

Hardy Landolt / Iris Herzog-Zwitter

Masernimpfobligatorium in Zeiten der Corona-Pandemie

Gleichzeitig eine Besprechung des bundesgerichtlichen Urteils 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020

Das kürzlich ergangene Urteil 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020 (BGE Publikation) zur Masernimpfung und der aktuelle Gesetzesentwurf zum Covid-19-Gesetz haben die Autoren des vorliegenden Beitrages zum Anlass genommen der Frage eines allfälligen Impfobligatoriums in Zeiten der Corona-Pandemie nachzugehen.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Gesundheitssystem, Gesundheitspolitik; Privatrecht; Grundrechte

Zitiervorschlag: Hardy Landolt / Iris Herzog-Zwitter, Masernimpfobligatorium in Zeiten der Corona-Pandemie, in: Jusletter 31. August 2020

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Richtlinien und Empfehlungen zu Impfungen
- III. Impfobligatorium
 - A. Epidemierechtliches Impfobligatorium
 - B. Arbeitsrechtliches Impfobligatorium
 - C. Kindesschutzrechtliches Impfobligatorium
- IV. Durchsetzung eines Impfobligatoriums
 - A. Verbot einer Zwangsimpfung
 - B. Zulässige Vollzugsmassnahmen
 - C. Kindes- und erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen
- V. Haftung für unterlassene Impfung bzw. Impffolgeschäden
 - A. Öffentlich-rechtliche Haftung
 - B. Privatrechtliche Haftung
 - 1. Der Impfstelle
 - 2. Des Inhabers der gesetzlichen Gewalt
- VI. Blick in die Zukunft

I. Einleitung

[1] Das Bundesgericht hat sich unlängst im Urteil 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020¹, das zur Veröffentlichung vorgesehen ist, mit der Frage beschäftigt, ob und inwieweit die Verweigerung eines Elternteils, eine Masernschutzimpfung durchzuführen, kindesschutzrechtliche Massnahmen rechtfertigt². Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der aktuellen Corona-Pandemie ist dieser Entscheid Anlass dazu, die Problematik des «Impfzwangs» im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zu beleuchten. Dem fraglichen Entscheid des Bundesgerichts lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

[2] Im Rahmen eines Eheschutzverfahrens standen sich eine impfunwillige Mutter und ein impfwilliger Vater gegenüber. Der Antrag des Ehemannes lautete dahingehend, ihm zu erlauben, die drei minderjährigen Kinder basierend auf den Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) impfen zu lassen. Der Zivilkreisgerichtspräsident Basel-Landschaft West wies den Antrag ab; der Entscheid blieb unangefochten. Der Ehemann reichte nachfolgend am Zivilkreisgericht die Ehescheidungsklage ein. Er stellte im Scheidungsverfahren den Antrag, seine Ehefrau zu verpflichten, «umgehend zusammen mit ihm die drei minderjährigen Kinder zu den vom BAG empfohlenen Impfungen zu begleiten und zu impfen». Der Antrag wurde durch das Zivilkreisgericht abgewiesen. Das Kantonsgericht wies die vom Ehemann dagegen erhobene Berufung ebenso ab.

[3] Der Ehemann reichte am 4. Oktober 2019 Beschwerde an das Bundesgericht ein und verlangte, den Entscheid des Kantonsgerichts aufzuheben. Eventuell sei der Entscheid aufzuheben und die Ehefrau zu verpflichten, die drei minderjährigen Kinder zusammen mit ihm zu den vom BAG empfohlenen Impfungen zu begleiten «und diese dort entsprechend impfen zu lassen». Sub-

¹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 15. Juli 2020, https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/5A_789_2019_2020_07_15_T_d_14_14_34.pdf (zuletzt besucht am 30. Juli 2020).

² Siehe betreffend Übertragung der Entscheidungsbefugnis über Impfungen des Kindes auf einen Elternteil rechtsvergleichend Urteil BGH XII ZB 157/16 vom 3. Mai 2017 = BeckRS 2017, 110625 = GuP 2018, 28 = JAmt 2017, 449 = MedR 2018, 39 = NJW-Spezial 2017, 484 = NZFam 2017, 561 = LSK 2017, 110625 sowie OLIVER BERTHOLD, Grenzbereiche der Vernachlässigung: Kindeswohl und Elternrecht vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Entwicklungen und Debatten, in: NZFam 2020, 118, und MARTIN WEBER, Gerichtliche Entscheidungen bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern, in: NJW 2020, 523 ff.

eventuell sei die Ehefrau zu verpflichten, «die drei unmündigen Kinder zur Masernimpfung zu begleiten und impfen zu lassen».

[4] Das Bundesgericht erachtet es in casu als unbestritten, dass die Frage der Impfung als medizinischer Eingriff keine im Sinne von Art. 301 Abs. 1^{bis} Ziff. 1 ZGB alltägliche, sondern eine grundlegende Entscheidung sei, die keinem Elternteil allein zufalle³. Die Mutter würde es nicht in Abrede stellen, dass das BAG die Impfung gegen Masern empfehle. Zu prüfen bleibe, «ob das Wohl der minderjährigen Kinder der Streitparteien im Sinne von Art. 307 Abs. 1 ZGB gefährdet ist, wenn eine behördliche Entscheidung über die Frage der Masernimpfung unterbleibt und es daher mit dem Status quo – dem Verzicht auf den Impfschutz gegen die Masern – sein Bewenden hat»⁴.

[5] Das Bundesgericht beurteilte, dass die Vorinstanz ihr Ermessen bei der Prüfung der entsprechenden Kinderschutzmassnahmen bundesrechtswidrig ausgeübt hat:

«Der angefochtene Entscheid beruht auf einer Fehlüberlegung, soweit die Vorinstanz aus dem Fehlen eines gesetzlichen Impfobligatoriums den (Umkehr-)Schluss zieht, dass der Verzicht auf die Masernimpfung das Wohl der betroffenen Kinder (losgelöst von der konkreten Gefahr einer Epidemie oder eines auffällig gehäuften Auftretens der Infektionskrankheit in deren Wohngebiet) nicht gefährdet (vgl. E. 4.3). Ob das Wohl des Kindes im *privatrechtlichen* Sinn von Art. 307 Abs. 1 ZGB gefährdet ist, bestimmt sich allein nach Massgabe der *privaten* Situation des Kindes. Demgegenüber orientieren sich die Voraussetzungen, unter denen eine Impfung (auf eidgenössischer oder kantonaler Ebene) für obligatorisch erklärt werden kann, nicht an der *individuellen* Situation einer (minderjährigen) Einzelperson, sondern an der Gefährdung von Bevölkerungs- oder Personengruppen (s. Art. 6 Abs. 2 Bst. d und Art. 22 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen [Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101]). So setzt die ‚besondere Lage‘ (Art. 6 EpG), angesichts derer der Bundesrat eine Impfung für obligatorisch erklären kann (Art. 6 Abs. 2 Bst. d EpG), unter anderem voraus, dass wegen des Ausbruchs und der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit eine erhöhte Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr, eine besondere Gefährdung der öffentlichen Gesundheit oder schwerwiegende Auswirkungen auf die Wirtschaft oder auf andere Lebensbereiche zu befürchten sind (Art. 6 Abs. 1 Abs. a Ziff. 1–3 EpG). Allein der Umstand, dass mit Bezug auf eine übertragbare Krankheit – insbesondere mangels einer erhöhten Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr – eine Impfung nicht für obligatorisch erklärt, sondern von der eidgenössischen Gesundheitsbehörde lediglich empfohlen wird, bedeutet nicht, dass es sich auch mit dem Kindeswohl verträgt, auf die Impfung gegen die fragliche Infektionskrankheit zu verzichten»⁵.

[6] Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz würde eine abstrakte Gefahr einer Masernerkrankung auch eine Kinderschutzmassnahme rechtfertigen. Das Ziel von Schutzimpfungen sei, be-

³ Vgl. Urteil BGer 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020 E. 6.2.1.

⁴ Ibid. E. 6.2.1.

⁵ Ibid. E. 6.2.4.

reits «die abstrakte Möglichkeit einer Ansteckung mit der als gefährlich eingestuften Krankheit auszuschalten oder wenigstens auf ein Minimum zu reduzieren»⁶. Die Rechtfertigung liege darin, dass «der Einzelne das Risiko einer Erkrankung (und befürchtete Komplikationen oder Folgen der Krankheit) kaum noch zu beherrschen vermag und ein hinreichender Impfschutz möglicherweise nicht mehr rechtzeitig erreicht werden kann, wenn sich die Ansteckungsgefahr in Gestalt einer Epidemie oder eines Krankheitsausbruchs konkretisiert hat. Entsprechend kommt es mit Blick auf die Frage, ob der Verzicht auf die Impfung das Kindeswohl im Sinne von Art. 307 Abs. 1 ZGB gefährdet, auch nicht darauf an, dass die betroffenen Kinder «gesundheitlich vorbelastet» sind und aus *diesem* Grund «erhöhten gesundheitlichen Risiken» ausgesetzt wären, wie die Vorinstanz argumentiert»⁷.

[7] Das Bundesgericht präzisiert, wer losgelöst von einer besonderen Zwangslage auf den Impfschutz für seine minderjährigen Kinder verzichtet, nehme aber jedenfalls die Unwägbarkeiten in Kauf, die eine konkrete Gefahrenlage für seine (gesunden) Kinder mit sich bringe⁸. Die gesundheitlichen Risiken und Gefahren einer Masernerkrankung würden keine Pattstellung unter den Eltern erlauben. Falls keine Einigung der sorgeberechtigten Eltern über diese Massnahme zum Schutz der Gesundheit des Kindes vorliege, liege ein Anwendungsfall von Art. 307 Abs. 1 ZGB vor. Die zuständige Behörde sei dann berufen diese Frage anstelle der Eltern zu entscheiden. Gemäss Bundesgericht gelte als Richtschnur für den Entscheid der Behörde die Empfehlung des BAG als fachkompetente eidgenössische Behörde zur Durchführung der Masernimpfung. Falls dies mit dem Kindeswohl im konkreten Fall und aufgrund der besonderen Umstände nicht vereinbar sei, dann könne es eine Abweichung geben. Die behördliche Anordnung der Masernimpfung als Kinderschutzmassnahme sei entgegen der Beurteilung des Kantonsgerichts grundsätzlich angezeigt⁹.

[8] Gemäss Bundesgericht sei es nicht ersichtlich, «dass die streitige Impfung nicht geeignet und erforderlich wäre, um die minderjährigen Kinder nachhaltig gegen eine Masernerkrankung zu schützen, bzw. dass die Kinder auch mit einer mildereren Massnahme dauerhaft vor einer Ansteckung geschützt werden könnten»¹⁰. Daran ändere «auch die pauschale, nicht weiter belegte Behauptung der Beschwerdegegnerin nichts, wonach Ansteckung, Herdenimmunität und Antikörper-Theorie «bei genauer Betrachtung bei weitem nicht derart bewiesen und/oder aussagekräftig» seien «wie immer behauptet»¹¹.

«Auch soweit die Beschwerdegegnerin die Verhältnismässigkeit der Masernimpfung unter dem Blickwinkel allfälliger Nebenwirkungen in Frage stellen will, begnügt sie sich mit einem allgemeinen Hinweis darauf, dass die Rückmelderate von Nebenwirkungen nach Impfungen «nachweislich bei 5–10%» liege, weshalb sich keine verlässlichen Hochrechnungen machen liessen und die Dunkelziffer hoch sei. Dass allfällige schwere unerwünschte Impferscheinungen («UIE») von ihrem Auftreten her in einem nicht hinnehmbaren Verhältnis zur Häufigkeit schwerer Komplikationen einer Ma-

⁶ Ibid. E. 6.2.5.

⁷ Ibid. E. 6.2.5.

⁸ Ibid. E. 6.2.6.

⁹ Ibid. E. 6.2.6.

¹⁰ Ibid. E. 6.2.7.

¹¹ Ibid. E. 6.2.7.

sernerkrankung stehen, ist mit derlei unspezifischen Einwendungen nicht dargetan. Schliesslich lässt sich der präventive Schutz der Impfung zur Verhinderung von Masern auch nicht durch die Injektion von Immunglobulinen erreichen. Wie sich aus den einschlägigen Publikationen der Fachbehörden ergibt, ist die Wirkungsdauer von Immunglobulinen zeitlich begrenzt; deren Verabreichung ist eine Notfallmassnahme für ungeschützte Personen mit hohem Komplikationsrisiko, für die eine aktive Immunisierung kontraindiziert ist und die Kontakt zu einer an Masern erkrankten Person in der Ansteckungsphase hatten (s. Stellungnahme der Ständigen Impfkommision [STIKO] am Robert Koch Institut, Fachliche Anwendungshinweise zur Masern-Postexpositionsprophylaxe bei Risikopersonen, in: Robert Koch Institut, Epidemiologisches Bulletin, 12. Januar 2017/Nr. 2, S. 17 ff.; Empfehlungen des BAG zur Prävention von Masern, Mumps und Röteln, a.a.O., S. 39). Vorbehalten bleibt freilich der Fall, da die Verabreichung von Masernimpfstoffen aufgrund besonderer konkreter Umstände medizinisch kontraindiziert ist (s. dazu ausführlich die zitierten Empfehlungen des BAG zur Prävention von Masern, Mumps und Röteln, S. 33 f.)»¹².

[9] Das Bundesgericht heisst die Beschwerde des Vaters gut. Das Kantonsgericht wird angehalten, neu die Frage zu prüfen, ob allfällige Kontraindikationen bei den minderjährigen Kindern der Streitparteien vorliegen.

II. Richtlinien und Empfehlungen zu Impfungen

[10] Eine zentrale Aussage des Urteils 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020 ist folgende:

«Empfiehl das BAG als fachkompetente eidgenössische Behörde eine Masernimpfung, so soll diese Empfehlung für den Entscheid Richtschnur sein. Eine Abweichung davon ist nur im Fall allfälliger Kontraindikation für die Masernimpfung bei den Kindern angezeigt»¹³.

[11] Diese vom Bundesgericht zitierten Richtlinien und Empfehlungen zu Impfungen und Prophylaxe werden durch das BAG gemeinsam mit der Eidgenössischen Kommission für Impffragen (EKIF) erarbeitet und veröffentlicht¹⁴. Die Eidgenössische Kommission für Impffragen ist eine unabhängige Kommission, welche den Bundesrat, das Eidgenössische Departement des Innern und das BAG als konsultatives wissenschaftliches Organ bei der Erarbeitung von Impfeempfehlungen berät. Die EKIF hat seit 2011 den Rang einer vom Bundesrat eingesetzten ausserparlamentari-

¹² Ibid. E. 6.2.7.

¹³ Vgl. Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 15. Juli 2020, https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/5A_789_2019_2020_07_15_T_d_14_14_34.pdf (zuletzt besucht am 31. Juli 2020).

¹⁴ Vgl. BAG, Richtlinien und Empfehlungen zu Impfungen und Prophylaxe, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesund-leben/gesundheitsfoerderung-und-praevention/impfungen-prophylaxe/richtlinien-empfehlungen-impfungen-prophylaxe.html> (zuletzt besucht am 31. Juli 2020).

schen Kommission¹⁵. Die Mitgliederliste der EKIF ist im Register der Rubrik «Eidgenössische Kommission für Impffragen (EKIF)» abrufbar¹⁶.

[12] Bei der im Urteil ebenfalls erwähnten «Ständigen Impfkommision (STIKO)» handelt es sich um die deutsche Impfkommision, welche die deutschen Impfeempfehlungen erlässt. Die STIKO-Empfehlungen sind der medizinische Standard für die Beurteilung des Einzelfalles¹⁷. Ebenso gelten die medizinischen Richtlinien der EKIF als medizinischer Standard. Aus rechtsvergleichender Sicht ist auf die Rechtsprechung des deutschen BGH zu verweisen, welcher Stellung bezog inwieweit Mutterschafts-Richtlinien als verbindlich gelten¹⁸: «Die Mutterschafts-Richtlinien werden vom Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen gemäß § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 des Fünften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB V) i.V.m. §196 der Reichsversicherungsordnung (RVO) bzw. § 23 des Gesetzes über die Krankenversicherung der Landwirte (KVLG 1972) beschlossen. Sie dienen der Sicherung einer nach den Regeln der ärztlichen Kunst und unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen ärztlichen Betreuung der Versicherten während der Schwangerschaft und nach der Entbindung (§§ 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 28 Abs. 1, 70 Abs. 1 und 73 Abs. 2 SGB V)»¹⁹.

III. Impfblogatorium

A. Epidemierechtliches Impfblogatorium

[13] Das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012 regelt die Grundlagen des Impfrechts²⁰. Das Bundesrecht kennt – ausgenommen es besteht eine besondere Lage im Sinne von Art. 6 EpG oder eine ausserordentliche Lage im Sinne von Art. 7 EpG – selber kein allgemeines Impfblogatorium, sondern sieht lediglich vor, dass das Bundesamt für Gesundheit Impfeempfehlungen verabschiedet bzw. einen nationalen Impfplan erarbeitet und laufend anpasst²¹.

[14] Der nationale Impfplan unterscheidet verschiedene empfohlene Impfungen²²:

- empfohlene Basisimpfungen für Kinder, Jugendliche und Erwachsene,

¹⁵ Vgl. Eidgenössische Kommission für Impffragen (EKIF), <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/organisation/ausserparlamentarische-kommissionen/eidgenoessische-kommission-fuer-impffragen-ekif.html> (zuletzt besucht am 31. Juli 2020).

¹⁶ Vgl. Eidgenössische Kommission für Impffragen (EKIF), Zusammensetzung, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/organisation/ausserparlamentarische-kommissionen/eidgenoessische-kommission-fuer-impffragen-ekif/kommission/zusammensetzung.html> (zuletzt besucht am 31. Juli 2020).

¹⁷ Vgl. Ständige Impfkommision (STIKO) https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/stiko_node.html (zuletzt besucht am 31. Juli 2020).

¹⁸ Vgl. Urteil BGH VI ZR 8/03 vom 25. November 2003 = NJW 2004, 1452 = VersR 2004, 645 = MDR 2004, 589.

¹⁹ Vgl. BGH VI ZR 8/03 vom 25. November 2003 = NJW 2004, 1452 = VersR 2004, 645 = MDR 2004, 589; siehe dazu IRIS HERZOG-ZWITTER, Medizinische Leitlinien und Richtlinien in der Versicherungsmedizin im Kontext zur ärztlichen Sorgfaltspflicht. Die helvetische höchstrichterliche Rechtsprechung im tangierenden Rechtsvergleich zur Rechtsprechung des BGH und OGH, in: Festschrift für Christian Huber zum 65. Geburtstag Deutsches und Österreichisches und Internationales Schadenersatzrecht, München 2020, S. 179 ff.

²⁰ Epidemiengesetz (EpG; SR 818.101).

²¹ Vgl. Art. 20 Abs. 1 und Art. 24 EpG.

²² Vgl. Schweizerischer Impfplan, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesund-leben/gesundheitsfoerderung-und-praevention/impfungen-prophylaxe/schweizerischer-impfplan.html> (zuletzt besucht am 18. August 2020).

- empfohlene ergänzende Impfungen und
- für Risikogruppen/Risikosituationen empfohlene Impfungen.

[15] Eine Schutzimpfung gegen die Masern-Krankheit wird dabei zusammen mit den Schutzimpfungen gegen Mumps und Röteln als MMR-Basisimpfung nahegelegt. Zusätzlich wird nicht nur im nationalen schweizerischen Impfplan, sondern auch im europäischen Impfplan der WHO²³ eine vollständige Eliminierung dieser drei Krankheiten angestrebt. Hinsichtlich der beiden Krankheiten Masern und Röteln besteht eine ärztliche Meldepflicht²⁴.

[16] Die Kantone sind – zusammen mit den Angehörigen der Medizinal- und Gesundheitsberufe²⁵ – für die Umsetzung der Empfehlungen in einem doppelten Sinne zuständig. Sie können einerseits Impfungen fördern²⁶ und andererseits obligatorische Impfungen vorsehen²⁷. Ein Impfbobligatorium kann dabei für gefährdete Bevölkerungsgruppen, von besonders exponierten Personen sowie für Personen vorgesehen werden, die bestimmte Tätigkeiten ausüben. Die Einführung eines Obligatoriums setzt in all diesen Fällen eine «erhebliche» Gefahr voraus²⁸.

[17] Zur Feststellung, ob eine erhebliche Gefahr besteht, beurteilen die zuständigen kantonalen Behörden folgende Faktoren:

- Schweregrad einer möglichen Erkrankung sowie das Risiko einer Weiterverbreitung der Krankheit,
- Gefährdung besonders verletzbarer Personen,
- epidemiologische Situation auf kantonaler, nationaler und internationaler Ebene unter Einbezug des BAG,
- zu erwartende Wirksamkeit eines allfälligen Impfbobligatoriums sowie
- Eignung und Wirksamkeit anderer Massnahmen zur Eindämmung der Gesundheitsgefahr²⁹.

[18] Sind die Voraussetzungen für die Einführung eines Obligatoriums gegeben, darf in allen Fällen lediglich ein zeitlich befristetes Impfbobligatorium vorgesehen werden³⁰. Zudem muss das Obligatorium, wenn Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, insbesondere medizinische Dienstleistungen erbringen, auf diejenigen Bereiche beschränkt werden, in welchen das Risiko einer Weiterverbreitung der Krankheit erhöht ist oder in welchen besonders verletzbare Personen gefährdet sind³¹. Die Kantone sind in Anwendung dieser Grundsätze berechtigt, zeitlich befris-

²³ Vgl. European Vaccine Action Plan 2015–2020 (2014), <https://www.euro.who.int/en/health-topics/communicable-diseases/rotavirus/publications/2014/european-vaccine-action-plan-20152020-2014> (zuletzt besucht am 18. August 2020).

²⁴ Vgl. Art. 12 und 39 EpG sowie Ziff. 30 und 37 Anhang Verordnung des EDI über die Meldung von Beobachtungen übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 1. Dezember 2015 (SR 818.101.126).

²⁵ Vgl. Art. 33 f. EpV.

²⁶ Vgl. Art. 21 EpG.

²⁷ Vgl. Art. 22 EpG.

²⁸ Ibid.

²⁹ Vgl. Art. 38 Abs. 1 EpV.

³⁰ Vgl. Art. 38 Abs. 2 EpV.

³¹ Ibid.

tete Masernschutzimpfungen für obligatorisch zu erklären. Im jüngsten Entscheid musste sich das Bundesgericht aber nicht mit der Frage befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Einführung einer Masernimpfpflicht zulässig ist.

[19] In Deutschland wurde unlängst im Rahmen der Verabschiedung eines Masernschutzgesetzes eine generelle Impfpflicht eingeführt, welche von der Lehre als verfassungskonform beurteilt wird³². In Deutschland ist anerkannt, dass Impfpflichten mit Bezug auf Krankheiten, deren Eliminierung international und national angestrebt wird, wie das auch für die Masern der Fall ist³³, verhältnismässig sind. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht hat beispielsweise 1959 ein Pockenimpfobligatorium als verfassungskonform qualifiziert³⁴.

[20] Die Einführung eines generellen bzw. zeitlich unbefristeten Masernimpfobligatoriums ist gemäss dem Epidemienengesetz nur möglich, wenn eine besondere oder sogar ausserordentliche Lage vorliegt. In diesem Fall wäre der Bundesrat – wie im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie – ermächtigt, Massnahmen gegenüber der Bevölkerung bzw. die notwendigen Massnahmen für das gesamte Land anzuordnen³⁵. Da lediglich der Verordnungsgeber, nicht aber das Epidemienengesetz selber eine zeitliche Befristung eines allfälligen (kantonalen) Impfobligatoriums vorsieht, ist auch für die Schweiz die Frage gestellt, ob die Einführung eines generellen bzw. zeitlich unbefristeten Masernimpfobligatoriums von einem Kanton vorgesehen werden könnte.

[21] Die schweizerischen Gerichte – und auch das Bundesgericht im vorliegenden Fall – mussten sich bis anhin noch nicht mit der Verfassungsmässigkeit der zeitlichen Befristung kantonalen Impfobligatorien befassen, haben aber unter der Geltung des alten Epidemiengesetzes, das diese Befristung noch nicht kannte, dauerhafte Impfobligatorien der Kantone als verfassungsmässig qualifiziert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist beispielsweise eine obligatorische Schutzimpfung gegen Diphtherie zulässig³⁶. Ebenso sind – als Alternative zu einer Impfung – präventive Massnahmen³⁷, beispielsweise bei einem Tuberkulose-Verdacht, zulässig³⁸. Nicht zuletzt im Hinblick auf international anerkannte Ziele, die Masernkrankheit auszurotten, die ärztliche Meldepflicht und den jüngsten Entscheid des Bundesgerichts ist es nicht ausgeschlossen, dass dieses eine unbefristete kantonale Masernschutzimpflicht nicht als von vornherein verfassungswidrig bezeichnen würde.

B. Arbeitsrechtliches Impfobligatorium

[22] Es kommt hinzu, dass indirekte Impfpflichten zulässig sind. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Gesundheit seiner Arbeitnehmer und der Personen, welche mit diesen regelmässig in Kontakt kommen, zu schützen³⁹. Der Arbeitgeber hat zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer

³² Siehe z.B. STEPHAN RIXEN, Die Impfpflicht nach dem Masernschutzgesetz, in: NJW 2020, 647 ff., und NILS SCHAKS/SEBASTIAN KRAHNERT, Die Einführung einer Impfpflicht zur Bekämpfung der Masern. Eine zulässige staatliche Handlungsoption, in: MedR 2015, 860 ff.

³³ Siehe dazu BAG, Krankheiten A-Z, Masern, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/krankheiten-im-ueberblick/masern.html> (zuletzt besucht am 18. August 2020).

³⁴ Vgl. BVerwGer I C 170/56 vom 17. Juli 1959 = NJW 1959, 2325.

³⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. a und b EpG sowie Art. 7 EpG.

³⁶ Vgl. BGE 99 Ia 747 ff.

³⁷ Siehe dazu Art. 30 ff. EpG.

³⁸ Vgl. BGE 104 Ia 480 ff.

³⁹ Vgl. Art. 328 Abs. 1 OR.

die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Unternehmens angemessen und sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Arbeitnehmer zumutbar sind⁴⁰.

[23] Spezifische Schutzpflichten werden sodann in der Verordnung über die Unfallverhütung vorgesehen⁴¹. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Weisungen des Arbeitgebers in Bezug auf die Arbeitssicherheit zu befolgen⁴² und darf sich zudem nicht in einen Zustand versetzen, indem er sich selbst oder andere Arbeitnehmer gefährdet. Die Verordnung über die Unfallverhütung nennt in diesem Zusammenhang beispielhaft den Konsum von alkoholischen Getränken oder anderen berauschenden Mitteln⁴³. Nach der Rechtsprechung erstreckt sich diese Schutzpflicht auch auf die Belästigung durch Tabakrauch⁴⁴.

[24] Da der Arbeitgeber zudem in den Räumlichkeiten, in welchen die Arbeitnehmer tätig sind, das Hausrecht hat, ist er in Ergänzung zur arbeitsvertraglichen Verpflichtung auch berechtigt, im Zusammenhang mit der Nutzung der Arbeitsräumlichkeiten Weisungen zu teilen. Im Hinblick auf die vorliegend interessierende Impfproblematik stellt sich vor diesem Hintergrund – vor allem bei Gesundheits- und Schulbetrieben sowie der breiten Öffentlichkeit zugänglichen Räumen – die zentrale Frage, ob und inwieweit der Arbeitgeber berechtigt bzw. verpflichtet ist, arbeitsbezogene Impfobligatorien anzuordnen.

[25] Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen hat in einem Entscheid, welcher ein Spital bzw. eine Spitalangestellte betraf, erwogen, dass der Arbeitgeber in Anwendung der vorgenannten Schutzverpflichtung und des Hausrechtes grundsätzlich berechtigt ist, arbeitsbezogene Impfobligatorien anzuordnen. Die im konkreten Fall umstrittene Hepatitis B-Impfung wurde als ein verhältnismässiger Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. die körperliche Unversehrtheit von Spitalangestellten qualifiziert⁴⁵. «Zweck der Impfung ist die Gesundheit der Bevölkerung, insbesondere der Schutz vor übertragbaren Krankheiten sowie das Vermeiden von Berufskrankheiten im Bereich des Gesundheitswesens (vgl. Art. 117 und 118 BV)»⁴⁶.

[26] Nach dem gegenwärtigen Stand der medizinischen Wissenschaft komme – so das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen – «der aktiven Schutzimpfung eine wichtige Rolle zu, was die Auswirkungen der Hepatitis B-Impfung des Personals im Gesundheitswesen auf die Inzidenz dieser Erkrankung in eindrücklicher Weise gezeigt habe (Empfehlung der Suva, S. 1). Durch eine präventive Schutzimpfung des Personals, das mit Blut oder anderen infektiösen Körperflüssigkeiten in Kontakt kommen könnte, kann das Risiko einer Hepatitis B-Infektion weitgehend ausgeschlossen werden. Die Weisung dient auf diese Weise auch dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Patienten sowie des gesamten Spitalpersonals (Art. 36 Abs. 2 BV)»⁴⁷.

⁴⁰ Vgl. Art. 328 Abs. 2 OR.

⁴¹ Vgl. Verordnung über die Unfallverhütung (VUV; SR 832.30).

⁴² Vgl. Art. 11 Abs. 1 VUV.

⁴³ Vgl. Art. 11 Abs. 2 VUV.

⁴⁴ Vgl. BGE 132 II 257 ff.

⁴⁵ Vgl. Urteil VGer SG vom 19. Oktober 2006 = SGGVP 2006, 1.

⁴⁶ Ibid. E. 2 d.

⁴⁷ Ibid. E. 2 d.

C. Kindesschutzrechtliches Impfobligatorium

[27] Im jüngst beurteilten Fall hat das Bundesgericht die Zulässigkeit eines indirekten Impfobligatoriums auch in Bezug auf die Ausübung der Elternrechte bzw. des Verbots einer Gefährdung des Kindeswohls bejaht. Nach der Auffassung der Bundesrichter stellt der Entscheid, ob ein Kind geimpft werden soll oder nicht, weder einen alltäglichen noch einen dringlichen Entscheid dar, welcher von einem Elternteil allein getroffen werden kann⁴⁸. Entsprechend sind beide Elternteile verpflichtet, sorgsam abzuwägen, welche Impfungen geboten sind. Dass die Eltern unterschiedlicher Auffassung sein können, betrachtet das Bundesgericht als Teil der Lebenswirklichkeit, welche grundsätzlich von den Eltern hinzunehmen sei und folglich kinderschutzrechtliche Massnahmen ausschliesst⁴⁹.

[28] Hinsichtlich der umstrittenen Masernimpfung sind die Bundesrichter aber der Auffassung, dass die Unterlassung einer Impfung je nach den konkreten Umständen durchaus eine Beeinträchtigung des Wohls des Kindes zur Folge haben kann. Das Bundesgericht wirft der kantonalen Vorinstanz eine Fehlüberlegung vor, weil diese aus dem Fehlen eines gesetzlichen Impfobligatoriums abgeleitet hat, dass eine Verletzung des Kindeswohls von vornherein nicht denkbar sei, wenn die fragliche Impfung nicht durchgeführt wird. Die Bundesrichter erinnern die kantonalen Richter daran, dass der Entscheid, ob bei einem Kind eine spezifische Impfung vorzunehmen sei, nach den individuellen Verhältnissen zu treffen sei, während es bei der Einführung eines Impfobligatoriums darum gehe, gefährdete Bevölkerungs- oder Personengruppen zu schützen⁵⁰. Als unerheblich qualifiziert das Bundesgericht auch den Umstand, dass in der Umgebung des Wohnorts des Kindes weder eine Masernepidemie noch ein Masernausbruch bestehe. Auch eine bloss abstrakte Gefahr rechtfertige eine Kindesschutzmassnahme⁵¹.

[29] Das Bundesgericht weist ferner darauf hin, dass in rund 10 % der Fälle Masern zu verschiedenen, teils schweren Komplikationen führen, weshalb das Bundesamt für Gesundheit die Durchführung der Masernimpfung empfehle. Eine Abweichung von dieser Empfehlung sei deshalb nur dann gerechtfertigt, wo sich die Masernimpfung aufgrund der besonderen Umstände des konkreten Falles nicht mit dem Kindeswohl verträgt⁵². Entsprechend weist das Bundesgericht die Angelegenheit zur erneuten Entscheidung an das kantonale Gericht zurück und fordert dieses auf, in pflichtgemässer Ausübung des ihm zustehenden Ermessens zu prüfen, ob spezielle, den betroffenen minderjährigen Kindern eigene Gründe gegen die Masernimpfung sprechen bzw. die Durchführung dieser Massnahme als mit dem Kindeswohl unvereinbar erscheinen lassen⁵³.

[30] Mit diesem Urteil bestätigt das Bundesgericht nicht nur die Zulässigkeit von indirekten Impfobligatorien, welche spezifische Fälle betreffen, sondern bejaht letztlich eine grundsätzliche Impfpflicht hinsichtlich der vom Bundesamt für Gesundheit empfohlenen Impfungen. Die unter dem Aspekt des Kindesschutzrechts bejahte Zulässigkeit von indirekten Impfobligatorien ist folgerichtig. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach der bisherigen Praxis des Bundesgerichts bereits eine abstrakte Gefährdung des Kindeswohls genügt, um kindesschutzrechtliche Mass-

⁴⁸ Vgl. Urteil BGer 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020 E. 6.2.1.

⁴⁹ Ibid. E. 6.2.3.

⁵⁰ Ibid. E. 6.2.4.

⁵¹ Ibid. E. 6.2.5.

⁵² Ibid. E. 6.2.7.

⁵³ Ibid. E. 7.

nahmen zu ergreifen. Eine abstrakte Gefährdung des Kindeswohls liegt bereits bei einer Doppelvertretung bzw. einem möglichen Interessenkonflikt des gesetzlichen Vertreters vor⁵⁴. Ebenso wurde eine abstrakte Gefährdung des Kindeswohls im Zusammenhang mit einer schulzahnärztlichen Untersuchung bejaht, welche von den Eltern entgegen einer kantonalen Verpflichtung, abgelehnt wurde. Sowohl das Bundesgericht als auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte gelangten zur Überzeugung, dass die periodisch durchzuführende schulzahnärztliche Untersuchung von Kindern eine verhältnismässige Massnahme sei⁵⁵.

[31] In Bezug auf die vorliegend umstrittene Masernimpfung bedeutet die Zulässigkeit eines indirekten Impfobligatoriums letztlich auch, dass der Schulträger berechtigt ist, nicht geimpfte Kinder von der Teilnahme am Schulunterricht auszuschliessen. Nach der Auffassung des Bundesamts für Gesundheit ist lediglich ein befristeter Ausschluss während einer Masernepidemie bzw. eines Masernausbruchs zulässig, weil ansonsten die obligatorische Grundschulpflicht unverhältnismässig eingeschränkt würde⁵⁶. Sollten unbefristete Masernschutzimpfpflichten zulässig sein, wäre auch ein dauerhafter Ausschluss aus der Schule mit der Verpflichtung, die betroffenen Kinder ausserhalb der öffentlichen Schule auszubilden, denkbar. Ein dauerhafter Ausschluss ist in jedem Fall in Bezug auf den Kindergarten oder Kindertagesstätten zulässig, da diesbezüglich weder ein Anspruch auf Aufnahme noch eine entsprechende Schulungsverpflichtung besteht⁵⁷. Die deutschen Gerichte erachten auch Schulbetretungsverbote für gegen Masern und Windpocken ungeimpfte Kinder als zulässig⁵⁸.

[32] Der zweite Aspekt des Grundsatzurteiles – generell bestehende Impfpflicht hinsichtlich der vom Bundesamt für Gesundheit empfohlenen Impfungen – ist demgegenüber nicht unproblematisch. Einerseits statuiert das Epidemien-gesetz in einer normalen Lage kein eidgenössisches Impfobligatorium; andererseits werden nicht sämtliche der vom Bundesamt für Gesundheit empfohlenen Impfungen von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vergütet⁵⁹. Es kommt hinzu, dass einzelne der empfohlenen Impfungen geschlechtsspezifisch sind, weshalb deren verfassungsmässige Zulässigkeit einer zwingenden biologischen Begründung bedarf, andernfalls eine Verletzung des Geschlechterdiskriminierungsverbots⁶⁰ besteht. Da Humane Papillomaviren (HPV) primär durch Geschlechtsverkehr übertragen werden, ist insbesondere fraglich, ob eine einseitig Frauen betreffende Impfpflicht zulässig ist.

[33] Das Verwaltungsgericht Schwyz bestätigte in einer Entscheid vom 28. März 2018 die Begründung der Vorinstanz, dass das Ungeimpftsein das Kindeswohl gefährden müsse, damit eine Kinderschutzmassnahme gemäss Art. 307 ZGB getroffen werden könne. Dies sei zu Recht von der Vorinstanz in casu verneint worden. Im beurteilten Fall ging es um die Frage der FMSE-Impfung

⁵⁴ Vgl. BGE 118 II 101 E. 4 und 107 II 105 E. 4 f. sowie Urteil BGer 5A_743/2009 vom 4. März 2010 E. 2.

⁵⁵ Vgl. BGE 118 Ia 427 ff. und Urteil EGMR 22398/93 vom 5. April 1995 = VPB 59.138. Siehe ferner ANJA KRASSER, Zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer Impfpflicht, RdM (2020) 04, 136 ff.

⁵⁶ Siehe BAG, Das neue Epidemien-gesetz Fragen & Antworten, Juli 2013, S. 2 <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesetze-und-bewilligungen/gesetzgebung/gesetzgebung-mensch-gesundheit/epidemien-gesetz.html> (zuletzt besucht am 6. August 2020).

⁵⁷ Siehe dazu rechtsvergleichend Urteil VG Gera 6 E 557/19 Ge vom 16. April 2019 = BeckRS 2019, 7068 = LSK 2019, 7068 = ThürVBl 2020, 20.

⁵⁸ Vgl. Urteile BVerwG 3 C 16/11 vom 22. März 2012 = NJW 2012, 2823, OVG Lüneburg 13 LC 198/08 vom 3. Februar 2011 = BeckRS 2011, 46763 und VG Hannover 7 A 3697/07 vom 23. Oktober 2008 = BeckRS 2008, 41149.

⁵⁹ Vgl. Art. 12a KLV.

⁶⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

für den gemeinsamen Sohn. Ein Dissens der Eltern würde für eine grundlegende Entscheidung zur Frage der Impfung als medizinischer Eingriff ein Einschreiten der KESB nicht legitimieren. Denn eine behördliche Anweisung zur Impfung käme nur dann in Frage, «wenn wegen des Nichtgeimpftseins nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des körperlichen, sittlichen, geistigen oder psychischen Wohls des Kindes geradezu vorauszusehen ist»⁶¹.

[34] In einem weiteren kürzlich ergangenen Entscheid vom 27. August 2019 bestätigte das Kantonsgericht Basel-Landschaft ebenfalls, dass es bei der Frage einer Impfung als medizinischen Eingriff um eine grundlegende Entscheidung gehe, worüber die Eltern als Inhaber der elterlichen Sorge gemeinsam zu entscheiden hätten. Gemäss Art. 307 Abs. 1 ZGB sei zu prüfen und gegebenenfalls anzuordnen, wenn der Dissens der Eltern eine Gefährdung des Kindes nach sich ziehe. Denn würde die Nichtimpfung von Kindern eine Kindwohlgefährdung mit sich bringen, müssten für alle Kinder in diesem Sinne Schutzmassnahmen ergriffen werden, was aber zu einem Impfobligatorium führen würde. Aber dieses Impfobligatorium würde nicht bestehen. Massgebende Richtlinie – in casu ging es um die Basisimpfung – sei der Stand der Wissenschaft. Die Gefährdung des Kindeswohls durch das Nichtimpfen wurde verneint. Es sei weder eine abstrakte noch eine konkrete Gefährdung für das Kind gegeben. Die Voraussetzungen für die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen im Sinne von Art. 307 ZGB seien nicht erfüllt und es könnten auch keine angeordnet werden⁶².

IV. Durchsetzung eines Impfobligatoriums⁶³

A. Verbot einer Zwangsimpfung

[35] Direkte und indirekte Impfobligatorien könnten theoretisch mit direktem Zwang durchgesetzt werden. Die Epidemienverordnung verneint aber die Zulässigkeit, ein allfälliges kantonales Impfobligatorium mittels physischen Zwangs durchzusetzen⁶⁴. Dieses vom Ordnungsgeber, nicht aber vom Gesetzgeber vorgesehene Verbot irritiert in mehrfacher Hinsicht. Die Epidemienverordnung erlaubt in anderem Zusammenhang die Anwendung physischen Zwangs. Erkrankte Personen können insbesondere gegen ihren Willen ärztlich untersucht, unter Quarantäne gestellt oder sogar abgesondert und in geeignete Institutionen eingewiesen werden⁶⁵.

[36] Es ist nicht nachvollziehbar, warum eine zwangsweise Durchsetzung von Schutzmassnahmen erst beim konkreten Krankheitsverdacht zulässig sein soll, wenn der primäre Zweck der Epidemiengesetzgebung in der Verhinderung bösartiger bzw. übertragbarer Krankheiten besteht⁶⁶. Ausserhalb des Geltungsbereichs der Epidemiengesetzgebung erlaubt das Bundesgericht denn auch die zwangsweise Durchführung von präventiven Massnahmen. Insbesondere ist eine

⁶¹ Vgl. Urteil VGer Schwyz EGV-SZ 2018 vom 28. März 2018 E. 16.2.

⁶² Vgl. Entscheid KGer Basel-Landschaft 400 19 165 vom 27. August 2019.

⁶³ Siehe ferner ANJA KRASSER, Zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer Impfpflicht, RdM 2020 (204), 136 ff.

⁶⁴ Vgl. Art. 38 Abs. 3 EpV.

⁶⁵ Vgl. Art. 35 ff. EpV.

⁶⁶ Vgl. Art. 2 bs. 1 EpG.

Zwangsernährung von Strafgefangenen genauso zulässig⁶⁷ wie die Zwangsmedikation von psychisch erkrankten Personen⁶⁸.

B. Zulässige Vollzugsmassnahmen

[37] Zur Durchsetzung eines Impfbobligatoriums stehen die allgemeinen Straf- und verwaltungsrechtlichen Vollzugsmassnahmen zur Verfügung. Das Epidemiengesetz statuiert insbesondere besondere Straftatbestände⁶⁹, welche in Ergänzung zu den allgemeinen Bestimmungen des Strafbuches den Vollzug der epidemierechtlichen Massnahmen absichern. Die Kantone sind berechtigt, zur Durchsetzung ihrer Impfbobligatorien ebenfalls spezifische straf- und verwaltungsrechtliche Massnahmen vorzusehen. Mit Bezug auf eine allfällige öffentlich-rechtliche Behandlungspflicht kann insbesondere eine Strafandrohung im Unterlassungsfall vorgesehen werden⁷⁰. Die Nichteinhaltung einer vertraglichen Impfverpflichtung berechtigt zur Auflösung des Vertrages⁷¹. Zulässig ist auch, dass ungeimpften Personen eine ärztliche Behandlung oder eine andere Dienstleistung verweigert wird, wenn der Gesundheitszustand die sorgfaltsgemässe Durchführung der fraglichen Dienstleistung beeinträchtigt⁷².

C. Kindes- und erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen

[38] Im jüngsten Fall musste sich das Bundesgericht (noch) nicht mit der Frage beschäftigen, welche Massnahmen von der Kinderschutzbehörde angeordnet werden müssten, wenn sich der sorgeberechtigte Elternteil weigert, in Missachtung des Kindeswohls eine bestimmte Impfung vorzunehmen. Da sich im beurteilten Fall die Eltern uneinig gewesen sind, ob eine Masernimpfung durchgeführt werden soll oder nicht, dürfte die Kinderschutzbehörde bei einer Bejahung der Masernimpfpflicht den impfwilligen Elternteil berechtigen bzw. beide Elternteile unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe zur Impfung ihrer Kinder verpflichten.

[39] Problematischer sind die Fälle, in welchen beide Elternteile die behördlich empfohlenen Impfungen vollständig oder teilweise ablehnen, wie das auch bei Behandlungsverzicht von religiös motivierten Eltern zu Lasten ihrer (noch) nicht religiös denkenden Kinder, etwa bei einer von Zeugen Jehovas für ihr Kind verweigerten Bluttransfusion, der Fall ist. Besteht in solchen Fällen eine Meldepflicht der Ärzte, der Schulbehörden oder anderer Personen, welche von Berufs wegen mit den Kindern in Kontakt sind? Oder gilt das Prinzip: Wo kein Kläger, da kein Richter? Dieselbe Problematik besteht bei urteilsunfähigen Erwachsenen, bei welchen in Analogie zum jüngsten Urteil des Bundesgerichts auch davon auszugehen ist, dass deren gesetzliche Vertreter – wie die Eltern – verpflichtet sind, behördlich empfohlene Impfungen durchführen zu lassen bzw.

⁶⁷ Vgl. BGE 136 IV 97 E. 6.

⁶⁸ Vgl. BGE 130 I 16 E. 5, 127 IV 154 E. 4 und 126 I 112 E. 5.

⁶⁹ Vgl. Art. 82 f. EpG.

⁷⁰ Siehe VPB 59.138.

⁷¹ Vgl. Urteil VGer SG vom 19. Oktober 2006 = SGGVP 2006, 1.

⁷² Siehe dazu Urteil BGer 6B_730/2017 vom 7. März 2018 (Behandlungsverweigerung bei einem Zeugen Jehovas, der Bluttransfusion während Operation ablehnt).

einzelfallweise abzuklären, ob berechtigte Gründe dafür bestehen, eine behördlich empfohlene Impfung zu unterlassen.

V. Haftung für unterlassene Impfung bzw. Impffolgeschäden

A. Öffentlich-rechtliche Haftung

[40] Unterbleibt eine Impfung und erkrankt die Person, welche hätte geimpft werden müssen, oder wird eine Impfung durchgeführt und tritt in der Folge ein Impffolgeschaden auf, stellt sich unweigerlich die Frage der Haftung für den fraglichen Personenschaden. Das Epidemien-gesetz statuiert eine spezialgesetzliche Ausfallhaftung für Impffolgeschäden, welche nach be-hördlich angeordneten oder behördlich empfohlenen Impfungen auftreten⁷³. Kinder, welche im Zusammenhang mit einer Masernimpfung geschädigt werden, können deshalb den anderweitig gedeckten Schaden gegenüber dem Eidgenössischen Department des Innern geltend machen⁷⁴. Da es sich um eine Ausfallhaftung handelt, ist die betroffene Person aber verpflichtet, allfällige Haftungs- und Entschädigungsansprüche, welche ihr gegenüber Drittpersonen zustehen, vorerst geltend zu machen⁷⁵.

[41] Die spezialgesetzliche Ausfallhaftung ist nicht anwendbar, wenn eine behördlich empfohle-ne Impfung oder eine behördlich angeordnete Impfung trotz Vollzugsmassnahmen unterbleibt. Eine allfällige Haftung richtet sich in diesem Fall nach der allgemeinen Haftungsordnung. Wird in Analogie zum jüngsten Masernurteil von einer generellen Verpflichtung zur Durchführung behördlich empfohlener Impfungen ausgegangen, ist von einer latenten Haftung von Beiständen sowie der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 454 ZGB auszugehen, da die-se Haftungsnorm eine Entschädigungspflicht bereits dann vorsieht, wenn behördliche Pflichten verletzt worden sind.

[42] Die «normale» Staatshaftung ist dann anwendbar, wenn ein Kanton ein unzulässiges Imp-fobligatorium vorschreibt oder ein zulässiges Impfobligatorium in unzulässiger Weise von der Impfstelle vollzogen wird. Das Epidemien-gesetz verpflichtet Ärzte und weitere Gesundheitsfach-personen dazu, im Rahmen ihrer Tätigkeit zur Umsetzung des nationalen Impfplans beizutragen. Sie informieren die von den Impfpfehlungen betroffenen Personen über den nationalen Impf-plan⁷⁶. Die Ärzte nehmen ferner Impfungen vor, wobei für die Gelbfieberimpfung eine besondere Bewilligung erforderlich ist⁷⁷.

[43] Soweit der freiberuflich tätige Arzt, der weder staatlicher Angestellter noch Beauftragter ist, die ihm vom Epidemien-gesetz übertragenen Aufgaben ausführt oder behördlich empfohlene bzw. angeordnete Impfungen ausführt, stellt sich die Frage, ob die Staatshaftung oder die privatrecht-liche Vertrags- und Deliktshaftung anwendbar ist. Die Abgabe von angeordneten oder empfohle-

⁷³ Vgl. Art. 64 ff. EpG und weiterführend HARDY LANDOLT/UELI KIESER, Entschädigung und Genugtuung bei Schäden aus Impffolgen, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2017, Zürich/St. Gallen 2018, S. 41 ff.

⁷⁴ Vgl. Art. 66 Abs. 1 EpG.

⁷⁵ Vgl. Art. 64 Abs. 2 und Art. 64 Abs. 4 OR.

⁷⁶ Vgl. Art. 20 Abs. 2 und 3 EpG.

⁷⁷ Vgl. Art. 41 ff. EpV.

nen Impfstoffen erfolgt zwar im öffentlichen Interesse⁷⁸, stellt aber erst dann eine Staatsaufgabe dar, wenn zwischen dem Gemeinwesen und der Impfstelle eine hinreichende «Steuerungsbeziehung» besteht⁷⁹. Eine derartige Steuerungsbeziehung ist zu bejahen, wenn die Impfstelle eine behördlich angeordnete Impfung ausführt, mithin als staatliches Vollzugsorgan des Impfobligatoriums tätig ist.

[44] Unklar ist hingegen, ob auch bei empfohlenen Impfungen eine derartige Steuerungsbeziehung angenommen werden kann. Die empfohlenen Impfungen, insbesondere eine Masernimpfung, sind gemäss dem bundesgerichtlichen Masernurteil grundsätzlich durchzuführen und damit gesetzlich «vorgeschrieben» und erfüllen insoweit die Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage, die impfwillige Person entscheidet aber autonom, ob die empfohlene Impfung vorgenommen werden soll. Entscheidet sie sich für eine Impfung, ist die angegangene Impfstelle grundsätzlich frei, die Impfung vorzunehmen, wird diese in aller Regel aber wunschgemäss applizieren. Freiwilligkeit der Impfung und Entscheidungsautonomie des Patienten und der Impfstelle sprechen gegen die Annahme einer hinreichenden Steuerungsbeziehung des Staates.

[45] Dafür spricht der Umstand, dass Krankenkassen im Grundversicherungsbereich Organe der mittelbaren Staatsverwaltung sind und als solche eine staatliche Aufgabe (Durchführung der sozialen Krankenversicherung) wahrnehmen⁸⁰. Da die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für bestimmte behördlich empfohlene Impfungen trägt⁸¹, ist das Staatshaftungsrecht des Kantons anwendbar, in welchem die fragliche Impfung durch einen niedergelassenen Hausarzt oder einen staatlich besoldeten Arzt durchgeführt wird. Die privatrechtliche Haftungsordnung gilt in jedem Fall für behördlich empfohlene, aber nicht unter die obligatorische Krankenpflegeversicherung fallende Impfungen. Das kantonale Staatshaftungsrecht ist ferner auf die Impftätigkeit eines Tierarztes nicht anwendbar⁸².

B. Privatrechtliche Haftung

1. Der Impfstelle

[46] Die Impfstelle hat allfällige erhebliche Impfrisiken in geeigneter Weise dem Patienten oder seinem gesetzlichen Vertreter darzulegen⁸³. Die Aufklärungspflicht besteht insbesondere bei ei-

⁷⁸ «Die Impfung des einzelnen Individuums hat auch einen gemeinnützigen Aspekt und liegt daher im öffentlichen Interesse. Zur Verwirklichung dieses öffentlichen Interesses sieht der Staat zahlreiche Massnahmen vor. Einen wichtigen Stellenwert haben dabei die Impfempfehlungen des BAG. Es wäre deshalb stossend, einerseits Impfungen zu fördern und der Bevölkerung Impfungen zu empfehlen oder anzuordnen und andererseits beim Auftreten eines Impfschadens in bestimmten Fällen keine staatliche Unterstützung in geeigneter Form zu gewähren» (Botschaft EpG, 411).

⁷⁹ Das Bundesamt für Justiz hielt in einem Gutachten von 2005 zum Datenschutz im Bereich der Spitex-Dienste fest, dass für die Abgrenzung zwischen privaten und öffentlichen Aufgaben entscheidend ist, «ob die erfüllte Aufgabe gesetzlich vorgesehen ist und ob eine Steuerungsbeziehung zwischen Staat und privaten Aufgabenträgern gegeben ist, der Staat also direkten Einfluss auf die Aufgabenerfüllung nimmt oder wesentliche Rahmenbedingungen festlegt» (Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 24. November 2005 = VPB 70.54 Ziff. 3 (zuletzt besucht am 18. August 2020).

⁸⁰ Vgl. BGE 124 V 393 E. 2c.

⁸¹ Vgl. Art. 12a KLV.

⁸² Vgl. GVP 1976 Nr. 49.

⁸³ Das Erfordernis eines Aufklärungsgesprächs gebietet bei einer Routineimpfung nicht in jedem Fall eine mündliche Erläuterung der Risiken. Es kann vielmehr genügen, wenn dem Patienten nach schriftlicher Aufklärung Gelegenheit zu weiteren Informationen durch ein Gespräch mit dem Arzt gegeben wird (vgl. Urteil BGH VI ZR 48/99 vom

ner Impfung gegen DPT⁸⁴, Keuchhusten⁸⁵, Polio⁸⁶, Pocken⁸⁷ und Tetanus⁸⁸ bzw. mit dem Bogomoletz-Serum⁸⁹, und umfasst nicht nur übliche⁹⁰, sondern auch seltene Risiken, sofern diese bekannt sind und schwerwiegende Folgen haben können⁹¹. Die Impfstelle hat in jedem Fall über die von Gesundheitsbehörden geäusserten Bedenken und Risiken zu informieren und auf die Freiwilligkeit bei bloss empfohlenen Impfungen hinzuweisen⁹². Zudem ist der Geimpfte darüber aufzuklären, ob er ein allfälliges Ansteckungsrisiko für Dritte darstellt, was bei einer Polio-Impfung mit Lebendviren der Fall ist⁹³.

[47] Eine Aufklärungspflicht besteht ferner nicht nur in Bezug auf allfällige erhebliche Impfrisiken. Der Arzt hat in Erfüllung seiner Untersuchungs- und Diagnosesorgfaltspflicht auch festzustellen, ob auf Grund der konkreten Umstände eine Impfung überhaupt oder eine besondere bzw. zusätzliche Impfung erforderlich sind⁹⁴. Zwecks Vermeidung einer Rötelnkrankung, die eine Schädigung des ungeborenen Kindes zur Folge hat, ist bei fortpflanzungswilligen Frauen eine Abklärung bzw. Impfung vorzunehmen; bereits schwangere Frauen sind über eine bestehende Infektion aufzuklären, damit sie ggf. abtreiben können⁹⁵.

[48] Die Impfstelle haftet, wenn sie durch eine pflichtwidrige Anwendung eines Impfstoffes einen Schaden bewirkt hat⁹⁶, wobei sie sich – im Rahmen der Vertragshaftung – durch den Nachweis,

15. Februar 2000 = FamRZ 2000, 809 = AusR 2000, 104 = JZ 2000, 727 und 898 = NJW 2000, 1784). Aufzuklären ist gemäss BGH über ein Ansteckungsrisiko von 1:15,5 Mio. bei einer Kontaktperson einer gegen Kinderlähmung geimpften Person (NJW 1994, 3012). Weiterführend ERWIN DEUTSCH, Aufklärung und Einwilligung vor Impfungen, in: VersR 1998, S. 1053 ff. und HANS KAMPS, Der Umfang der Aufklärungspflicht und Haftung des staatlich angestellten Impfarztes und des niedergelassenen Arztes bei der Polio-Schutzimpfung, in: MedR 1995, S. 268 ff.

⁸⁴ Vgl. z.B. Urteil OLG Stuttgart 3 U 188/84 vom 12. Juni 1985 und BGH VI ZR 189/85 vom 3. Juni 1986.

⁸⁵ Vgl. z.B. Urteil BGH III ZR 100/88 vom 15. Februar 1990.

⁸⁶ Vgl. z.B. Urteil BGH VI ZR 340/96 vom 21. April 1998 und III ZR 52/93 vom 7. Juli 1994 = BGHZ 126, 386 = AusR 1994, 26.

⁸⁷ Vgl. z.B. Urteil OLG Düsseldorf 8 U 286/81 vom 31. Januar 1985.

⁸⁸ Vgl. z.B. Urteile OLG Nürnberg 2 U 3878/94 vom 16. Februar 1995 und BGH VI ZR 130/95 vom 9. Januar 1996, wo zwar die Aufklärungspflicht allgemein bejaht, aber in Bezug auf die Risiken Neuritiden und Hyperimmunisierung verneint wurde. Im Urteil OLG Stuttgart 14 U 8/92 vom 13. August 1992 wurde die Aufklärungspflicht auch über das seltene Risiko von Allgemeinreaktionen (Fieber, Unwohlsein und Schüttelfrost) bejaht.

⁸⁹ Vgl. Urteil BGH VI ZR 25/65 vom 25. Oktober 1996.

⁹⁰ Z.B. Gehirnhautentzündung bei DPT-Impfung (siehe Urteile OLG Stuttgart 3 U 188/84 vom 12. Juni 1985) und BGH VI ZR 189/85 vom 3. Juni 1986).

⁹¹ Vgl. Urteil BGH VI ZR 340/96 vom 21. April 1998 E. 1b.

⁹² Vgl. dazu Urteile OLG Stuttgart 3 U 188/84 vom 12. Juni 1985 sowie BGH VI ZR 189/85 vom 3. Juni 1986 sowie BGH III ZR 213/57 vom 26. Januar 1959.

⁹³ Vgl. Urteil BGH III ZR 52/93 vom 7. Juli 1994 E. II.2a.

⁹⁴ Bei Unfällen oder operativen Eingriffen ist regelmässig eine Tetanus-Impfung angezeigt (vgl. Urteile OLG Stuttgart 14 U 8/92 vom 13. August 1992 und OLG Köln 7 U 301/83 vom 24. Mai 1984).

⁹⁵ Siehe dazu Urteile OLG Hamm 3 U 99/96 vom 23. April 1997 sowie BGH VI ZR 178/97 vom 30. Juni 1998, OLG Koblenz 3 U 290/88 vom 26. Februar 1991 = AusR 1992, 4, BGH VI ZR 104/91 vom 26. November 1991, OLG Düsseldorf 8 U 128/89 vom 12. Juli 1990, BGH VI ZR 36/89 vom 11. April 1989, OLG Hamm 3 U 74/88 vom 21. November 1988, BGH VI ZR 114/81 vom 18. Januar 1983 (Haftung des Gynäkologen für die Folge einer unterlassenen Rötelnimpfung bzw. -aufklärung bejaht) sowie OLG Hamm U 88/98 vom 3. Februar 1999 und BGH VI ZR 116/99 vom 1. August 2000 (Haftung eines Laborarztes mit Bezug auf das Unterlassen eines IgM-Tests bejaht). Siehe ferner Urteile OLG Düsseldorf 8 U 155/84 vom 19. Dezember 1985 und BGH VI ZR 23/86 vom 21. Oktober 1986, wo festgestellt wurde, dass der Arzt weitere serologische Untersuchungen durchzuführen hat, selbst wenn ein üblicher Rötelntest keine Erkrankung indiziert. In Urteilen OLG München 5 U 2125/83 vom 3. Juli 1984 und BGH VI ZR 105/87 vom 19. April 1988 wurde von der Pflicht ausgegangen, einen erneuten HAH-Test vorzunehmen, um eine Rötelninfektion zweifelsfrei auszuschliessen.

⁹⁶ Siehe dazu Urteile OLG Stuttgart 14 U 33/98 vom 29. Dezember 1998 = MedR 2000, 35 (zur Kausalität bei Impfschäden) und LG Waldshut-Tiengen 1 O 205/94 vom 27. November 1997 = AusR 1998, 17 = PharmaR 1998, 256 (Anforderungen an den Kausalitätsnachweis bei behaupteten Impfschäden); siehe ferner Urteile OLG Nürn-

nicht schuldhaft gehandelt zu haben, von der Haftung befreien kann⁹⁷. Eine Pflichtwidrigkeit liegt insbesondere dann vor, wenn die Impfstelle die Impfeignung nicht abklärt⁹⁸, ungeeignete⁹⁹ bzw. nicht zugelassene¹⁰⁰ Impfstoffe verwendet oder deren Applikation nicht fachgerecht, insbesondere nicht unter Beachten der Dosierungs- und Hygienestandards, vornimmt¹⁰¹.

2. Des Inhabers der gesetzlichen Gewalt

[49] Sofern und soweit Art. 454 ZGB nicht anwendbar ist, haftet der Inhaber der gesetzlichen Gewalt, insbesondere Eltern, für eine pflichtwidrig unterlassene bzw. durchgeführte Impfung nach Massgabe der allgemeinen Haftungsbestimmungen. Da Art. 333 ZGB für die Schädigung eines Hausgenossen durch das Familienhaupt nicht anwendbar ist, beurteilt sich eine allfällige Haftung des Inhabers der gesetzlichen Gewalt nach Art. 41 OR und setzt insbesondere ein eigentliches Verschulden voraus. Ein Verschulden ist gegeben, wenn das pflichtwidrige Verhalten der betroffenen Person persönlich vorgeworfen werden kann. Das besprochene Masernurteil musste sich nicht dazu äussern, ob der impfunwillige Elternteil sich bereits haftungsbegründend gegenüber dem Kind bzw. dem anderen impfwilligen Elternteil verhalten hat oder nicht.

[50] Diese Frage dürfte spätestens dann von einem Gericht zu klären sein, wenn ein Kind gemäss behördlicher Empfehlung gegen den Willen eines Elternteils geimpft wird und sich ein Impffolgeschaden ereignet. Der impfunwillige Elternteil wird sich nicht nur in seiner Meinung bestärkt fühlen, sondern dem anderen Elternteil und gegebenenfalls der Impfstelle und unter Umständen auch der Kinderschutzbehörde den Vorwurf machen, die vom Bundesgericht im jüngst ergangene Masernurteil verlangte Interessenabwägung falsch vorgenommen zu haben.

berg 1 U 513/92 vom 2. November 1993 = MedR 1995, 325 (Beweisanforderungen bei Impfschäden) und BGH III ZR 37/66 vom 24. Juni 1968 = DRiZ 1968, 346 (Beweisfragen bei Impfschäden), OLG Hamm 3 U 74/889 vom 21. November 1986 und BGH VI ZR 36/89 vom 11. April 1989 (Unterbrechung des Kausalzusammenhangs gegenüber pflichtwidrig handelndem Hausarzt durch pflichtwidrige Unterlassung eines Rötelntest durch einen Gynäkologen) sowie BVerwG 3 C 10/87 vom 29. März 1990 = NVwZ-RR 1991, 164 (Kausalzusammenhang zwischen Impfung und Tod des Tieres) und BGE 87 II 117 E. 5 und 6.

⁹⁷ Vgl. Art. 97 Abs. 1 OR. Die Beweislastverteilung in Arzthaftungsfällen hängt massgeblich von der Rechtsnatur der Haftungsordnung (Vertrags-, Delikts- oder Staatshaftung) ab, ist komplex und im Anwendungsbereich der vertraglichen Haftung unbefriedigend bzw. unklar geregelt (vgl. dazu BGE 120 II 248 E. 2c und 113 II 429 f.).

⁹⁸ Der Arzt hat insbesondere Vorerkrankungen, eine allfällige Allergie-Neigung und andere Auffälligkeiten festzustellen und eine Blutwertbestimmung vorzunehmen (vgl. Urteil BGH VI ZR 340/96 vom 21. April 1998 E. 1a). Bestehen Impfunverträglichkeiten oder -hindernisse, hat die Impfung (vorübergehend) zu unterbleiben oder ist ein anderes Impferum zu verwenden. Eine Impfung hat etwa bei Säuglingen zu unterbleiben bei einem fieberhaften Infekt (DPT-Impfung; vgl. Urteil OLG Hamm 3 U 98/90 vom 26. Juni 1991), einem Verdacht auf eine Hirnschädigung (DPT-Impfung; vgl. Urteil OLG Düsseldorf 8 U 27/90 vom 19. September 1991), nach einem Krampfanfall, der eine Hospitalisierung erforderlich machte (DPT-Impfung; vgl. Urteil OLG Hamm 3 U 309/80 vom 7. Dezember 1981) oder bei Hautausschlägen und zerebral verursachten Krampfleiden (Pocken-Impfung, vgl. Urteil OLG Düsseldorf 8 U 286/81 vom 31. Januar 1985). Siehe ferner Urteil AG Köln 118 C 23/97 vom 14. Mai 1997 = VersR 1998, 581 (Impfunverträglichkeit eines Säuglings).

⁹⁹ Vgl. z.B. § 7 Abs. 2 Vollzugsverordnung zur eidgenössischen Epidemienetzgebung des Kantons Zürich vom 19. März 1975.

¹⁰⁰ Vgl. dazu Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Anforderungen an die Zulassung von Arzneimitteln (Arzneimittel-Zulassungsverordnung, AMZV) vom 9. November 2001.

¹⁰¹ Siehe dazu BGE 120 II 248 ff.

VI. Blick in die Zukunft

[51] Am 29. April 2020 hat der Bundesrat die Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage für ein dringliches und befristetes Bundesgesetz beschlossen. «Dieses Gesetz regelt besondere Befugnisse des Bundesrates zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie und zur Bewältigung der Auswirkungen der Bekämpfungsmassnahmen auf Gesellschaft, Wirtschaft und Behörden»¹⁰². Gemäss Abs. 2 Art. 1 des Covid-19-Gesetzes macht der Bundesrat von diesen Befugnissen nur so weit Gebrauch, als dies zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie notwendig ist.

[52] Das Vernehmlassungsverfahren wurde am 19. Juni 2020 eröffnet und dauerte bis zum 10. Juli 2020¹⁰³. Bis dato hat der Bundesrat seit Beginn der Corona-Krise lediglich Verordnungen erlassen. Der Bundesrat stützte sich bei der COVID-19-Verordnung 2 auf das Epidemiengesetz. Für weitere Verordnungen bildete Art. 185 Abs. 3 BV die Grundlage, jedoch erlaubt diese Bestimmung nur befristete Verordnungen. Der Bundesrat musste deshalb dem Parlament rechtzeitig eine Botschaft für die Schaffung der gesetzlichen Grundlage vorlegen¹⁰⁴.

[53] Im Vernehmlassungsentwurf sind Delegationsnormen verankert, die bis Ende 2022 befristet sind. Im erläuternden Bericht heisst es wie folgt: «Der vorliegende Gesetzesentwurf versteht sich als Sammelgefäss, mit dem die rechtlichen Grundlagen geschaffen werden, damit der Bundesrat alle seine bereits getroffenen und zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des vorliegenden Gesetzesentwurfs nicht bereits wieder aufgehobenen – und politisch nicht bestrittenen – Massnahmen fortführen kann»¹⁰⁵.

[54] Der Wortlaut von Art. 2 Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie lautet wie folgt: «Der Bundesrat kann Massnahmen zur Verminderung des Übertragungsrisikos und zur Bekämpfung der durch das Coronavirus verursachten Krankheit (COVID-19) anordnen. Er hört dabei die Kantone an». Im erläuternden Bericht heisst es zu Artikel 2 wie folgt: Der Bundesrat wird ermächtigt, «in einer besonderen Lage nach Artikel 6 Epidemiengesetz [...] nach Anhörung der Kantone in Bezug auf COVID-19» bestimmte Massnahmen anzuordnen. Unter anderem «Impfungen für obligatorisch erklären»¹⁰⁶. Der Zusatz «besonders gefährdete Personen» fehlt im Gegensatz zum Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG. Ebenso knüpft Art. 22 EpG daran an, dass die Kantone Impfungen von «gefährdeten Bevölkerungsgruppen, von besonders exponierten Personen und von Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, für obligatorisch erklären» können, sofern eine erhebliche Gefahr besteht.

[55] Wie die Corona-Pandemie sich entwickeln wird, weiss niemand. Mit dem Gesetzesentwurf Covid-19 des Bundesrates soll eine gesetzliche Grundlage zur Bewältigung und der Bekämpfung der Covid-19-Epidemie bzw. für ein bundesweites Impfblogatorium eingeführt werden¹⁰⁷. Nach

¹⁰² Vgl. Art. 1 Abs. 1 Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz). Siehe <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/61792.pdf> (zuletzt besucht am 31. Juli 2020).

¹⁰³ Bundesrat hat die Botschaft zum Covid-Gesetz verabschiedet <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-80055.html> (zuletzt besucht am 21. August 2020), siehe explizit S. 19.

¹⁰⁴ Vgl. Coronavirus: Bundesrat eröffnet Vernehmlassung zum Covid-19-Gesetz, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-79516.html> (zuletzt besucht am 31. Juli 2020).

¹⁰⁵ Vgl. Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz), Erläuternder Bericht vom 19. Juni 2020, <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/61823.pdf> (zuletzt besucht am 31. Juli 2020).

¹⁰⁶ Vgl. <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/61823.pdf> (zuletzt besucht am 31. Juli 2020).

¹⁰⁷ Vgl. <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/61823.pdf> (zuletzt besucht am 31. Juli 2020).

dem jetzigen Wissensstand ist eine Rückkehr zum gewohnten Leben ohne eine wirksame Impfung nicht denkbar. Die NZZ betitelt einen Beitrag vom 15. Mai 2020 «Der Bundesrat könnte eine Impfpflicht beschliessen – es droht ein Streit wie zu Gotthelfs Zeiten» und nimmt damit die Brisanz der Gesetzesvorlage vorweg¹⁰⁸.

[56] Die Frage der Impfung stellt unbestritten eine grundlegende Entscheidung des Einzelnen im Zusammenhang mit der Ausübung seines Selbstbestimmungsrechtes und der persönlichen Freiheit der Person (Schutz der körperlichen Integrität) dar. Grundrechtseingriffe – wie ein Impfobligatorium – «sind verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn sie in einem Gesetz hinreichend klar verankert sind, zudem durch ein öffentliches Interesse legitimiert werden und schliesslich auch das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten»¹⁰⁹. Mit dem Urteil 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020 hat das Bundesgericht die generelle Einführung von bundesweiten Impfobligatorien mit der Aussage «Empfiehl das BAG als fachkompetente eidgenössische Behörde die Durchführung der Masernimpfung, so soll diese Empfehlung für den Entscheid der Behörde Richtschnur sein. Eine Abweichung davon ist nur dort am Platz, wo sich die Masernimpfung aufgrund der besonderen Umstände des konkreten Falles nicht mit dem Kindeswohl verträgt» zusätzlich gestützt¹¹⁰.

[57] Abschliessend gilt es anzumerken, dass die Vorschläge des Bundesrates zur Einführung eines bundesweiten Impfobligatoriums im Rahmen der Corona-Gesetzgebung dem früheren Entscheid des Gesetzgebers widersprechen, dass es lediglich ein kantonales Obligatorium geben soll. Konsequenter wäre es deshalb die gesetzlichen Grundlagen im Epidemienengesetz anzupassen, um bei gravierenden Krankheiten eine landesweite Impfung einführen zu können.

HARDY LANDOLT, Prof. Dr. iur. LL.M., Titularprofessor und Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

IRIS HERZOG-ZWITTER, Dr. iur., Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Versicherungsmedizin / Versicherungsrecht.

¹⁰⁸ Vgl. DANIEL GERNY, Der Bundesrat könnte eine Impfpflicht beschliessen – es droht ein Streit wie zu Gotthelfs Zeiten, in: NZZ vom 15. Mai 2020, <https://www.nzz.ch/schweiz/impfzwang-ld.1556282?reduced=true> (zuletzt besucht am 31. Juli 2020).

¹⁰⁹ Vgl. MARKUS MÜLLER, Vom faktischen zum rechtlichen Zwang zur Impfung gegen Masern – Schwieriger Entscheid im Dunst von Vermutungswissen, in: NZZ vom 29. April 2009, S. 18.

¹¹⁰ Vgl. Urteil BGer 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020 E. 6.2.6.