

Differenzierungen nach Immunitätsstatus und der Einsatz des Covid-Zertifikats

Eine bedürfnisorientierte Analyse

Diskussionspapier erarbeitet

unter der Leitung von Prof. Dr. Andrea Büchler

unter Beteiligung von Dr. Jean-Daniel-Strub, Dr. Andreas Müller Huth,
Prof. Dr. Lorenz Langer und Prof. Dr. Kerstin Vokinger

im Auftrag von

Regierungsrätin Jacqueline Fehr

Vorsteherin der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich

Das Papier berücksichtigt die Entwicklungen bis **4. Juni 2021**

Inhalt

Einleitung.....	4
1. Ausgangslage und Methodik	5
1.1 Die bisherige Entwicklung 2021	5
1.2 Verhältnis zwischen Bund und Kantonen	6
1.3 Vorgehen.....	6
1.3.1 Hearing.....	7
1.3.2 Fragenbearbeitung.....	8
1.3.3 Sounding	9
1.3.4 Abschluss.....	10
1.4 Leitende Fragestellungen	10
2. Rechtliche und ethische Einordnung	14
2.1 Rechtliche und ethische Leitlinien	14
2.1.1 Allgemeines.....	14
2.1.2 Verhältnismässigkeit	14
2.1.3 Rechtsgleichheit.....	15
2.1.4 Vertraulichkeit	16
2.2 Bundesrechtlicher Rahmen und kantonale Zuständigkeit	18
2.2.1 Differenzierungen anhand des Covid-Zertifikats: Voraussetzungen und Rechtfertigungen	18
2.2.1.1 Allgemeines	18
2.2.1.2 Private.....	18
2.2.1.3 Staat.....	19
2.2.2 Zuständigkeit Kanton	22
2.2.2.1 Allgemeine Bemerkungen zur Kompetenzverteilung	22
2.2.2.2 Umsetzung in der Corona-Krise.....	22
2.2.2.3 Einsatz des Covid-Zertifikats.....	24
2.2.3 Folgerungen	29
3. Praktische Anwendung.....	30
3.1 Unterteilung in drei Gruppen	30
3.2 Differenzierung nach Immunitätsstatus unerwünscht oder unmöglich.....	30
3.2.1 Schule (Gemeinden)	31
3.2.2 Hochschulen	32
3.2.3 Gemeinden.....	33

3.2.4	Justizvollzug.....	34
3.2.5	Religionsgemeinschaften	35
3.2.6	Jugendarbeit und Jugendsport.....	36
3.2.7	Öffentlicher Verkehr	37
3.2.8	Gastronomie.....	37
3.2.9	Sexarbeit.....	38
3.3	Differenzierung nach Immunitätsstatus nach Bedarf.....	38
3.3.1	Langzeitpflege und Spitäler.....	39
3.3.2	Hotellerie und Tourismus	40
3.3.3	Clubs und Diskotheken	41
3.3.4	Kulturbetriebe.....	42
3.3.5	Spitzensport	42
3.3.6	Grossveranstaltungen und Messen.....	43
3.3.7	Exkurs: Zur Haftungsfrage	43
3.3.8	Amateur- und Breitensport	43
3.4	Differenzierung notwendig.....	44
3.5	Folgerungen: Zentrale Aspekte der Abwägung	45
3.5.1	Praktikabilität.....	45
3.5.2	Vulnerabilität und Solidarität.....	46
3.5.3	Vertrauenswürdigkeit und Akzeptanz.....	47
3.5.4	Ausgrenzung und Anerkennung.....	47
4.	Schlussfolgerungen und Empfehlungen	49

Einleitung

Die Pandemie und deren Bekämpfung stellen uns seit vielen Monaten vor grosse Herausforderungen und neue Fragen. Zu diesen neuen Fragen gehört auch diejenige, ob und wann zwischen immunen und negativ getesteten und nicht immunen und nicht getesteten Personen unterschieden werden kann und soll. Mit steigender Durchimpfungsrates verbessert sich der Schutz der Bevölkerung stetig. Das entlastet das Gesundheitssystem und verstärkt gleichzeitig das Bedürfnis nach Normalisierung. Offen bleibt, wann ein Zustand erreicht wird, der es erlaubt, alle Massnahmen aufzuheben.

Bis zu diesem Zeitpunkt stellen sich zahlreiche rechtlich und ethisch komplexe Fragen. Zu dieser Komplexität trägt bei, dass die Bedürfnisse und Sensibilitäten verschiedener Bereiche und Personen sehr unterschiedlich sind. Das vorliegende Diskussionspapier hat nicht den Anspruch, auf alle möglichen Fragen und für alle denkbaren Situationen Antworten zu formulieren. Es stellt vielmehr anhand exemplarischer gesellschaftlicher und staatlicher Bereiche und mit konkreten Beispielen mögliche handlungsleitende Argumentationen zur Verfügung; dies unter der Annahme verschiedener Szenarien.

Grundlage dafür sind konkrete Anliegen, wie sie von Personen aus den unterschiedlichen betroffenen gesellschaftlichen und staatlichen Bereichen im Hinblick auf das vorliegende Diskussionspapier formuliert worden sind. Sie werden rechtlich eingeordnet und reflektiert. Mögliche Leitlinien für Umsetzungsmassnahmen können nur dann nützlich und wirksam sein, wenn sie sich im gesellschaftlichen und staatlichen Alltag bewähren. Das vorliegende Diskussionspapier berücksichtigt daher nicht nur rechtliche, sondern ebenso gesellschaftliche und ethische Aspekte.

Nicht berücksichtigt wird in der Untersuchung das Arbeits- und Personalrecht. Dazu laufen bereits verschiedene Abklärungen. Es handelt sich zudem um einen stark spezialgesetzlich geregelten Bereich, für dessen Bearbeitung sich die hier verwendete Methode nicht eignet.

1. Ausgangslage und Methodik

1.1 Die bisherige Entwicklung 2021

Ende Dezember 2020 wurde mit der Impfung der Bevölkerung gegen Covid-19 begonnen. Seither steigt die Zahl der geimpften Personen stetig an. In seiner Sitzung vom 12. Mai 2021 verabschiedete der Bundesrat das 3-Phasen-Modell. Es unterscheidet zwischen der Schutzphase, der Stabilisierungsphase und der Normalisierungsphase¹ und legt die Strategie für die kommenden Monate fest. Am 19. Mai 2021 konkretisierte der Bundesrat *für die Stabilisierungsphase* den Einsatz eines Covid-Zertifikats, das der gesamten Bevölkerung zugänglich sein und dort zum Einsatz kommen soll, wo der Zugang zu Leistungen oder Veranstaltungen mit diesem Nachweis für geimpfte, genesene und negativ getestete Personen (3G-Prinzip) geregelt wird. Ausserdem wird davon ausgegangen, dass das Covid-Zertifikat bei internationalen Reisen verlangt werden wird. Für den Einsatz des Zertifikats, der zeitlich beschränkt sein soll, definierte der Bundesrat drei Zonen.

Grüne Zone: Umfasst Orte des alltäglichen Lebens und Kontakte mit Behörden. Hier soll das Zertifikat explizit ausgeschlossen sein, weil es sich um staatliche Aufgaben oder elementare Freiheits- und Grundrechte handle (Beispiele sind private und religiöse Veranstaltungen, der öffentliche Verkehr, Läden, der Arbeitsplatz oder Schulen).

Orange Zone: Der Einsatz des Zertifikats soll Schliessungen verhindern oder freiwillig sein. Umfasst Orte, die nicht ganz alltäglich sind, aber von sehr vielen Menschen aufgesucht werden (Beispiele sind Bars und Restaurants, Veranstaltungen, Freizeit-, Sport- und Unterhaltungsbetriebe, Sport- und Kulturvereine oder der Besuch von Spitälern und Heimen). Hier ist der Einsatz des Zertifikats grundsätzlich nicht vorgesehen, aber auch nicht verboten. Sollte sich allerdings die epidemiologische Lage verschlechtern und eine Überlastung des Gesundheitssystems drohen, dann sollen Schliessungen verhindert werden, indem der Zugang auf Personen mit einem Covid-Zertifikat beschränkt wird.

Rote Zone: das Zertifikat soll Öffnungen ermöglichen. Umfasst den internationalen Personenverkehr und Orte, die aus epidemiologischer Sicht heikel sind, wie Grossveranstaltungen oder Diskotheken (Medienmitteilung vom 19. Mai 2021).

Am 26. Mai 2021 beschloss der Bundesrat den nächsten Öffnungsschritt. Seit 31. Mai 2021 sind Veranstaltungen und private Treffen mit einer substantiell erhöhten Teilnehmerzahl möglich und Restaurants konnten unter Beachtung von Schutzvorschriften auch im Innenbereich wieder öffnen. An Hochschulen gelten keine Kapazitätsbeschränkungen mehr. Voraussetzung ist ein Testkonzept und eine Genehmigung des Kantons. Die Masken- und Abstandspflicht gilt aber weiterhin. Für Betriebe, die wiederholt testen, wird die Homeoffice-Pflicht in eine Empfehlung umgewandelt.

¹ *Schutzphase:* Bis alle impfwilligen besonders gefährdeten Personen vollständig geimpft sind (Ende Mai).

Stabilisierungsphase: Bis die gesamte impfwillige erwachsene Bevölkerung vollständig geimpft ist (etwa Ende Juli).

Normalisierungsphase: Sobald die gesamte erwachsene Bevölkerung Zugang zu einer vollständigen Impfung erhalten hat (etwa Ende Juli).

Weiter sind nicht nur geimpfte, sondern auch genesene Personen von den Quarantänevorschriften ausgenommen. Grossveranstaltungen können in einem definierten Rahmen wieder stattfinden, wobei der Einlass auf vollständig geimpfte, von Covid-19 genesene oder ein negatives Testresultat vorweisende Personen beschränkt ist. Dabei soll, sobald verfügbar, das Covid-Zertifikat zur Anwendung kommen.

Die Regelung des Einsatzes des Covid-Zertifikats soll mit den entsprechenden Verordnungsanpassungen am 11. Juni 2021 in Konsultation geschickt werden. Der Entscheid des Bundesrats ist für den 18. Juni 2021 vorgesehen. Die ersten Zertifikate sollen ab dem 7. Juni 2021 schrittweise ausgestellt werden und der Bevölkerung spätestens Ende Juni 2021 zur Verfügung stehen, wenn erste Massnahmen an die Nutzung des Zertifikats geknüpft werden. Das Zertifikat soll zudem EU-kompatibel, sicher und möglichst einfach einsetzbar sein.

Anfangs Mai 2021 beauftragte die Direktion der Justiz und des Innern (JI) Prof. Dr. Andrea Büchler in Zusammenarbeit mit Dr. Andreas Müller Huth ein Projekt zu leiten, das mögliche rechtliche, ethische und gesellschaftliche Rahmenbedingungen für den Umgang mit immunisierten und nicht immunisierten Personen prüft.

Das Ergebnis soll ein Diskussionspapier sein, das es dem Regierungsrat ausgehend von verschiedenen Szenarien zur Durchimpfungsrate erlaubt, Leitlinien für differenzierte Regelungen aufgrund des jeweiligen individuellen Immunisierungsstatus zu erörtern.

1.2 Verhältnis zwischen Bund und Kantonen

Mit der beschriebenen Konkretisierung des Einsatzes des Covid-Zertifikats hat der Bund den Rahmen und das Raster für eine unterschiedliche Behandlung von Personen aufgrund des Immunisierungsstatus vorgegeben. Die Auslegeordnung des Bundesrats wirft aber noch viele Fragen auf. Diese werden im vorliegenden Papier aufgenommen, sofern sie für die kantonale Umsetzung relevant sind. Ausgangspunkt ist die föderalistische Aufgabenteilung, nach der die Beantwortung der konkreten Umsetzungsfragen weiterhin den für den Vollzug zuständigen Kantonen obliegt.

1.3 Vorgehen

Die Erarbeitung des vorliegenden Diskussionspapiers erfolgte unter der Leitung von Prof. Dr. Dr. h.c. Andrea Büchler (Professorin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Präsidentin der Nationalen Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin NEK). Sie wurde unterstützt durch Dr. Jean-Daniel Strub (freischaffender Ethiker, Geschäftsleiter a.i. NEK) und Dr. Andreas Müller Huth (stv. Generalsekretär der Direktion der Justiz und des Innern). Prof. Dr. Lorenz Langer und Prof. Dr. Kerstin Vokinger (beide ebenfalls Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich) haben als Expertin und Experte die Arbeiten begleitet.

1.3.1 Hearing

Das Diskussionspapier wurde in einem vierstufigen Verfahren erarbeitet. Den Auftakt bildete ein breit angelegtes, mehrstündiges Hearing, in dem auf der Basis verschiedener Fragestellungen die Bedürfnisse und Fragen rund um die Differenzierung aufgrund des Immunitätsstatus' betroffener gesellschaftlicher Bereiche zusammengetragen wurden. Ziel war es, möglichst praxisnah Anliegen aufzunehmen, die aus der Sicht der Betroffenen im Alltag der jeweiligen gesellschaftlichen und staatlichen Bereiche von Belang sein werden. Die ebenfalls angefragten Bereiche Tourismus, Restauration und Hotellerie, Freiwilligenarbeit, Jugend und Freizeit, Mittel- und Volksschule sowie Universität, die am Hearing nicht vertreten sein konnten, erhielten Gelegenheit, ihre Anliegen und Fragen schriftlich einzubringen. Das Hearing musste in sehr kurzer Zeit organisiert werden. Die Teilnehmenden konnten daher keine entsprechenden Mandate ihrer Organisationen oder Verbände einholen. Die im 3. Teil wiedergegebenen Äusserungen sind daher in erster Linie Haltungen der Anwesenden (bzw. der angefragten Personen, die sich schriftlich äusserten).

Am Hearing vom 18. Mai 2021 waren Personen aus den folgenden Bereichen anwesend bzw. äusserten sich schriftlich:

Teilnehmende	Bereiche
Markus Notter, Verwaltungsratspräsident Opernhaus AG	Kulturhäuser
Josy Beer, Zürcher Kantonalverband für Sport Philipp Musshafen, CEO Hallenstation (schriftlich) Roman Gasser, Geschäftsleiter Pro Sport	Sport & Freizeit
Milena Ragaz, ZVV	Verkehr
Theo Meier, Vizepräsident Verband Zürcher Schulpräsidien (VZS)	Schulen (Gemeinden)
Michel Müller Kirchenratspräsident Evangelisch-reformierte Landeskirche Susanne Brauer, Bereichsleiterin Soziales & Bildung, Römisch-katholische Körperschaft Muris Begovic, Generalsekretär Vereinigung der islamischen Organisationen in Zürich (VIOZ)	Religionsgemeinschaften
Martin Harris, Generalsekretär Verband der Gemeindepräsidien des Kantons Zürich (GPV) Adrian Hauser, Vizepräsident Verein Zürcher Gemeindeschreiber und Verwaltungsfachleute (VZGV)	Gemeinden

Christian Schuhmacher, stv. Generalsekretär Gesundheitsdirektion	Pflegeheime & Spitäler
Thierry Urwyler, akademischer Mitarbeiter Justizvollzug und Wiedereingliederung Alexander Baur, akademischer Mitarbeiter, Justizvollzug und Wiedereingliederung	Strafvollzug & Gefängnisse
Irène Schwitter-Bandli, stv. Generalsekretärin	Sicherheitsdirektion
Andreas Müller Huth, stv. Generalsekretär Direktion der Justiz und des Innern	Integration
Hannes Nussbaumer, Direktion der Justiz und des Innern	Kommunikation
David Rechsteiner, Leiter kantonaler Gesetzgebungs- dienst, Direktion der Justiz und des Innern	Rechtsetzung
Kathrin Arioli, Staatsschreiberin	Koordination Verwaltung
Steve Jürkel, Direktion Immobilien und Betrieb, Universität Zürich (schriftlich)	Universität
Alex Bücheli, Bar & Club Kommission	Clubs
Lelia Hunziker, Geschäftsführerin Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration FIZ; Nathalie Schmidhauser, Projektleiterin ProCoRe (schriftlich)	Sexarbeit
Martin von Moos, Präsident Zürcher Hoteliers, Mitglied Vorstand Zürcher Tourismus (schriftlich)	Hotellerie & Tourismus
Giacomo Dallo, Geschäftsführer Offene Jugendarbeit Zürich (schriftlich)	Jugend & Freizeit

1.3.2 Fragenbearbeitung

Das Hearing wurde protokolliert und anschliessend von den Expertinnen und Experten ausgewertet. Es folgten eine Strukturierung der Fragestellungen und Bereiche sowie eine rechtliche und ethische Einordnung und Reflexion, die Eingang in den Entwurf des Diskussionspapiers fanden und in Empfehlungen an die politischen Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger mündeten. Entwürfe des Diskussionspapiers entstanden unter der Leitung von Prof. Dr. Andrea Büchler, unterstützt durch Dr. Jean-Daniel Strub, Dr. Andreas Müller Huth, Prof. Dr. Lorenz Langer und Prof. Dr.

Kerstin Vokinger, und wurden in mehreren Sitzungen von den Expertinnen und Experten beraten, ergänzt und revidiert.

1.3.3 Sounding

Der Entwurf des Diskussionspapiers wurde an einem zweiten Treffen wiederum Teilnehmenden aus den verschiedenen Bereichen präsentiert. Neben der Validierung der Diskussionsbeiträge aus dem Hearing wurden Stossrichtungen für mögliche Empfehlungen diskutiert. Im Vordergrund stand dabei die Frage, ob die erarbeiteten Antwortmöglichkeiten und Argumentationen praxistauglich sind, d.h. ob sie nach Ansicht der Teilnehmenden den Bedürfnissen und Herausforderungen befragten Bereiche gerecht werden.

Am Sounding vom 31. Mai 2021 waren Personen aus den folgenden Bereichen anwesend:

Teilnehmende	Bereiche
Josy Beer, Zürcher Kantonalverband für Sport	Sport
Thomas Kellenberger, Direktor ZVV (schriftlich)	Verkehr
Theo Meier, Vizepräsident Verband Zürcher Schulpräsidien (VZS)	Schulen (Gemeinden)
Michel Müller, Kirchenratspräsident Evangelisch-reformierte Landeskirche Susanne Brauer, Bereichsleiterin Soziales & Bildung, Römisch-katholische Körperschaft Muris Begovic, Generalsekretär Vereinigung der islamischen Organisationen in Zürich (VIOZ)	Religionsgemeinschaften
Martin Harris, Generalsekretär Verband der Gemeindepräsidien des Kantons Zürich (GPV) Adrian Hauser, Vizepräsident Verein Zürcher Gemeindeschreiber und Verwaltungsfachleute (VZGV)	Gemeinden
Christian Schuhmacher, stv. Generalsekretär Gesundheitsdirektion	Pflegeheime & Spitäler
Alexander Baur, akademischer Mitarbeiter, Justizvollzug und Wiedereingliederung	Strafvollzug & Gefängnisse
Irène Schwitter-Bandli, stv. Generalsekretärin	Sicherheitsdirektion

Andreas Müller Huth, stv. Generalsekretär Direktion der Justiz und des Innern	Integration
Hannes Nussbaumer, Direktion der Justiz und des Innern	Kommunikation
David Rechsteiner, Leiter kantonaler Gesetzgebungsdienst, Direktion der Justiz und des Innern	Rechtsetzung
Peter Hösli, stv. Staatsschreiber	Koordination Verwaltung
Steve Jürkel, Direktion Immobilien und Betrieb, Universität Zürich (schriftlich)	Universität
Alex Bücheli, Bar & Club Kommission	Clubs
Karl Schröder, Geschäftsführer Gastro Zürich Stefan Staub, Geschäftsleiter Gastro Zürich	Gastro
Martin von Moos, Präsident Zürcher Hoteliers, Mitglied Vorstand Zürcher Tourismus	Hotellerie & Tourismus
Andreas Gnepf, Head HR MCA Group	Gewerbe
Leona Klopfenstein, Projektleiterin OKAJ Kantonale Kinder und Jugendförderung	Jugend & Freizeit
Lelia Hunziker, Geschäftsführerin Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration FIZ; Nathalie Schmidhauser, Projektleiterin ProCoRe (schriftlich)	Sexarbeit

1.3.4 Abschluss

Das zweite Treffen wurde wiederum protokolliert und anschliessend von den Expertinnen und Experten ausgewertet. Das Diskussionspapier wurde entsprechend überarbeitet.

Die überarbeitete Fassung wurde am 4. Juni von den Expertinnen und Experten verabschiedet und am 9. Juni 2021 von der Vorsteherin der Direktion der Justiz und des Innern und der Staatsschreiberin dem Regierungsrat präsentiert.

1.4 Leitende Fragestellungen

Seit einiger Zeit steht im Raum, dass die bestehenden Massnahmen für immune Personen zurückgenommen werden könnten bzw. müssten, oder dass der Zugang zu bestimmten Räumen und Dienstleistungen nur immunen Personen gestattet werden

könnte oder sollte. Im Grundsatz scheint die Notwendigkeit der Differenzierung nach Immunitätsstatus ab einem bestimmten Stadium in der Stabilisierungsphase unausweichlich. Denn aus rechtlicher und ethischer Sicht ist klar: Die derzeit bestehenden Einschränkungen des Guts der Freiheit sind nur so lange und in dem Umfang gerechtfertigt, als die Wahrnehmung der persönlichen Freiheiten durch die gesamtgesellschaftlichen Gesundheitsgefährdungen ernsthaft und substanziell in Frage gestellt ist. Sind alle Risikopersonen geimpft oder hätten geimpft werden können, dürfen die freiheitseinschränkende Massnahmen nicht mehr (ausschliesslich) mit ihrem Schutz begründet werden. Eine Solidaritätspflicht gegenüber Risikopersonen, die eigenverantwortlich auf eine Impfung verzichten, das heisst, deren Risikoexposition frei und wohlinformiert gewählt ist, besteht nicht. Zu berücksichtigen ist vielmehr der Grundsatz der Gleichrangigkeit der Interessen anderer gesellschaftlicher Gruppen, etwa das Interesse an sozialer Stabilität, psychischer Gesundheit und wirtschaftlicher Freiheit. Diese Interessen sind zeitgleich abzuwägen.

Der Bundesrat hat im Zusammenhang mit der Einführung eines Covid-Zertifikats am 19. Mai 2021 eine Auslegeordnung präsentiert, wo und unter welchen Voraussetzungen dieses zum Einsatz kommen könnte. Entsprechende Überlegungen sollen auch auf kantonaler Ebene angestellt werden. Den eingeladenen Personen aus den betroffenen Bereichen wurden die folgenden Fragen gestellt:

- «Sehe ich einen differenzierten Umgang mit immunen und nicht immunen Personen für meinen Betrieb als Vorteil oder als Nachteil? Was sind Vorteile, was Nachteile? Wovon hängen für mich die Vor- oder Nachteile ab?
- Welche Rolle spielt die einfache Verfügbarkeit und Überprüfbarkeit eines Immunitätsnachweises? Ist die Verfügbarkeit eines Immunitätsnachweises für unseren Bereich unverzichtbar?
- Was würde ich für meinen Betrieb bevorzugen: Nach Immunitätsstatus differenzierter Zugang: Nur immunisierte Personen, dafür nahezu volle Auslastung oder unbeschränkter Zugang, dafür nur entsprechend optimierte Auslastung?
- Bestehen in meinem Bereich Vorgaben oder Regelungen, die eine Differenzierung nach Immunstatus verunmöglichen oder zumindest behindern?
- Bestehen in meinem Bereich Vorgaben oder Regelungen, die eine Differenzierung nach Immunstatus nötig machen?
- Muss ich in meinem Bereich besonders schützenswerte Bevölkerungsgruppen berücksichtigen (z.B. Kinder und Jugendliche bis 16 Jahre; chronisch erkrankte Personen)?
- Würde die Differenzierung (ein eingeschränkter Zugang) aufgrund eines Immunitätsnachweises von den davon betroffenen Personen (KundInnen, Zielgruppen, etc.) akzeptiert?
- Welche Bedeutung hat die mögliche zeitliche Begrenzung der Massnahmen: Wie lange müsste die Differenzierung mindestens in Kraft sein, damit sie für mich akzeptabel ist?»

Die Frage nach einer möglichen unterschiedlichen Behandlung von immunisierten bzw. negativ getesteten und nicht immunisierten bzw. nicht getesteten Personen stellt sich insbesondere in der Stabilisierungsphase. Es sind verschiedene Szenarien denkbar:

1. Die Stabilisierungsphase endet wie geplant Ende Juli, spätestens aber Ende August 2021.
2. Das Ende der Stabilisierungsphase erfolgt später 2021, weil:
 - die Impfbereitschaft geringer als angenommen ist,
 - sich die Impfstoffverfügbarkeit als schlechter als angenommen erweist,
 - neue Mutationen Schwierigkeiten mit sich bringen.
3. Der Schutz ungeimpfter Minderjähriger und die Vermeidung der Zirkulation des Virus verlangt eine Differenzierung nur bei Minderjährigen.

Aus rechtlicher und ethischer Sicht unterscheidet sich die Normalisierungsphase insofern von der nun angebrochenen Stabilisierungsphase, als die individuellen gesundheitlichen Risiken, die für nicht geimpfte Personen weiter bestehen, durch den Verzicht auf die Impfung frei und selbstbestimmt gewählt sind. Freiheitseinschränkende Massnahmen müssen im öffentlichen Interesse und im Hinblick auf den Schutz Dritter gerechtfertigt sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt zudem, dass solche Massnahmen zeitlich begrenzt und daher auf jeden Fall fortlaufend zu überprüfen sind. Die Freiheit zu selbstschädigendem Verhalten ist Teil der persönlichen Freiheit und ihre Einschränkung muss begründet sein. Allein zum Selbstschutz der nicht geimpften Personen lassen sich Einschränkungen demnach nicht weiter aufrechterhalten. Das selbstgewählte Risiko, das nicht geimpfte Personen eingehen, kann eine Differenzierung aufgrund eines Immunitätsnachweises zum Zeitpunkt der dritten Phase nicht mehr legitimieren.

All dies steht freilich unter dem Vorbehalt, dass ein bestimmter Grad an kollektiver Immunität erreicht wird. Es ist aber erstens nicht ausgeschlossen, dass sich die Impfbereitschaft in der breiten Bevölkerung als zu gering erweist, um die indirekte Gefährdung aller aufgrund einer Überlastung des Gesundheitswesens durch zu zahlreiche Erkrankungsfälle zu verhindern. Sollte dies eintreten, blieben Massnahmen legitim, die die Verbreitung des Virus insgesamt einzudämmen vermögen, wobei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, diese in ihrer Reichweite und Wirksamkeit so spezifisch wie möglich zu halten und allenfalls etwa Strategien wie das Testen und Contact Tracing gegenüber allgemeinen Freiheitsbeschränkungen vorzuziehen wären. Zweitens sind Personen, die sich nicht impfen lassen können, ausreichend zu schützen – zu dieser Gruppe gehören auf absehbare Zeit namentlich auch Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren. Ihr Schutz hängt nicht zuletzt von der Impfbereitschaft derjenigen ab, für die eine Impfung zugelassen ist. Auch aus diesem Grund ist eine hohe Immunisierungsrate wichtig. Die Schutzmassnahmen sollten so spezifisch und zielgenau wie möglich sein, wozu selbstbeschränkende Massnahmen aus dem Bereich der medizinischen Prävention gehören – so etwa das Abstandhalten, das

Contact Tracing, das Maskentragen oder eine Homeoffice-Empfehlung. Für Schulkinder könnten weiterhin eine Maskenpflicht oder die inzwischen eingespielten, wenig einschränkenden Verhaltensregeln gelten. Allgemeine Einschränkungen wie etwa die Schliessung von Restaurants würden einer Prüfung der Verhältnismässigkeit aber nicht standhalten, da die Verhältnismässigkeit einer Massnahme nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich und mit Blick auf das Ziel – hier den Schutz der Kinder vor einer Infektion – angemessen sein muss.

Auch wenn mit dem Eingehen von Risiken in der Normalisierungsphase das Prinzip der Eigenverantwortung ins Zentrum rückt, bleibt gesellschaftliche Solidarität also ein entscheidender Faktor für die erfolgreiche Bewältigung der Pandemie. Zum Tragen kommt dies nicht zuletzt mit Blick auf die absehbaren Fälle, in denen nicht geimpfte Personen einen schweren Krankheitsverlauf erleiden werden. Knappheitssituationen, in denen Behandlungsressourcen anderen Bedürftigen nicht zur Verfügung stünden, sind mit den geeigneten Massnahmen zu verhindern. Sollten ungeimpfte Personen erkranken, müssen ihnen aber die gleichen Behandlungsressourcen zur Verfügung stehen wie geimpften Personen. Das entspricht dem unbestrittenen Prinzip unserer Gesundheitsversorgung, dass alle – unabhängig von einem allfälligen «Verschulden» an einer Erkrankung – die erforderliche Behandlung erhalten. Diese Zusammenhänge stehen für das vorliegende Papier nicht im Vordergrund. Im Hinblick auf den bald zu definierenden Umgang mit Herausforderungen in der Normalisierungsphase sind sie gleichwohl in Erinnerung zu rufen.

Das vorliegende Diskussionspapier konzentriert sich im Folgenden daher auf die Fragestellungen, welche die Stabilisierungsphase prägen. Dazu sind zwei letzte Vorbemerkungen angezeigt: Zum einen ist zu beachten, dass das gesamte Handeln unter den Bedingungen der Pandemie in besonders ausgeprägter Masse ein Handeln unter Unsicherheit ist – im Blick auf die aktuellen und zukünftigen Handlungsbedingungen und Handlungsfolgen. Dabei geht es darum, auf möglichst viele Situationen vorbereitet zu sein. Eine Auseinandersetzung mit Szenarien, wie sie sich bezüglich der Länge der Stabilisierungsphase und im Übergang von Stabilisierungs- zur Normalisierungsphase ergeben könnten, ist auch deshalb erforderlich. Zum zweiten kommt der zu verwendenden Terminologie besonderes Gewicht zu, weil sie die Wahrnehmung von vermeintlichen Ungleichbehandlungen entscheidend prägt: Es geht dabei in der Regel nicht um *Bevorzugungen* von geimpften Personen, sondern um die Rücknahme von *Grundrechtseinschränkungen* – und zwar sowohl von solchen gegenüber einzelnen Individuen, als auch von solchen gegenüber Wirtschaftssubjekten. Deshalb sollte konsequent darauf verzichtet werden, im vorliegenden Zusammenhang von «Privilegien» zu sprechen. Diese unzutreffende Terminologie schwächt die Akzeptanz von Differenzierungen aufgrund des Immunitätsstatus. Das gilt auch für vermeintliche Diskriminierungen. Das Differenzierungsgebot folgt aus dem Gleichbehandlungsgebot und verlangt, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Die unterschiedliche Behandlung aufgrund eines unterschiedlichen Immunisierungsstatus ist daher weder eine Privilegierung noch eine Diskriminierung, sondern die Folge der Umsetzung eines zentralen Verfassungsgrundsatzes.

2. Rechtliche und ethische Einordnung

2.1 Rechtliche und ethische Leitlinien

2.1.1 Allgemeines

Die Einführung des Covid-Zertifikats konfrontiert Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger, aber auch die Gesellschaft als Ganze, mit einer Reihe von Herausforderungen, deren Handhabung über den engen Anwendungsbereich des Zertifikats hinausreicht. Deren Kongruenz mit rechtlichen und ethischen Grundsätzen ist für die Rechtfertigung der hier zur Debatte stehenden Ungleichbehandlungen, aber auch für die Akzeptanz des Covid-Zertifikats in der breiten Gesellschaft, von zentraler Bedeutung.

Für die Beurteilung des Einsatzes des Covid-Zertifikats in rechtlicher, ethischer und gesellschaftspolitischer Sicht sind verschiedene Leitgedanken relevant, die im Folgenden kurz umrissen werden.

2.1.2 Verhältnismässigkeit

Die Covid-Pandemie hat zu Einschränkungen zahlreicher Grundrechte geführt. Quarantänevorschriften, Maskenpflicht und Besuchsverbote schränken die persönliche Freiheit ein. Personenzahlbeschränkungen tangieren den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit und der Religionsfreiheit. Die Schliessung von Gastronomiebetrieben oder die Limitierung von Kundenzahlen beschlagen die Wirtschaftsfreiheit. Damit diese Grundrechtseinschränkungen rechtmässig sind, müssen sie eine gesetzliche Grundlage haben, wobei schwerwiegende Eingriffe auf Gesetzesstufe zu regeln sind. Die Einschränkungen müssen ein öffentliches Interesse verfolgen sowie verhältnismässig sein. Das setzt voraus, dass sie

- a) *geeignet* sind, das verfolgte öffentliche Interesse zu verwirklichen;
- b) *erforderlich* sind, weil keine gleich geeignete, aber mildere Massnahme möglich ist; und
- c) *zumutbar* sind, wenn das öffentliche Interesse gewichtiger ist als die negative Wirkung des Eingriffs im Einzelfall.

Die pandemiebedingten Schutz- und Hygienevorschriften des Bundes (und indirekt der Kantone) stützen sich auf das Epidemien-gesetz, das Covid-19-Gesetz sowie eine Reihe von Covid-Verordnungen. Sie verfolgen den Schutz der öffentlichen Gesundheit sowie den Schutz von Grundrechten Dritter. Sie sind mehrheitlich verhältnismässig; in einigen Fällen auf kantonaler Stufe (Demonstrationsverbot, Besuchsverbot) haben Gerichte aber bei der konkreten Ausgestaltung die Erforderlichkeit verneint.

In der Stabilisierungsphase bleibt die Grundrechtsfrage zentral, doch verschiebt sich die Perspektive bei der Verhältnismässigkeitsprüfung insbesondere mit Bezug auf die *Erforderlichkeit* und die *Zumutbarkeit* von Grundrechtseingriffen. So stellt sich die Frage, ob gewisse Einschränkungen für Inhaberinnen und Inhaber eines Covid-Zertifikats (also für geimpfte, genesene oder negativ getestete Personen) weiterhin

erforderlich und damit rechtmässig sind. Bei genügend hoher Durchimpfungsrate muss aber auch die Zumutbarkeit von gewissen Massnahmen gegenüber jenen, die kein Zertifikat haben, neu bewertet werden. Wenn Herdenimmunität erreicht und damit der Schutz der öffentlichen Gesundheit sichergestellt ist, kann die negative Auswirkung von Schutzmassnahmen im Einzelfall schwerer wiegen als das noch verbleibende öffentliche Interesse am Gesundheitsschutz.

Nicht nur die allgemeinen Massnahmen und Freiheitsbeschränkungen stellen Eingriffe in persönliche Freiheiten dar. Gleiches gilt für die Anwendung eines Covid-Zertifikats, das Individuen ebenso wie Betriebe zwangsläufig in ihren grundlegenden Freiheiten einschränkt. Selbst die faktische Testpflicht, die im Vergleich zum Impferfordernis als geringfügiger Eingriff erscheint, muss mit Blick auf die Einschränkung, die sie bedeutet, verhältnismässig sein. Zudem bedeutet das Erfordernis eines Covid-Zertifikats, dass persönliche (Gesundheits-)Daten (Status über eine Impfung, eines negativen Tests oder einer Genesung) vorgewiesen werden müssen. So müssen die pandemischen Umstände erfordern, dass Individuen verpflichtet werden, ein Covid-Zertifikat und damit Daten über gewisse Aspekte ihres Gesundheitszustands offenzulegen, um Zugang zu bestimmten Dienstleistungen zu erhalten. Im Rahmen der Zumutbarkeit ist zu berücksichtigen, dass die Individuen nicht zum Vorweisen eines Covid-Zertifikats gezwungen werden dürfen – stets müssen Individuen das Recht haben, das Covid-Zertifikat nicht vorzuweisen und entsprechend keinen Zugang zu bestimmten Dienstleistungen zu haben.

2.1.3 Rechtsgleichheit

Die Rechtsgleichheit verlangt, dass gleiche Sachverhalte gleich behandelt werden. Sie beinhaltet auch ein Differenzierungs*gebot*, wenn sachliche und vernünftige Gründe für die unterschiedliche Behandlung zweier Sachverhalte vorliegen.

Bereits in der Vergangenheit wurden sowohl in gesetzlichen Vorschriften wie auch in der Gerichtspraxis zum Gesundheitsrecht an den Immunitätsstatus unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft. Dieser Status darf daher als sachlicher und vernünftiger Grund für die unterschiedliche Behandlung von Individuen gelten – dies jedoch doch nur im Rahmen des rechtserheblichen Sachverhalts, also der Bekämpfung ansteckender Krankheiten, gegen die eine effektive Impfung existiert. In der aktuellen Phase der Corona-Pandemie besteht also möglicherweise die *Pflicht*, in gewissen Bereichen mit Bezug auf Einschränkungen zwischen Inhaberinnen bzw. Inhabern und Nichtinhaberinnen bzw. Nichtinhabern eines Zertifikats zu unterscheiden.

Im föderalen Kontext besteht bei der Ausübung *kantonal*er Kompetenzen aber kein Anspruch auf *kantonsübergreifende* Gleichbehandlung. Übt der Kanton also eine eigene Kompetenz bei der Epidemienbekämpfung aus, so muss sich diese nicht an der Lösung anderer Kantone messen lassen.

Wichtig ist in diesem Kontext schliesslich, zwischen Rechtsgleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot zu unterscheiden. Eine Diskriminierung im rechtlichen Sinne liegt dann vor, wenn eine Ungleichbehandlung aufgrund bestimmter, unzulässiger

Gründe erfolgt. Zu diesen verpönten Merkmalen gehören u.a. Geschlecht, Religion, Ethnie oder eine Behinderung. Bei den Pandemiemassnahmen bzw. deren Lockerung dürfte sich deshalb die Frage der Diskriminierung kaum stellen. Die Anknüpfung an den Immun- bzw. Teststatus fällt nicht unter die verpönten Merkmale. Denkbar wäre aber, dass in gewissen Konstellationen gesundheitliche Gründe, die eine Impfung ausschliessen, als Behinderung i.S. des Diskriminierungsverbots verstanden werden. Dazu müsste die Anknüpfung an den Immunstatus aber lange gelten und elementare Aspekte der Lebensführung betreffen. Die geplante Unterscheidung verschiedener Bereiche durch den Bundesrat soll aber gerade dies verhindern.

Im *grünen Bereich* will der Bundesrat die Bezugnahme auf das Covid-Zertifikat ausschliessen. Damit sollen alle gleichbehandelt werden (d.h. die bisherigen Grundrechtseinschränkungen werden für alle entweder aufgehoben oder bleiben in Kraft). Bei Zertifikatsträgerinnen und -trägern sind allfällige Massnahmen zum Schutz der Gesundheit nicht mehr erforderlich. Die *bisherige* Rechtfertigung für die damit verbundenen Grundrechtbeschränkungen greift hier deshalb nicht mehr. Sie liesse sich aber modifizieren: Das Verbot des Zertifikatseinsatzes in diesem Bereich könnte auf verhältnismässige Weise dem Schutz der Grundrechte von «Nicht-Zertifizierten» dienen. Dann würde etwa der unterschiedslose Zugang der Gläubigen zu religiösen Versammlungsorten höher gewichtet als das Recht der Zertifikatsträgerinnen und -träger auf Aufhebung von Schutzmassnahmen.

Im *orangenen Bereich* schreibt der Bundesrat weder den Einsatz des Zertifikats vor noch verbietet er ihn. Er überlässt die Entscheidung also den privaten Akteuren; es wird keine staatliche Vorschrift gemacht, die auf ihre Verhältnismässigkeit zu prüfen wäre. Private sind keine staatlichen Handlungsträger; die Grundrechte finden auf ihre Tätigkeit in der Regel nicht unmittelbar Anwendung. Wird bei einer Verschlechterung der epidemiologischen Lage der Einsatz des Zertifikats doch noch vorgeschrieben, gelten die folgenden Überlegungen für den roten Bereich analog.

Im *roten Bereich* will der Bundesrat den Einsatz des Zertifikats als Voraussetzung für Öffnungsschritte vorschreiben. Es handelt sich um eine staatliche Vorgabe; diese muss grundrechtskonform und damit auch verhältnismässig sein. Das Zertifikat ist geeignet, etwa bei Grossveranstaltungen das Ansteckungsrisiko zu minimieren. Dass solche Veranstaltungen bis jetzt immer noch untersagt sind, ist ein Indiz, dass Hygienemassnahmen allein nicht genügen; damit wäre der Einsatz des Zertifikats auch erforderlich. Da es sich primär um Freizeitangebote handelt, ist das öffentliche Interesse (sowohl am Gesundheitsschutz wie auch an der Wiederaufnahme des Betriebes) wohl höher zu gewichten als die Einschränkung des Individuums, während einer zeitlich begrenzten Periode gewisse Veranstaltungen nicht besuchen zu können.

2.1.4 Vertraulichkeit

Ein Covid-Zertifikat enthält private und sensible Informationen, wie Name, Geburtsdatum oder Impfstatus, die zu den besonders schützenswerten Personendaten gehören sowie vom Persönlichkeitsrecht umfasst und daher mit Sorgfalt zu behandeln sind.

Da jede Aktivität, für deren Ausübung eine Impfung, ein negativer Test oder eine Genesung verlangt würde, die Sammlung von Daten durch private Stellen bedingen kann, sind die Voraussetzungen des Datenschutzes sowie des Persönlichkeitsrechts von besonderer Bedeutung. Allerdings ist zu bedenken, dass auch wenn diese Daten als Gesundheitsdaten zu qualifizieren sind, sie nur indirekte bzw. beschränkte Informationen über den tatsächlichen Krankheitszustand eines Individuums ermöglichen - dies im Gegensatz etwa zu einer HIV-Infektion oder Krebserkrankung. So gelten Impfungen als präventive Massnahmen, um eine Krankheit zu verhindern, der negative Test und die Genesung schliessen eine spezifische Infektion bzw. Erkrankung aus.

In der gesellschaftlichen Realität ist es nicht immer möglich, Informationen vollumfänglich privat zu halten, wenn sie Grundlage für die Befolgung oder den Erlass von bestimmten Massnahmen oder die Zuerkennung des Zugangs zu bestimmten Räumen und Dienstleistungen sind. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass es zu einem Eingriff in die Privatsphäre oder einer Verletzung derselben kommen wird, die aber gerechtfertigt werden können, wenn sie verhältnismässig sind. Sie müssen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit notwendig sein, es dürfen keine mildereren Massnahmen als die Anknüpfung der fraglichen Aktivität an das Covid-Zertifikat und die damit verbundene potenzielle Offenlegung der Daten für die Erreichung des Ziels genügen, und die Abwägung der Güter muss den Eingriff rechtfertigen. Des Weiteren dürfen die Betroffenen nicht zum Einsatz eines Covid-Zertifikats gezwungen werden.

Die voranstehenden Ausführungen verdeutlichen, weshalb das alleinige Abstützen auf den Nachweis einer vollständigen Impfung nicht zu rechtfertigen wäre. Auch wenn die Impfung der sicherste, einfachste und effizienteste Weg ist, um einen nachweisbaren Schutz vor der Infektion und der Übertragung zu erlangen, darf er nicht alternativlos sein. Zu gross ist die Herausforderung, dass ausgrenzende Regimes die soziale Kohäsion schwächen und die Preisgabe sensibler Personendaten die Vertraulichkeit und die Akzeptanz des Zertifikats beschädigen. Es ist daher zwingend, ab Beginn der Nutzung des Covid-Zertifikats die Möglichkeit zu gewähren, im Sinne des 3G-Konzepts nicht nur mittels Bescheinigung der Immunität (Impfung und Genesung von einer Erkrankung), sondern auch mittels der Vorlage eines negativen Testergebnisses Zugang zu den mit Covid-Zertifikat regulierten Tätigkeiten und Aktivitäten zu erhalten. Ein «Ausrollen» des Zertifikats, das negativ getestete Personen erst nachträglich erfasst, ist zu vermeiden. Ebenso ist dafür zu sorgen, dass die Vorlage eines negativen Testergebnisses nicht allein eine theoretische Möglichkeit bleibt, sondern hinreichend zugänglich ist, um diese Funktion übernehmen zu können – und dementsprechend die Übernahme der anfallenden Kosten zureichend geregelt ist. Freilich muss auch das Einfordern eines negativen Testergebnisses als Alternative zur Impfung dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhalten können. Haben alle, die es wünschen, Zugang zu einer Impfung, und ist eine gewisse Durchimpfungsrate erreicht, so hält das Testerfordernis der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht länger stand. Der Einsatz des Covid-Zertifikats ist auch deshalb nur in einem engen zeitlichen Rahmen zu rechtfertigen.

2.2 Bundesrechtlicher Rahmen und kantonale Zuständigkeit

2.2.1 Differenzierungen anhand des Covid-Zertifikats: Voraussetzungen und Rechtfertigungen

2.2.1.1 Allgemeines

Dürfen Inhaberinnen von Lebensmittelläden, Gastronomiebetrieben, Sporteinrichtungen oder Reiseunternehmen den Zutritt zu den Räumen oder die Inanspruchnahme der Dienstleistungen von einem Immunitäts- oder Testnachweis abhängig machen? Darf der Staat hinsichtlich der Massnahmen wie Maskentragepflicht, Quarantäne oder Homeoffice zwischen Personen mit und ohne Covid-Zertifikat unterscheiden? Die Rechtslage ist vielschichtig, die Differenzierung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verhältnissen erweist sich dafür als zentral, obgleich sie nicht immer leicht fällt.

Die Massnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie haben zahlreiche rechtliche und ethische Fragen in Bezug auf Verhältnismässigkeit, Rechtsgleichheit und Vertraulichkeit aufgeworfen. Diese Fragen stellen sich nun auch bei der Einführung eines Covid-Zertifikats, wobei hier die rechtliche Lage besonders komplex ist, da der Schutz von Grundrechten zunächst *für* die Einführung eines solchen Zertifikats spricht, weil damit bisherige Beschränkungen aufgehoben werden können. Zugleich werden aber mit dem Erfordernis eines Zertifikats ebenfalls Grundrechte tangiert und eine Ungleichbehandlung eingeführt, die gerechtfertigt werden muss. Auch wird eine rechtliche Einordnung durch das fast unauflösbare Ineinandergreifen von öffentlichen und privaten Rechtsbeziehungen erschwert. Der Gesetzgeber plant nicht nur, die Herausgabe des Zertifikats sowie die Anwendung im staatlichen Bereich zu regulieren; er will auch Vorschriften für einzelne Wirtschafts- und Gewerbebranche erlassen und den Gebrauch des Zertifikates im Privatverkehr teilweise verbieten, erlauben oder vorschreiben. Diese Vorgaben sollen zudem bei Bedarf auch im Nachhinein flexibel an Änderungen der epidemiologischen Lage angepasst werden können. *Der Regelungsumfang, ihre Dichte und ihr Inhalt sind allerdings aktuell noch unbekannt.*

2.2.1.2 Private

Nichtstaatliche Akteure agieren in der Regel unter dem Schutz der Privatautonomie. Ihre Geschäftsbeziehungen fallen unter die Wirtschaftsfreiheit, welche die privatwirtschaftliche Tätigkeit in umfassender Weise schützt. Teilgehalte dieses Grundrechts sind die Vertragsfreiheit, die als Institut zum unantastbaren Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit gehört, ebenso wie die freie Gestaltung der Geschäftsbeziehungen. Eine *Pflicht* zum Vertragsabschluss besteht im privatrechtlichen Verkehr also grundsätzlich nicht; private Anbieter dürfen selbst entscheiden, mit wem sie einen Vertrag abschliessen und mit wem nicht.

Diese Freiheit ist in Ausnahmefällen aber eingeschränkt. Dies vor allem durch einen sogenannten Kontrahierungszwang. Ein solcher Zwang kann vorliegen, wenn öffentlich Waren und Dienstleistungen des Normalbedarfs angeboten werden und für dieses Angebot keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen. Hier ist der private

Anbieter verpflichtet, seine Waren unterschiedslos allen Kundinnen und Kunden zu verkaufen. Ein solcher Kontrahierungszwang steht beim Covid-Zertifikat nicht im Vordergrund; immerhin könnte er beispielsweise dann aktuell werden, wenn alle Grossverteiler den Zugang zu ihren Filialen von einem Covid-Zertifikat abhängig machten. Diesfalls bestünden für jene, die über kein Zertifikat verfügen, nicht mehr genügend alternative Einkaufsmöglichkeiten.

Neben diesem Kontrahierungszwang gibt es eine *beschränkte* Zahl von Gründen, die von Gesetzes wegen nicht Anlass für die Verweigerung eines Vertragsschlusses sein dürfen. Dazu gehören etwa ein religiöses Bekenntnis, die Ethnie oder eine Behinderung. Wer öffentlich Waren anbietet, darf also deren Verkauf nicht aufgrund eines solchen Merkmals verweigern. Auch diese Einschränkungen der Vertragsfreiheit stehen beim Covid-Zertifikat nicht im Vordergrund.

Daraus folgt, dass es Privaten grundsätzlich offensteht, ihre Dienstleistungen vom Vorweisen eines Zertifikats abhängig zu machen oder bewusst auf ein solches Erfordernis zu verzichten. Ein staatliches *Verbot* oder *Gebot*, gewisse private Dienstleistungen nur bei Vorweisen eines Zertifikats zu erbringen, greift in die Wirtschaftsfreiheit der Privaten ein und muss entsprechend gerechtfertigt werden.

Für einen solchen Eingriff gibt es bereits einen Präzedenzfall: Bei Einführung der SwissCovid-App hat das Parlament im Epidemienengesetz explizit festgehalten, dass nicht nur Behörden, sondern auch Unternehmen und Einzelpersonen keine Person aufgrund ihrer Teilnahme oder Nichtteilnahme am «app-basierten» Tracing-System bevorzugen oder benachteiligen dürfen; abweichende Vereinbarungen sind unwirksam (Art. 60a Abs. 3 EpG). Anlässlich dieser Regelung wurde die grundrechtliche Komponente primär mit Blick auf die gesetzliche Grundlage thematisiert. Die Freiwilligkeit wurde auch damit begründet, dass sie eine wichtige Voraussetzung für die Akzeptanz und Nutzung des Tracing-Systems in weiten Bevölkerungskreisen sei und dieses System nur so eine effektive Unterstützung zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie leisten würde.

Ähnliche Argumente könnten auch vorgebracht werden, um die Verwendung des Covid-Zertifikats im Privatverkehr einzuschränken: Private Anbieter dürften dann überhaupt nicht nach Immunitäts- oder Teststatus differenzieren. Dieses Verbot müsste aber eine gesetzliche Grundlage haben, im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein. Angesichts des Eingriffs in die Vertragsfreiheit müsste es sich bei der gesetzlichen Grundlage (analog zu Art. 60a Abs. 3 EpG) wohl um ein Gesetz im formellen Sinn handeln. Das öffentliche Interesse wäre schwieriger zu definieren – es könnte etwa dann weiterhin der Gesundheitsschutz angerufen werden, wenn mit dem beschränkten Einsatz des Zertifikats die andauernde allgemeine Einhaltung der Hygienemassnahmen gefördert würde.

2.2.1.3 Staat

Grundsätzlich anders zu beurteilen ist die Rechtslage im *staatlichen Kontext*. In diese Kategorie fallen staatlichen Akteure im engeren Sinne wie etwa die Verwaltung, aber

auch private Akteure, die eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen oder einen öffentlichen Leistungsauftrag erfüllen. Im kantonalen Kontext sind das beispielsweise Spitäler oder Transportdienstleister wie der ZVV, aber auch von der öffentlichen Hand betriebene Frei- und Hallenbäder.

Hier kommt die Privatautonomie nicht zum Zug. Das staatliche Handeln muss grundrechtskonform sein und deshalb die Rechtsgleichheit wie auch die Freiheitsrechte berücksichtigen. Staatliche Grundrechtseingriffe sind nicht *a priori* widerrechtlich, sie werden aber zur Grundrechtsverletzung, wenn sie das Legalitätsprinzip verletzen, kein öffentliches Interesse verfolgen oder nicht verhältnismässig sind.

Auf zahlreiche staatliche Leistungen besteht zudem ein gesetzlicher Anspruch. Dies gilt etwa für die Spitalversorgung oder für den öffentlichen Verkehr (inkl. Schiffsverkehr und Seilbahnen). Für den öffentlichen Verkehr statuiert das Personenbeförderungsgesetz eine voraussetzungslose Transportpflicht. Der Bundesrat kann aber auf dem Verordnungsweg Personen ganz oder bedingt aus Gründen der Hygiene und der Sicherheit ausschliessen. Entsprechende Vorgaben hat der Bundesrat in der Pandemie beispielweise in Bezug auf eine Maskenpflicht erlassen (Art. 3 Covid-VO bes. Lage). Das Covid-Zertifikat-Erfordernis würde bedeutend weiter gehen und wäre folglich unverhältnismässig, da mit der Maskenpflicht eine geeignete und zugleich mildere Massnahme zur Verfügung steht.

Bisher waren Grundrechtseingriffe im epidemiologischen Kontext nach folgendem Muster aufgebaut: Durch eine epidemiologische Massnahme werden Grundrechte eingeschränkt; wer die Massnahme verweigert, muss Sanktionen gewärtigen. In der aktuellen Pandemie ist die Sachlage komplexer. Durch die bisherigen Massnahmen wurden die Grundrechte bereits eingeschränkt. Fraglich ist nun, ob das Erfordernis eines Covid-Zertifikats als Lockerung der bestehenden Grundrechtseinschränkung qualifiziert wird oder seinerseits eine Grundrechtseinschränkung bedeutet. Grundsätzlich *müssen* Grundrechtseinschränkungen aufgehoben werden, wenn sie zum Schutz eines öffentlichen Interesses oder der Rechte Dritter nicht mehr erforderlich sind. Dürfen also geimpfte oder immune Personen überhaupt noch zum Maskentragen verpflichtet werden, wenn sie sich nicht mehr anstecken und nicht mehr ansteckend sind? Spiegelbildlich wäre es ebenfalls eine Grundrechtseinschränkung, wenn *nach* der allgemeinen Aufhebung der Schutzmassnahmen die Bewegungsfreiheit jener begrenzt würde, die weder geimpft, genesen oder getestet sind. Entsprechend müsste eine solche Einschränkung ebenfalls gerechtfertigt werden, denn so wird Druck ausgeübt, sich impfen oder testen oder eine Vorerkrankung bestätigen zu lassen. Aber auch hier ist die aktuelle Lage komplex: Zahlreiche Menschen haben sich bereits impfen lassen oder sind von einer Erkrankung genesen. Für sie ist das Zertifikat bloss Bestätigung eines bestehenden Sachverhalts. Dies verdeutlicht, wie vielschichtig sich in der Corona-Pandemie die staatliche Pflicht zur Gleichbehandlung bzw. zur Differenzierung stellt.

Immerhin können mehrere positive und negative Fallgruppen unterschieden werden. (i) Entweder wird für immune oder geimpfte Personen unmittelbar eine bestimmte Massnahme gelockert oder ausser Kraft gesetzt, die zuvor für alle Personen gegolten

hat: etwa die Entbindung von der Maskenpflicht im Allgemeinen oder in einer spezifischen Situation, die Erhöhung der Zahl gleichzeitig zugelassener Kontakte, oder die Lockerung von Quarantänebestimmungen. Letzteres wurde bereits umgesetzt mit der CovidG-Änderung vom 19. März 2021: Seither sind Personen, die gegen Covid geimpft wurden, von den Quarantänebestimmungen ausgenommen. Auch sind geimpfte oder genesene Bewohnerinnen und Bewohner von sozialmedizinischen Einrichtungen für sechs Monate von der Maskenpflicht ausgenommen (Art. 3b Abs. 3 i.V.m. Anhang 2 Covid-VO besondere Lage).

Bei solchen selektiven Lockerungen findet – im Einklang mit der Rechtsgleichheit – eine Differenzierung aufgrund des Immunitäts- bzw. Teststatus statt. Als öffentliches Interesse an der *Aufrechterhaltung* der Massnahmen für alle ohne Zertifikat käme der Schutz von Grundrechten Dritter in Frage (bzw. die Aufhebung von Grundrechtseinschränkungen). Je nach Sachbereich würde eine Rechtsgrundlage auf Verordnungsstufe grundsätzlich genügen, da nicht neue Einschränkung eingeführt, sondern bestehende Einschränkungen gelockert werden. Das gilt beispielsweise für die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr. Gerade dieses Beispiel zeigt aber auch, dass die *Umsetzung* einer solchen selektiven Lockerung mit erheblichen Problemen und zusätzlichen rechtlichen Herausforderungen verbunden wäre. Denn um die effektive Umsetzung einer *partiellen* Maskenpflicht sicherzustellen, müssten Nicht-Maskenträger zumindest stichprobenweise ihr Covid-Zertifikat vorlegen. Damit wären Gesundheitsdaten betroffen, die besonders schützenswert sind. Es stellen sich zudem Fragen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit einer solchen Unterscheidung. Insbesondere das öffentliche Interesse verlangt auch die Berücksichtigung anderer Aspekte wie etwa des öffentlichen Friedens oder (im Sinne der öffentlichen Ordnung) des reibungslosen Funktionierens des Transportwesens (das bei regelmässigen Kontrollen von Nicht-Maskenträgerinnen und -trägern kompromittiert sein könnte). Im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeit wäre bei der Eignung auch die praktische Umsetzung zu prüfen: Eine Massnahme, die nicht umgesetzt werden kann, ist kaum geeignet. Weniger problematisch wäre in dieser Konstellation immerhin die Frage der Zumutbarkeit. Aus Sicht der Zertifikatsträger dürfte diese gegeben sein: Wenn ihnen der Verzicht auf die Maske das Vorweisen eines Zertifikats wert ist, dann tragen sie keine Maske; ansonsten behalten sie die Maske an und müssen kein Zertifikat vorweisen.

(ii) Alternativ oder kumulativ könnten bisher sistierte oder eingeschränkte Angebote selektiv für Trägerinnen und Träger eines entsprechenden Nachweises wieder zugänglich gemacht werden. Adressaten wären hier die Erbringer spezifischer Leistungen (wie Grossveranstaltungen oder Clubs und Diskotheken, aber auch Kulturveranstaltungen oder private Dienstleistungen). Dabei kann es sich sowohl um private wie auch öffentliche Angebote handeln. In beiden Fällen wäre eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn aufgrund des Legalitätsprinzips angezeigt.

2.2.2 Zuständigkeit Kanton

2.2.2.1 Allgemeine Bemerkungen zur Kompetenzverteilung

Die Corona-Pandemie hat in Bezug auf die föderalistische Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen zahlreiche Fragen aufgeworfen. *Bundeskompetenzen* sind in der Verfassung einzeln und abschliessend aufgezählt (Art. 42 BV); im Sinne einer subsidiären Generalkompetenz sind die *Kantone* für alle Aufgabenbereiche zuständig, die nicht (oder noch nicht) dem Bund zugewiesen sind (Art. 3 BV). Grundsätzlich besitzt der Bund im Bereich der Gesundheitspolitik nur *punktuellen Kompetenzen*; für das Gesundheitswesen und insbesondere das Spitalwesen sind primär die Kantone zuständig. Gemäss Art. 118 Abs. 1 BV trifft der Bund «im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit». Durch diese Bestimmung allein werden aber keine Bundeskompetenzen *geschaffen*; sie verweist lediglich auf bereits anderweitig begründete Zuständigkeiten. Eine solche Zuständigkeit des Bundes besteht im Bereich der Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Mensch und Tier (Art. 118 Abs. 2 lit. b BV). Hat der Bund in diesem Bereich legiferiert, besteht für abweichende kantonale Regelungen *kein Raum* mehr. Primäre Umsetzungserlasse dieser Bundesaufgabe sind im Humanbereich das Epidemien- und die Epidemienverordnung; auch das Covid-19-Gesetz stützt sich teilweise auf diese Kompetenz.

Bei Art. 118 Abs. 2 lit. b BV handelt es sich um eine *Gesetzgebungskompetenz*; die Vollzugskompetenz liegt dagegen bei den Kantonen. Die Kantone sind die hauptsächlichen Vollzugsorgane. Grundsätzlich sind deshalb die Kantone zuständig für Anordnung und Durchsetzung von Massnahmen gegenüber einzelnen Personen (Art. 31 f. EpG) und gegenüber der Bevölkerung und bestimmten Personengruppen (Art. 40 EpG).

In diesem Zusammenhang können die Kantone beispielsweise Veranstaltungen verbieten oder einschränken, Schulen, andere öffentliche Institutionen und private Unternehmen schliessen oder Vorschriften zum Betrieb verfügen, oder das Betreten und Verlassen bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmte Aktivitäten an definierten Orten verbieten oder einschränken. Das gilt für alle epidemiologischen Situationen – also nicht nur in der normalen, sondern auch in der besonderen und der ausserordentlichen Lage. Dem Bund wird für die besondere und ausserordentliche Lage einzig die Befugnis übertragen, selbst die erforderlichen Massnahmen *anzuordnen*.

Zusammenfassend gilt, dass die Gesetzgebungskompetenz im Bereich übertragbarer Krankheiten beim Bund liegt; macht er davon Gebrauch, besteht für die Kantone Spielraum nur dann, wenn der Bund ihnen diesen zugesteht. Für den Vollzug der Bundesvorgaben bleiben aber grundsätzlich die Kantone zuständig.

2.2.2.2 Umsetzung in der Corona-Krise

Angesichts des zeitlichen und politischen Drucks und der rechtlichen Komplexität hat sich die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen zunehmend etabliert,

nachdem insbesondere zu Beginn die Anliegen und die Mitsprache der Kantone zu kurz kamen.

Auch *nach* der Aufhebung der ausserordentlichen Lage und der Rückkehr zum verfassungsmässigen Zuständigkeitsregime bleibt aber die Kompetenzenverteilung bei der Pandemienbekämpfung im Einzelfall komplex. Mit verschiedenen Verordnungen hat der Bundesrat zahlreiche Massnahmen gegenüber Personen erlassen (im öffentlichen Verkehr, im öffentlichen Raum, bzgl. Quarantäne, für die Gastronomie, Sport, Kultur etc.).² Es gilt aber weiterhin der Grundsatz, dass die Kantone ihre (Vollzugs-)Zuständigkeiten behalten, sofern die einschlägigen Bundesvorschriften (insbes. Covid-Gesetz und Covid-Verordnungen) nichts anderes bestimmen. Auch in diesen Bereichen sind kantonale Abweichungen also nur möglich, wenn sie mit den Bundesvorgaben vereinbar bzw. durch diese vorgesehen sind. Zugleich räumt die Covid-VO des Bundes den Kantonen unter bestimmten Voraussetzungen auch explizit das *Recht* auf Abweichungen oder Ausnahmen ein.

So gewährt der Bundesrat seit Aufhebung der ausserordentlichen Lage mit Effekt vom 19. Juni 2020 den Kantonen die Kompetenz, bei einer Verschlechterung der epidemiologischen Lage oder bei einer Überlastung des Contact-Tracing die bundesrätlichen Vorgaben zu *verschärfen*. Mit Verweis auf Art. 40 EpG kann ein Kanton etwa für eine begrenzte Zeit vorsehen, dass die Anzahl Gäste, Besucherinnen und Besucher oder Teilnehmerinnen und Teilnehmer in Einrichtungen und Betrieben sowie an Veranstaltungen über die Vorgaben der bundesrätlichen Verordnung hinaus beschränkt wird, oder dass der Schulbetrieb reduziert oder eingestellt wird.³ Von dieser Möglichkeit haben verschiedene Kantone wiederholt Gebrauch gemacht, so auch der Kanton Zürich. Mit dem letzten Öffnungsschritt des Bundes hat Zürich auf diese Verschärfungen auf kantonaler Ebene verzichtet, zuerst noch mit Ausnahme der Maskenpflicht in der Schule.⁴

Die Massnahmen, die ein Kanton unter Art. 40 EpG ergreifen kann, sind nicht abschliessend aufgezählt. Damit steht es einem Kanton auch offen, Massnahmen wieder einzuführen, welche auf Bundesebene aufgehoben wurden, sofern der Bund dies nicht ausschliesst. So wäre es denkbar, dass ein Kanton selektiv eine Maskenpflicht einführt, nachdem eine solche Pflicht auf Bundesebene aufgehoben wurde – etwa zum Schutz derjenigen, die sich noch nicht impfen lassen *konnten* (wie etwa Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren). Als Rechtsgrundlage dürfte eine Verordnung genügen (wie bisher die kantonale Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie).

Die Kantone haben unter dem aktuellen Covid-Regime aber auch die Kompetenz, die bundesrätlichen Vorgaben bezüglich Schutzkonzepte, Kontaktdaten, Veranstaltungen

² So insbes. Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 19. Juni 2020, SR 818.101.26.

³ Art. 8 Abs. 1 Covid-19 VO besondere Lage i.V.m. Art. 40 EpG. Vorbehalten werden dabei namentlich die Ausübung der politischen Rechte sowie der Glaubens- und Gewissensfreiheit. (Art. 8 Abs. 2 Covid-19 VO bes. Lage).

⁴ <https://www.nzz.ch/zuerich/die-maskentragpflicht-fuer-kinder-gilt-noch-mindestens-bis-zu-den-sommerferien-obwohl-laut-regierung-nur-noch-bundesmassnahmen-gelten-sollten-ld.1627904ld.1627904..Vgl. allerdings AN.2021.00004vom 3. Juni 2021.>

zu *lockern*. Diese Möglichkeit findet sich in Art. 7 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 13.5.2021). Voraussetzung dafür ist ein überwiegendes öffentliches Interesse, eine Entspannung bei den einschlägigen epidemiologischen Indikatoren sowie effektive Schutzkonzepte von Betreibern und Veranstaltern. Die Lockerungskompetenz erstreckt sich aber wohl nur auf die besonderen Bestimmungen für Veranstaltungen, die Maskenpflicht erfährt eine gesonderte Regelung.⁵ Inzwischen ist auf gesetzlicher Stufe auch ein *Anspruch* auf Erleichterungen für jene Kantone verankert, die eine stabile oder rückläufige epidemiologische Lage aufweisen und eine Covid-19-Teststrategie oder andere geeignete Massnahmen zur Bewältigung der Epidemie anwenden.⁶

2.2.2.3 Einsatz des Covid-Zertifikats

Mit der Änderung vom 19. März 2021 des Covid-Gesetzes hat der Bundesrat die Kompetenz erhalten, die Anforderungen an den Nachweis einer Covid-19-Impfung, einer Covid-19-Genesung oder eines Covid-19-Testergebnisses festzulegen (Art. 6a CovidG).⁷ Diese Kompetenz ist wohl *eng* auszulegen: Sie dürfte sich auf die technisch-formalen Anforderungen beschränken, nicht aber für konkreten Voraussetzungen für den Einsatz eines solchen Nachweises. Um diesen Einsatz zu regeln, wäre eine separate gesetzliche Grundlage erforderlich.

Der Spielraum für die Kantone unter der aktuellen Rechtslage gilt grundsätzlich auch für mögliche Erleichterungen oder Einschränkungen für Geimpfte, Genesene oder Getestete, und damit auch für den Einsatz des Covid-Zertifikats. Wo der Bund eine abschliessende Regelung erlassen hat oder erlassen wird, besteht kein kantonaler Handlungsspielraum. So ist das Quarantäneverbot für Geimpfte (Art. 3a Covid-Gesetz) für die Kantone verbindlich, Ausnahmen kann nur der Bundesrat statuieren. Spiegelbildlich gilt das Quarantänegebot für alle Nichtgeimpften ebenfalls kraft Bundesrecht (vgl. Art. 7 Abs. 1 Covid-VO bes. Lage).

Erleichterungen gestützt auf den Immunitätsstatus wären aber zulässig bei der Lockerung genereller Schutzkonzepte für öffentlich zugängliche Einrichtungen und Betriebe, einschliesslich Bildungseinrichtungen, sowie für die Organisatoren von Veranstaltungen, sofern die bundesrechtlichen Erfordernisse des öffentlichen Interesses, der epidemiologischen Entspannung und eines Schutzkonzepts erfüllt sind (Art.

⁵ Gemäss Verweisregelung in Art. 7 Covid-VO Besondere Lage kann die zuständige kantonale Behörde u.a. Erleichterungen gewähren in den Bereichen politische Körperschaften und Kundgebungen (Art. 6c), Bildungseinrichtungen (Art. 6d), Sport (Art. 6e) und Kultur (Art. 6f). In diesen Bereichen ist eine Maskenpflicht vorgesehen; ob diese aber vom Verweis in Art. 7 mit erfasst wird (und damit durch die Kantone gelockert werden könnte), ist fraglich, denn in Art. 6c-f wird für *Ausnahmen* von der Maskenpflicht jeweils auf Art. 3b verwiesen (so etwa bei Bildungseinrichtungen in Art. 6d Abs. 3 lit. a), also auf eine Bestimmung, die *nicht* von Art. 7 abgedeckt ist. Auch in Bezug auf die *Schutzkonzepte* (Art. 4) ist der Umfang der kantonalen Erleichterungskompetenz nicht ganz klar. Art. 7 verweist auch auf Art. 4 Abs. 2-4 für mögliche kantonale Erleichterungen. In Art. 4 Abs. 2 wird im Kontext der Schutzkonzepte aber nur Bezug genommen auf die Pflicht zur Gewährleistung der *Einhaltung* der Maskenpflicht, nicht auf die Maskenpflicht selbst.

⁶ Art. 8a CovidG eingefügt durch Ziff. I des BG vom 19. März 2021 (Härtefälle, Arbeitslosenversicherung, familienergänzende Kinderbetreuung, Kulturschaffende, Veranstaltungen), in Kraft vom 20. März 2021 bis zum 31. Dez. 2021 (AS 2021 153; BBl 2021 285).

⁷ Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 19. März 2021 (Härtefälle, Arbeitslosenversicherung, familienergänzende Kinderbetreuung, Kulturschaffende, Veranstaltungen), in Kraft vom 20. März 2021 bis zum 31. Dez. 2022 (AS 2021 153; BBl 2021 285).

7 Covid-19-VO besondere Lage). Spielraum besteht mutmasslich auch für die Obergrenzen generell bei Veranstaltungen und speziell bei religiösen Veranstaltungen, Bestattungen, Publikumsveranstaltungen, bei Bildungseinrichtungen, Sportveranstaltungen und Gesangsaufführungen oder -übungen.

Zurzeit sind die bundesrechtlichen Regelungen betreffend den Einsatz des Covid-Zertifikats in Diskussion und Erarbeitung. An seiner Medienkonferenz vom 19. Mai 2021 hat der Bundesrat den geplanten Einsatz eines Covid-Zertifikats umrissen. Art. 6a Covid-Gesetz schreibt u.a. vor, dass die Überprüfung eines solchen Zertifikats unter Einhaltung des Datenschutzes sowie dezentral erfolgen muss. Die Kompetenz, den *Anwendungsbereich* eines solchen Zertifikats festzulegen, wird hingegen nicht explizit geregelt. Als implizite Grundlage dient wohl die allgemeine Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich der Epidemienbekämpfung. Es ist aber *fraglich*, ob diese die geplanten Regelungen gänzlich abdecken kann, insbesondere in jenen Bereichen, in denen der Einsatz eines Zertifikats untersagt wird oder nicht erfolgen soll.

Der Bundesrat schlägt vor, für die Anwendung des Zertifikats *drei Bereiche* zu unterscheiden. Offenbar soll dies durch eine Revision der Covid-19-Verordnung besondere Lage geschehen.

Grüner Bereich

Der *grüne* Bereich soll «Orte des alltäglichen Lebens und Kontakte mit Behörden» umfassen; als Beispiele werden «private und religiöse Veranstaltungen, der öffentliche Verkehr, Läden, der Arbeitsplatz oder Schulen» genannt. Hier soll die Verwendung des Zertifikats explizit ausgeschlossen sein, weil es sich «um staatliche Aufgaben oder elementare Freiheits- und Grundrechte handelt».

Damit wird vordergründig weitgehend auf die Differenzierung von staatlicher und privater Sphäre verzichtet: Denn Läden, Arbeitsplätze und private Veranstaltungen gehören nicht zum öffentlich-rechtlichen Bereich. Sie fallen grundsätzlich auch nicht in den Schutzbereich «elementarer Freiheits- und Grundrechte», da Grundrechtsansprüche sich primär an den Staat richten. Der Bundesrat würde mit der vorgeschlagenen Regelung unmittelbar in die Rechtsbeziehungen Privater eingreifen, indem er etwa einer Ladenbesitzerin *verbietet*, den Zutritt zu ihrem Laden von einem Immunitätsnachweis abhängig zu machen.

Mit der Regelung der Covid-App besteht hierfür ein Präzedenzfall: Gemäss Art. 60a EpG ist es Behörden, Unternehmen und Einzelpersonen verboten, bei ihrer Leistungserbringung nach Verwendung der Applikation zu differenzieren; abweichende Vereinbarungen sind (auch im Privatrechtsverkehr) *unwirksam*. Im Gesetzgebungsprozess wurde dabei nur thematisiert, ob die zwingende *Teilnahme am Proximity-Tracing-System* zulässig wäre.⁸ Ob es zulässig ist, den Gebrauch der Applikation im privaten

⁸ Die Frage wurde offengelassen: Schweizerischer Bundesrat, *Botschaft zu einer dringlichen Änderung des Epidemiengesetzes im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Proximity-Tracing-System)*, BBl 2020 4461, 4473, Bern, 20. Mai 2020.

Arbeitsverhältnis, bei Restaurantbesuchen, im Fitnesszentrum, bei privaten Dienstleistungen und Angeboten zu verbieten, wurde nicht erörtert, obwohl damit ein Eingriff in die Privatautonomie verbunden ist. In Bezug auf die Verfassungsmässigkeit und die Regelungskompetenz wurde pauschal auf Art. 118 Abs. 2 lit. b BV verwiesen. Diese Bestimmung räumt dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zur *Bekämpfung* ansteckender Krankheiten ein. Es ist fraglich, ob das Verbot, im Privatverkehr den Einsatz der Covid-App zu verlangen, von dieser Kompetenz erfasst wird; ein solches Verbot lässt sich unter keine der einschlägigen, im Epidemiengesetz aufgeführten Massnahmen zur Krankheitsbekämpfung (Art. 33-38, 40) subsumieren – es ging vielmehr darum, eine Massnahme der Krankheitsbekämpfung u.a. aus datenschutzrechtlichen Gründen zu *verbieten*.

Die gleichen Vorbehalte i.S. Gesetzgebungskompetenz bestehen auch gegenüber der angedachten Regelung im «grünen Bereich», sofern diese in substantieller Weise auch den privatrechtlichen Verkehr regulieren will. Es ist fraglich, ob diese Absicht besteht. Intendiert ist wohl eher, den Einsatz des Zertifikats im Bereich der Grundbedürfnisse auszuschliessen. Die bundesrätliche Vorgabe würde so den Bereich staatlicher Leistungen umfassen, Bereiche mit besonderem Grundrechtsschutz (wie Religion) sowie den täglichen Grundbedarf. Unklar bleibt, ob der Bundesrat im grünen Bereich an den bisherigen Schutzmassnahmen festhalten will, oder ob er diese – und unter welchem Zeithorizont – in diesem Bereich ebenfalls aufheben will.

Zentral ist dabei, ob der Bund im grünen Bereich selbst reguliert oder auf eine Regulierung verzichtet. Bei einem Verzicht – und mutmasslich nur dann – bleiben Fragen offen in Bezug auf die kantonalen Kompetenzen. Gemäss Art. 40 EpG liegt es in der Kompetenz der Kantone, zur Krankheitsbekämpfung Veranstaltungen zu verbieten oder einzuschränken, öffentliche Institutionen oder private Unternehmen zu schliessen oder Vorschriften zum Betrieb zu verfügen, sowie das Betreten und Verlassen bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmte Aktivitäten an definierten Orten zu verbieten oder zu limitieren. Zugleich räumt Art. 8a Covid-Gesetz den Kantonen implizit das Recht ein, «andere geeignete Massnahmen zur Bewältigung der Epidemie anzuwenden». Unter Umständen kann daraus in der Folge auch ein Anspruch auf kantonale Erleichterungen entstehen. Art. 7 und 8 der Covid-VO besondere Lage erlauben den Kantonen ebenfalls, (bewilligungspflichtige) *Erleichterungen* einzuführen oder selbständig Massnahmen zu *verschärfen*. Sie können sogar zur Differenzierung nach Immunitätsstatus angehalten sein durch ihre Pflicht, stets die mildestmögliche Einschränkung im Umgang mit der Pandemie zu wählen, ebenso wie durch ihre Pflicht zur rechtsgleichen bzw. differenzierenden Behandlung: Denn diese würde u.U. verlangen, dass Immune und Getestete aufgrund sachlicher Unterschiede anders behandelt werden *müssen*.

Auch in Hinblick auf die während der Epidemie stets betonte Berücksichtigung der regionalen oder lokalen Gegebenheiten wäre es deshalb sinnvoll, den Kantonen beim *Verbot* von Immunitätsausweisen einen Spielraum einzuräumen, damit auch auf geographisch beschränkte Ereignisse schnell reagiert werden kann (sodass anstelle der Schliessung einer Institution oder die Kapazitätsbeschränkung eine temporäre

Zertifikatspflicht als *mildere* und schnell umsetzbare Massnahme verfügt werden kann, etwa im sekundären und tertiären Bildungsbereich). Es fällt auf, dass im Kontext des grünen Bereichs auf das Szenario einer möglichen *Verschlechterung* der epidemiologischen Lage und der Überlastung des Gesundheitssystems *nicht* eingegangen wird – im Gegensatz zum orangen Bereich.

Die Kantone sollten deshalb auch im grünen Bereich die Möglichkeit haben, im Rahmen ihrer bestehenden (und vom Bund dann nicht eingeschränkten) Kompetenzen auf das Zertifikat zurückgreifen zu können, um den Zugang zu verschiedenen Institutionen situationsgerecht regulieren zu können. Ein solcher Rückgriff müsste, wie bei allen staatlichen Handlungen oder Eingriffen, grundrechtskonform sein. Da mit der Verwendung des Zertifikats neue Massnahmen bzw. Differenzierungen eingeführt würden, müsste eine entsprechende gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Zwar kann sich der Kanton hier auf die im EpG statuierten Kompetenzen stützen; eine explizite (formal-)gesetzliche Grundlage wäre aufgrund des Legalitätsprinzips angezeigt.

Oranger Bereich

In den orangen Bereich sollen Orte fallen, «die nicht ganz alltäglich sind, aber von sehr vielen Menschen aufgesucht werden». Als Beispiele nennt der Bundesrat Bars und Restaurants, Veranstaltungen, Freizeit-, Sport- und Unterhaltungsbetriebe, Sport- und Kulturvereine oder der Besuch von Spitälern und Heimen. Hier will der Bundesrat nun zwischen (a) Privatautonomie und (b) staatlichen Vorgaben unterscheiden.

(a) Unabhängig von behördlichen Vorgaben sollen im orangen Bereich gewisse Anbieter autonom über die Verwendung von Zertifikaten entscheiden können. In diesem Bereich ist zuerst die *Abgrenzung* zum grünen Bereich mit Bezug auf die Akteure nicht klar (*Läden* fallen in den grünen Bereich, aber *keine* Gastronomiebetriebe). Bei Pflegeheimen und Spitälern handelt es sich zudem häufig um öffentliche Einrichtungen, die Differenzierung nach Immunitätsstatus müsste hier auch aus grundrechtlicher Sicht geprüft werden.

Unklar ist ebenfalls, wie eine normative Regelung des orangen Bereichs konkret aussehen könnte. Die partielle Ausnahme von Hygiene- und Schutzmassnahmen (also etwa Aufheben der Maskenpflicht bei Zertifikatserfordernis) würde eine Anpassung der Covid-19 Verordnung voraussetzen (Art. 3b); in jenen Lokalitäten, die kein Zertifikat verlangen, würden die Hygiene- und Schutzmassnahmen aber weiterhin gelten. Die Umsetzung dieser unterschiedlichen Regelungen in der Praxis wäre nicht einfach.

(b) Während Privaten das Recht eingeräumt wird, ein Zertifikat zu verlangen, sollen im orangen Bereich grundsätzlich keine bindenden *staatlichen* Vorschriften für die Verwendung oder Nichtverwendung des Zertifikats ergehen. Orte und Betriebe im orangen Bereich wurden inzwischen wieder geöffnet; der Zugang steht (unter Beibehaltung der aktuell geltenden Schutzkonzepten) allen offen. Im Falle einer epidemiologischen Verschlechterung aber könnte dann *ex post* der Zugang gesetzlich und für

alle Anbieter auf Zertifikatsträgerinnen und -träger beschränkt werden. Eine solche epidemiologische Verschlechterung dürfte zumindest in der Stabilisierungsphase *regionaler oder lokaler* Natur sein. Sinnvollerweise läge die Kompetenz zur nachträglichen Einführung des Zertifikatserfordernis deshalb bei den Kantonen. Diese wären mutmasslich bereits durch Art. 8 Covid-19 VO bes. Lage ermächtigt, entsprechende Einschränkungen einzuführen. Eine Lösung auf *Bundesebene* wäre wohl nur bei der Rückkehr in die *Schutzphase* gerechtfertigt (vgl. die Regulierung von Restaurants 2020/21 zuerst auf Kantons- und dann auf Bundesebene).

Würde im Nachhinein für den orangen Bereich eine Zertifikatspflicht eingeführt, so würde es sich um die Einführung einer Massnahme zur Krankheitsbekämpfung handeln. Der Bund verfügt in diesem Bereich bereits über die notwendige Kompetenz und könnte die Covid-19 Verordnung entsprechend anpassen. Ob abweichende kantonale Regelungen möglich blieben, hinge dann von der konkreten Ausgestaltung der bundesrechtlichen Vorgaben ab (vgl. Art. 7 und 8 Covid-VO besondere Lage).

Roter Bereich

Im roten Bereich soll das Zertifikatserfordernis *zwingende Voraussetzung* für die Wiederöffnung oder für weitere Öffnungsschritte sein. Der *internationale Personenverkehr*, Grossveranstaltungen sowie Diskotheken werden als Beispiele genannt. Der internationale Personenverkehr entzieht sich der kantonalen (und bis zu einem gewissen Grad auch der nationalen) Regelung. Für die Regelung von *Veranstaltungen und Clubs* verfügt der Bund über die notwendige Kompetenz zur Gesetzgebung, da es sich bei der *Zertifikatserfordernis* um eine Massnahme zur Krankheitsbekämpfung handelt. Der Bund hat für gewisse Veranstaltungen, die in diesen roten Bereich fallen dürften, bereits gesetzliche Vorschriften erlassen: So schreibt Art. 1 Anhang 3 Covid-VO besondere Lage vor, dass die Organisatoren von Grossveranstaltungen die Zutrittsberechtigung anhand eines Covid-19-Zertifikats kontrollieren muss, sobald dieses Zertifikat eingeführt wurde.

Unklar ist, wie sich das Zertifikatserfordernis im roten Bereich auf die bisherigen Schutzvorschriften auswirkt. Solange etwa die Maskenpflicht weiterhin durch den Bund vorgeschrieben ist, stellt sich die Frage auf kantonaler Ebene vermutlich nicht. Wenn aber die Maskenpflicht auf Bundesebene im roten Bereich aufgehoben wird, ist die (Wieder-)Einführung als kantonale Massnahme zumindest in Bezug auf die Kompetenz wohl nicht ausgeschlossen. Es wäre dann aber fraglich, ob eine Maskenpflicht im roten Bereich weiterhin *erforderlich* (und damit zulässig) wäre, wenn nur getestete, geimpfte oder genesene Personen überhaupt Zutritt zu diesen Veranstaltungen haben. Trotzdem wäre es sicher sinnvoll, wenn den Kantonen ein gewisser Regelungsspielraum insbesondere für eine mögliche Verschärfung eingeräumt würde analog der bisher bestehenden Regelung in Art. 8 Covid-VO besondere Lage, da gerade bei Grossveranstaltungen die Kantone in unterschiedlichem Masse betroffen sind. Selektive *Erleichterungen* auf kantonaler Ebene hingegen wären auf föderalistischer Sicht eher problematisch, da sie zu ungewünschten Sogwirkungen führen

könnten. Es bestünde die Gefahr, dass die Kantone dem Druck einzelner Wirtschaftszweige nachgeben und ein föderaler Flickenteppich und Wettbewerbsverzerrungen entstehen würde.

2.2.3 *Folgerungen*

- Die Bekämpfung ansteckender Krankheiten ist grundsätzlich Sache des Bundes. Den Kantonen kommt beim Vollzug eine wichtige Rolle zu. Es besteht für sie auch ein Spielraum in Bezug auf Wahl und Intensität epidemiologischer Massnahmen.
- Das Ausmass kantonaler Kompetenzen hängt stark von der konkreten gesetzlichen Regulierung des Covid-Zertifikats durch den Bund ab.
- Wenn der Bund im grünen Bereich nicht legiferiert, bleibt ein kantonaler Handlungsspielraum in diesem Bereich bestehen. Die Kantone müssten aber insbesondere eine genügende gesetzliche Grundlage schaffen und die Grundrechtskonformität möglicher Einschränkungen sicherstellen.
- Auch im orangen Bereich hängt der kantonale Spielraum von der Bundesgesetzgebung ab. Verbietet der Bund eine staatliche Regulierung hier (vorerst) explizit, verbleibt den Kantonen kein Handlungsspielraum. Dann würde der Einsatz des Zertifikats in den Grenzen der Privatautonomie den einzelnen privaten Akteuren überlassen. Erlässt der Bund aber keinerlei gesetzliche Regelung, dann könnten die Kantone im Umfang ihrer bisherigen Kompetenzen auch das Zertifikat in ihren Massnahmenkatalog einbeziehen, wobei sie hier an grundrechtliche Vorgaben gebunden wären.
- Der rote Bereich wird wohl explizit durch den Bund geregelt werden. Wichtig wäre hier, dass den Kantonen die Möglichkeit verbleibt, ihre Massnahmen den regionalen Gegebenheiten anzupassen.

3. Praktische Anwendung

3.1 Unterteilung in drei Gruppen

In den Rückmeldungen von Teilnehmenden aus den betroffenen gesellschaftlichen Bereichen zeigte sich, dass die Situationen, in denen eine Differenzierung nach Immunitätsstatus gegebenenfalls zur Anwendung kommen könnte, nicht nur je nach Organisation bzw. Betrieb, Branche und Tätigkeitsbereich stark unterschiedlich bewertet werden. Diese Bewertung variiert auch je nach konkreter Tätigkeit bzw. Aufgabe, denen sich teilweise ein und derselbe Betrieb widmet. Sie reichen von der Einschätzung, dass für bestimmte Gebiete eine Differenzierung rechtlich wie ethisch geboten ist, über die Beurteilung, dass eine solche Möglichkeit zur Erweiterung von Handlungsspielräumen und zur Sicherung der wirtschaftlichen Freiheiten einem Bedürfnis entspreche, bis hin zur Aussage, dass eine Differenzierung unerwünscht, unmöglich oder nicht zu rechtfertigen sei.

Diesen drei Sichtweisen – Ablehnung einer Differenzierung, Wunsch nach Differenzierungsmöglichkeit und Gebot der Differenzierung – sind die nachfolgenden Konkretisierungen gewidmet. Sie geben wieder, was die Personen aus den jeweiligen Bereichen in den Konsultationen, die im Rahmen der Erarbeitung des vorliegenden Diskussionspapiers mündlich oder schriftlich erfolgten, an für sie zentralen Gesichtspunkten einbrachten. Die nachfolgend beschriebenen Konstellationen entsprechen den Haltungen der jeweiligen Personen, erheben aber weder den Anspruch, alle Aspekte vollständig zu erfassen noch handelt es sich um offizielle Positionen der befragten Bereiche. Deren Liste ist zudem weder vollständig noch abschliessend. Die Ausführungen wurden den beteiligten Personen aber zur Überprüfung unterbreitet und ihre Rückmeldungen sind ebenfalls in den nachfolgenden Text eingeflossen.

Wie erwähnt beziehen sich die Ausführungen dabei ausschliesslich auf die Frage des Zugangs zu bestimmten Tätigkeiten bzw. Dienstleistungen. Nicht im Blick sind arbeitsrechtliche Aspekte zu möglichen Spielräumen für Betriebe, etwa ein Zertifikat nach 3G-Prinzip für Mitarbeitende mit Kontakt zu Kundinnen und Kunden einzusetzen. Ebenfalls nicht abgehandelt wird die Frage nach der Zulässigkeit eines Zertifikats für Mitarbeitende von Institutionen mit einem staatlichen Grundauftrag, die den Einsatz eines Zertifikats für die Aufrechterhaltung ihrer Leistungen erwägen könnten.

3.2 Differenzierung nach Immunitätsstatus unerwünscht oder unmöglich

Gewisse Bereiche oder bestimmte Tätigkeitsgebiete von Organisationen sind für die Bevölkerung und die Wahrnehmung grundlegender Rechte von zentraler Bedeutung. In diesen Bereichen bzw. für diese Tätigkeitsgebiete soll die Nutzung des Covid-Zertifikats auch nach Einschätzung beteiligten Personen weder eingefordert werden können noch den Betrieben die Möglichkeit überlassen werden, ein solches Instrument einzusetzen.

Die Diskussionen in den beiden Veranstaltungen zeigten, dass sich nicht für alle Bereiche Aussagen formulieren lassen, die jeweils für die Gesamtheit der Institution

bzw. des Betriebs gültig sind. Es herrschte vielmehr überwiegend die Auffassung, dass es in bestimmten Bereichen zu unterscheiden gelte zwischen dem möglichen Einsatz des Zertifikats für die Regulierung des *Zugangs* zur Institution (etwa im Rahmen der Gewährung von Besuchsrechten) und dem Einsatz zur Differenzierung *im Innern* der Institution (bspw. für Bestimmungen mit Blick auf eine maskenbefreite Nutzung bestimmter Räume für Personen der 3G-Gruppe). So könne sich eine Differenzierung nach Immunitätsstatus in ein und derselben Institution für bestimmte Belange als nicht praktikabel oder nicht legitimiert erweisen, während sie mit Blick auf andere Belange als geboten anzusehen sei. Diese Binnendifferenzierung ist namentlich für Institutionen der Langzeitpflege und Spitäler sowie für die Institutionen des Justizvollzugs bedeutsam, weshalb diese im Folgenden an unterschiedlichen Orten Erwähnung finden.

Der Einsatz des Zertifikats wurde von den jeweils betroffenen Personen unter anderem für die folgenden Gebiete als unerwünscht abgelehnt oder als unmöglich bezeichnet:

3.2.1 Schule (Gemeinden)

Der Zugang zum Schulunterricht an ein Covid-Zertifikat zu knüpfen, wurde von den anwesenden Personen abgelehnt. Für den obligatorischen Unterricht gelte sowohl im Bereich der Volksschule wie in Privatschulen, dass das Recht, Schulbildung zu bekommen, nicht aufgehoben werden und an eine Bedingung wie die Impfung, die Genesung oder die Vorlage eines negativen Testergebnisses geknüpft werden könne. Entsprechend wurden im Unterricht nötigenfalls allgemeine Schutzmassnahmen wie das Abstandhalten oder das Maskentragen auch weiterhin als verhältnismässig angesehen, weil sie mit vertretbarem Aufwand umgesetzt werden könnten und sich in der Praxis bewährt hätten.

Gleiches gelte für den Instrumentalunterricht und weitere kostenpflichtige schulergänzende Angebote und Schullager. Die Möglichkeit der Teilnahme an diesen Angeboten solle jedenfalls insoweit für alle Schulseitigen gewährleistet sein und nicht an ein Covid-Zertifikat geknüpft werden, wenn diese Angebote Aspekte umfassten, die der (erweiterten) schulischen Grundbildung entsprechen würden, und für die es keine alternativen Anbietenden gebe. Gesondert zu betrachten sei in diesem Fall die teilweise bereits praktizierte allgemeine Testpflicht für den Zugang zu diesen Angeboten – es gelte, einen Umgang mit dieser Möglichkeit zu finden; die Nutzung eines Zertifikats sei aber allein schon deshalb keine Alternative, weil die Impfung für die betroffene Altersgruppe noch gar nicht verfügbar sei.

Ähnlich zu beurteilen seien auch der freiwillige Schulsport und andere kostenlose, freiwillige Angebote im Schulumfeld. Grundsätzlich sei eine Differenzierung nach Immunitätsstatus für diese Form der Tätigkeit zwar denkbar. Sie betreffe nicht die Angebote der Schule, deren Vorenthalten den Betroffenen die Wahrnehmung grundlegender Rechte verunmögliche. Bei bestimmten Tätigkeiten habe die Differenzierung nach Immunitätsstatus den Vorteil, dass sie überhaupt wieder ohne Einschränkungen ausgeübt werden könnten. Allerdings stellten sich Fragen der Diskriminierung bzw. der

Ausgrenzung und der Praktikabilität: Es sei zu bedenken, dass Kinder und teilweise Jugendliche in vielen Fällen nicht selbst wählten, ob sie sich impfen lassen wollten, sondern in diesen Fragen vom Urteil und den Präferenzen bzw. Einstellungen ihrer Eltern abhängig seien. Ihr Ausschluss von den fraglichen Aktivitäten könnte daher in manchen Fällen zu einer Ausgrenzung zum Schaden der betroffenen Person führen. Für die in diesem Bereich zur Diskussion stehenden Angebote bestünde auch einfache Alternativen zum Immunitätsnachweis in Form der erprobten Schutzkonzepte. Zu bedenken sei, dass es sich beim freiwilligen Schulsport um ein wichtiges niederschwelliges Sport- und Bewegungsförderprogramm handle, dank dem vor allem auch Kinder- und Jugendliche erreicht werden könnten, die sich ungenügend bewegten, insbesondere Mädchen mit Migrationshintergrund. Der gesundheitliche Wert dieser Angebote sei deshalb hoch einzuschätzen. Aus diesen Gründen werde der Einsatz eines Covid-Zertifikats für diese Tätigkeiten abgelehnt.

Nicht geeignet für den Einsatz eines Covid-Zertifikats seien auch Aktivitäten im Bereich der Elternmitwirkung bzw. des Kontakts zwischen schulischen Einrichtungen und Eltern. Beides seien unverzichtbare Elemente einer funktionierenden und die Gleichbehandlung aller Schulseitigen berücksichtigenden schulischen Praxis; sowohl die Elternkontakte als auch die Elternmitwirkung seien für die Schule von zentraler Bedeutung, und es bestünde zu ihrer Wahrnehmung im Kontext der Schule keine Alternativen. Auch hier gelte es daher, an bestehenden Schutzkonzepten festzuhalten.

3.2.2 Hochschulen

Die Diskussion rund um den Einsatz eines Covid-Zertifikats an Hochschulen weist nach Einschätzung der Universität Zürich (UZH) unterschiedliche Facetten auf. Auch wenn es rechtlich grundsätzlich möglich wäre, Studierende vom Zugang zu Lehrveranstaltungen in den Räumlichkeiten einer Hochschule auszuschliessen, stünden organisatorisch und nicht zuletzt kulturell einem solchen Vorgehen hohe Hürden im Weg. Die Hochschulen seien bestrebt, möglichst ab Beginn des Herbstsemesters 2021 zum Präsenzunterricht mit vollbesetzten Hörsälen zurückzukehren – wofür Schutzkonzepte umsetzungsbereit seien, die namentlich der Verfügbarkeit und dem Tragen von Masken, aber auch dem regelmässigen Testen möglichst vieler Hochschulangehöriger zentrale Bedeutung beimessen würden. Tatsächlich zeige sich, dass die Rückkehr zum Präsenzunterricht gerade für jüngere Studierende, die nicht selten ihr gesamtes bisheriges Studium ausserhalb der Hörsäle absolviert hätten, aus zahlreichen Gründen wichtig sei – nicht zuletzt auch aus Gründen der psychischen Gesundheit.

Ein beachtenswerter Aspekt betreffe die Frage nach der Gleichbehandlung unterschiedlicher Unterrichtsformen. Während eine Differenzierung nach Immunitätsstatus – mit einem gleichwertigen Online-Angebot für ausgeschlossene Studierende – für reguläre Lehrveranstaltungen denkbar sei, lasse sich für praktische Einheiten in Labors oder auch für Praktika in Betrieben oder Schulen keine gleichwertige Alternative anbieten. Für die UZH stelle sich die Frage, wie diesfalls mit einer Differenzierung zu verfahren wäre.

Wie andere Organisationen sehe sich auch die UZH mit der Frage konfrontiert, wie sie die Studierenden beim Zutritt zu ihren Räumlichkeiten kontrollieren könnte. Die Notwendigkeit einer Kontrolle werfe praktische ebenso wie kulturelle Fragen auf, würden doch Universitätsangehörige aus dem Lehrkörper, dem Mittelbau oder Angehörige des administrativen und technischen Personals verpflichtet werden, Kontrollfunktionen innerhalb des Betriebs zu übernehmen, die ihr Verhältnis zu den Studierenden beeinträchtigten. Auch handle es sich bei Hochschulen wie der UZH um dezentrale Organisationen, die eine einheitliche Praxis an all ihren Standorten kaum mit verhältnismässigem Aufwand gewährleisten könnten. Faktisch seien allfällige Kontrollen nach Einschätzung der UZH lediglich als Stichproben möglich. Weil nicht alle Anwesenden von der Kontrolle erfasst würden, liefe dies dem Grundgedanken des Covid-Zertifikats zuwider, sofern mit diesem die Absicht verfolgt werde, Räume vollständig zu sichern. Nicht praktikabel sei die Kontrolle durch Mitarbeitende und Mittelbauangehörige auch deshalb, weil sonst ein nicht allein die Hochschulen potenziell betreffendes Szenario denkbar sei, wonach nicht immune Mitarbeitende, die oft auch in Teams mit Studierenden zusammenarbeiten würden, die Immunität der Studierenden kontrollieren müssten – was eine kaum tragbare, letztlich hierarchische Differenzierung implizierte.

Aus Sicht der UZH erweist sich die Nutzung des Covid-Zertifikats als nicht praktikabel. Sie sei zudem auch aus teils grundsätzlichen Erwägungen für die Organisation unerwünscht. Der Einsatz des Zertifikats sei daher nicht aus eigenem Antrieb, sondern höchstens als Vollzug einer politischen Entscheidung denkbar.

3.2.3 *Gemeinden*

Gemeinden seien nach Einschätzung ihrer Vertreterinnen und Vertreter überall dort, wo sie mittels Versammlungen und weiteren Prozessen der politischen Willensbildung die politische Beteiligung von Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern zu ermöglichen haben, an das Gebot der Gleichbehandlung gebunden. Es müssten alle potenziell Beteiligten die tatsächliche Möglichkeit zur Teilnahme bekommen. Eine Differenzierung nach Immunitätsstatus verbiete sich für diese Tätigkeiten, genauso wie die zahlenmässige Beschränkung des Zugangs zu entsprechenden Veranstaltungen (Gemeindeversammlungen). Aus Gründen der Stigmatisierung sei auch kaum vorstellbar, entsprechende Räume in Sektoren für eine 3G-Gruppe und eine Nicht-3G-Gruppe zu unterteilen.

Für die Gemeinden stelle sich mit Blick auf das Covid-Zertifikat die Frage, wie sie mit ihrer Rolle als Bewilligungsinstanz für zahlreiche Anlässe umgehen sollten. Hier sei bei einer Forderung nach dem Einsatz des Zertifikats als mögliche Bewilligungsbedingung eine uneinheitliche Praxis zu befürchten. Sollte es den Gemeinden überlassen bleiben, die entsprechenden Bereiche je für sich zu definieren, sei eine solche Uneinheitlichkeit zu erwarten – und mit ihr einhergehend gerade für kleinere Gemeinden unerwünschte Drucksituationen. Auch wenn möglicherweise grössere Gemeinden bzw. Städte ein Interesse daran haben könnten, die entsprechenden Möglichkeiten als Bewilligungsinstanz nutzen zu können, spreche doch vieles für eine einheitliche, vom

Kanton vorgegebene Definition der Bereiche bzw. Anlässe, für die ein Einsatz des Zertifikats möglich sei. Vorstellbar seien allenfalls Ausnahmen für die beiden grossen Städte Zürich und Winterthur.

3.2.4 *Justizvollzug*

In einer komplexen Situation befinden sich Institutionen des Justizvollzugs. Sie seien sowohl mit Konstellationen konfrontiert, in denen eine Differenzierung nach Immunitätsstatus auszuschliessen sei, als auch mit Aspekten ihrer Tätigkeit, für die sie eine solche Differenzierung als geboten erachteten (vgl. dazu deshalb auch Kapitel 3.4). In beiden Fällen resultiere die entsprechende Obliegenheit aus den besonderen Fürsorgepflichten, die den Institutionen als Vollzugsorgane staatlicher Anordnungen (Freiheitsentzug) erwachsen würden. Erhöht werde die Komplexität für diese Institutionen dadurch, dass sie möglicherweise aufgrund internationaler Erfahrungen mit einer eher geringen Durchimpfungsrate rechneten und eine Fluktuation unter den Inhaftierten (Neueintritte, Verlegungen und Entlassungen) bewältigen müssten. Zugleich sei jedoch die Erlangung einer Herdenimmunität aufgrund der Schwierigkeit, ein Infektionsgeschehen unter Inhaftierten zu bewältigen bzw. im Rahmen des Vollzugssettings einzudämmen, für die Institutionen des Justizvollzugs von besonderer Wichtigkeit. Bei fehlender Herdenimmunität seien zudem sowohl Mitarbeitende und inhaftierte Personen, die bei Eintritt noch nicht über einen Immunitätsschutz verfügen, einem höheren Ansteckungsrisiko ausgesetzt.

Bereits heute würden aus Verhältnismässigkeitsgründen einzelne Differenzierungen umgesetzt. Dies betreffe beispielsweise die Quarantäne nach Hafturlaub. Bislang hätten alle Gefangene nach einem unbegleiteten Verlassen der Vollzugsanstalt mehrere Tage in Quarantäne verbringen müssen. Eine solche Quarantäne sei gerade im Vollzugskontext eine besondere Belastung und weise deswegen eine hohe Eingriffsintensität auf. Mittlerweile sei diese Quarantänenpflicht daher für geimpfte Inhaftierte (teilweise) aufgehoben.

Ausgeschlossen sei nach Meinung der Zuständigen die Differenzierung allem voran mit Blick auf das Recht der inhaftierten Personen, Besuch zu empfangen. Die Institutionen dürften dabei den grundsätzlichen Zugang zu den Inhaftierten im Rahmen ihrer Besuchsrechte nicht an den Immunitätsstatus der Besuchenden knüpfen, da dies mit der alternativlosen Einschränkung eines grundlegenden Rechts des Insassen bzw. der Insassin verbunden wäre (vgl. dazu auch VG Kanton Zürich, Urteil vom 6. April 2021 – VB.2020.00590). Bei der Durchführung von Besuchen seien Differenzierungen ebenfalls nur bedingt möglich bzw. praktikabel. Bisher werde das Besuchsrecht der Inhaftierten mit Infektionsschutzmassnahmen organisiert (etwa Trennscheibe). Eine Differenzierung sei hier mit einer Aufteilung der Zeiträume für Besuche verbunden (Besuchszeiten für 3G-Gruppe und Besuchszeiten für Nicht-3G-Gruppe). In der Folge reduzierten sich die möglichen Besuchstermine für die jeweilige Gruppe. In der Praxis würde sich dadurch unvermeidlich die pro Person zur Verfügung stehende Besuchszeit für alle Inhaftierten verringern. Dies wiederum werde als eine Beschränkung

aufgefasst, die mit der heute praktizierten Pflicht zum Maskentragen und Abstandhalten sowie der Trennung durch eine Plexiglasscheibe zumindest vergleichbar – wenn nicht sogar schwerer wiegend – scheine. Eine Rücknahme von bestehenden Nutzungseinschränkungen scheine hingegen bei besonderen Besuchsformen, namentlich der Nutzung des sog. Familienzimmers realisierbar.

Generell als nicht praktikabel eingeschätzt wird die Differenzierung nach Immunitätsstatus bei der Maskenpflicht in allgemein zugänglichen Innenräumen. Hier scheine es kaum kontrollierbar, ob eine Person zur Gruppe der immunen bzw. negativ getesteten Personen gehöre (und somit bspw. vom Maskentragen befreit werden könnte). Aufgrund der anhaltenden Bedeutung eines zuverlässigen Infektionsschutzes in den Institutionen sei aus diesem Grund die Differenzierung in allgemein zugänglichen Innenräumen weder vertretbar noch praktikabel – wenngleich sie für bestimmte Innenräume wie etwa Fitnesscenters durchaus denkbar wäre.

3.2.5 Religionsgemeinschaften

Die Teilnahme an kultischen Anlässen der Religionsgemeinschaften, d.h. der Zugang zu Gotteshäusern zu kultischen Zwecken, sei nach Einschätzung ihrer Vertreterinnen und Vertreter für die Wahrnehmung des Grundrechts auf freie Religionsausübung unverzichtbar. Um die Wahrnehmung dieses Grundrechts zu gewährleisten, seien Religionsgemeinschaften darauf angewiesen, alle Gläubigen gleich zu behandeln. Deshalb sei eine Differenzierung nach Immunitätsstatus für kultische Anlässe ausgeschlossen und die Nutzung des Covid-Zertifikats für diese Zwecke abzulehnen. Zwar könne eine solche Differenzierung ermöglichen, dass mehr Personen als bis anhin Zugang zu religiösen Aktivitäten hätten. Doch würde es das Gebot der Gleichbehandlung aller verletzen, namentlich auch derjenigen, die sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen könnten.

Religionsgemeinschaften würden aber stets zahlreiche andere Aufgaben wahrnehmen, die weit über Aktivitäten im kultischen Bereich hinausgingen. Dies reiche von karitativen Aufgaben über katechetische, kulturelle und weitere bildungsbezogene Angebote bis zur Spitalseelsorge. Manche dieser Tätigkeiten der verfassungsrechtlich anerkannten Religionsgemeinschaften würden auch mit Erträgen aus den Kirchensteuern juristischer Personen oder durch Kostenbeiträge (Staatsbeiträge) mitfinanziert. Deshalb könnten sie nicht grundsätzlich – allein aufgrund ihrer Verfasstheit als Religionsgemeinschaften – von allfälligen Bestimmungen, in denen Covid-Zertifikate zum Einsatz kommen, ausgenommen werden. Vielmehr sei zu bedenken: Wo sie Leistungen in Einrichtungen erbringen, die über eigene Zugangsbestimmungen verfügen (z.B. Spitäler und Institutionen der Langzeitpflege, Schulen), seien die Angebote der Religionsgemeinschaften an die in diesen Einrichtungen geltenden Bestimmungen gebunden.

3.2.6 Jugendarbeit und Jugendsport

Eine Differenzierung nach Immunitätsstatus sei nach Ansicht der befragten Personen aus diesem Bereich auch in der Jugendarbeit in den meisten Fällen unerwünscht und ausgeschlossen. Dies gelte allem voran für Angebote der offenen Jugendarbeit, aber auch für die Angebote von Jugendverbänden und den Jugendsport. Auch hier sei zu beachten: Ob sich ein Kind bzw. eine jugendliche Person impfen lasse, hänge nicht allein von der Verfügbarkeit und Zulassung eines Impfstoffs für jüngere Menschen ab, sondern auch von der Einstellung und den Prioritäten der jeweiligen Eltern. Den Zugang zu diesen Aktivitäten an ein Immunitätszertifikat zu knüpfen, würde somit bedeuten, eine Ungleichbehandlung der Zielgruppen in einem Bereich zu ermöglichen, in dem die Gleichbehandlung für Betroffene einen als besonders sensibel wahrgenommenen Wert darstelle.

Ebenfalls gelte es zu beachten, dass namentlich für die offene Jugendarbeit, die auch spontan aufgesucht, zumindest die Option des Nachweises eines negativen Tests nicht im eigentlichen Sinn als gegeben wahrgenommen werde. Dies sowohl aufgrund der damit verbundenen Kosten als auch aufgrund der Kurzfristigkeit der jeweiligen Entscheidungen Jugendlicher. Die Einführung einer Differenzierungsmöglichkeit gehe folglich mit dem Ausschluss zahlreicher Jugendlicher von diesen Einrichtungen und Angeboten einher, mit möglichen (sozialen) Folgen, die nicht als verhältnismässig angesehen werden könnten. Auch in diesen Bereichen hätten sich erprobte Schutzmassnahmen wie das Tragen von Masken und namentlich ein konsequentes Contact Tracing bewährt und könnten nötigenfalls aufrechterhalten werden – allerdings so kurze Zeit wie möglich, weil die Schutzmassnahmen erwiesenermassen Jugendliche von der Nutzung der Räume und der Angebote der Jugendarbeit abhielten. Es sei daher wünschenswert, die heute für die Personengruppe der 16 bis 20-jährigen geltenden Erleichterungen auf die Gruppe 16 bis 25-jährige auszuweiten, um die Zielgruppe der von ihnen erbrachten Leistungen vollständig zu erreichen. Unter keinen Umständen dürften sich aufgrund der Möglichkeit zur Differenzierung Verschlechterungen für Gruppen ergeben, die derzeit von Erleichterungen profitierten – so etwa im Bereich des Kinder- und Jugendsports, in dem die heute bestehende Möglichkeit der freien Ausübung bis 20 Jahre aufrechtzuerhalten sei.

Anders seien Aktivitäten mit einmaligerem Charakter zu beurteilen, also bspw. Lager von Jugendverbänden oder Angebote der Jugendarbeit, die nicht regelmässig angeboten werden würden (z.B. Konzerte). Für solche Angebote sei ein Vorgehen nach dem 3G-Prinzip denkbar, weil namentlich das Vorweisen eines negativen Tests ohne signifikante Probleme möglich wäre, der Nachweis des Zertifikats mit vertretbarem Aufwand kontrollierbar scheine und eine Differenzierung nach Immunitätsstatus es gleichzeitig erlaube, eine höhere Sicherheit für alle Teilnehmenden einschliesslich der Leitungspersonen zu gewährleisten und auf weitergehende Schutzmassnahmen zu verzichten, die wiederum stark einschränkend sowie gegebenenfalls ausschliessend sein könnten. Dazu gehörten das Maskentragen, aber auch die Durchführung von Aktivitäten bzw. Anlässen mit reduzierter Kapazität.

3.2.7 Öffentlicher Verkehr

Die Regeln im öffentlichen Verkehr bedürfen nach Einschätzung der befragten Personen aus diesem Bereich einer schweizweiten oder zumindest überkantonalen Einheitlichkeit. Die Schutzkonzepte der bisherigen Pandemiephasen seien vor allem von den Systemführerinnen SBB und Postauto geprägt worden. Beide operierten im nationalen Rahmen.

Die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel dürfe aber generell nicht an ein Covid-Zertifikat geknüpft werden. Dies aus verschiedenen Gründen. So seien beispielsweise zahlreiche Kinder und Jugendliche um die Schule zu erreichen auf den Transport mit dem öffentlichen Verkehr angewiesen. Es sei aber auch im vorliegenden Bereich zu bedenken, dass Kinder und teilweise Jugendliche vielfach nicht selber darüber entschieden, ob sie sich impfen lassen. Vielmehr sei diese Entscheidung von den Eltern abhängig. Der Ausschluss von den öffentlichen Verkehrsmitteln könne daher mit einer Stigmatisierung oder Diskriminierung einhergehen. Zudem hätten nicht alle Kinder und Jugendliche die Möglichkeit, auf die öffentlichen Verkehrsmittel zu verzichten bzw. eine Alternative zu nutzen. Um hier der Diskriminierung vorzubeugen und den Zugang zum Schulunterricht tatsächlich zu gewährleisten, sei der Zugang zu öffentlichen Verkehrsmitteln für alle notwendig.

Des Weiteren werde eher bezweifelt, dass die Umsetzung der Differenzierung nach Immunitätsstatus und einer entsprechenden Befreiung der 3G-Personen von der Maskenpflicht tatsächlich realisiert werden könnte, weil die Kontrolle aller Passagiere im öffentlichen Verkehr nicht umsetzbar sei. Die Differenzierung nach Immunitätsstatus würde daher wohl an der Praktikabilität scheitern, oder aber einen Kontrollaufwand bedeuten, der seinerseits mit einem Eingriff in persönliche Freiheiten einherginge, der einer Verhältnismässigkeitsprüfung womöglich nicht standhielte. Entsprechend sei nötigenfalls weiterhin auf allgemeine Schutzmassnahmen (z.B. Maskentragen) zurückzugreifen – allenfalls auch über die Stabilisierungsphase hinaus. Auch hier stelle sich aber mit der Zunahme der Anzahl geimpfter und genesener Personen die Frage nach der Durchsetzbarkeit, insbesondere falls die vom Bund verordnete Maskenpflicht eines Tages aufgehoben oder in eine Maskenempfehlung umgewandelt werden sollte.

3.2.8 Gastronomie

Die befragten Personen waren sich einig, dass das Covid-Zertifikat für Cafés und Restaurants nicht einsetzbar sei. Seine Nutzung sei in den Betriebsabläufen nicht praktikabel und nicht kontrollierbar. In der Branche werde davon ausgegangen, dass im Herbst 2021 ohnehin ein Grossteil der Bevölkerung geimpft sein werde und das Virus, ähnlich dem Grippevirus, somit nur noch endemisch auftrete. Deshalb bestehe dann ohnehin kein Grund mehr für die Nutzung eines solchen Zertifikats. Mit einem wirkungsvollen Contact-Tracing, das die Branche unterstütze, könnten einzelne Virenherde rasch erkannt und eingedämmt werden. Die Einführung des Zertifikates für eine so kurze Zeit sei nicht zielführend und führe zu Wettbewerbsverzerrungen: Es sei

davon auszugehen, dass die Nutzung des Zertifikats durch einen Teil der Betriebe rasch zu Druck seitens der Kundschaft führe, dieses auch in anderen Betrieben einzusetzen.

Zu bedenken gegeben wurde auch ein Aspekt zur Einordnung der Branche: Täglich besuchten rund 2,5 Millionen Einwohnerinnen und Einwohner der Schweiz ein Café oder ein Restaurant. Diese seien also auch als Orte des täglichen Lebens zu verstehen und somit gemäss der bundesrätlichen Kategorisierung dem «grünen» Bereich zuzuordnen, für den ein Einsatz des Zertifikats ausgeschlossen sei. Dies gelte für die Gastronomie genauso wie für den Bereich des öffentlichen Verkehrs, für die Läden, für den Arbeitsplatz oder die Schulen. Oftmals finde ein Restaurantbesuch gerade vor oder nach dem Besuch eines der vorgenannten Orte statt. Aus diesem Grund hätten die Gastronomiebetriebe die Forderung aufgestellt, Cafés und Restaurants ebenfalls in den vom Bund definierten Grünen Bereich aufzunehmen. Den Einsatz des Covid-Zertifikats lehnten sie grundsätzlich ab.

3.2.9 Sexarbeit

Laut den Angaben der Personen der Organisationen, die Sexarbeiter*innen vertreten, könne die Nutzung eines Covid-Zertifikats dann eine Option darstellen, wenn dadurch die Wiedereröffnung und Ermöglichung des Erbringens der Dienstleistung beschleunigt werde. Allerdings werde eine solche Praxis nur dann akzeptiert, wenn die gleichen Bestimmungen für alle Branchen mit Körperkontakt gälten (z.B. Coiffeursalons, Tattoo-Studios, Kosmetik-Studios, Massagesalons etc.). Ausserdem brauche es für die Umsetzung einer Differenzierung nach Immunitätsstatus einen unbürokratischen und schnellen Zugang zur Covid-19-Impfung für alle Personen, die sich impfen möchten, also unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus sowie auch für Personen ohne gültige Krankenkasse.

Wichtig scheine überdies, das Covid-Zertifikat so auszugestalten, dass es sowohl von der Anbieterin bzw. dem Anbieter als auch vom Kunden verlangt werden könne. Freilich stelle sich dabei die Frage, ob es die gewählte Lösung zulasse, die Asymmetrie im Verhältnis zwischen Kunde und Anbieterin bzw. Anbieter zu überwinden, sodass aus der Anwendung des Zertifikats tatsächlich ein erhöhter Schutz für die Anbieter*in resultiere. Aus den genannten Gründen herrsche gegenüber dem Zertifikat Skepsis bis Ablehnung.

3.3 Differenzierung nach Immunitätsstatus nach Bedarf

In manchen Bereichen – der Bundesrat hat viele von ihnen der Kategorie «orange», teilweise aber auch der Kategorie «rot» zugeordnet –, entspreche die Möglichkeit, den Zugang zu den Betrieben bzw. die Ausübung der jeweiligen Tätigkeiten an ein Covid-Zertifikat zu knüpfen, einem (wirtschaftlichen) Bedürfnis. Dies sei namentlich dann der Fall, wenn die Differenzierung von Besuchenden bzw. Kundinnen und Kunden es den Betrieben erlaubten, so viele Personen zuzulassen, dass sie wirtschaftlich agieren

oder ihre Produktionen einem genügend breiten Publikum zugänglich machen könnten. Nicht zuletzt gelte es auch zu beachten, dass namentlich im Bereich der Kultur auch die Unterstützung durch Dritte – private Sponsoren/Geldgebende oder den Staat – an die Anforderung geknüpft werden könnte, eine möglichst breite Zugänglichkeit bei zugleich möglichst hoher Sicherheit zu gewährleisten. Dabei gehe es sowohl für die Betriebe als auch für die Geldgebenden nicht zuletzt darum, Reputationsrisiken zu vermeiden, die mit vermeidbaren Ausbrüchen von Erkrankungen einhergehen könnten.

3.3.1 Langzeitpflege und Spitäler

Auch die Situation in der Langzeitpflege und den Spitälern sei komplex. Bewohnerinnen bzw. Bewohnern und Patientinnen bzw. Patienten befänden sich regelmässig in einer Ausnahmesituation oder in der Endphase ihres Lebens. Der Besuch von Angehörigen habe in diesen Situationen einen sehr hohen Stellenwert. Ebenso sei die Einschränkung von Freiheiten der Bewohnerinnen und Bewohner zum Schutz anderer Bewohnender in erhöhtem Mass begründungspflichtig. Andererseits seien Bewohnerinnen und Bewohner von Heimen und Patientinnen und Patienten vulnerabel, und die Covid-19-Krankheit führe bei ihnen erfahrungsgemäss öfter zu schweren Verläufen oder sogar zum Tod. Hinzu komme, dass die Bewohnerinnen und Bewohner bzw. Patientinnen und Patienten auf engem Raum zusammenleben und von Personal betreut oder gepflegt würden, das täglich Kontakt mit vielen Bewohnerinnen und Bewohnern bzw. Patientinnen und Patienten habe, so dass das Übertragungsrisiko auch deswegen hoch sei. Ein weiterer Aspekt betreffe die Aufenthaltsdauer: Während Spitalaufenthalte in der Regel nur wenige Tage dauerten und ein Ausschluss von Besuchen eher verschmerzt werden könne, lebten Bewohnerinnen und Bewohner von Institutionen der Langzeitpflege dauernd dort, so dass ein Ausschluss von Besuchen einschränkender sei. Auch bei kurzen Spitalaufenthalten sei indessen der Gesundheitszustand zu beachten: Bei Menschen, die im Sterben liegen würden, lasse sich der Ausschluss von Besuchen nur unter sehr extremen Umständen rechtfertigen. Ein weiterer Gesichtspunkt betreffe die Wertungen der Heimbewohnerinnen und -bewohner: Die Erfahrung zeige, dass ein Teil dieser Menschen Einschränkungen zugunsten der Gewährleistung ihrer gesundheitsbezogenen Sicherheit trotz ihres hohen Alters durchaus hinzunehmen bereit sei, während ein anderer Teil der Lebensqualität, die auch die Möglichkeit sozialer Kontakte mit heimexternen und -internen Menschen umfasse, mehr Bedeutung zumesse als der Ermöglichung eines möglichst langen Lebens.

Eine Differenzierung nach Immunitätsstatus bei der Regelung der Besuchsrechte für Bewohnerinnen bzw. Bewohner und Patientinnen bzw. Patienten berühre Grundrechte: Insoweit ihnen grundrechtlich das Recht zustehe, Besuch zu empfangen, sei der Ausschluss einer bestimmten Gruppe von Besuchenden allein gestützt auf das fehlende Covid-Zertifikat nur unter den besonderen Umständen einer sehr ansteckenden oder sehr gefährlichen Krankheit zu rechtfertigen. Eine Differenzierung nach

Immunitätsstatus könnte es aber erlauben, für Personen, die der 3G-Gruppe angehörten, Beschränkungen des Besuchsrechts zu lockern. Ob dies im Rahmen der jeweiligen betrieblichen Begebenheiten unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität möglich sei, lasse sich nicht allgemein beantworten. Wo es sich aber einrichten lasse, sprächen gute Gründe dafür, eine solche Praxis umzusetzen. Besuchsmöglichkeiten für Personen, welche die 3G-Kriterien nicht erfüllen wollten oder könnten, sollten aber – unter Weiterführung der aktuell geltenden Regelungen – dennoch gewährleistet sein.

Besonders zu berücksichtigen sei, dass sich Bewohnerinnen bzw. Bewohner und Patientinnen bzw. Patienten teilweise aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen könnten oder trotz Impfung keine genügende Immunisierung aufbauten. Letzteres scheine bei älteren Personen öfter der Fall zu sein als bei anderen Personengruppen. Auch bestehe aufgrund von Grunderkrankungen oft ein erhöhtes Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf bei einer Infektion mit SARS-Cov-2. Dieser besonderen Vulnerabilität (Verletzlichkeit) ihrer Bewohnenden müssten die Institutionen Rechnung tragen. Je nach räumlichen Gegebenheiten und abhängig von der – oftmals bekannten – Durchimpfungsrate namentlich in Institutionen der Langzeitpflege könne es notwendig sein, allgemeine Schutzmassnahmen (z.B. das Maskentragen) jedenfalls für bestimmte Räume oder spezifische Aktivitäten aufrechtzuerhalten. Gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit gelte aber, dass entsprechende Massnahmen so spezifisch und gezielt wie möglich sein müssten. Wo eine Differenzierung nach Immunitätsstatus im Rahmen der betrieblichen Gegebenheiten möglich sei, solle ihre Anwendung mit Blick auf die Wiedererlangung von Grundfreiheiten der Bewohnenden in Betracht gezogen werden. Dabei komme der Praktikabilität grosse Bedeutung zu: In einer Institution mit 20 Bewohnenden wisse das Personal bei jeder Bewohnerin und jedem Bewohner, ob sie oder er geimpft oder genesen sei; in einer Einrichtung mit 300 Bewohnenden sei dieser Kenntnisstand schwieriger herzustellen.

3.3.2 *Hotellerie und Tourismus*

Hier sei eine Differenzierung nach Immunitätsstatus für die Branche explizit erwünscht. Verbunden damit sei die Erwartung, im Zuge einer solchen Differenzierung wieder zu einem regulären und wirtschaftlich tragbaren Betrieb ohne einschränkende Schutzkonzepte übergehen zu können. Zwar bestünden Vorbehalte bezüglich des Kontrollaufwands und der Durchführbarkeit von Kontrollen in den verschiedenen Konstellationen, die der Hotelbetrieb mit sich bringe. Die Vorteile eines Einsatzes des Covid-Zertifikats würden aber als überwiegend angesehen.

Hingewiesen wurde jedoch auf die Internationalität und Interkulturalität des Bereichs. Wichtig scheine es unter diesem Gesichtspunkt, dass die hierzulande getroffenen Lösungen zur Differenzierung nach Immunitätsstatus international abgestützt und bekannt seien. Dies würde ihnen das erforderliche Mass an Akzeptanz auf Seiten der Kundschaft verschaffen. In diesem Sinne sei die Wünschbarkeit einer Differenzierung auch breiter für den Tourismus als Ganzes zu betrachten. Internationale Gäste, die in Hotels untergebracht würden, seien in vielen mit dem Tourismus verbundenen Bereichen, zu denen der Zugang ebenfalls mittels Zertifikat kontrolliert werden könne –

genannt wurden bspw. Busreisen oder Seilbahnbetriebe – für wichtige Frequenzen verantwortlich. Es sei deshalb wichtig, nicht nur eine international anerkannte Lösung zu wählen, sondern eine, die den wiederholten Kontrollaufwand möglichst gering zu halten erlaube (etwa indem Angehörige von Touristengruppen nach Möglichkeit nur einmalig bei der Einreise kontrolliert werden müssten).

3.3.3 Clubs und Diskotheken

Die Möglichkeit, den Zugang an das Vorliegen eines Covid-Zertifikats zu knüpfen, könne vor dem Hintergrund, dass Clubs und Diskotheken unter dem Regime der allgemeinen Massnahmen ohne Differenzierung zu schliessen hätten, von Interesse sein. Diese Betriebe könnten so ihre Tore wieder öffnen – wofür sie darauf angewiesen seien, eine genügende Anzahl Besuchende einlassen zu können, da ansonsten die Wirtschaftlichkeit des Betriebes nicht gewährleistet werden könne. Mit allgemeinen Massnahmen wie dem Abstandhalten und Maskentragen, die ohnehin in diesen Betrieben nicht praktikabel seien, könne dies nicht gewährleistet werden.

Für Clubs und Diskotheken könne davon ausgegangen werden, dass die Kontrolle, die mit der Nutzung eines Covid-Zertifikats notgedrungen einhergehe, von der Mehrheit der Besuchenden auch akzeptiert würde. Nach gegenwärtig vorliegenden Erhebungen würden die Betreiber davon ausgehen, dass rund 20-30% potenzieller Besucherinnen und Besucher die Differenzierung nach Immunitätsstatus ablehnten. Damit sei ein einigermaßen wirtschaftlicher Betrieb möglich. Die absehbar ausreichende Akzeptanz rühre auch daher, dass eine Eingangskontrolle – die auch eine Alterskontrolle impliziere – ebenso wie der Einsatz von Sicherheitspersonal bei Clubs und Diskotheken ohnehin Standard seien.

Zentral sei, dass auch der Nachweis eines negativen Testergebnisses genüge, um die Akzeptanz der Zugangsbeschränkung zu gewährleisten. Nebst der Frage, wie zur Vermeidung einer ökonomischen Diskriminierung der kostenfreie Zugang zumindest zu einer bestimmten Anzahl gültiger Tests für alle interessierten Personen garantiert werden könne, stelle sich die Frage der nötigen Testkapazitäten. Werde auf ein Covid-Zertifikat abgestellt – oder würden Betriebe wie Clubs und Diskotheken entsprechend der bundesrätlichen Zuordnung zur «roten» Gruppe gar dazu verpflichtet – müsse gewährleistet sein, dass die entsprechenden Tests in genügender Anzahl vorgenommen und ausgewertet werden könnten. Dies erfordere das Bereitstellen der dafür benötigten Ressourcen. Für Betriebe wie Clubs und Diskotheken bedeute das Abstellen auf ein Covid-Zertifikat einen Mehraufwand in personeller und absehbar auch bei der Infrastruktur. Es werde daher als entscheidend betrachtet, wie lange diese Massnahme in Kraft bleiben würde. Sollte die Phase, in der das Covid-Zertifikat zum Einsatz käme, zeitlich nur wenige Wochen umfassen, würde auf den Einsatz womöglich verzichtet.

3.3.4 Kulturbetriebe

Für Kulturbetriebe stellen sich viele Fragen in ähnlicher Form wie für die unter Punkt 3.3.3 beschriebenen Betriebe. Auch für Kulturbetriebe wie etwa das Opernhaus erhöhe sich die Wirtschaftlichkeit entscheidend, wenn sie mehr Besuchenden den Zugang ermöglichen könnten. Die Möglichkeit, auf ein Covid-Zertifikat abstellen zu können, könnte deshalb wünschbar sein.

Zu beachten gelte es dabei das Sicherheitsbedürfnis der Besuchenden, das auch aufgrund ihres in gewissen Bereichen eher erhöhten durchschnittlichen Alters oft besonders ausgeprägt scheine. Die Differenzierung des Zugangs nach Immunitätsstatus würde es diesen Betrieben nicht nur erlauben, ein weniger eingeschränktes Kulturerlebnis zu ermöglichen, indem auf Masken während der Vorstellung und in den Pausen verzichtet und Konsumations- sowie Begegnungsmöglichkeiten wieder zugelassen werden könnten. Es wäre vielmehr auch allen Besuchenden erlaubt davon auszugehen, dass der entsprechende Kulturbetrieb keinen Ort mit erhöhtem Ansteckungsrisiko bedeute. Für Angehörige exponierter oder besonders sensibler Personengruppen könne dies einen wichtigen Faktor für die Nutzung des Kulturangebots darstellen.

Kulturbetriebe, die öffentlich subventioniert seien, könnten sich überdies mit der Anforderung konfrontiert sehen, möglichst rasch zu einer Auslastung zurückzufinden, dank der die öffentlichen Gelder möglichst zahlreichen Besuchenden zufließen. Es werde daher als denkbar angesehen, dass die öffentliche Hand für diese Betriebe die Differenzierung nach Immunitätsstatus zur Vorgabe mache. Umgekehrt werde von den Kulturbetrieben auch das Szenario erörtert, dass der Subventionsgeber für die subventionierten Betriebe eine Differenzierung ablehne, weil damit verbunden eine Diskriminierung nicht geimpfter Personen befürchtet würde. In beiden Fällen bestünden dementsprechend politische Vorgaben, welche die Freiheit der Betriebe, das Covid-Zertifikat so einzusetzen, wie es ihren Bedürfnissen entspricht, einschränkten.

3.3.5 Spitzensport

In Ergänzung zu den obigen Ausführungen, die in weiten Teilen auch für den Spitzensport gelten würden, sei mit Blick auf diesen Bereich auf die Bedeutung des Sponsorings für die wirtschaftliche Situation der Clubs hinzuweisen. Diesbezüglich gelte, dass die Anzahl Zuschauenden, die Spielen der Sportvereine beiwohnen können, nicht nur in sportlicher Hinsicht für die Vereine bedeutsam sei, sondern auch mit Blick auf die Höhe der Beiträge, die Sponsoren beizusteuern bereit seien. Eine Differenzierung nach Immunitätsstatus, die es erlauben würde, mehr Zuschauerinnen und Zuschauer zu Spielen zuzulassen, liege in dieser Perspektive im doppelten wirtschaftlichen Interesse der Vereine, nämlich sowohl mit Blick auf die direkten Zuschauereinnahmen als auch mit Blick auf die Erträge von Sponsoren.

Freilich gelte auch im Spitzensport, dass die Kontrolle von Covid-Zertifikaten mit Aufwänden verbunden sei, die von den Vereinen in ihren Wirtschaftlichkeitserwägungen berücksichtigt und in allfällige Abwägungen einbezogen werden müssten.

3.3.6 *Grossveranstaltungen und Messen*

Ähnlich wie bereits für Clubs und Diskotheken festgehalten sei auch das Hallenstadion in der Situation, dass der Einsatz des Covid-Zertifikats für sie im Vergleich mit einem vollständigen Normalbetrieb mit absehbaren Nachteilen verbunden ist, weil das Zertifikat nicht von allen potenziellen Kundinnen und Kunden akzeptiert werde. Sollten Grossveranstaltungen und Messen jedoch vorübergehend nur mit immunen Personen möglich sein, könne das Covid-Zertifikat auch für diesen Bereich jene Option sein, die eine Rückkehr zu einem wirtschaftlichen Betrieb ermögliche. In dieser Hinsicht werde jeder Schritt zur kompletten Öffnung begrüsst, weil so der Betrieb wieder aufgenommen werden könne. Wichtig sei aber der vorübergehende Charakter des Instruments, verbunden mit der Aussicht auf eine komplette Öffnung zum möglichst baldigen Zeitpunkt.

Es sei damit zu rechnen, dass sich die Wartezeiten beim Einlass aufgrund der notwendigen Kontrollen verlängerten. Deshalb sei es zentral, dass das Zertifikat einfach verfügbar und leicht zu kontrollieren sei. Zugleich sei zu bedenken, dass zwar alle Besuchenden freiwillig eine Grossveranstaltung oder eine Messe besuchten, unter diesen Menschen aber oftmals auch Personen seien, die sich nicht impfen lassen könnten. Sie müssten über eine Alternative zur Impfung verfügen. Ein Vorteil des Zertifikats liege darin, dass es einen Betrieb ohne Kapazitätseinschränkungen erlaube. Vor diesem Hintergrund sei die Einordnung in die «rote» Zone für diese Betriebe auch akzeptabel.

3.3.7 *Exkurs: Zur Haftungsfrage*

Für alle unter den Ziffern 3.3.3 bis 3.3.6 beschriebenen Bereiche gelte, dass die Frage zu klären sei, wie mit dem Auftreten einer Covid-Infektion (d.h. mit einem positiven Testergebnis) zwischen Kauf der Eintrittskarte und Zeitpunkt der Veranstaltung umzugehen sei. Welchen Anspruch hätten die Inhaberinnen und Inhaber einer Eintrittskarte in diesem Fall? Würde es den Veranstaltenden obliegen, den Kauf zurückzuerstatten oder würde die infizierte Person, die ihre Zugangsberechtigung zur Aktivität über den Nachweis eines negativen Testergebnisses zu erwirken beabsichtigte, das Risiko des Ausfalls tragen? In diese Klärung sei einzubeziehen, inwiefern es mit Blick auf die Haftungsfrage gegebenenfalls eine Rolle spiele, ob der fragliche Betrieb zur Nutzung des Zertifikats verpflichtet sei («roter» Bereich gemäss Bundesrat) oder ob er sich frei für diese Nutzung entschieden habe.

3.3.8 *Amateur- und Breitensport*

Für den Amateur- und den Breitensport wurde geltend gemacht, dass die entsprechenden Anlässe weiterhin ohne Differenzierung – dafür gegebenenfalls unter Einhaltung bewährter Schutzkonzepte – möglich sein müsse, weil vielerorts insbesondere in Trainings keine praktikablen, allenfalls auch statuten- bzw. reglements-konforme

Umsetzungsmöglichkeiten einer Differenzierung gegeben seien. Zugleich soll es je nach Sportart oder Verein möglich sein, auf Wunsch und freiwillig die Möglichkeit der Differenzierung zu nutzen.

Dies gelte nicht allein für die Frage der Mitwirkung von Vereins- oder Teammitgliedern, sondern auch mit Blick auf die allfällige Regulierung des Zugangs zu Wettkämpfen für Zuschauerinnen und Zuschauer. Bei Wettkämpfen – etwa Fussballspielen in den Amateurligen –, die im Freien stattfinden würden, sei eine Zugangskontrolle ohne unverhältnismässigen zusätzlichen Aufwand für Amateurvereine zumeist nicht denkbar. Bei Sportarten, deren Wettkämpfe in Hallen ausgetragen würden, bei denen der Zugang naturgemäss einfacher zu kontrollieren sei, könne eine Differenzierung nach Immunitätsstatus hingegen je nach Verein erwünscht und von diesem auch umsetzbar sein.

Für den Breitensport wichtig sei schliesslich ebenfalls die Frage der Gültigkeitsdauer von negativen Testergebnissen sowie der Übernahme entsprechender Kosten. Sei eine Person, die sich nicht impfen lassen könne (oder die sich nicht impfen lassen möchte) bspw. in einem Bereich aktiv, in dem drei Trainings pro Woche abgehalten würden, seien die nötige Testkadenz und die damit verbundenen Kosten schnell sehr hoch.

3.4 Differenzierung notwendig

Unter bestimmten Bedingungen und in gewissen Bereichen kann eine Differenzierung nach Immunitätsstatus auch als rechtlich oder ethisch geboten erachtet werden. Mit Blick auf die für das vorliegende Papier betrachteten Bereiche stechen dabei insbesondere bestimmte Situationen hervor, die sich in Einrichtungen des Justizvollzugs sowie Institutionen der Langzeitpflege ergeben können. Diese Situationen sind umso sensibler, je stärker der Aufenthalt in den betroffenen Institutionen langfristig und vor allem nicht aus freien Stücken erfolgt. Denn inhaftierten Personen, aber auch Bewohnerinnen und Bewohnern von Einrichtungen der Langzeitpflege gegenüber haben die jeweiligen Institutionen eine besondere Fürsorgepflicht. Diese bedeutet, dass sie sowohl für den bestmöglichen Schutz der Personen sorgen als auch auf geringstmögliche (zusätzliche) Einschränkungen ihrer Freiheiten bedacht sein müssen.

Für beide Belange könne die Differenzierung nach Immunitätsstatus, so die Einschätzung der angehörten Personen, einen wichtigen Beitrag leisten. Sie sei deshalb geboten, soweit sie nicht die Wahrnehmung grundlegender Rechte der Personen – etwa mit Blick auf die Möglichkeit, Besucherinnen und Besucher zu empfangen – einschränke, und solange sie im Sinne des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Infektionsschutzes praktikabel sei (siehe dazu auch oben, 3.2.4 und 3.3.1). Für Institutionen des Justizvollzugs beträfe dies beispielsweise die Frage des Zugangs zu bestimmten Freizeitaktivitäten sowohl im Innen- wie im Aussenbereich (v.a. Sport). Deren Nutzung unterschiedslos für alle Inhaftierten zu beschränken, sei angesichts der Tatsache, dass sich eine Differenzierung nach Immunitätsstatus für diese Bereiche gut handhaben lässt, kaum vertretbar.

3.5 Folgerungen: Zentrale Aspekte der Abwägung

Die vorliegende Übersicht über Fragestellungen und Konstellationen, mit denen sich die betroffenen Bereiche und Betriebe mit Blick auf den Einsatz des Covid-Zertifikats konfrontiert sehen könnten, zeigt, dass die einzelnen Einsatzmöglichkeiten zwingend differenziert betrachtet und teilweise auch innerhalb einer Branche oder gar eines Betriebs unterschiedliche Handhabungen ermöglicht werden müssten. So kann es sein, dass es einem bestimmten Betrieb bzw. einer bestimmten Institution möglich sein müsste, den Einsatz des Covid-Zertifikats für bestimmte Kontexte auszuschliessen, derweil ein solcher für andere Kontexte geradezu geboten wäre. Sowohl die politischen Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger als auch die einzelnen Bereiche bzw. Betriebe müssen mit Blick auf die Frage, ob das Covid-Zertifikat zum Einsatz kommen kann oder ob ein solcher Einsatz allenfalls ausgeschlossen bleiben muss, Abwägungen vornehmen können, die differenzierte Antworten ermöglichen. Das betrifft kantonale Handlungsspielräume ebenso wie mögliche Folgen, die der Einsatz eines Covid-Zertifikats für die Institutionen, Bereiche und Betriebe gegebenenfalls zeitigen könnte. Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen und in Ergänzung zu den unter 2.1 erläuterten Leitlinien sind für die fraglichen Abwägungen die folgenden Aspekte in die jeweilige Entscheidungsfindung einzubeziehen.

3.5.1 Praktikabilität

Die Differenzierung nach Immunitätsstatus geht oftmals mit der Annahme einher, dass Räume und Tätigkeiten mit Blick auf SARS-Cov-2 vollständig gesichert sind, weil nur Personen, welche zur 3G-Gruppe gehören und dementsprechend keine Gefahr für Dritte darstellen, sich in den fraglichen Räumen aufhalten oder die fragliche Tätigkeit ausüben. Auf weitergehende Schutzmassnahmen – bspw. Maskentragen oder Abstandhalten – soll folglich verzichtet werden können. Eine solche Sicherheit setzt voraus, dass entweder – etwa im privaten Rahmen von Vereinen – ein starkes Vertrauensprinzip mit dem Schutzerfordernis gegenüber gefährdeten Personen kompatibel wäre, oder sich die Anwesenden ebenso wie die Betreiberinnen und Betreiber darauf verlassen können, dass alle zu erfassenden Personen auch tatsächlich kontrolliert werden können. Ein Regime, das zum Beispiel auf Stichproben basiert, könnte diesem Anspruch in vielen Fällen nicht gerecht werden.

Diese Tatsache geht mit hohen Anforderungen an die Praktikabilität einher. Dies betrifft zum einen die notwendige Kontrolle des Zertifikats, aber auch die Erbringung eines zuverlässigen und fälschungs- bzw. umgehungssicheren Testnachweises. Sie sind für die einzelnen Bereiche mit Konsequenzen in personeller und infrastruktureller Hinsicht verbunden, machen aber auch Herausforderungen mit Blick auf kulturelle Aspekte der Interaktion zwischen Leistungserbringenden und Leistungsempfangenden sichtbar. Nicht überall, wo der Einsatz eines Covid-Zertifikats aus rechtlicher, ethischer und gesellschaftlicher Sicht denkbar wäre, ist er in diesem Sinne auch praktikabel. Dieser Umstand muss bei allfälligen Entscheidungen berücksichtigt

werden, die darauf abzielen, das Zertifikat für bestimmte Bereiche oder Tätigkeiten für verbindlich zu erklären.

Eingeschlossen in dieses Erfordernis ist die Frage nach dem zeitlichen Aspekt: Sollte sich zeigen, dass die Phase, in der das Covid-Zertifikat überhaupt zum Einsatz kommen wird, sehr kurz ist, müssen Betriebe in Anbetracht der hohen Umstellungs-, Personal- oder Infrastrukturkosten, die mit der Kontrollnotwendigkeit verbunden sind, die Möglichkeit haben, ohne Gefährdung ihres wirtschaftlichen Überlebens auf den Einsatz zu verzichten – und gegebenenfalls bis zur Aufhebung aller Massnahmen geschlossen zu bleiben.

3.5.2 Vulnerabilität und Solidarität

Sowohl im weiteren Verlauf der Pandemie als auch in der daran anschliessenden Situation, in der SARS-Cov-2 weiterhin zirkulieren und für bestimmte Personen mit erhöhten Risiken verbunden sein wird, ist der besonderen Verletzlichkeit (Vulnerabilität) bestimmter Personengruppen Rechnung zu tragen. Von Bedeutung ist dabei freilich, dass Vulnerabilität – und damit verbunden die Solidarität derer, welche die verletzlichen Gruppen oder Personen zu schützen bzw. zu unterstützen in der Lage sind – im Kontext der Pandemie zahlreiche Facetten hat. Speziell in den frühen Phasen der Pandemie wurde Verletzlichkeit weitherum vorrangig mit dem Risiko einer schweren Covid-19-Erkrankung gleichgesetzt. Entsprechend wurden die Personen mit dem höchsten Erkrankungsrisiko mit teils rigiden Massnahmen geschützt, was den allgemeinen Blick auf die Frage, welche Segmente der Gesellschaft besonders von den Pandemiemassnahmen betroffen sind, massgeblich prägte. Diese Übernahme einer im Grundsatz medizinischen Definition von Verletzlichkeit verdrängte fast vollständig die Aufmerksamkeit für andere verletzliche gesellschaftliche Gruppen: Kinder, Jugendliche, alleinerziehende Mütter und Väter, Familien in prekären sozio-ökonomischen Verhältnissen und in schwierigen psycho-sozialen Lagen, aber auch chronisch kranke Personen, deren Behandlungen teilweise stark verzögert wurden. Aufgrund des einseitigen und verengten politischen Fokus kam die Gleichrangigkeit der verschiedenen vulnerablen Gruppen in der Gesellschaft kaum in den Blick. Dabei gälte es, nicht nach Konflikten zwischen diesen Vulnerabilitätsgruppen zu suchen, sondern der Vulnerabilität grundsätzlich gleichermassen und – wo möglich – zeitgleich zu begegnen.

Aus diesem Grund ist in der Interessenabwägung die Tatsache von hohem Gewicht, dass der Einsatz des Covid-Zertifikats eine Möglichkeit bietet, Bereiche (wieder) zu öffnen oder ihre Öffnung freier zu gestalten, die besonders unter den bestehenden Restriktionen leiden und deren Kundschaft in ihren Freiheiten eingeschränkt ist (mit teils ebenfalls negativen Auswirkungen auf ihr allgemeines Befinden). Nicht zuletzt kann das Zertifikat mithelfen, eine erneute Schliessung gegebenenfalls zu vermeiden. Der Einsatz des Covid-Zertifikats ist folglich auch mit Blick auf die unterschiedliche und oft gleichrangige Verletzlichkeit gesellschaftlicher Gruppen sorgfältig abzuwägen. Die Debatte um diesen Einsatz erlaubt es, den Blick auszuweiten vom Fokus auf die Verringerung medizinischer Risiken von Gruppen, die (noch) nicht geimpft werden

können oder aus anderen Gründen Risiken ausgesetzt sind hin zur Frage, welche Einschränkungen von Personen aus der 3G-Gruppe überhaupt gerechtfertigt werden können, um die Interessen jener zu schützen, die dieser Gruppe nicht angehören – weil sie es nicht können, oder eben auch, weil sie es nicht wollen.

3.5.3 Vertrauenswürdigkeit und Akzeptanz

Von besonderer Wichtigkeit sind die Auswirkungen der Nutzung eines Covid-Zertifikats für Betriebe, die der «orangenen» Kategorie zugeordnet sind. Sie haben frei zu entscheiden, ob sie – mit bestimmten Vorteilen bezüglich der Auslastung – ein Zertifikat nutzen wollen, und könnten im epidemiologisch und gesellschaftlich schlechteren Fall vor die Alternative gestellt sein, den Betrieb schliessen oder das Zertifikat zwingend verlangen zu müssen. Für die Betriebe in dieser Kategorie zeigt sich exemplarisch, wie bedeutsam es ist, auch die Auswirkungen des Zertifikats auf soziale Rollen, die Vertrauensverhältnisse zwischen Kundinnen/Kunden und Anbieterinnen/Anbietern sowie allgemein die Akzeptanz der kontinuierlichen Notwendigkeit, einen «Ungefährlichkeitsnachweis» innerhalb der Gesellschaft zu erbringen, im Blick zu behalten.

Tatsächlich ginge für die fraglichen Betriebe und Tätigkeiten die Nutzung des Covid-Zertifikats mit der Notwendigkeit einher, Kontrollen von teils sensiblen persönlichen Angaben einzuführen. In Bereichen wie beispielsweise der Gastronomie oder der Jugendarbeit, aber auch bei den Religionsgemeinschaften, in denen ungezwungene soziale Interaktion und teilweise weitreichende Vertrauensverhältnisse zu den Merkmalen der Beziehung zu den jeweiligen Anspruchsgruppen gehören, kann dies mit Folgen einhergehen, die in der Abwägung zu beachten sind. Dieser Aspekt führt in betroffenen Branchen auch zur Ablehnung der Nutzung des Zertifikats: Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Notwendigkeit, andere zu kontrollieren, für die Betroffenen zu erheblichen Spannungen im Alltag führt. Denn diese Kontrolltätigkeit impliziert eine neue Hierarchie zwischen den Anbietenden und ihren Anspruchsgruppen, in der erstere eine quasi-hoheitliche Aufgabe übernehmen, die mit ihrer beruflichen Rolle im Widerstreit stehen kann. Deshalb kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass namentlich ein verordneter Einsatz des Zertifikats für die Betriebe mit Reputationsfragen und gesellschaftlich mit Spannungen bezüglich Ausschluss und Zulassung bestimmter Personen verbunden ist. Dieser möglichen Dynamik, die weitreichende Auswirkungen auf im Alltag wichtige gesellschaftliche Vertrauensverhältnisse haben könnte, ist bei der Ausgestaltung der Bestimmungen rund um das Covid-Zertifikat Rechnung zu tragen.

3.5.4 Ausgrenzung und Anerkennung

Zu den beachtenswerten Aspekten gehört schliesslich auch die Tatsache, dass Personen, die den Nachweis der Immunität oder der negativen Testung nicht erbringen können, in Situationen, in denen die Vorlage eines Covid-Zertifikats verlangt wird, zumindest im subjektiven Empfinden Ausgrenzung erfahren könnten. Insbesondere

die Differenzierung alleine aufgrund des Impfstatus ginge mit einer solchen Gefahr einher: Erhalten Menschen ausschliesslich aufgrund ihres Impfstatus unterschiedlichen Zugang zu bestimmten Tätigkeiten und Lokalitäten, erlaubt dies, diejenigen, denen der Zutritt nicht gewährt wird oder die aktiv darauf verzichten müssen, als nicht immun zu identifizieren. Und es sendet das Signal aus, dass sich die Mühe, eine Örtlichkeit auch für nicht immune Personen sicher zu gestalten, nicht lohnt. Indem einer Person der Zugang verweigert wird, wird zudem unterstrichen, dass sie für die anderen Anwesenden als «gefährlich» gelten könnte – und es daher gilt, sich von ihr zu distanzieren, um das eigene Sicherheitsempfinden zu erhöhen. Es ist zu erwarten, dass die Möglichkeit, zwischen immunen und nicht immunen Personen zu unterscheiden, solche Prozesse in Gang setzt, falls zu wenig auf eine griffige und einfach praktikable Lösung für die Erfassung negativ getesteter Personen insistiert wird. Dies könnte die gesellschaftliche Kohäsion schwächen.

4. Schlussfolgerungen und Empfehlungen

Der Einsatz des Covid-Zertifikats steht kurz bevor. Das Instrument soll in der Stabilisierungsphase Lockerungen begleiten, gleichzeitig aber auch die öffentliche Gesundheit schützen. Die genauen Regelungen auf Bundesebene, die das Ergebnis verschiedener rechtspolitischer Entscheidungen sind und auch einen Einfluss auf die Spielräume der Kantone haben, sind noch weitgehend unbekannt. Es ist aber davon auszugehen, dass die Unterteilung in drei Bereiche bestehen bleibt. Damit wird es Bereiche geben, in denen der Einsatz des Zertifikats aufgrund einer bundesrechtlichen Vorgabe ausgeschlossen ist (aktuell als «grüne» Zone bezeichnet), aber auch solche, in denen die Nutzung auf Wunsch erfolgen oder gegebenenfalls erneute Schliessungen verhindern würde («orange» Zone), oder in denen die Nutzung eine Vorgabe für die Öffnung bzw. den freien Reiseverkehr darstellen würde («rote» Zone). Diese Kategorisierung wird aber nicht alle Situationen, in denen das Zertifikat gegebenenfalls zum Einsatz kommen könnte, umfassend regeln – und auch nicht allen Situationen innerhalb der einzelnen Betriebe, die teilweise differenziert betrachtet werden müssen, gerecht werden. Auch bleibt das Geschehen in der Pandemie – aber auch zu einem späteren Zeitpunkt, zu dem SARS-CoV-2 endemisch auftreten wird – dynamisch, sodass Neubeurteilungen der aktuell geltenden Regeln sowie die Notwendigkeit einer entsprechenden Positionierung des Kantons nicht gänzlich und zum Vornherein ausgeschlossen werden können. Im Hinblick auf die Abwägungen, die auf kantonaler Ebene in diesem Zusammenhang vorzunehmen sind, seien im folgenden abschliessend Folgerungen gezogen und allgemeine Empfehlungen formuliert.

1. Der Einsatz des Covid-Zertifikats ist rechtlich und ethisch in manchen Bereichen vertretbar. Auch wird die Möglichkeit, das Zertifikat einsetzen zu können, von einigen Teilnehmenden explizit gewünscht. Wichtig ist die Erkenntnis, dass das Differenzierungsbedürfnis nach Immunitätsstatus und die Akzeptanz einer solchen Differenzierung tätigkeits- und bereichszogen sehr unterschiedlich ausfallen. Sensibel ist dabei weniger die Frage der Diskriminierung, sondern es sind dies die gesellschaftlichen Auswirkungen auf das Vertrauen zwischen Personen und die sozialen Rollen, die Personen übernehmen müssten. Denn der Einsatz des Covid-Zertifikats setzt beispielsweise voraus, dass der Zugang zu Räumen oder das Verhalten in ihnen an Orten kontrolliert werden, die bis anhin gerade durch einen freien und vertrauensgeleiteten Umgang charakterisiert waren. Auch kann der Einsatz des Zertifikats am einen Ort zu problematischen oder unerfüllbaren Erwartungshaltungen bezüglich des Einsatzes an einem anderen Ort führen, woraus gesellschaftliche Spannungen entstehen können.

Empfehlung: Es ist ein wohlüberlegter Einsatz des Zertifikats anzustreben, der die verschiedenen Interessen umsichtig abwägt. Betrieben, die dies wünschen, ist der Einsatz des Zertifikats wenn immer möglich und falls im Rahmen kantonaler Kompetenzen liegend zu gestatten. Verordnet werden sollte der Einsatz des Zertifikats hingegen nur mit Zurückhaltung, wobei den Herausforderungen bei der

Durchsetzung, die sich in den jeweiligen Bereichen ergeben, besonders Rechnung zu tragen wäre.

2. Der Einsatz des Covid-Zertifikats dient der Wiederherstellung von Freiheiten, dort, wo die unterschiedslose Anwendung von Massnahmen für Personen der 3G-Gruppe nicht mehr gerechtfertigt sind. Zugleich ist er aber selbst ein Freiheitseingriff. Freiheitseinschränkende Massnahmen zum Gesundheitsschutz dürfen aber nur so lange aufrechterhalten werden, wie ein pandemischer Aspekt besteht.

Empfehlung: Der Einsatz des Zertifikats ist, wenn überhaupt, eine zeitlich eng begrenzte Massnahme. Der Endzeitpunkt – oder allenfalls der Zeitpunkt der Beurteilung einer möglichen Verlängerung – sind von Beginn weg klar zu kommunizieren. Betriebe sind zu unterstützen, falls die Einsatzzeit sehr kurz und die Umstellungskosten für sie zu hoch sind.

3. In der Stabilisierungsphase bedeutet der Einsatz des Covid-Zertifikats nicht zwingend, dass für Personen aus der 3G-Gruppe überall auf alle allgemeinen Schutzmassnahmen verzichtet werden kann. In bestimmten Bereichen, in denen Tests nicht mit verhältnismässigem Aufwand genutzt werden können, werden weiterhin unvermeidlich Personen, die sich nicht impfen lassen können (namentlich Kinder und Jugendliche), auf Personen aus der 3G-Gruppe treffen. Dies kann etwa im öffentlichen Verkehr, aber auch in Ladenpassagen (bspw. Shop Vile) der Fall sein. Hier kann der gebotene Schutz derjenigen, die weiterhin einem Erkrankungsrisiko ausgesetzt sind, die Aufrechterhaltung gewisser allgemeiner Massnahmen (v.a. Maskentragen) auch für Personen aus der 3G-Gruppe rechtfertigen. Zwar wäre es theoretisch denkbar, an solchen Orten flächendeckend ein Covid-Zertifikat oder das Tragen einer Maske einzufordern. Doch gilt es nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, auch den Freiheitseingriff in Rechnung zu stellen, den die hinreichende Kontrolle, die für eine derartige Differenzierung unerlässlich wäre, mit sich brächte.

Empfehlung: Sowohl die allgemeine Aufrechterhaltung von Massnahmen und Schutzkonzepten als auch der Verzicht darauf bedürfen der sorgfältigen Prüfung, die auch die Eingriffsstärke der Kontrollmassnahmen berücksichtigen. Die Tatsache, dass eine Differenzierung nach dem 3G-Prinzip in der Stabilisierungsphase nicht gleichbedeutend ist mit der Aufhebung aller allgemeinen Massnahmen und Schutzkonzepte, ist transparent zu kommunizieren.

4. Der Bund skizziert für die Nutzung des Covid-Zertifikats den Rahmen des Zulässigen. Innerhalb dieses Rahmens bestehen kantonale Handlungsspielräume, die unter Berücksichtigung der Präferenzen der betroffenen Bereiche genutzt werden können.

Empfehlung: Der Kanton soll seine Handlungsspielräume nutzen, um soweit möglich Handlungsfreiheiten wiederherzustellen. Dabei ist der differenzierte Einsatz des Zertifikats innerhalb ein- und derselben Institution zu ermöglichen.

5. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit gilt auch für den Einsatz des Covid-Zertifikats. Tests müssen zur Impfung eine reelle Alternative darstellen können.

Empfehlung: Es sind die nötigen Testkapazitäten zu schaffen bzw. aufrechtzuerhalten, damit Testresultate innert nötiger Frist vorliegen. Auch muss die Kostenübernahme der Tests zum Zeitpunkt der Einführung des Zertifikats geregelt sein. Aus Gründen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung empfiehlt sich eine grosszügige Handhabung der Vergütung durch die öffentliche Hand.