impfpflicht ist vor der Corte Costituzionale hängig.⁴³

5. Österreich

Im Jahr 2021 hat Österreich mehrere Maßnahmen ergriffen, darunter die Einführung eines „grünen Passes“, der den Nachweis einer Impfung, einer Genesung oder eines Tests erbrachte. Angesichts der damals immer noch steigenden Fallzahlen und der Belastung der Krankenhäuser wurden die Anforderungen verschärft, indem man von der 3G- zur 2G-Strategie überging. Damit wurde die Bevölkerungsgruppe, die weder gegen Covid-19 geimpft noch davon genesen war, von weiten Teilen des öffentlichen Lebens ausgeschlossen. Ab dem 15.11.2021 wurde sogar eine landesweite Ausgangssperre für die nicht geimpfte Bevölkerung verhängt, die anschließend bis Ende Januar 2022 verlängert wurde. Diese Maßnahme ist im Vergleich zu den anderen untersuchten Ländern einzigartig. Der Verfassungsgerichtshof hat die Zulässigkeit des Lockdowns für Ungeimpfte bejaht.⁴⁴

Am 5.2.2022 trat in Österreich das Covid-19-Impfpflichtgesetz in Kraft,⁴⁵ das ursprünglich bis zum 31.1.2024 hätte gelten sollen, aber im

⁴² Vgl. hinten Fn. 98 ff.

⁴³ Die Corte Costituzionale muss sich zur institutsspezifischen Impfpflicht im Medizinalwesen äußern. Betroffen ist ein Student im Pflegefachberuf, der ein Praktikum hätte absolvieren müssen, für das ein Impfnachweis erforderlich war. Die institutsspezifische kostenlose Impfpflicht umfasst alle im Gesundheitswesen tätigen Personen, eine Ausnahme ist nur aus medizinischen Gründen vorgesehen. Der Verwaltungsrat der Provinz Sizilien formuliert in seiner Vorlage an die Corte Costituzionale Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der Impfpflicht. Der Vorlagebeschluss aus Sizilien weist insbesondere auf folgende Punkte hin: ein mangelndes Monitoringsystem bei den Impfungen, eine unzureichende Regelung der Triage bei Impfungen und auf die „logische und juristische Unvereinbarkeit“ einer freien, vorgängigen und informierten Zustimmung zur Impfung, wenn diese gesetzlich grundsätzlich obligatorisch erklärt wird. Die Corte Costituzionale soll deshalb diese Impfpflicht auf ihre Vereinbarkeit mit den Artikeln 3, 4, 32, 33, 34 und 97 der italienischen Verfassung prüfen. Die Vorlage wurde vom Consiglio die Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana eingereicht, die Vorlage wurde am 22.3.2022 publiziert.

⁴⁴ Verfassungsgerichtshof, 30.6.2022, V 3/2022-19, Rn. 37 ff. und 46 ff.

⁴⁵ Für eine ausführliche Prüfung der grundrechtlichen Zulässigkeit einer Impfpflicht in Österreich Krasser Impfpflicht (Fn. 25). Für eine Übersicht über die verfassungsrechtlichen Vorgaben und die historische Entwicklung der diversen Impfobligatorien s. Gamper Impfpflicht (Fn. 25), 249 (249 ff.).

Folgenden suspendiert und schließlich ganz aufgehoben wurde.⁴⁶ Es war vorgesehen, dass jede Person über 18 Jahren mit Wohnsitz in Österreich vollständig (einschließlich Auffrischungsimpfungen) gegen Covid-19 geimpft sein müsse.⁴⁷

Das Gesetz sollte in drei Phasen umgesetzt werden. In der ersten Phase (vom Inkrafttreten des Gesetzes am 5.2. bis zum 15.3.2022) hätten alle Einwohner Österreichs Gelegenheit gehabt, die vorgeschriebene Impfung zu absolvieren. In der zweiten Phase (vom 15.3. bis zum ersten Impftermin, der per Regierungsverordnung hätte festgelegt werden müssen) wäre die Nichtbeachtung der Impfpflicht als Ordnungswidrigkeit betrachtet worden. In Ermangelung eines zentralen Registers hätte die Polizei Kontrollen durchführen und die Verwaltung über Verstöße informieren sollen; die Verwaltungssanktionen hätten von 600 € bis auf maximal 3600 € ansteigen können.

Die dritte Phase schließlich hätte mit dem ersten Impftermin, der von der Regierung festgelegt worden wäre, begonnen. Von diesem Zeitpunkt an wären die Impfdaten in ein zentrales Register eingetragen worden. Auch das Sanktionssystem wäre geändert worden. Anstelle von Ad-hoc-Bußgeldern durch die Polizei sollte die Einhaltung der Vorschriften anhand dieses Registers überprüft werden, wobei nicht geimpfte Personen an die Impfpflicht erinnert und bei Nichtbeachtung mit einem Bußgeld belegt werden sollten.

Das Impfpflichtgesetz sah die Einsetzung eines vierköpfigen Expertenausschusses vor, der den Gesundheitsminister bei der Umsetzung des Impfstoffmandats beraten sollte. Nachdem dieser Ausschuss die Einführung der allgemeinen Impfpflicht für nicht opportun erachtet hatte, wurde das Impfpflichtgesetz zuerst sistiert und dann im Juli 2022 aufgehoben.⁴⁸

⁴⁶ Zur Vorgeschichte dieses Erlasses Verfassungsgerichtshof, 23.6.2022, G 37/2022, Rn. 194 ff.

⁴⁷ In der Verordnung sind die Impfintervalle sowie die anerkannten Impfstoffe festgelegt. Von der Impfpflicht ausgenommen sind schwangere Personen, Personen, die aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden können, und – für einen Zeitraum von 180 Tagen – Personen, die von Covid-19 genesen sind (auch wenn sie vorgängig geimpft wurden waren).

⁴⁸ Am 8.3.2022 stellte dieser Expertenausschuss fest, dass die nächste Infektionswelle wahrscheinlich bereits im Herbst 2022 stattfinden würde und dass die Auffrischungsdosen daher im September und Oktober verabreicht werden sollten. Daher war der Ausschuss der Ansicht, dass die Anwendung der allgemeinen Impfpflicht im März 2022 nicht zum richtigen Zeitpunkt erfolgen würde. Obwohl sie grundsätzlich für Personen geeignet gewesen wäre, die weder geimpft wurden noch sich von Covid-19 erholt haben, war der Expertenausschuss der Ansicht, dass eine neue Bewertung für diese Gruppe zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen müsse. Am 9.3.2022 folgte die österreichische Regierung dem Vorschlag des Ausschusses und verschob die Anwendung des Impfstoffmandats.

Obwohl das Impfschutzgesetz schon sistiert war und man absehen konnte, dass der Gesetzgeber es bald aufheben würde, trat der Verfassungsgerichtshof auf eine Beschwerde dagegen ein. Er bejahte die Verfassungsmäßigkeit der Impfpflicht. Eine zentrale Rolle spielte dabei § 19 Abs. 2 COVID-19-Impfgesetz, der durch eine Verordnungsermächtigung eine höchstmögliche Flexibilisierung bei der Einführung der Impfpflicht ermöglicht hätte.⁴⁹

6. Schweiz

Auch die Schweiz hat Covid-Maßnahmen ergriffen, aber die Lockdowns waren weniger streng und dauerten weniger lang als in den umliegenden Ländern.⁵⁰ Der relative lockere Umgang mit dem SARS-Covid-19-Virus hatte allerdings auch seine Schattenseite. Im November 2020 stieg die Übersterblichkeit im Vergleich zu anderen Ländern besorgniserregend an.⁵¹

Die Schweiz zeigte sich auch bei der Verhängung von Impfobligatorien zurückhaltend. In der besonderen Lage (Art. 6 Abs. 2 lit. d) EpG) hätte der Bundesrat, also die Regierung, gestützt auf das Epidemiengesetz, das Recht gehabt, die Impfung gegen Covid-19 bei bestimmten Personen für

⁴⁹ § 19 Abs. 2 Covid-19-Impfschutzgesetz: „Im Fall der Nicht-Verfügbarkeit von Impfstoffen, einer wesentlichen Änderung des Standes der Wissenschaft hinsichtlich der Wirksamkeit der Impfstoffe, der sonstigen Eignung der Impfpflicht zur Verhinderung einer Überlastung der medizinischen Versorgung, wie insbesondere bei Auftreten neuer Virusvarianten oder einer durch die Eigenschaften des Virus bedingten Veränderung des infektions-epidemiologischen Geschehens, oder der Erforderlichkeit der Impfpflicht hat der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister unverzüglich anzurufen, dass dieses Bundesgesetz oder einzelne seiner Bestimmungen – allenfalls vorübergehend – nicht auf Sachverhalte anzuwenden sind, die sich nach einem in der Verordnung festzulegenden Zeitpunkt ereignen.“ Verfassungsgerichtshof, 23.6.2022. G 37/2022.

⁵⁰ Ähnlich die Einschätzung auch bei *Lorenz Langer* Immunitätsnachweis, Impfpass und Impfobligatorium, Rechtliche und andere Überlegungen zur Corona-Pandemie in der Schweiz, Jusletter, 1.2.2021, 1, abrufbar unter <https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2021/1053/immunitätsnachweis_7d2c11062a.html> ONCE&login=fa> (Stand 7.9.2022).

⁵¹ Die Übersterblichkeit am 17.11.2020 für die untersuchten Länder: Schweiz 11.08 und Deutschland 2.24. Die anderen Länder verfügten allerdings über eine bedeutend höhere Übersterblichkeitsrate als Deutschland (Frankreich: 8.6, Österreich: 9.96, Italien: 9.97). Die Zahl entspricht dem Sieben-Tage-Durchschnitt der gemeldeten Covid-Toten pro eine Million Landeseinwohner, abrufbar unter <<https://ourworldindata.org/excess-mortality-covid>> (Stand 7.9.2022). Das Bundesamt für Statistik in der Schweiz hat diese vom Bundesamt für Gesundheit zusammengestellte Daten jüngst noch um ca. 30% nach oben korrigiert. Die Übersterblichkeit dürfte deshalb noch höher liegen, vgl. die Zusammenstellung in der NZZ, <<https://www.nzz.ch/schweiz/im-ersten-corona-jahr-sind-deutlich-mehr-menschen-gestorben-ld.1696658>> (Stand 7.9.2022).

obligatorisch zu erklären (so etwa bei gefährdeten Bevölkerungsgruppen, bei besonders exponierten Personen und bei Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben). Gemäß den Materialien zum Epidemiengesetz war es aber gerade nicht das Ziel, dem Bundesrat die Kompetenz zu einer allgemeinen Impfpflicht zu verleihen – zumindest nicht in einer normalen oder besonderen Lage.⁵² Dafür wäre eine besondere gesetzliche Grundlage erforderlich. Auch von der Kompetenz zur Verhängung einer institutsbezogenen Impfpflicht hat der Bundesrat keinen Gebrauch gemacht.⁵³ Man vertraute in der Pandemie darauf, dass die weitgehende Covid-Zertifikatspflicht die im europäischen Vergleich relativ tiefe Impfrate erhöhen würde.⁵⁴ Zeitweise galt für alle Personen ab 16 Jahren eine Zertifikatspflicht im Innern von Restaurants, von Kultur- und Freizeiteinrichtungen sowie an Veranstaltungen in Innenräumen. Das Testat funktionierte nach dem 3G-Prinzip.⁵⁵ Da die Kosten für die Tests ab einem bestimmten Zeitpunkt (1.10.2021) von den betroffenen Personen selbst getragen werden mussten, war man nahe an einem 2G-Prinzip angelangt. Manche Stimmen sahen in der Zertifikatspflicht einen de facto-Impfzwang.⁵⁶ Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht zu einer Covid-19-Impfung (noch) nicht geäußert.⁵⁷

Obwohl eine Impfpflicht nie formell eingeführt worden ist, wurde ein Impfobligatorium in der Öffentlichkeit diskutiert, mehrheitlich aber abge-

⁵² Dazu *Gächter/Kaufmann* Impfpflicht für Gesundheitspersonal (Fn. 8), 215; *Vokinger/Rohner* Impfobligatorium (Fn. 7), 266 ff.

⁵³ *Langer* Immunitätsnachweis (Fn. 50), 80.

⁵⁴ Im europäischen Vergleich zeichnet sich die Schweiz durch eine der tiefsten Bereitschaft zur Impfung aus, vgl. *Langer* Immunitätsnachweis (Fn. 50), 4, m.w.H. auf die verfügbaren Daten.

⁵⁵ Zur Verfassungskonformität dieser Testatpflicht vgl. *Regina Kiener/Daniel Moeckli* Die Zertifikatspflicht ist keine Diskriminierung, sondern eine grundrechtliche Notwendigkeit, NZZ vom 22.9.2021, abrufbar unter <<https://www.nzz.ch/meinung/die-zertifikatspflicht-ist-keine-diskriminierung-sondern-eine-grundrechtliche-notwendigkeit-ld.1645555>> (Stand 7.9.2022).

⁵⁶ *Kaspar Gerber* Problematischer indirekter Impfzwang durch das Covid-Zertifikat, Gastbeitrag in der NZZ, 30.9.2021, abrufbar unter <<https://www.nzz.ch/meinung/impfdruck-durch-das-covid-zertifikat-ld.1647485>> (Stand 7.9.2022); *derselbe* Ausweitung der Covid-19-Zertifikatspflicht – Impfempfehlung, Impfobligatorium oder schon Impfzwang?, Jusletter, 15.9.2021, abrufbar unter <<https://jusletter.weblaw.ch/blog/gerber15092021.html>> (Stand 7.9.2022).

⁵⁷ Vgl. aber die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.4.2022, A-4619/2021, A-4705/2021, A-4723/2021, A-5017/2021. Die Urteile betreffen die Entlassung von vier Berufssoldaten des Militärpolizei-Spezialdetachements sowie des Armee-Aufklärungsdetachements 10, die sich geweigert hatten, sich gegen Covid-19 impfen zu lassen. Das Bundesverwaltungsgericht erachtete die Impfpflicht als verfassungskonform und die Kündigung als nicht missbräuchlich. Die Urteile sind vor dem Bundesgericht anhängig.

lehnt.⁵⁸ Sozusagen prophylaktisch ist auch eine Volksinitiative gegen die Einführung einer Impfpflicht lanciert worden, die erfolgreich zustande gekommen ist.⁵⁹ In der Schweiz werden – sofern die Initiative nicht zurückgezogen wird – Volk und Stände über ein Impfpflichtverbot abstimmen.

7. Erklärungen für die Unterschiede und Gemeinsamkeiten

In allen Ländern lässt sich ein gesetzgeberischer Aktionismus feststellen, der mit weitgehenden Delegationen an die Regierung und die Gesundheitsämter (technische Regelung) kombiniert wird.⁶⁰ Die Dynamik der Pande-

⁵⁸ Stellvertretend die Stellungnahme der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin, vgl. *Andrea Büchler/Ralf Jox* Eine allgemeine Impfpflicht setzt zu viel aufs Spiel, Gastkommentar in der NZZ vom 9.12.2021, abrufbar unter <<https://www.nzz.ch/meinung/eine-allgemeine-impfpflicht-setzt-zu-viel-aufs-spiel-ld.1659312>> (Stand 7.9.2022).

⁵⁹ Die Initiative mit dem Titel „Für Freiheit und körperliche Unversehrtheit“ schlägt neben einer Übergangsbestimmung einen neuen Absatz im Grundrechtsteil der Bundesverfassung vor; der Vorschlag für den neuen Art. 10 Abs. 2^{bis} BV lautet: „Eingriffe in die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person bedürfen deren Zustimmung. Die betroffene Person darf aufgrund der Verweigerung der Zustimmung weder bestraft werden, noch dürfen ihr soziale oder berufliche Nachteile erwachsen.“ Zustandekommen am 25.1.2022, BBI 2022 195.

⁶⁰ Kritik an dieser Machtfülle bei der Exekutive wurde in allen Ländern geäußert. Für die Schweiz z.B. *Andreas Glaser/Katja Gfeller* Das Ringen des Parlaments um mehr Macht, Rückschlag infolge der Corona-Pandemie?, Jusletter, 5.10.2020, abrufbar unter <https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2020/1039/das-ringen-des-parla_3ae3ddfeb2.html> (Stand 7.9.2022); *Andreas Kley*, „Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.“ – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBI 5 (2020), 268 ff.; *Giovanni Biaggini* ‘Notrecht’ in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBI 5 (2020), 239 ff.; *Vokinger/Rohner* Impfobligatorium (Fn. 7), 271 m.w.H. in Fn. 168 und 169; *Langer* Immunitätsnachweis (Fn. 50), 22, m.w.H. Für Deutschland z.B. *Christoph Brüning* Was wirklich not tut – Parlamentsroutine statt Notparlament, NVwZ 2021, 272 ff.; *Jan Fährmann/Hartmut Aden/Alexander Bosch* Exekutive in der Pandemie: Machtzuwächse, Sachzwänge und Gefahren für Demokratie und Rechtsstaat, in: Hans-Jürgen Lange (Hrsg.) Politik zwischen Macht und Ohnmacht, Zum politischen Umgang mit der Corona-Pandemie in Deutschland, 2022, 93 ff.; *Lars Brocker* Exekutive versus parlamentarische Normsetzung in der Corona-Pandemie, Sind verordnungsvertretende Gesetze nach Art. 80 IV GG geeignet, den Parlamentsvorbehalt in der Krise zu gewährleisten?, NVwZ 2020, 1485 ff. Für Österreich z.B. *Bernhardt Müller/Eugen Sonnleitner* Covid-19-Maßnahmen in Österreich: Operation gelungen, Patient tot?, CoVuR 2021, 84 (86); *Roman Friedrich* Corona und Grundrechte: Status Quo in Österreich, NLMR 2020, 321 (325). Für Frankreich z.B. *Jean-Philippe Derosier/Gilles Toulemonde* The French Parliament in the time of Covid-19: Parliament on Life Support, Robert Schuman Foundation, 2020, *passim*; *Olivier Beaud/Cécile G. Bargues* L'état d'urgence sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception?, Recueil Dalloz 2020, 891 ff.; *Sébastien Platon* Reinventing the Wheel... and

mie reduziert die Pflicht des Gesetzgebers: Um den sich schnell wandelnden Gegebenheiten gerecht zu werden, ist es geradezu eine grundrechtliche Pflicht, gewisse Dinge an den Verordnungsgeber zu delegieren. Verfassungsrechtlich limitieren die Grundsätze der Delegation diese Kompetenz, d.h. die wesentlichen Entscheide müssen schon im Gesetz getroffen worden sein.

In allen Ländern besteht die Möglichkeit für eine einrichtungsbezogene Impfpflicht, z.B. für gewisse Berufsgruppen, die mit besonders vulnerablen Personen in Kontakt treten. Die Verfassungsmäßigkeit der jeweiligen Regelungen wurde in sämtlichen Gerichtsverfahren bestätigt.⁶¹

Im Verlauf der Covid-Pandemie kam es zu einer graduellen Verschärfung der Pandemiemaßnahmen in den untersuchten Ländern bis hin zur Einführung von Impfobligatorien. Hier zeigen sich gewisse Unterschiede: Während die Schweiz auf eine Verschärfung verzichtete (abgesehen von der Covid-Zertifikatspflicht für bestimmte Aktivitäten in der Öffentlichkeit), gingen alle anderen Staaten weiter. Deutschland und Frankreich griffen zur institutsspezifischen Impfpflicht, auch Italien führte diese ein und erweiterte die Impfpflicht dann auf alle über 50-Jährigen.⁶² Österreich schließlich setzte zur Einführung eines allgemeinen Impfobligatoriums an.

In allen Fällen rückt die Forderung nach einem Impfausweis in die Nähe eines Impfobligatoriums. Je mehr die Teilnahme am öffentlichen Leben an ein Covid-Testat geknüpft wird, desto mehr gleichen sich die beiden Massnahmen in ihrer Wirkung. Insbesondere in Regimen, in denen die Testatpflicht mit einem kostenpflichtigen Test kombiniert wird, ist der ökonomische Anreiz gepaart mit dem faktischen Druck relativ groß. Schließlich kommt eine Testat-Pflicht nach dem 2G-Prinzip in ihrer Wirkung einem Impfobligatorium sehr nahe. Mit anderen Worten: Wenn das Zuckerbrot nicht mehr taugt, greift man zwar nicht gerade zur Peitsche, aber das „nudging“ ist mächtig.⁶³

Rolling over Fundamental Freedoms? The Covid-19 Epidemic in France and the ‘State of Health Emergency’, *Theory and Practice of Legislation* 3 (2020), 293 ff. Für Italien z.B. *Claudia Amodio et Isabelle Boucoba* Quand le Président du Conseil limite les libertés au nom du droit à la santé publique... Imbroglio sur la constitutionnalité de l'état d'urgence sanitaire en Italie, *Actualités Droits-Libertés* 2020, passim.; *Nicola Lupo* L'attività parlamentare in tempi di coronavirus, *Forum di Quaderni Costituzionali* 2 (2020), 122 ff.; *Diletta Tega/Michele Massa* Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks: Italy, Verfassungsblog, 23.3.2020, abrufbar unter <<https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-italy/>> (Stand 17.8.2022).

⁶¹ Dazu hinten IV.3.

⁶² Eine vergleichbare Regelung kannte auch Griechenland, setzte die Alterslimite allerdings bei 60 Jahren an, Art. 24, Law 4865/2021.

⁶³ Vgl. dazu auch hinten im Rahmen der Rechtsprechungsanalyse insbesondere IV.3.

Über die Frage, warum die fünf Länder unterschiedlich auf die Pandemie reagierten, kann ich nur mutmaßen. Die Covid-Massnahmen in Deutschland und Österreich sind durchaus vergleichbar, wobei Österreich etwas nervöser und unsteter auf die verschiedenen Wellen und mit dem Lockdown für Ungeimpfte auch etwas heftiger als Deutschland reagierte. Österreich zielte auf ein umfassendes Impfobligatorium, das aber nie richtig zur Anwendung gelangte. Bei den deutschsprachigen Ländern schert die Schweiz nach unten aus. Die Maßnahmen waren sicher weniger streng als in Deutschland und in Österreich und zu einem Impfobligatorium kam es während der ganz Pandemie nie. Die Selbstbestimmung hatte in der Schweiz ohne Zweifel einen höheren Stellenwert als in den anderen Ländern. Die freiheitsliebende Natur der Eidgenossen ist wahrscheinlich eher ein Mythos und taugt als Erklärung für diesen Unterschied nicht. Vielmehr glaube ich, dass die vergleichsweise milde Coronapolitik auf die Zusammensetzung der Schweizer Regierung zurückzuführen ist. Diese ist auf Konkordanz und Konzilianz ausgerichtet. Sämtliche grösseren Parteien, auch die Schweizerische Volkspartei, die sich vehement gegen die Covid-Maßnahmen aussprach, sind in der Regierung vertreten. Deshalb waren rechtsvergleichend nur relativ milde Coronamaßnahmen konsensfähig.

In Frankreich und Italien fällt im Vergleich mit den deutschsprachigen Ländern ein gewisser Staatsdirigismus auf. Sowohl in Italien wie auch in Frankreich wurden die recht harten Maßnahmen relativ gut durchgesetzt und befolgt.⁶⁴ Das hängt wohl mit der relativ hohen Übersterblichkeit in Frankreich und Italien während der ersten Pandemiephase zusammen. Dieser Schock könnte den Weg für verhältnismäßig einschneidende Maßnahmen und eine grosse Akzeptanz in der Bevölkerung geebnet haben.

Im Folgenden wird analysiert, wie die Gerichte die Impfobligatorien bewertet haben, und zwar zuerst im Hinblick auf Äusserungen im Sinne der Selbstbestimmung (III.) und anschliessend im Sinne der Fremdbestimmung (IV.).⁶⁵ Die Rechtsprechung zu den älteren Impfobligatorien spielt eine tragende Rolle.⁶⁶ Auch wenn alle untersuchten Länder nicht zum common law gehören, griffen sämtliche Gerichte auf diese Präzedenzfälle zurück. Die Ausgangslage für die höchsten Gerichte ist deshalb relativ klar: Einerseits hat man eine bestehende Rechtsprechung zu Impfobligatorien, die zwar keine

⁶⁴ Das erstaunt, weil man die beiden Staaten gemeinhin mit „dolce far niente“ oder „savoir vivre“ in Verbindung bringt. Die sprichwörtliche Staatsverdrossenheit lässt sich jedenfalls nicht bei der Einhaltung der Maßnahmen in der Covid-Pandemie bestätigen.

⁶⁵ Selbst- und Fremdbestimmung sind im verfassungsrechtlichen Diskurs zwei Seiten derselben Medaille. Die Einordnung der Argumente war deshalb nicht immer ganz eindeutig möglich. Was als Ausführung zur Selbstbestimmung beginnt, endet häufig bei der Fremdbestimmung.

⁶⁶ Vgl. vorne Fn. 24.

Pandemie betrafen, aber gefährliche Kinderkrankheiten oder institutsspezifische Impfobligatorien. Andererseits räumten sämtliche Gerichte in der Beurteilung von Pandemiemaßnahmen – also nicht nur bei den Impfobligatorien – dem Gesetz- und Verordnungsgeber einen großen Ermessensspielraum ein.⁶⁷

III. Aspekte der Selbstbestimmung

1. Menschenbild

Die Bilder von Lastwagenkonvois mit Coronatoten aus den Städten Bergamo und Brescia gingen um die Welt. Sie haben uns allen unsere Vergänglichkeit und Verletzlichkeit vor Augen geführt. Gerade in der Corona-Krise sind Stimmen laut geworden, die sich gegen ein allzu freiheitsliebendes Menschenrechtsbild aussprechen und vermehrt verfassungsinhärerente Grundpflichten und die Solidarität anrufen.⁶⁸ Impfungen haben auch eine altruistische Komponente, weil sie jene schützen, die sich nicht impfen lassen können.⁶⁹

Das vorherrschende Menschenbild hat sich in der Pandemie wellenartig gewandelt. Am Anfang dominierte die Idee, dass der Mensch möglichst hermetisch mit verschiedenen Maßnahmen von anderen Individuen abgeschirmt werden sollte. Damit wird das Individuum von Staat und Gesellschaft vermehrt auf seine Eigenschaft als möglicher Vireenträger reduziert.⁷⁰ Im Verlaufe der Pandemie, vor allem mit der Entwicklung mehrerer Impfstoffe, wandelt sich dieses Bild wieder. Die Einsicht, dass diejenigen, die sich impfen lassen wollten, die Möglichkeit dazu haben und nutzen können, setzte sich in dieser Phase wieder durch. Damit vergrößerte sich auch der Spielraum für einen selbstbestimmten Umgang mit der Erkrankung.

Explizite Ausführungen zum Menschenbild sind in der Rechtsprechung zu den Impfregimen eher selten. Immerhin äussert sich der italienische Staatsrat dazu. Er beruft sich auf ein personalistisches Prinzip, das die Person immer als Ziel und Wert an sich, als Subjekt und niemals als Objekt

⁶⁷ Dazu ausführlich *Paula Rhein-Fischer/Angelika Nußberger* Die Rückkehr des Politischen in der Krise: Pandemiemaßnahmen im Spiegel europäischer Verfassungsrechtsprechung, EuGRZ 49 (2022), 184 (passim.).

⁶⁸ *Markus Müller* Zur Freiheit gehört Mitverantwortung, ZBl 2022, 1 (1 f.).

⁶⁹ Vgl. auch hinten IV.3.a).

⁷⁰ Vgl. dazu etwa *Kaspar Gerber* Covid-19: Menschenbild im Wandel – Homo homini virus est?, in: Jusletter Coronavirus-Blog, 17.12.2021, abrufbar unter <<https://jusletter.wblaw.ch/blog/gerber17122021.html>> (Stand 14.7.2022). Die vielen weiteren Aspekte des Menschseins sind in dieser Phase auf ein Minimum reduziert worden (z.B. homo socialis oder homo sociologicus, homo politicus, homo educabilis, homo religiosus). Dieses Menschenbild macht den Weg frei für eine weitgehende Einschränkung der Selbstbestimmung.

der Behandlung ansieht. Eingeschlossen seien darin auch die Schwächsten und diejenigen, die der Gefahr einer schweren Krankheit und des Todes ausgesetzt sind. Im Namen des grundlegenden Prinzips der Solidarität (Art. 2 der italienischen Verfassung) seien sie vor einer konkreten Krankheit zu schützen. Die italienische Verfassung anerkenne sowohl die Freiheit, aber fordere gleichzeitig auch die Verantwortung des Einzelnen.⁷¹ Was der Staatsrat im Folgenden ausführt, ist stark von einem paternalistischen Staatsverständnis geprägt.⁷² Für den italienischen Kontext spielt Art. 32 der Verfassung eine tragende Rolle. Er umfasst sowohl ein soziales Grundrecht auf medizinische Versorgung, ein Recht auf Selbstbestimmung bei medizinischen Eingriffen, welche nur ausnahmsweise durch den Gesetzgeber obligatorisch erklärt werden dürfen, sowie eine Pflicht, zur Erhaltung der öffentlichen Gesundheit beizutragen.⁷³ Zum Ausgleich der verschiedenen Ansprüche hält die Corte Costituzionale fest: Alle von der Verfassung geschützten Grundrechte ergänzen sich gegenseitig, so dass es nicht möglich ist, einem von ihnen einen absoluten Vorrang einzuräumen. Der Schutz muss immer systemisch erfolgen und darf nicht in eine Reihe von unkoordinierten und potenziell widersprüchlichen Normen aufgespalten werden. Wäre dies nicht der Fall, käme es zu einer unbegrenzten Ausweitung eines der Rechte, das zu einem „tyrannischen“ würde.⁷⁴

2. Autonomie, körperliche Integrität und Eigenverantwortung

Von einem eigentlichen Recht, krank zu sein, sprechen die Urteile zur Covid-Pandemie nicht.⁷⁵ Das Recht, auf medizinische Behandlung zu ver-

⁷¹ Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 30.8, abrufbar unter <<https://www.giustizia-amministrativa.it>>.

⁷² Vgl. die Referenz in Fn. 83 ff.

⁷³ Sofia Palmieri/Tom Goffin Italian Measures on Compulsory Vaccination (Fn. 37), 153. Im Zusammenhang mit obligatorischen Impfungen für Kinder und Jugendliche hat die Corte Costituzionale die folgenden Grundsätze aufgestellt: Eine obligatorische Impfung ist mit Art. 32 der italienischen Verfassung vereinbar, sofern die Behandlung nicht nur der Verbesserung oder Erhaltung des Gesundheitszustandes von der Betroffenen, sondern auch zur Erhaltung des Gesundheitszustandes anderer Personen dient; wenn dafür gesorgt ist, dass die Gesundheit der Betroffenen nicht negativ betroffen ist mit der Ausnahme von normalen und daher tolerierbaren Nebenwirkungen; und wenn für den Ersatz von Schäden gesorgt ist, Corte Costituzionale, 5/2018, 18.1.2021, Rn. 8.2.1.

⁷⁴ Corte Costituzionale, 9.4.2013, 85/2013, Rn. 9. Diese Rechtsprechungslinie wird auch vom italienischen Staatsrat aufgenommen, vgl. Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 32.4 mit Hinweis auf das Urteil der Corte Costituzionale, 18.1.2018, 5/2018, abrufbar unter <<https://www.giustizia-amministrativa.it>>.

⁷⁵ Das Bundesverfassungsgericht gebraucht in einem älteren Urteil den Begriff der „Freiheit zur Krankheit“, BVerfG, NJW 2011, 2113, Rn. 48.

zichten, ist ohne Zweifel Bestandteil der persönlichen Freiheit. Die körperliche Integrität ist bei Impfobligatorien jeweils tangiert. Davon wird in allen Urteilen explizit oder implizit ausgegangen.⁷⁶ Insbesondere der Verfassungsgerichtshof betont, dass eine Verpflichtung zur Impfung bloß mit dem Schutz vor sich selbst nicht gerechtfertigt werden könnte.⁷⁷

3. Risikoabschätzung

Ein Knackpunkt in allen Urteilen zu den Impfregimen ist die Frage, wie das Gesundheitsrisiko bemessen wird, weil ab einem gewissen Risiko der Entscheid zu einer medizinischen Behandlung der Selbstbestimmung entzogen wird. Die Schwere der SARS-CoV-2 Infektion gilt als wissenschaftlich anerkannt⁷⁸ und die Justiz geht von einer wissenschaftsbasierten Entscheidungsgrundlage für die Impfregime aus,⁷⁹ ohne abzustreiten, dass viele Faktoren ungewiss sind. Das Bundesverfassungsgericht spricht von „Unwägbarkeiten der wissenschaftlichen Erkenntnislage“,⁸⁰ was wiederum einen Einfluss auf die Kognition der Gerichte hat.⁸¹ Je grösser die wissenschaftliche Ungewissheit, desto weiter der politische Spielraum des Gesetzgebers und desto kleiner die Überprüfungsdichte durch die Gerichte. Dient der Eingriff dem Schutz gewichtiger verfassungsrechtlicher Güter und ist es dem Gesetzgeber angesichts der tatsächlichen Unsicherheiten nur begrenzt möglich, sich ein hinreichendes sicheres Bild zu machen, ist die verfassungsgerichtliche Prüfung auf die *Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Eignungsprognose* beschränkt.⁸²

Bei der Risikoabschätzung spricht der italienische Staatsrat vom „unvermeidbaren Unbekannten“ (ignoto irriducibile), das es abzuwägen gelte, und referiert zur sogenannten vorsorglichen Verwaltung (amministrazione precauzionale).⁸³ Der Staatsrat verweist dann auf das staatliche Eingrei-

⁷⁶ Statt vieler BVerfG, NJW 2022, 1999, Rn. 206; Verfassungsgerichtshof, 23.6.2022. G 37/2022, Rn. 208.

⁷⁷ Verfassungsgerichtshof, 23.6.2022. G 37/2022, Rn. 231.

⁷⁸ Statt vieler Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione Sicilia, n. 01272/2021, Rn. 17.1.

⁷⁹ Vgl. die Begründung etwa beim Verfassungsgerichtshof, 6.10.2021, V 86/2021-19, Rn. 88 ff. sowie 30.6.2022, V 312/2021-15, Rn. 43.

⁸⁰ BVerfG, NJW 2022, 1999, Rn. 152.

⁸¹ Vgl. hinten III.4.

⁸² BVerfG, NJW 2022, 1999, Rn. 187; BVerfG, BeckRS 2022, 20406, Rn. 121.

⁸³ Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 30.1, vgl. auch § 30.4, wo der italienische Staatsrat auf die unvermeidliche Marge der Unsicherheit (l'inevitabile margine di incertezza), mit der die Entscheidungsträger umzugehen hätten, verweist.

fen, das „wohltuend – um nicht zu sagen – heilsam“ sein solle (*l'intervento benefico, per non dire salvifico*).⁸⁴

Die Gerichte beziehen sich auf verschiedene Kennziffern, die den Ernst der Gesundheitslage veranschaulichen sollen, z.B. auf die Hospitalisierungszahlen.⁸⁵ Explizit tut dies auch der Conseil constitutionnel: „Le système de santé, appréciées en tenant compte des indicateurs sanitaires tels que le taux de vaccination, le taux de positivité des tests de dépistage, le taux d'incidence ou le taux de saturation des lits de réanimation.“⁸⁶

In praktisch allen Entscheiden werden Expertinnen und Experten beigezogen. Als Beispiel diene etwa das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zur Überprüfung der Impfpflicht im deutschen Wehrdienst: In insgesamt vier Verhandlungstagen wurden neben Sachverständigen der Antragsteller und der Bundeswehr auch Fachleute des Paul-Ehrlich-Instituts und des Robert-Koch-Instituts angehört.⁸⁷

Die Risikoabschätzung umfasst verschiedene Aspekte, erstens das Risiko des Infektionsgeschehens, zweitens aber auch das Risiko von Impfschäden. Auf einen speziellen Punkt in der Risikoabschätzung – das beschleunigte Zulassungsverfahren des Impfstoffes – geht schließlich der italienische Staatsrat ein. Dieses beschleunigte Verfahren sei generell im EU-Recht vorgesehen und nicht speziell für die Covid-Impfung geschaffen worden; die Unbedenklichkeit der Verwendung des Impfstoffes sei auch bei einem Verfahren der teilweisen Überlappung der klinischen Prüfphasen, die im normalen Verfahren nacheinander erfolgen, gewährleistet (d.h. bei einer so genannten partiellen Überlappung).⁸⁸

4. Gerichtliche Überprüfung und Kognition

Eng mit der Frage der Risikoabschätzung ist auch die Überprüfungsrichte im verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Rechtsschutz verknüpft. Sämtliche Gerichte sprechen dem Erlassgeber einen grossen Ermessen-

⁸⁴ Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 30.6.

⁸⁵ Verfassungsgerichtshof, 30.6.2022, V 3/2022-19, Rn. 36, nicht im Zusammenhang mit dem Impfobligatorium, sondern mit dem Verbot von grösseren Anlässen.

⁸⁶ Conseil constitutionnel, 21.1.2022, no. 2022-835, Rn. 17. Die Aufzählung von Impfrate, Positivtestrate und die Auslastung der Notfallstationen darf wohl als beispielhafte Aufzählung verstanden werden.

⁸⁷ BVerwG 1 WB 2.22 und WB 5.22, Beschluss vom 7.6.2022, Urteilsbegründung noch ausstehend.

⁸⁸ Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 25.4, 27.1. Insbesondere ist dieses beschleunigte Verfahren zu unterscheiden von den so genannten Notverwendungsgenehmigungen, wie sie in anderen Ländern, namentlich in den Vereinigten Staaten und dem Vereinigten Königreich angewandt wurden (§ 26.1).

spielraum zu. Der österreichische Verfassungsgerichtshof etwa umschreibt die Kognition folgendermaßen: „Aus der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu Art. 18 Abs. 2 B-VG folgt, dass bei einer weitreichenden Verordnungsermächtigung, die schwerwiegende Grundrechtseinträge ermöglicht, im Verordnungserlassungsverfahren *nachvollziehbar* zu machen ist, auf welcher Informationsbasis über die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände die Verordnungsentscheidung fußt und die gesetzlich vorgegebene Abwägungsentscheidung erfolgt ist [...].“⁸⁹

Auch im französischen Kontext ist es primär Aufgabe des Gesetzgebers, den Ausgleich zwischen verschiedenen grundrechtlichen Ansprüchen zu definieren.⁹⁰ Der Conseil constitutionnel räumt dem Gesetzgeber erhebliche Beurteilungsspielräume ein.⁹¹ Er wendet in diesen Fällen einen nur sehr eingeschränkten Überprüfungsmaßstab an und bejaht die Verfassungsmäßigkeit einer Massnahme, sofern sie „nicht offensichtlich unbegründet“ ist, so auch in den Impfentscheidungen.⁹² In diesem Bereich reduziert sich der nachträgliche Rechtsschutz also auf eine Kontrolle der *nicht offensichtlichen Unbegründetheit*.

Das Bundesverfassungsgericht spricht von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers,⁹³ und äußert sich ausführlich zur Prüfung ex post und seiner Kognition: „Liegen der gesetzlichen Regelung prognostische Entscheidungen zugrunde, kann die Eignung nicht nach der tatsächlichen späteren Entwicklung, sondern lediglich danach beurteilt werden, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, dass die Maßnahme zur Erreichung des gesetzten Ziels geeignet, ob seine Prognose also sachgerecht und vertretbar war. Erweist sich eine Prognose nachträglich als unrichtig, stellt dies jedenfalls die ursprüngliche Eignung des Gesetzes

⁸⁹ Verfassungsgerichtshof, 6.10.2021, V 86/2021-19, Rn. 83 ff. Im Folgenden prüft der Verfassungsgerichtshof die vom Bundesministerium (für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz) vorgebrachten Entscheidungsgrundlagen im Detail und bejaht die Verfassungsmäßigkeit der angefochtenen Coronamaßnahmen. Auch das Bundesgericht – zwar nicht in Fällen, die die Covid-Impfung angehen – aber andere Covidmaßnahmen betreffen, stützt seine Entscheide auf eine nachvollziehbare Risikoabschätzung der Vollzugsbehörde, vgl. etwa BGE 148 I 33 E. 7.4.

⁹⁰ Conseil constitutionnel, 5.8.2021, no. 2022-835, Rn. 14, 32 und 35 sowie Conseil constitutionnel, 31.5.2021, no. 2021-819 DC, Rn. 7. Auch das Bundesgericht spricht von „sachlicher Nachvollziehbarkeit“ einer Verordnung, allerdings nicht in einem Urteil, das die Impfung, sondern das Rückverfolgen von Daten betrifft (Tracing), BGer 2C_369/2021 vom 22.9.2021.

⁹¹ Conseil constitutionnel, 5.8.2021, no. 2021-824, Rn. 38. Dies lässt sich wohl mit der Tradition des „Légicentrisme“, also einer starken Betonung des Gesetzes als der „expression de la volonté générale“ erklären, vgl. dazu Jestaedt Verfassungsgericht (Fn. 13), 477.

⁹² Vgl. Conseil constitutionnel, 15.1.1957, no. 74-54, Rz. 1.

⁹³ BVerfG, NJW 2022, 139, Rn. 36.

nicht in Frage [...].⁹⁴ Die Kontrolle reduziert sich auf eine *verfassungsgerichtliche Vertretbarkeitskontrolle*.⁹⁵

IV. Fluchtpunkte der Fremdbestimmung

1. Gemeinwohl und die Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung

Eine Impfpflicht dient der Erhöhung der Impfquote und verhindert damit die Weiterverbreitung der Krankheit.⁹⁶ Die grundsätzliche Geeignetheit wird von den Gerichten nicht in Frage gestellt. Zweifel an der Wirksamkeit wurden nur geäussert, nachdem bekannt geworden war, dass die Omikron-Variante den Impfschutz leichter umgehen kann. So argumentiert auch das deutsche Bundesverwaltungsgericht. Bei der Einführung des Impfobligatoriums im November 2021 habe das Bundesministerium der Verteidigung das ihm eingeräumte Ermessen nicht überschritten, als es die Impfung in

⁹⁴ BVerfG, NJW 2022, 1999, Rn. 167.

⁹⁵ BVerfG, NJW 2022, 1999, Rn. 168 (Hervorhebung hinzugefügt). Das Bundesverfassungsgericht formuliert alsdann eine abgestufte Kognition je nach Schwere des Grundrechtseingriffes: „Die Einschätzung und die Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren sind verfassungsrechtlich darauf zu überprüfen, ob sie auf einer hinreichend gesicherten Grundlage beruhen. Je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten des Gesetzgebers, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, kann die verfassungsgerichtliche Überprüfung dabei von einer bloßen Evidenz- über eine Vertretbarkeits- bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen. Geht es um schwerwiegende Grundrechtseingriffe, dürfen Unklarheiten in der Bewertung von Tatsachen grundsätzlich nicht ohne Weiteres zu Lasten der Grundrechtsträger gehen. Jedoch kann sich – wie hier – auch die Schutzwürdigkeit des Staates auf dringende verfassungsrechtliche Schutzbedarfe beziehen. Sind wegen Unwägbarkeiten der wissenschaftlichen Erkenntnislage die Möglichkeiten des Gesetzgebers begrenzt, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, genügt es daher, wenn er sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert. Dieser Spielraum gründet auf der durch das Grundgesetz dem demokratisch in besonderer Weise legitimierten Gesetzgeber zugewiesenen Verantwortung dafür, Konflikte zwischen hoch- und höchstrangigen Interessen trotz ungewisser Lage zu entscheiden.“, BVerfG, NJW 2022, 1999, Rn. 152. Das engmaschige Korsett der Verhältnismässigkeitsprüfung, das etwa von Rhein-Fischer und Nußberger für die Ermessensprüfung aufgestellt worden ist mit 1. Tatsachenfragen, 2. Rechtsfragen, 3. Einschätzung der Pandemie, 4. Einschluss der gesamten Verhältnismässigkeitsprüfung, mag für die deutschen Gerichte eine Handlungsanweisung sein, die höchsten Gericht in den anderen Ländern legen einen gröberen Maßstab an. Es geht am Ende eher um eine Globaleinschätzung, die von den Richtern als einigermaßen nachvollziehbar und vernünftig qualifiziert wird, vgl. *Rhein-Fischer/Nußberger Pandemiemaßnahmen* (Fn. 67), 190 ff.

⁹⁶ Vgl. die Belege in Fn. 41.

der Eindämmung der SARS-CoV-2-Pandemie als geeignet erachtete. Zwar könne die Impfung das Risiko einer Infektion und Übertragung bestenfalls verringern, aber die Gefahr schwerer Verläufe um 90% verringern.⁹⁷ Mittelbar dient eine Impfpflicht somit dem Zweck der öffentlichen Gesundheitsvorsorge und der Aufrechterhaltung der Gesundheitsstrukturen. Insbesondere das Verhindern einer Überfüllung der Intensivstationen der Spitäler stand bei der Pandemiebekämpfung als zentrales Ziel im Vordergrund.

2. Schutz vor sich selbst, Paternalismus

Je mehr in der Pandemie das Menschenbild eines biologischen Wesens vorherrscht, das vor allem durch wissenschaftliche Daten definiert wird, desto stärker wird die Tendenz, die Eigenverantwortlichkeit des Individuums zu beschränken. Wenn sich gewisse Personen von der naturwissenschaftlichen Evidenz nicht überzeugen lassen, dann werden sie mehr oder weniger direkt staatlich zu gewissen Handlungen gezwungen. Begründet wird das mit der Aufrechterhaltung des Gemeinwohls (sei das spezifischer mit dem Schutz besonders vulnerabler Personen oder der Vermeidung eines Kollapses im Gesundheitswesen).

Der wohlwollende Staat, der schützend seine Hand über die Bürgerinnen und Bürger hält, zeigt sich am besten in den Entscheidungen der italienischen Justiz zur Impfpflicht im Gesundheitswesen. Der Rückgriff auf einen Impfzwang müsse als kleineres Übel betrachtet werden als die Gefahr, sich mit einer Impfung zu schaden. Dabei wird Bezug genommen auf die *Verfassungsprinzipien der Solidarität und der Vorsorge* in Zeiten des Notstandes, in der die öffentliche Gesundheit in dramatischer Weise bedroht werde.⁹⁸

Der italienische Staatsrat betont, dass es die Wissenschaft sei, die dem Gesetzgeber, aber auch dem Einzelnen die therapeutischen Möglichkeiten aufzeigen muss, die dieser wählen kann; es sei sicherlich nicht der Einzelne, auch wenn er mit seinen eigenen persönlichen Fähigkeiten und

⁹⁷ BVerwG1 WB 2.22 und WB 5.22, Beschluss vom 7.6.2022, schriftliche Urteilsbegründung noch ausstehend. Ähnlich argumentiert auch das vorlegende Gericht im hängigen Verfahren vor der Corte Costituzionale damit dass, obwohl der Impfschutz nur ein beschränkter sei (die Impfung schützt weder absolut vor einer Erkrankung, noch kann mit einer Impfung verhindert werden, dass das Virus weitergegeben wird), die Effektivität des Impfens an sich nicht in Fragen gestellt werden könne, weil die Impfung vor allem vor einem schweren Krankheitsverlauf schütze, Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione Sicilia, n. 01272/2021, Rn. 17.3.

⁹⁸ Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione Sicilia, n. 01272/2021, Rn. 17.2–17.4 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Consiglio dello Stato, n. 38/2022 und 7045/2021.

einem angeblich überlegenen Wissen ausgestattet sei, der ein „paralleles“, „eigenes“ oder „privates“ Heilmittel konstruiert, das von niemandem kontrolliert und das nicht auf der Grundlage wissenschaftlicher Validierungskriterien überprüft werden könne.⁹⁹ Der italienische Staatsrat unterstreicht seine Ausführungen zur vorgängigen informierten Zustimmung zu einer Impfung mit dem Hinweis auf die Transparenz in der Wissenschaft – „la luce della trasparenza“; Sensibilisierungskampagnen müssten einen „nudge“ (so im italienischen Original) für die Impfung enthalten.¹⁰⁰ Der italienische Staatsrat beschwört die Solidarität als Eckpfeiler der verfassungsmäßigen Ordnung und erinnert an die grundlegenden Verpflichtungen zur gegenseitigen Hilfe und zum Schutz für sich selbst und für andere. Jeder Impfung, ob sie nun vorgeschrieben oder nur empfohlen ist, lägen – so der italienische Staatsrat – diese Verpflichtungen aus dem Solidaritätspakt zwischen dem Einzelnen und der Gemeinschaft zu Grunde.¹⁰¹ Solidarität und

⁹⁹ Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 46.7. Der italienische Staatsrat ist nicht zimperlich in seinen Formulierungen, wenn er etwa zum Schluss kommt, dass es bei einer Abwägung der individuellen Selbstbestimmung und dem Schutz der öffentlichen Gesundheit während einer Notstandsphase weder „einen legitimen Platz noch ein Recht auf Staatsbürgerschaft“ gäbe (non vi è legittimo spazio né diritto di cittadinanza), Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 34.

¹⁰⁰ Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 33.2 und 34. Ein offener Dialog stelle den besten gesellschaftlichen Weg zur Bekämpfung der Krankheit dar, weil er die Rolle einer Wissenschaft stärke, die nicht in sich selbst verschlossen, in der Idolatrie eines elitären Szenismus verhaftet sei, sondern offen für die zivile Debatte teilnehmend am moralischen und materiellen Fortschritt der Gesellschaft, Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 33.3. Die Impfzurückhaltung (oder vielleicht besser die Impfskepsis) setzt der italienische Staatsrat in einen weiteren Kontext. Vorab sei sie auf verschiedene ideologische, kulturelle, religiöse und philosophische Haltungen, aber nicht selten auch auf ein irrationales Misstrauen gegenüber der Wissenschaft zurückzuführen. Diese führe in eine Ablehnung der „konstituierten“ Wissensmacht und münde in der Suche nach dem anderen, alternativen Wissen, das den meisten verborgen bleibt, und durch eine ikastisch definierte „omnivore“ Vision geprägt ist, in der die Selbstbestimmung absolut und solipstisch verstanden wird, Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 34.3 (Hervorhebung im italienischen Original). Die globale Zulässigkeit des Impfzwangs stellt der italienische Staatsrat anschließend in den folgenden Kontext: Das autoritative Eingreifen in den Körper in der Form eines so genannten Bio-Power (biopotere) sei gerechtfertigt, um die öffentliche Gesundheit als Interesse der Gemeinschaft gemäß Art. 32 Abs. 2 der italienischen Verfassung zu schützen. Dieser Eingriff stelle eine Gegenvision zu einer verabsolutierenden, einseitigen und reduktionistischen Sichtweise, die das Recht auf Gesundheit als ausschließliches Vorrecht des Einzelnen ohne Rücksicht auf das Wohl der Gemeinschaft, dem Prinzip der Solidarität und zum Schutz der Schwächsten konzipieren würde, Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 36.

¹⁰¹ Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 43 mit Verweis auf das Urteil der Corte Costituzionale, 23.6.2020, 118/2020. Ähnlich auch Verfassungsgerichtshof, 23.6.2022, G 37/2022, Rn. 212.

Vorsorge¹⁰² sind somit die beiden Pfeiler, auf denen die Selbstbestimmung im Impfkontext eingeschränkt wird.

3. Institutsbezogene Impfpflicht

a) Schutz von anderen, v.a. von vulnerablen Personen

In der grundrechtlich dominierten Debatte geht gerne vergessen, dass es Menschen gibt, die sich nicht impfen lassen können. Dazu gehört etwa das Kind im Mutterleib, Menschen mit Allergien oder Immundefekten, Immunenschwäche oder -supprimierte.¹⁰³ Eine Impfung erfolgt also immer auch zum Schutz von anderen und ist deshalb auch als Akt der Solidarität zu verstehen.

Vor allem bei der institutsbezogenen Impfpflicht wird mit dem Schutz vulnerabler Personen als legitimes Ziel einer Impfpflicht argumentiert.¹⁰⁴ Hier kippt der grundrechtliche Diskurs also in eine Schutzwpflicht gegenüber besonders anfälligen Personen. Allen voran das Bundesverfassungsgericht hat dieses Argument herausgearbeitet: „Der Gesetzgeber wollte mit Einführung der einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht erkennbar seine in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG wurzelnde Schutzwpflicht erfüllen. Lebens- und Gesundheitsschutz sind bereits für sich genommen überragend wichtige Gemeinwohlbelange und daher verfassungsrechtlich legitime Gesetzeszwecke. Die Schutzwpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG greift nicht erst dann ein, wenn Verletzungen bereits eingetreten sind, sondern ist auch in die Zukunft gerichtet [...].“¹⁰⁵

¹⁰² Das Vorsorgeprinzip sei auch im Gesundheitswesen anwendbar. In einer Notsituation, in der es dringend notwendig sei, die öffentliche Gesundheit vor der Ausbreitung von Seuchen zu schützen, verlange das Vorsorgeprinzip von den öffentlichen Entscheidungsträgern, den Einsatz von Therapien zuzulassen oder sogar vorzuschreiben, die selbst auf der Grundlage unvollständiger Daten mehr Nutzen als Risiken gewährleisten, „weil das potentielle Risiko eines unerwünschten Ereignisses für ein einzelnes Individuum mit dem Einsatz dieses Medikaments weitaus geringer ist als der tatsächliche Schaden für eine ganze Gesellschaft ohne den Einsatz dieses Medikaments“, Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 30.7, abrufbar unter <www.giustizia-amministrativa.it>.

¹⁰³ Langer Impfung (Fn. 22), 110.

¹⁰⁴ Beispielsweise betont der italienische Staatsrat den Schutz von verletzlicheren Personen unter Hinweis auf das verfassungsrechtliche Prinzip der Solidarität, Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 30.9.

¹⁰⁵ BVerfG, NJW 2022, 1999, Rn. 155: „Aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, der den Schutz Einzelner vor Beeinträchtigungen ihrer körperlichen Unversehrtheit und ihrer Gesundheit umfasst [...], kann daher auch eine *Schutzwpflicht des Staates folgen, Vorsorge gegen Gesundheitsbeeinträchtigungen zu treffen* [...]. Dies umfasst den Schutz *vulnerabler Personen* vor sämtlichen mit einer SARS-CoV-2-Infektion einhergehenden Gesundheits- und Lebensgefahren, insbesondere vor schweren Krankheitsverläufen und Langzeitfolgen und

b) *De facto-Impfpflicht*

Bei der Beurteilung, wann ein Impfregime zwar freiwillig ausgestaltet ist, aber faktisch zu einem Zwang wird, geht die Einschätzung der höchsten Gerichte auseinander. Einleitend sei auf die Aussage der Corte Costituzionale hingewiesen, dass die juristische Unterscheidung zwischen Impfempfehlung und Impfobligatorium in der medizinischen Alltagspraxis keine so große Rolle spiele, denn im medizinischen Alltag würde auch eine empfohlene Impfung immer auf Anraten des Medizipersonals erfolgen.¹⁰⁶ Der Übergang von einer empfohlenen Impfung zu einer gesetzlich vorgeschriebenen sei ein kleiner, stellt auch der italienische Staatsrat fest. Gerade in einer epidemiologischen Notlage, in der eine Herdenimmunität erreicht werden soll, um die weitere Ausbreitung der Krankheit einzudämmen, um schwere Krankheitsverläufe zu verhindern, dränge sich das Zwangsinstrument (il ricorso all’azione autoritativa) auf.¹⁰⁷ Der Verfassungsgerichtshof stellt für die allgemeine Impfpflicht in Österreich fest, sie könne zwar nicht durch physischen Zwang durchgesetzt werden, aber dem Normadressat bliebe de facto keine Alternative, weil er nur die Möglichkeit habe, seinen Wohnsitz außerhalb des Bundesgebietes zu wählen, oder die Gefahr einer Bestrafung in Kauf nehmen müsse.¹⁰⁸

Das Bundesverfassungsgericht charakterisiert die institutsbezogene Impfpflicht nicht als eigentlichen Impfzwang; sie komme aber doch einer de facto-Impfpflicht für Mitarbeitende in bestimmten Institutionen oder Einrichtungen nahe.¹⁰⁹ Das Bundesverfassungsgericht scheut hier vor einer klaren Abgrenzung zurück.¹¹⁰ Der Conseil constitutionnel wiederum klas-

gilt im besonderen Maße, wenn sich – wie hier – Betroffene weder selbst wirksam schützen [...] noch dem Kontakt ausweichen können, weil sie auf eine medizinische Behandlung, (dauerhafte) Pflege, Betreuung oder auf Unterstützungsleistungen angewiesen sind [...].“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹⁰⁶ Corte Costituzionale, 18.1.2021, 5/2018, Rn. 8.2.4.

¹⁰⁷ Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 37.8.

¹⁰⁸ Verfassungsgerichtshof, 23.6.2022. G 37/2022, Rn. 225. Pragmatisch grenzt auch das schweizerische Bundesverwaltungsgericht die Begriffe ab: „Der Klarheit halber sei daher an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass soweit in den nachfolgenden Erwägungen von einer ‘Impfpflicht’ oder einem ‘Impfobligatorium’ gesprochen wird, dies in dem Sinne zu verstehen ist, als dem Beschwerdeführer andernfalls arbeitsrechtliche Konsequenzen drohen. Davon abzugrenzen ist der Begriff ‘Impfzwang’ in Form eines direkten physischen Zwangs, der nicht zur Diskussion steht [...].“, Urteile vom Bundesverwaltungsgericht vom 26.4.2022, A-4619/2021, A-4705/2021, A-4723/2021, A-5017/2021, E. 6.1.

¹⁰⁹ BVerfG, NJW 2022, 1999, Rn. 209. Differenzierter hingegen im Beschluss zur Masernimpfung Fn. 110 am Ende.

¹¹⁰ BVerfG, NJW 2022, 1999, Rn. 209: „Bei der Beurteilung der Eingriffstiefe ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit § 20a IfSG keinen gegebenenfalls hoheitlich durchsetzbaren Impfzwang begründet hat, sondern den in den in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG

sifiziert die Impfnachweispflicht für weite Teile des öffentlichen Lebens nicht als de facto-Impfpflicht, weil die Regelung genug Ausnahmen vorsehe.¹¹¹ Zu einem anderen Schluss gelangte der Conseil constitutionnel allerdings für die berufs- und einrichtungsspezifische Impfpflicht: Hier bejaht er den verbindlichen Charakter der Impfpflicht, weil die Maßnahme bei Zuwiderhandlung mit einer Suspendierung des Arbeitsvertrages sanktioniert werden kann.¹¹² Die Abgrenzung überzeugt mich nicht restlos. Wohl können auch die Einschränkungen der allgemeinen Bevölkerung, die sich nicht mit einem „passe vaccinal“ ausweisen kann, ebenso gewichtig sein, wie die Suspendierung eines Arbeitsverhältnisses (das primär finanzielle Folgen hat). Diese beiden Entscheide einerseits des Conseil constitutionnel und andererseits des Bundesverfassungsgerichts sind wichtig, weil sie aufzeigen, dass die strenge Dichotomie zwischen Impfobligatorium de lege und de facto nicht existiert. Der Umstand, dass die Rechtsprechung auf die

genannten Einrichtungen und Unternehmen tätigen Personen letztlich die Entscheidung überlässt, den erforderlichen Nachweis zu erbringen. Der Gesetzgeber hat damit zwar die Eingriffstiefe in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG durch den Verzicht auf einen Impfzwang relativiert. Die Regelung stellt die Betroffenen aber de facto vor die Wahl, entweder ihre bisherige Tätigkeit aufzugeben oder aber in die Beeinträchtigung ihrer körperlichen Integrität einzutreten. Insoweit ist regelmäßig auch die Berufsfreiheit der im Gesundheits- und Pflegebereich Tätigen betroffen. Lehnen sie eine Impfung ab, können sie insbesondere dann, wenn es sich um einen typischen und spezialisierten Beruf im Gesundheits- und Pflegebereich handelt, diesen Beruf in der Regel nicht mehr weiter ausüben. Eine Erwerbstätigkeit ist insoweit – jedenfalls für die Geltungsdauer des Gesetzes – nur noch berufsfremd möglich, was für die Betroffenen in besonderem Maße belastend ist [...]. Soweit andere Berufsfelder betroffen sind, verlieren Betroffene jedenfalls ihren bisherigen Arbeitsplatz oder müssen zumindest innerhalb der Einrichtung oder des Unternehmens ihren Tätigkeitsbereich oder ins reine Home-Office wechseln. Die Intensität der mit der Nachweispflicht verbundenen Freiheitsbeeinträchtigungen erhöht sich weiter dadurch, dass nach einer Anforderung des Gesundheitsamts, den Nachweis innerhalb einer angemessenen Frist zu erbringen, ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot angeordnet werden kann, wobei beides bußgeldbewehrt ist [...].“ Die Sonderbelastung der Personen im Gesundheitsbereich finde jedoch eine Rechtfertigung in dem besonderen Stellenwert der von ihnen erbrachten Leistungen, der für vulnerable Personen noch einmal höher ausfällt, BVerfG, NJW 2022, 1999, Rn. 229. Neuerdings differenzierter das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Masernimpfung, 1 BVerfG 469-472/20, Rn. 76: „Auch die Wirkungen der Kombination aus Pflicht zum Nachweis der Masernimpfung und Verlust der Möglichkeit der Inanspruchnahme staatlicher Betreuungsangebote beziehungsweise fehlender Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf einrichtungsbezogene frühkindliche und vorschulische Förderung [...] sind denen einer zwangsweise, gegen den Elternwillen durchgeführten Masernimpfung von Kindern weitgehend äquivalent.“

¹¹¹ Conseil constitutionnel, 21.1.2022, no. 2022-835, Rn. 16.

¹¹² Conseil constitutionnel, 21.1.2022, no. 2022-835, Rn. 29.

Frage, wann ein Impfregime zu einem verpflichtenden wird, keine klare Antwort präsentiert – jedenfalls nicht rechtsvergleichend –, mag auf den ersten Blick erstaunen, lässt sich aber damit erklären, dass es keine allgemein anerkannte Definition von Impfpflicht gibt.¹¹³

4. Verhältnismäßigkeitsprüfung im Speziellen

a) Allgemeines

Ob eine Impfpflicht zulässig ist, entscheidet sich nicht allein, aber doch ganz zentral an der Verhältnismäßigkeit. Die Verhältnismäßigkeit muss für jede Krankheit und für jeden Impfstoff neu geprüft werden. Faktoren, die in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließen sollten, sind etwa die folgenden: Gefährlichkeit der Krankheit im Allgemeinen und für vulnerable Gruppen, Alternativlosigkeit der Impfung, Impfrisiko (Nebenwirkungen einer Impfung), Wirkung der Impfung auf die Übertragbarkeit der Krankheit, den Krankheitsverlauf sowie auf den Schutz bei mutierten Viren.¹¹⁴ Wie geeignet die Impfpflicht zur Bekämpfung der Pandemie ist, hängt allerdings von zusätzlichen Faktoren ab, die immer nur im Einzelfall geprüft werden können. Anders als etwa bei den Pocken, wo mit einer hohen Durchimpfungsrate die Krankheit ausgerottet werden konnte, wird das bei SARS-CoV-2 nicht möglich sein. Ziel ist es hier vielmehr, schwere Krankheitsverläufe zu reduzieren und damit die Belegung der Intensivbetten zu reduzieren. Die komplizierte Prüfung kann auf die einfache Formel gebracht werden: Je ansteckender und gefährlicher eine Infektion ist, desto eher rechtfertigt sich eine Impfpflicht, sofern ein potenter Impfstoff mit möglichst kleinem Impfrisiko besteht.¹¹⁵

Keines der untersuchten Gerichte unternimmt eine in diesem Sinne umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung. Im Folgenden werden einzelne Aspekte dieser eher global durchgeführten Prüfung hervorgehoben.

¹¹³ Vgl. vorne Fn. 7.

¹¹⁴ Krasser Impfpflicht (Fn. 25), 140 ff.

¹¹⁵ Langer Impfung (Fn. 22), 108, bringt die Erforderlichkeitsprüfung auf die folgende Formel: „Ein Impfzwang darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher oder persönlicher Hinsicht nicht über das zum Schutze der öffentlichen Gesundheit notwendige Mass hinausgehen. Die Erforderlichkeit liesse sich so als Funktion mehrerer Variablen konzeptualisieren: der Pathogenität und der Infektiosität eines Erregers (verbunden mit der Wahrscheinlichkeit einer Ansteckung), wie auch der Effektivität, der potentiellen Nebenwirkungen und der Kosten einer Impfung).“ Impffragen hätten eine Komplexität erreicht, die Laien – und dazu zählen wohl auch Juristinnen und Richterinnen – nicht mehr nachvollziehen können, Langer Impfung (Fn. 22), (112).

b) Geeignetheit

Die gesundheitsrechtlichen Vorgaben in den verschiedenen Ländern gehen alle von einem auf wissenschaftlicher Erkenntnis beruhenden Impfobligatorium aus.¹¹⁶ Die Gerichte zweifeln die Wissenschaftlichkeit der Entscheide der Legislative und Exekutive nicht an. Impfobligatorien sind ein geeignetes Mittel, um die Impfquote zu erhöhen. Diesen Befund legen empirische Untersuchungen zu früheren Impfobligatorien in Frankreich und Italien nahe.¹¹⁷ Zudem ist in allen Ländern, die eine institutsspezifische Impfpflicht kennen, die Impfrate bei dieser spezifischen Gruppe höher als bei der Allgemeinbevölkerung.¹¹⁸

Unsicherheiten bei der wissenschaftlichen Einschätzung der Wirksamkeit der Impfung ergaben sich, nachdem zwar mRNA-Impfstoffe entwickelt und hergestellt werden konnten, die Omikron-Variante des Virus diesen Schutz aber stärker umgehen konnte. Dazu äußerte sich das Bundesverfassungsgericht: „Zwar ist nach wie vor fachwissenschaftlich nicht gesichert, in welchem Maße die Schutzwirkung der Impfung mit der Zeit und abhängig von weiteren Faktoren konkret abnimmt. Auch bestehen keine gesicherten Erkenntnisse zur genauen Höhe des reduzierten Transmissionsrisikos. Die bisherigen Annahmen des Gesetzgebers wurden aber auch nicht grundlegend erschüttert, so dass sein insoweit bestehender Einschätzungs- und Prognosespielraum fortbesteht [...].“¹¹⁹

c) In persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht

Die Abgrenzung des betroffenen Personenkreises stellt bei allen Impfregimen eine Herausforderung dar. Speziell stellt sich hier das Problem, dass auch Personen, die sich mit Covid angesteckt haben, bei den meisten Impfobligatorien nicht ausgenommen sind. Der italienische Staatsrat bejaht die Verhältnismäßigkeit dieser Regelung mit dem Hinweis, die Vorerkrankung gewähre keinen andauernden Schutz und die Impfpflicht sei insofern

¹¹⁶ Langer Impfung (Fn. 22), 107 f. Vgl. in unserem Kontext statt vieler Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 29.2: „Die Daten über den drastischen Rückgang von Infektionen, Krankenhausaufenthalten und Todesfällen, die bis heute zur Verfügung stehen und von den Gesundheitseinrichtungen und Gesundheitsorganisationen veröffentlicht werden, weisen epidemiologisch nach, dass die Impfung sich – zusammen mit den anderen Eindämmungsmassnahmen – in grossem Massstab als wirksam erweist, um die Infektion einzudämmen und Todesfälle oder schwere Symptome zu verringern.“

¹¹⁷ Vgl. die Hinweise in Fn. 41.

¹¹⁸ Die Daten können aufgeschlüsselt werden über <<https://www.ecdc.europa.eu/en>>.

¹¹⁹ BVerfG, NJW 2022, 1999, Rn. 239. Ähnlich auch das deutsche Bundesverfassungsgericht, das die grundsätzliche Schutzwirkung für die nunmehr vorherrschende Omikron-Variante bejahte, BVerwG 1 WB 2.22 und WB 5.22, Beschluss vom 7.6.2022, schriftliche Urteilsbegründung noch ausstehend.

abgeschwächt, als die vorerkrankte Person sich nur einmal impfen lassen muss, sofern dies in einem bestimmten Zeitfester zur Vorerkrankung möglich ist.¹²⁰

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung berufen sich die Gerichte auf diverse Ausnahmen, z.B. aus medizinischen Gründen (z.B. in Deutschland für den institutsbezogenen Impfnachweis) oder für dringende Fälle bei der Zulassung zu gewissen Gesundheitseinrichtungen nur mit dem „passe vaccinal“ in Frankreich.¹²¹ Bemerkenswert ist, dass das Phänomen von Long-Covid in keinem der Urteile bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt worden ist.

Bei der zeitlichen Dimension der Verhältnismäßigkeit zeichnet sich eine neuere Tendenz ab: Die Gerichte betonen, dass eine Anordnung einer Impfpflicht entweder nur auf eine gewisse Zeit erfolgen dürfe oder einer periodischen Überprüfung unterliegen müsse.¹²² Gerade die sich schnell wandelnden Verhältnisse in Bezug auf die Wirksamkeit einer Impfung bei einem sich rasch mutierenden Virus gebe Anlass dazu, die Verhältnismäßigkeit einer Impfung zu überprüfen.¹²³ So argumentierte auch das deutsche Bundesverwaltungsgericht, dass die schwindende Gefährlichkeit des SARS-CoV-2-Virus und die Verringerung der Effektivität des Impfstoffes Umstände seien, die eine erneute Ermessenentscheidung für die Anordnung weiterer Auffrischungsimpfungen angezeigt erscheinen lassen.¹²⁴ Der Verfassungsgerichtshof bringt es auf die Formel: „Der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister ist (...) nicht nur ermächtigt, sondern im Lichte der verfassungsrechtlichen Einschränkungen verpflichtet, die gesetzliche Verpflichtung zur Impfung auf Basis dieser gesetzlichen Grundlagen stets den sich laufend ändernden Bedingungen anzupassen; das Ob, das Wie und das Wann der Impfpflicht sowie wer der Impfpflicht letztlich ab einem bestimmten Zeitpunkt unterliegt, ist sohin durch dieses flexible System zu bestimmen“.¹²⁵ *Rhein-Fischer* und *Nußberger* sprechen in diesem Zusammenhang treffend von „Nachsorgepflicht“ des Normgebers.¹²⁶

¹²⁰ Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7045, § 39.9.

¹²¹ Conseil constitutionnel, 5.8.2021, no. 2021-824, Rn. 42, 44.

¹²² Beispielsweise war in Frankreich die Regelung, wonach die Teilnahme am öffentlichen Leben an den passe sanitaire gebunden war, zeitlich befristet, vgl. die Bewertung durch den Conseil constitutionnel, 5.8.2021, no. 2021-824, Rn. 39, abrufbar unter <https://www.conseil-constitutionnel.fr>. Ähnlich auch das Bundesgericht, BGE 148 I 19 E. 6.5.

¹²³ BVerwG1 WB 2.22 und WB 5.22, Urteilsbegründung noch ausstehend.

¹²⁴ BVerwG1 WB 2.22 und WB 5.22, Beschluss vom 7.6.2022, Urteilsbegründung noch ausstehend.

¹²⁵ Verfassungsgerichtshof, 23.6.2022, G 37/2022, Rn. 215.

¹²⁶ *Rhein-Fischer/Nußberger Pandemiemaßnahmen* (Fn. 67), 195.

d) Sanktionen

Ist man in der Verhältnismäßigkeitsprüfung einmal so weit vorgedrungen, darf ein zentraler Aspekt einer Impfpflicht nicht außer Acht gelassen werden: die Sanktionen. Sie sind in das Gesamtbild der Verhältnismäßigkeit einzubeziehen, wie etwa der EGMR betont.¹²⁷ Im Rechtsvergleich zeigt sich ein großes Spektrum an Sanktionen, die bei Zuwiderhandlung vorgesehen sind. Diese sind vom Verfassungsrecht bisher wenig beachtet worden. Zum Teil sehen die Gesetze drakonische Bußen und Freiheitsstrafen vor, die wohl kaum mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbar sein dürften.¹²⁸

Beim Sanktionsregime wäre wohl eine differenziertere Betrachtungsweise notwendig. Hier komme ich nochmals auf die fehlende Definition von Impfpflicht zurück.¹²⁹ Wenn man ein Impfobligatorium statuiert, das aber doch nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann, fragt sich, worin der obligatorische Charakter der Impfung besteht. *Vokinger* und *Rohner* unterscheiden danach, wie die Impfung mit Sanktionen verbunden wird: Erstens eine Zwangsimpfung, die mit physischem Zwang durchgeführt würde; zweitens einen Ersatzzwang, d.h. die Impfpflicht wird durch eine andere Handlung ersetzt, die durchgesetzt wird, drittens kann der Ungehorsam gegen den Ersatzzwang sanktioniert werden. Zu Recht weisen *Vokinger* und *Rohner* darauf hin, dass die Art und Weise der Sanktion die Impfpflicht ganz wesentlich bestimmt und deshalb auch in der gesetzlichen Grundlage ausformuliert werden muss.¹³⁰

¹²⁷ Zum Urteil Vavřička vgl. vorne Fn. 20 f.

¹²⁸ Eine relativ weitgehende Strafandrohung sieht Frankreich vor bei der Widerhandlung von Betreibern von Einrichtungen oder Veranstaltungen, die den pass sanitaire überprüfen müssen. Wenn die Kontrolle unterlassen wurde, ermahnten die Verwaltungsbehörden den Betreiber. Werden die Kontrollen alsdann nicht innerhalb von 24 Stunden umgesetzt, droht dem Betreiber eine Schließung des Betriebes bis zu maximal sieben Tagen. Wenn ein solcher Verstoß innerhalb von 45 Tagen mehr als drei Mal vorkam, drohen dem Betreiber eine Freiheitsstrafe von maximal einem Jahr und 9.000 Euro Buße, vgl. zum Ganzen Art. 1 Abs. II D Absatz 3 des Gesetzes vom 31.5.2021. Der Conseil constitutionnel hat diese Strafandrohungen als verhältnismäßig durchgewinkt, Conseil constitutionnel, 5.8.2021, no. 2021-824, Rn. 66 ff., Conseil constitutionnel, 21.1.2022, no. 2022-835, Rn. 52–55. Eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren drohte einem Ausländer, der sich bei einer Ausschaffung weigert, sich den gesundheitsrechtlichen Bestimmungen zu unterwerfen (was faktisch in den meisten Fällen einer Testpflicht gleichkommt, vgl. Art. 2 des Gesetzes zur Bewältigung der Gesundheitskrise ändert Article L. 824-9 code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile); auch diese Strafandrohung hat der Conseil constitutionnel als verhältnismäßig charakterisiert, Conseil constitutionnel, 5.8.2021, no. 2021-824, Rn. 95 ff.

¹²⁹ Vgl. vorne Fn. 7.

¹³⁰ *Vokinger/Rohner* Impfobligatorium (Fn. 7), 263 f.

In allen untersuchten Rechtsordnungen wird ein Impfobligatorium zwar nicht zwangsweise – d.h. physisch durchgesetzt –, aber doch mit Ersatzmaßnahmen sanktioniert. Wir haben es also mit einem sanktionsbewehrten Impfobligatorium zu tun. Ob die Sanktionen verhältnismäßig sind, wird in den behandelten Rechtsordnungen nur stiefmütterlich behandelt. Das Sanktionsregime wird häufig vom Gesetz- oder Verordnungsgeber einmal mit der großen Kelle angerichtet, ohne dass man sich der Grenzen, die das Verhältnismäßigkeitsprinzip setzt, bewusst geworden ist. Die Rechtsprechung überprüft die Sanktionen dann nur oberflächlich.¹³¹ Hier müsste sowohl beim Erlass eines Impfobligatoriums sowie bei der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Kontrolle mehr Sorgfalt angewendet werden. Zu unterscheiden wären insbesondere auch die Verfassungsmäßigkeit der Impfpflicht einerseits und die Verhältnismäßigkeit des Sanktionsregimes andererseits.

e) Fazit

Was *Rhein-Fischer* und *Nußberger* für die Analyse der Rechtsprechung zu den Pandemiemaßnahmen im Allgemeinen festgehalten haben, stimmt in der Tendenz auch für die Analyse der Rechtsprechung zu der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei den Impfregimen: „Die untersuchten Gerichtsbarkeiten mögen sich noch so sehr um eine Anwendung des Rechts des ‘Normalzustandes’ bemühen: Im Ergebnis erfolgt eine Flexibilisierung bei der Gewaltenteilung in der Krise. So nehmen insbesondere das Bundesgericht, das Verfassungsgericht und der Conseil constitutionnel in der Corona-Pandemie die richterliche Kontrolle des Gesetzgebers und der Exekutive zurück aus Gründen, die sich unmittelbar aus der Gesundheitskrise ergeben: eine ungewisse Tatsachenbasis bei hohem Entscheidungsdruck, eine überragende Bedeutung der gefährdeten Gemeinschaftsrechtsgüter und ein Fortdauern der Krise zum richterlichen Entscheidungszeitpunkt.“¹³² Für unseren Bereich kommt zusätzlich noch dazu, dass die Gerichte auf eine bereits bestehende Rechtsprechung zu früheren Impfobligatorien verweisen konnten, in dem kaum je eine Impfregelung gekippt worden ist.¹³³ Die Gerichte wagen sich nicht zum Kern der Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, sondern betonen die Einschätzungsprärogative der Legislative und der Exekutive.¹³⁴ Diese Rechtsprechungstendenz geht zu Lasten der Selbstbestimmung.

¹³¹ Vgl. die Nachweise in Fn. 128.

¹³² Vgl. dazu *Rhein-Fischer/Nußberger* Pandemiemaßnahmen (Fn. 67), 197.

¹³³ Vgl. die Nachweise vorne Fn. 24.

¹³⁴ An dieser Entwicklung (nicht spezifisch für die Impfmandate aber für die Pandemiemaßnahmen im Allgemeinen) haben *Rhein-Fischer* und *Nußberger* – sie sprechen von einer

V. Analyse

Wer je schon Rechtsvergleichung betrieben hat, kennt das Phänomen: Man sieht alle Stereotypen bestätigt. Das ist auch die Versuchung bei dieser Analyse: Die wackeren Eidgenossen lancieren eine Volksinitiative gegen das Impfen, obwohl sie gar nie von einem Impfobligatorium bedroht worden sind. Die französische Rechtsprechung kritisiert das Impfobligatorium nur in einem kleinen Nebenpunkt und zwar aus arbeitsrechtlicher Perspektive.¹³⁵ Das Hin und Her bei der österreichischen Impfpflicht mutet schon fast kafkaesk an.

Die Rechtsvergleichung zeigt ein differenziertes Bild. Die jeweiligen Maßnahmenpakete in den untersuchten Ländern sowie die Impfpflicht sind zwar unterschiedlich ausgestaltet.¹³⁶ In Bezug auf die Rechtsprechung ist das Ergebnis allerdings ein eindeutiges: In allen Ländern, die ein Impfreime kennen, haben die höchsten Gerichte ihre Verfassungsmäßigkeit weitgehend bestätigt. Sie berufen sich je nach nationalem Kontext auf eine *Nachvollziehbarkeits-, Vertretbarkeitskontrolle* oder auf eine Kontrolle der *nicht offensichtlichen Unbegründetheit*.¹³⁷ Dahinter versteckt sich immer eine mehr oder weniger stark eingeschränkte Kognition. Korrigiert wurden stets nur Nebenpunkte, wie etwa die doppelt dynamische Verweisung in Deutschland oder die unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern mit unbeschränktem und beschränktem Arbeitsvertrag bei der institutsbezogenen Impfpflicht in Frankreich.¹³⁸ Dieser Trend dürfte sich auch in Italien bestätigen, wenn das zurzeit noch hängige Verfahren abgeschlossen ist. Um die Selbstbestimmung ist es in Zeiten einer Pandemie, die sich durch ein dynamisches Geschehen, wissenschaftliche Unsicherheiten und Risikoabschätzungen charakterisiert, und ganz besonders bei einer gesetzlich verankerten Impfpflicht deshalb schlecht bestellt. Ernüchternd ist auch der Befund zur Abgrenzung einer de lege- und einer de facto-Impfpflicht. Hier braucht es sowohl vom Gesetzgeber wie auch von der Justiz mehr konkrete Anhaltspunkte zur Unterscheidung.

¹³⁵ „Unterkonstitutionalisierung“ Kritik geübt, *Rhein-Fischer/Nußberger* Pandemiemaßnahmen (Fn. 67), 195.

¹³⁶ Bei einer institutsbezogenen Impfnachweispflicht verletzt die unterschiedliche Sanktionierung von Arbeitnehmern, die einen befristeten und solchen, die einen unbefristeten Arbeitsvertrag haben, das Rechtsgleichheitsgebot. Nur bei Letzteren war eine Kündigung bei einem mangelnden Nachweis erlaubt, *Conseil constitutionnel*, 5.8.2021, no. 2021-824, Rn. 74 ff.

¹³⁷ Vgl. vorne II. 7.

¹³⁸ Vgl. Fn. 135.

Wenn wir von dieser rein rechtsvergleichenden Analyse einen Moment Abstand nehmen und uns fragen, wie erfolgreich die Staaten mit ihren Impfregimen waren, zeigt sich nochmals ein differenziertes Bild. Die Impfrate im Sommer 2022 (10.7.2022) sieht folgendermaßen aus: Bei den untersuchten Ländern steht an der Spitze Österreich mit 84%, gefolgt von Italien mit 81% und Frankreich mit 79%. Das sind die Länder mit den strengsten Impfregimen. Erst dann folgen Deutschland mit 76% und weit hinten die Schweiz mit 69%. Diese Rangordnung erstaunt nicht und entspricht der bereits gemachten Einschätzung.¹³⁹ Dazu im Gegensatz stehen zwei Länder, die nicht in die Analyse einbezogen worden sind, nämlich Spanien und Portugal. Obwohl diese beiden Länder keine allgemeine Impfpflicht verhängt hatten, verfügen sie mit 87% (für Portugal) und 85% (für Spanien) über eine höhere Impfrate als Österreich.¹⁴⁰ Das legt den Schluss nahe, dass ein Impfobligatorium allein nicht das effektivste Instrument für eine hohe Impfquote zu sein scheint.

Die Gesundheitsversorgung war schon immer stark von ökonomischen Faktoren geprägt. Die Versorgung der Bevölkerung mit den notwendigen medizinischen Leistungen setzt eine Infrastruktur voraus, die über viele Jahre aufgebaut und unterhalten werden muss. Auch das nötige Personal zur Bewältigung größerer Gesundheitskrisen kann nicht über Nacht gefunden werden. Die Covid-19-Pandemie hat die volkswirtschaftliche Dimension der Gesundheitsvorsorge deutlich gemacht.

Die Frage, welche Ressourcen in Zukunft für welchen Politikbereich eingesetzt werden können, wird sich noch in einer anderen Dimension stellen. In einer Welt, die von Krieg erschüttert und von extremen Wetterereignissen immer häufiger heimgesucht wird, steht die Pandemiekämpfung zunehmend auch im Wettbewerb um Ressourcen. Die Auswirkungen bis auf die individuelle Ebene und damit auf die Selbst- und Fremdbestimmung werden auch in Zukunft deutlich spürbar sein.

¹³⁹ Vgl. vorne II.7.

¹⁴⁰ Daten erhältlich bei der WHO sowie <<https://ourworldindata.org/coronavirus#coronavirus-country-profiles>>.

Leitsätze der Referentin über:

Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie

2. Vergleich

(1) Wie sehr eine Gesellschaft bereit ist, die Selbstbestimmung durch eine Impfpflicht einzuschränken, hängt von der jeweiligen Pandemieerfahrung ab. Je schlechter die Erfahrungen, desto größer ist die Bereitschaft, auch weitergehende Maßnahmen, wie beispielsweise eine Impfpflicht, zu akzeptieren. Diese Einschätzung kann sich im Verlauf einer Pandemie ändern. Je länger eine Gesundheitskrise andauert, desto kritischer werden einschränkende Maßnahmen wahrgenommen. Die Einsicht, dass gewisse Gesellschaftsgruppen ihren Preis zu zahlen haben, z.B. mit einer gestiegenen Übersterblichkeit, kann dann Oberhand gewinnen.

(2) Alle Entscheidungsträger kämpfen mit der sich ständig ändernden Datenlage. Das Coronavirus ist uns immer eine Nasenlänge voraus. Diese Dynamik des Geschehens wirkt sich eher negativ auf die Selbstbestimmung aus.

(3) Eine wissenschaftlich basierte Impfpflicht hinkt zeitlich praktisch in jedem Fall einer Infektionswelle hinterher. Bis die Daten zur Wirksamkeit einer Impfung vorliegen, hat die Welle ihren Höhepunkt erreicht oder sogar überschritten. Das zeitliche Zusammenspiel zwischen Wissenschaft, Gesetzgebung und Justiz ist deshalb prekär.

(4) Auch sonst spielt die Zeit eine entscheidende Rolle: Die Legislative und Exekutive müssen auf der Grundlage von mehreren z.T. ungewissen Parametern für die Zukunft entscheiden. Die Wissenschaft braucht eine gewisse Zeit, um die notwendigen Daten erheben zu können. Die Judikative wiederum untersuchen ex post, ob die Legislative und Exekutive damals richtig entschieden haben, auch wenn ihre Annahmen mittlerweile als überholt gelten. Die Dynamik dieses Geschehens fordert alle Beteiligten enorm heraus, was das Austarieren von Selbst- und Fremdbestimmung schwierig macht.

(5) Die „Abrechnung“ in einer Pandemie erfolgt am Schluss, wobei der Schluss so schwierig zu bestimmen ist wie die Anzahl der Wellen. Statisti-

sche Zahlen für einzelne Phasen der Pandemie können das Bild verzerrn. Auch in dieser Hinsicht spielt die Zeit, hier die Zeitdauer einer Berechnungsperiode, eine zentrale Rolle.

(6) Die Grenze zwischen einer eigentlichen Impfpflicht und einer de facto-Impfpflicht ist fließend. Je nachdem, wie sehr die Teilnahme am öffentlichen Leben an einen Impfnachweis geknüpft wird, desto mehr nähern sich eine Impfempfehlung und ein Impfobligatorium einander an.

(7) Bei der Ausgestaltung eines Impfobligatoriums kommt dem Sanktionsmechanismus eine entscheidende Bedeutung zu. Sowohl im Gesetzgebungs- wie auch im Rechtsmittelverfahren sollte der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Sanktionsregimes größere Beachtung geschenkt werden.

(8) Den Gerichten kommt eine zentrale Funktion im Grundrechtschutz während einer Pandemie zu. Sie sollen das Maß an Selbstbestimmung im Minimum festlegen. In allen untersuchten Staaten üben die Gerichte allerdings große Zurückhaltung bei der Beurteilung der Impfregime.

(9) Beim Ausbalancieren von Selbst- und Fremdbestimmung dreht sich alles um die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Diese wird in vielen Fällen zu wenig differenziert vorgenommen. Die Gerichte scheinen hier an ihre Grenzen zu gelangen.

(10) Bei den Impfregimen ist bislang zu wenig in die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingeflossen, inwieweit Long-Covid ein Argument für eine Impfpflicht sein könnte. In Zukunft ist davon auszugehen, dass auch die Entwicklung von wirksamen, leicht verträglichen und kostengünstigeren Covid-Medikamenten die Notwendigkeit einer Impfpflicht relativiert.

(11) In Zukunft muss noch stärker in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließen, dass die Aufrechterhaltung eines funktionierenden Gesundheitssystems besser über eine mittel- und langfristige Strukturpolitik als mit einer Impfpflicht garantiert werden kann. Hier ist die Frage der Ressourcenallokation wesentlich.

(12) Den Entscheidungsträgern ist zu empfehlen, weniger eine Werturteilsfreiheit zu suggerieren als die impliziten Werturteile offenzulegen, die hinter einem Maßnahmenentscheid – resp. einem Impfobligatorium – stecken.

(13) Die Wissenschaft sollte vermehrt der Frage nachgehen, zu welchem volkswirtschaftlichen Preis eine Pandemie bekämpft werden soll, respektive wie sehr wir die Selbst- durch die Fremdbestimmung ersetzen wollen. Das würde voraussetzen, dass der Selbstbestimmung auch ein volkswirtschaftlicher Wert zukäme.

