

Bundesministerium für
Soziales, Gesundheit, Pflege
und Konsumentenschutz
Stubenring 1
1010 Wien

per E-Mail: s7@gesundheitsministerium.gv.at

ZI. 13/1 21/171

2021-0.853.462

BG über die Impfpflicht gegen COVID-19 (COVID-19-Impfpflichtgesetz – COVID-19-IG)

**Referenten: Dr. Günther Leissler, Rechtsanwalt in Wien
Mag. Michael Schuszter, Rechtsanwalt in Eisenstadt**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Mit dem vorliegenden Gesetzesvorschlag soll eine Steigerung der Durchimpfungsrate mit dem Ziel der COVID-19-Prävention verwirklicht werden.

Der ÖRAK bedankt sich für die ihm eingeräumte Möglichkeit zur Stellungnahme zu diesem Gesetzesentwurf und äußert sich hierzu wie folgt:

Einleitende Erwägungen

Es kommt wohl selten vor, dass ein Gesetzesvorhaben eine derartige Vielzahl an Meinungen, Reaktionen und Stellungnahmen zur Folge hat. Die Ursache dafür ist schnell gefunden: Die Pandemie, ausgelöst durch das Virus SARS-CoV-2 und die dadurch verursachte Krankheit COVID-19, die die Gesellschaft im nunmehr bereits dritten Jahr beschäftigt. Die Einschränkungen sind vielfältig, die Gesellschaft als Ganzes ist gereizt, gar von einer „Spaltung der Gesellschaft“ ist teilweise bereits die Rede.

Informationen zum und über das Virus SARS-CoV-2 und die Krankheit COVID-19 sind vielfältig, die Virus-Varianten, mittlerweile „Delta“ und „Omikron“ stellen immer neue Herausforderungen an die Wissenschaft und die Medizin. Die Informationslage verändert sich laufend, neue Erkenntnisse kommen hinzu.

Eine nicht zu unterschätzende Gefahr geht von Halbwahrheiten und teilweise auch bewusst falschen Informationen zum Virus, dessen Auswirkungen und den medizinischen Behandlungsmöglichkeiten aus. Aber auch wenn man von einem möglichst gesicherten Stand der medizinischen Wissenschaft ausgeht und Konsens über die grundlegend anzunehmende Faktenlage erzielen kann, ist es vielfach auch eine Frage des Standpunktes und einer ethischen Grundeinstellung, welche Maßnahme als „angemessen und ausgewogen“, „zu wenig weit“ oder „zu weit“ anzusehen ist. Je nachdem, ob der Gedanke des unbedingten Schutzes der Gesundheit im Vordergrund steht oder der ebenso notwendige und wichtige Gedanke der Selbstbestimmung und der Wahrung der persönlichen Freiheiten, wird ein und dieselbe Maßnahme aus diesen Blickwinkeln heraus als zulässig oder eben nicht zulässig anzusehen sein.

Der ÖRAK als Standesvertretung der österreichischen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte nimmt regelmäßig die Gelegenheit wahr, zu Gesetzesvorhaben eine Stellungnahme abzugeben. Dabei kann aus dem Blickwinkel insbesondere der Wahrung der Grund- und Freiheitsrechte in der Regel eine eindeutige und klare Position bezogen werden, so bspw. in den Stellungnahmen zur Vorratsdatenspeicherung, zur geplanten Präventivhaft, etc..

Eine Positionierung, die für sich in Anspruch nehmen kann, eine weitgehend einheitliche Position aller Kolleginnen und Kollegen zu artikulieren, ist angesichts der Breite der Meinungsbildung und Positionierung auch unter den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten nicht möglich.

Der Rechtsstaat lebt von einer argumentativen Auseinandersetzung unterschiedlicher Positionen und Rechtsstandpunkte. Es liegt gerade an den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, durch die Artikulierung von Individualinteressen den Rechtsstaat zur „Abarbeitung“ dieser unterschiedlichen Rechtsstandpunkte zu veranlassen.

Dies bedeutet, dass in dieser Stellungnahme von gesellschaftspolitischen Wertungen und Meinungen möglichst Abstand genommen wird. Soweit möglich und tunlich, soll auf rechtliche Überlegungen Bezug genommen werden, wissend allerdings, dass zwischen Recht und Gesellschaft eine notwendige Wechselbeziehung besteht.

Die Stellungnahme gliedert sich in zwei Hauptteile, nämlich (allgemeine) verfassungsrechtliche Erwägungen und datenschutzrechtliche Erwägungen. Das Grundrecht auf Datenschutz steht ebenfalls im Verfassungsrang; auf Grund der spezifischen technischen Hintergründe und der vielfältigen Regelungen der Datenschutzgrundverordnung sollen diese einer eigenständigen Betrachtung zugeführt werden.

Verfassungsrechtliche Erwägungen

- (1) Die bisher im Rahmen der Pandemiebekämpfung verfügbaren Maßnahmen sind bzw. waren insbesondere die Maskenpflicht, das Verbot des Betretens bestimmter Örtlichkeiten, die behördlich angeordnete Absonderung, das Verbot, bestimmte Geschäftsräumlichkeiten für Kunden zugänglich zu halten, das Verbot

der Durchführung von Kulturveranstaltungen usw., sowie die Maßnahmen des "Contact-Tracings".

Mit den vorangeführten Maßnahmen wurde versucht, eine Krankheit einzudämmen, die in vielen Fällen zu schwerer gesundheitlicher Beeinträchtigung und auch zum Tode führen kann. Gleichzeitig wurde mit ihnen eine Reihe von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten eingeschränkt, nämlich insbesondere die Freiheit der Person und der Freizügigkeit, der Privatsphäre, kulturelle Rechte, wirtschaftliche Freiheiten, die Vereins- und Versammlungsfreiheit, aber auch das Recht auf Achtung des Familienlebens (insbesondere in der Ausprägung von nicht zum Familienbegriff im engeren Sinn gehörigen Beziehungen).

- (2) Das Pandemiegeschehen hat auch einen bisher sehr ungewöhnlichen Effekt zur Folge, dass nämlich das Absehen von Maßnahmen zum Schutz von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Freiheiten in weiterer Folge dazu führen kann, dass eben diese Freiheiten nachfolgend besonders negativ betroffen sein können.

Dies sei beispielhaft erläutert wie folgt (wobei ausdrücklich angemerkt wird, dass dieses Beispiel nur der Veranschaulichung des Gedankens dienen und keinerlei wertende Aussage in Richtung Handel oder Gastronomie darstellen soll):

Gegenstand der bisherigen Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie war ua die Reduzierung von sozialen Kontakten. Diese sozialen Kontakte fanden und finden statt bei persönlichen Treffen, beim Einkauf, in der Gastronomie etc. Eine mögliche Maßnahme zur Eindämmung der Pandemie ist daher die Reduktion der sozialen Kontakte durch das Schließen der Gastronomie und das Schließen von bestimmten (nicht lebensnotwendigen) Geschäften. Wenn nun zum Schutz der Erwerbsfreiheit und zum Zweck der Aufrechterhaltung des bestehenden Wirtschaftskreislaufes von einem Schließen der Gastronomie und von bestimmten Geschäften Abstand genommen wird, kann dies dazu führen, dass die sozialen Kontakte nicht ausreichend beschränkt werden und sich die Pandemie mit allen gesundheitlichen Folgen für die Bevölkerung weiter ausbreitet, was wiederum erst recht dazu führt, dass die Maßnahmen weiter verschärft und letztlich neben der Gastronomie und dem nicht lebensnotwendigen Handel mitunter auch weitere Orte des sozialen Aufeinandertreffens, bis hin etwa zu Orten der Daseinsvorsorge (wie Supermärkten) geschlossen werden müssen. Der Vorgang ist komplex und zeigt, dass es im Rahmen der Pandemiebekämpfung oft nicht die eine (einzig richtige) Maßnahme gibt, die zu verfügen wäre.

Der eben geschilderte Vorgang zeigt, dass - ausgehend von den bestmöglich verfügbaren Erkenntnissen - dem Gesetzgeber einerseits ein Spielraum einzuräumen ist, den er nach bestem Wissen und Gewissen ausnützen können darf und muss und andererseits die gesetzgeberischen Maßnahmen laufend evaluiert und besonders transparent und präzise nachvollziehbar begründet sein müssen.

- (3) Mit dem hier vorliegenden Gesetzesentwurf soll nunmehr eine Impfpflicht für weite Teile der Bevölkerung eingeführt werden.

Ein Impfzwang bzw. eine Impfpflicht kann grundsätzlich auf zwei Arten durchgesetzt werden. Eine Möglichkeit wäre die Durchsetzung einer Impfung auch gegen den Willen des Betroffenen mit Zwang, das heißt im Wege der unmittelbaren behördlichen Befehls- und Zwangsgewalt. Eine derartige Vorgangsweise wird im vorliegenden Gesetzesentwurf ausdrücklich abgelehnt. § 1 Abs. 3 des Entwurfes lautet: „*Die Schutzimpfung darf nicht durch Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt durchgesetzt werden.*“

Die ausdrückliche Festlegung, dass die Impfung nicht im Wege der unmittelbaren behördlichen Befehls- und Zwangsgewalt durchgesetzt werden kann, ist zu begrüßen und zur Klarstellung auch sinnvoll. Die gewaltsame Durchsetzung eines Impfzwanges mit unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt würde einen direkten Verstoß ua gegen Art. 3 MRK darstellen und wäre aus Sicht des ÖRAK absolut unzulässig.

- (4) Mit dem gegenständlichen Gesetzesentwurf wird eine Impfpflicht auferlegt, indem ein im Gesetz näher definierter Personenkreis verpflichtet wird, sich einer Schutzimpfung gegen COVID-19 zu unterziehen (§ 1). Diese Pflicht kann nicht unmittelbar durch die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt durchgesetzt werden, jedoch wird die Nichteinhaltung der Verpflichtung mit einer verwaltungsstrafrechtlichen Sanktion versehen (§ 7).

Diese Impfpflicht ist insbesondere unter dem Aspekt des Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) zu betrachten.

- (5) In der Entscheidung vom 08.04.2021 Vavříčka u.a. gegen Tschechien, 47621/13 ua, hat sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (Große Kammer) mit der Frage der indirekten Impfpflicht auseinandergesetzt (im dort relevanten Fall geht es um eine indirekte Impfpflicht von Kindern gegen Kinderkrankheiten).

Nach der Rechtsprechung des EGMR stellt eine verpflichtende Impfung als unfreiwillige Behandlung einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens im Sinne des Art 8 EMRK dar (Rn. 263). Der EGMR anerkennt das Ziel der Gesetzgebung, vor Krankheiten zu schützen, die ein ernstes Gesundheitsrisiko mit sich bringen können; dies bezieht sich sowohl auf jene, die die Impfungen erhalten, als auch auf jene, die nicht geimpft werden können und wegen ihres dadurch begründeten Zustands der Verwundbarkeit auf einen hohen Grad der Impfung in der Gesellschaft insgesamt angewiesen sind, um vor den fraglichen ansteckenden Krankheiten geschützt zu sein; dieses Ziel entspricht jenen des Schutzes der Gesundheit und der Rechte und Freiheiten anderer, die von Art 8 EMRK anerkannt werden (Rn. 272). Der Gerichtshof stellt fest, dass in den Mitgliedstaaten der Konvention ein Spektrum von Strategien zur Impfung von Kindern besteht, das von einer völlig auf Empfehlungen beruhenden Strategie über jene, die eine oder mehrere Impfungen verpflichtend machen, bis zu solchen Strategien reicht, welche die Sicherstellung der vollständigen Impfung von Kindern zu einer rechtlichen Verpflichtung erklären; der Gerichtshof nimmt überdies zur Kenntnis, dass es in jüngerer Zeit in einigen Konventionsstaaten

wegen des Rückgangs freiwilliger Impfungen und folglich der Herdenimmunität zu einer Änderung der Strategie in Richtung eines bindenderen Ansatzes gekommen ist (Rn. 278).

Der Gerichtshof betont auch den Ermessensspielraum eines Staates, wenn er einen gerechten Ausgleich zwischen widerstreitenden privaten und öffentlichen Interessen oder zwischen Konventionsrechten treffen muss (Rn. 275). Der Gerichtshof erinnert auch an die positive Verpflichtung der Vertragsstaaten nach [...] Art 2, 3 und 8 EMRK, angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um das Leben und die Gesundheit jener zu schützen, die ihrer Hoheitsgewalt unterstehen (Rn. 282). Auch wenn ein System verpflichtender Impfungen weder das einzige noch das in Europa am weitesten verbreitete Modell ist, bekräftigt der Gerichtshof, dass in Angelegenheiten der Gesundheitspolitik die innerstaatlichen Behörden am besten dazu in der Lage sind, Prioritäten, Ressourcenverwendung und gesellschaftliche Bedürfnisse einzuschätzen; all diese Aspekte sind im vorliegenden Kontext relevant und sie fallen in den weiten Ermessensspielraum, den der Gerichtshof dem belangten Staat einräumen muss (Rn. 285).

Der Gerichtshof geht auch auf die Frage des Kindeswohls besonders ein und bezieht sich auf die Verpflichtung der Staaten (gemäß Art 3 der UN-Kinderrechtskonvention), die Interessen des Kindes und auch jene von Kindern als Gruppe in den Mittelpunkt der Entscheidungen zu stellen, die ihre Gesundheit und ihre Entwicklung betreffen; wenn es um eine Immunisierung geht, sollte das Ziel darin bestehen, alle Kinder vor schwerwiegenden Erkrankungen zu schützen. In der großen Mehrheit der Fälle wird dies dadurch erreicht, dass Kinder in ihren ersten Lebensjahren das volle Impfprogramm erhalten. Jene, denen eine solche Behandlung nicht verabreicht werden kann, sind vor ansteckenden Krankheiten indirekt geschützt, solange die erforderliche Impfquote in ihrer Gemeinschaft aufrechterhalten wird, dh ihr Schutz leitet sich aus der Herdenimmunität ab; wenn daher die Ansicht vertreten wird, dass eine Strategie der freiwilligen Impfung nicht ausreicht, um eine Herdenimmunität herzustellen oder aufrechtzuerhalten, oder eine Herdenimmunität aufgrund der Art der Krankheit (z.B. Tetanus) keine Rolle spielt, können die innerstaatlichen Behörden vernünftigerweise eine Strategie der Impfpflicht einführen, um einen angemessenen Grad des Schutzes vor schwerwiegenden Krankheiten zu erreichen (Rn. 288).

Eine wesentliche Bedeutung bei der Frage der Zulässigkeit einer Impfpflicht kommt auch der Frage der Transparenz des innerstaatlichen Systems und der öffentlichen Debatten zu, wobei der Gerichtshof das in Tschechien geltende Arrangement, in dem die Impfstrategie gemäß dem vom dortigen Gesetzgeber gewählten und letztlich verantworteten Modell einem unter der Ägide des Gesundheitsministeriums arbeitenden Expertengremium anvertraut ist, für zulässig erachtet (Rn. 298). Entscheidend für die Zulässigkeit einer Impfpflicht ist daher auch der gepflogene öffentliche Diskurs, die transparente Veröffentlichung des zugrundeliegenden Datenmaterials und der Expertenmeinungen.

Der Gerichtshof hat weiters die in Tschechien vorgesehene Sanktion als moderat angesehen, da sie in einer nur einmal zu verhängenden Verwaltungsstrafe besteht (Rn. 293). Die Frage der Zulässigkeit einer indirekten Impfpflicht hängt

somit auch von der konkreten Ausgestaltung des Sanktionsregimes bei Verstößen gegen die Impfpflicht ab.

Im Hinblick auf die Sicherheit von Impfungen steht für den Gerichtshof außer Streit, dass Impfungen, auch wenn sie für die überwiegende Mehrheit der Empfänger völlig sicher sind, in seltenen Einzelfällen schädlich für den Einzelnen sein und schwere und anhaltende Gesundheitsschäden nach sich ziehen können; angesichts dieses sehr seltenen aber zweifellos sehr schwerwiegenden Risikos für die Gesundheit des Einzelnen kommt der Ergreifung der notwendigen Sicherheitsvorkehrungen vor einer Impfung besondere Bedeutung zu. Dies betrifft die Untersuchung jedes einzelnen Falles auf das Vorliegen möglicher Kontraindikationen und die Überwachung der Sicherheit der verwendeten Impfstoffe (Rn. 301).

Hervorzuheben ist hier, dass es sich bei den fallgegenständlichen Impfstoffen, hinsichtlich derer die Entscheidung des Gerichtshofes ergangen ist, um langjährig erprobte Impfstoffe handelt. Dem hier vorliegenden Entwurf eines Impfpflichtgesetzes liegen hingegen Impfstoffe (gegen COVID-19) zugrunde, der zwar (weltweit) von den Zulassungsbehörden geprüft und millionenfach angewendet wurde, zu dem aber keine langjährigen Erfahrungen vorliegen.

Auch die Verfügbarkeit einer Entschädigung auf Grund einer verschuldensunabhängigen Haftung für Impfschäden ist für den Gerichtshof für die Gesamteinschätzung eines Systems der Impfpflicht relevant (Rn. 302).

Zur Frage eines allfälligen Verstoßes gegen Art 9 EMRK (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) führt der Gerichtshof aus, dass sich die kritische Meinung (des Beschwerdeführers) über das Impfen (die sich auf Gesundheitsgründe bezieht) keine Weltanschauung oder Überzeugung von ausreichender Schlüssigkeit, Ernsthaftigkeit und Bedeutung darstellt, um die Garantien des Art 9 EMRK auf den Plan zu rufen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine indirekte Impfpflicht für zulässig erachtet, wenn gewisse Rahmenbedingungen vorliegen.

Die wesentlichen Argumente sind zusammengefasst¹:

- ein Ermessensspielraum des Staates im Bereich der Gesundheitspolitik
- die Solidarität der Allgemeinheit gegenüber besonders verletzlichen Gruppen, die - insbesondere aus gesundheitlichen Gründen - nicht geimpft werden können; um sie zu schützen, kann von jedem Einzelnen verlangt werden, das mit einer Impfung einhergehende geringe Risiko auf sich zu nehmen;
- die hinreichende Wirksamkeit gegen die Infektion und die Sicherheit des Impfstoffes kann angenommen werden;
- eine Infektion geht mit dem Risiko einer schweren Krankheit einher

¹ Dazu und zu Obigem: Philip Czech, NLMR 2021, 156

- die zur Erreichung der Herdenimmunität erforderlichen Impfquoten lassen sich mit bloßen Empfehlungen oder Förderungen (wie etwa kostenlose Impfungen) nicht erreichen;
 - die transparente Veröffentlichung des zugrundeliegenden Datenmaterials und der Expertenmeinungen sowie ein breiter öffentlicher Diskurs.
- (6) Art 8 EMRK gewährleistet ein Recht auf Selbstbestimmung. Dieses umfasst auch das Recht, Aktivitäten nachzugehen, die schädlich oder gefährlich für den Berechtigten sind. Der Verfassungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 11.12.2020, G139/2019 (betreffend Sterbehilfe) das Recht auf Selbstbestimmung betont und ausgeführt, dass zur freien Selbstbestimmung zunächst die Entscheidung des Einzelnen gehört, wie er sein Leben gestaltet und führt. Zur freien Selbstbestimmung gehört aber auch die Entscheidung, ob und aus welchen Gründen ein Einzelner sein Leben in Würde beenden will. All dies hängt von den Überzeugungen und Vorstellungen jedes Einzelnen ab und liegt in seiner Autonomie.

Es ist des Weiteren anerkannt, dass es jedem Einzelnen freisteht, eine medizinische Behandlung anzunehmen oder abzulehnen (unter der Voraussetzung natürlich, dass der Betroffene über die erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit verfügt). Soweit damit keine (negativen) Auswirkungen auf Dritte verbunden sind, steht es damit auch in der Disposition eines jeden Einzelnen, für sich eine Impfung abzulehnen oder sich dem Risiko einer Infektion (mit COVID-19) auch bewusst auszusetzen.

In den erläuternden Bemerkungen wird ausgeführt, dass das Gesetz dem Schutz der Rechte anderer insofern dient, als mit der Durchimpfungsrate Personen geschützt werden sollen, die eine Impfung aus medizinischen Gründen **nicht in Anspruch nehmen können**. Auch wenn dies in den erläuternden Bemerkungen nicht argumentiert wird, ist vorsorglich festzuhalten, dass es aus den obigen Gründen nicht zulässig wäre, eine gesetzlich verankerte Impfpflicht damit zu begründen, dass dadurch diejenigen geschützt werden sollen, die die Impfung **ablehnen**.

Inwieweit mit einer solchen Argumentation die Verhängung eines (fortdauernden) Teillockdowns über nicht impfwillige Personen begründet und aufrecht erhalten werden kann bzw. ob ein Teillockdown für nicht impfwillige Personen noch aufrecht erhalten werden kann, wenn eine gesetzliche Impfpflicht in Kraft getreten ist und bereits Effekte dieser Impfpflicht im Wege einer gesteigerten Durchimpfungsrate eingetreten sind, ist zweifelhaft, soll aber hier nur angedeutet werden, da diese Frage nicht Gegenstand des vorliegenden Gesetzesentwurfes ist.

Zum vorliegenden Entwurf eines Impfpflichtgesetzes

Gemäß den obigen Ausführungen ist eine gesetzlich verankerte Impfpflicht grundsätzlich zulässig. Zur konkreten Ausgestaltung dieser Impfpflicht im vorliegenden Entwurf ist auszuführen wie folgt:

- (1) Gemäß den erläuternden Bemerkungen zum Gesetzesentwurf ist das Ziel des geplanten Gesetzes die Steigerung der Durchimpfungsrate zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19. Gemäß den erläuternden Bemerkungen haben bezogen auf die Gesamtbevölkerung 72% mindestens eine Impfung, 74,8% mindestens zwei Impfungen und 28,2% mindestens drei Impfungen (Stand 08.12.2021); Ziel des Gesetzes ist die Reduktion der Viruszirkulation durch das Erreichen und Aufrechterhalten einer Durchimpfungsrate von 90%.

Das Gesetz soll nicht gelten für Personen bis 14 Jahre (§ 1), und es soll die Impfpflicht u.a. weiters nicht bestehen für Schwangere (§ 3 Abs 1. Z 1) und Personen, die nicht ohne Gefahr für Leben oder Gesundheit geimpft werden können (§ 3 Abs. 1 Z 2).

Eingriffe in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte sind nur dann zulässig, wenn sie „im öffentlichen Interesse liegen“ und „nicht unverhältnismäßig“ sind. Sie müssen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und verhältnismäßig sein, das bedeutet, sie müssen zur Erreichung des Zieles geeignet, notwendig und angemessen sein.

Sollte mit dem Gesetz eine Durchimpfungsquote erreicht werden, wäre dieses Ziel vom Gesetzgeber entsprechend noch zu verdeutlichen und mit entsprechen Zahlen zu unterlegen.

- (2) Aus der Entscheidung vom 08.04.2021 Vavříčka u.a. gegen Tschechien des EGMR ist ableitbar, dass der Transparenz des Systems und der öffentlichen Debatte eine bedeutende Stellung zukommt. Leidet das innerstaatliche System an einem Transparenzdefizit, kann dies die innerstaatliche Impfstrategie und damit die Vereinbarkeit der Impfpflicht mit Art 8 EMRK in Frage stellen.

Festzuhalten ist, dass die Frage der Impfpflicht in den letzten Wochen in der öffentlichen Debatte einen breiten Raum eingenommen hat. Teil dieser öffentlichen Debatte waren auch Äußerungen dahingehend, dass eine Impfpflicht dann nicht notwendig sein wird und demnach auch nicht gesetzlich verfügt wird, wenn eine Durchimpfungsrate von etwa 80% erreicht werde. Zu Beginn der Pandemie war zunächst auch von einer erforderlichen Durchimpfungsrate von (nur) 70% die Rede.

Unabhängig davon, ob von einer Durchimpfungsrate laut den erläuternden Bemerkungen (90%), von einer im Umfeld der Debatte über die Impfpflicht geäußerten Durchimpfungsrate von 80% oder von der zu Beginn der Pandemie geäußerten erforderlichen Durchimpfungsrate von 70% auszugehen ist, wäre das Ziel in den Erläuterungen zum Entwurf nachvollziehbar unter Nennung der evidenzbasierten Veröffentlichungen (Studien) der medizinischen Forschung ausführlich zu begründen.

Klar ist: Wird eine bestimmte Durchimpfungsrate erreicht und gehalten, ist eine Impfpflicht nicht mehr notwendig. Es entspricht auch dem Wesen von Eingriffen in die Grundrechte (in diesem Fall gemäß Art 8 Abs 2. EMRK), dass solche Eingriffe nur dann und solange aufrechterhalten werden können und dürfen, als diese Maßnahmen zur Erreichung des Zieles erforderlich sind. Kann dieses Ziel

auch durch andere Maßnahmen erreicht werden, etwa durch eine ausreichende Anzahl freiwilliger Impfungen, dann ist eine Impfpflicht nicht mehr zulässig.

Eine solche Festlegung fehlt aber im Gesetz. Gerade vor dem Hintergrund der vom EGMR geforderten Transparenz, jedoch auch zur Erreichung einer effektiven Akzeptanz der Impfpflicht ist hier eine klare und nachvollziehbare Festlegung erforderlich. Dies gebietet auch das Legalitätsprinzip gemäß Art 18 B-VG, da andernfalls die Zwangsmaßnahme über das Ziel hinaus perpetuiert werden kann, was diese Maßnahme dann unverhältnismäßig machen würde.

Es wird begrüßt, dass das Gesetz, mit welchem eine Impfpflicht auferlegt wird, mit Ablauf des 31.01.2024 außer Kraft tritt. Dessen ungeachtet ist auch eine inhaltliche Festlegung erforderlich, ab welcher Durchimpfungsrate die Impfpflicht nicht mehr erforderlich ist.

Zu fordern ist eine entsprechende gesetzliche Festlegung oder zumindest Bestimmbarkeit der erforderlichen Durchimpfungsrate, widrigenfalls davon auszugehen ist, dass die gegenwärtige gesetzliche Regelung nicht den vom EGMR aufgestellten Kriterien der Transparenz und Nachvollziehbarkeit entspricht.

- (3) In den erläuternden Bemerkungen wird ausgeführt, dass das vorliegende Gesetz dem Schutz der Rechte anderer insofern diene, als mit einer möglichst hohen Durchimpfungsrate Personen geschützt werden, die eine Impfung aus medizinischen Gründen nicht in Anspruch nehmen können. Diese Einschätzung entspricht der Rechtsprechung des EGMR in der obzitierten Entscheidung vom 08.04.2021 Vavříčka u.a. gegen Tschechien.

In den erläuternden Bemerkungen wird weiters ausgeführt: „Dies und die aufgrund einer hohen Durchimpfungsrate insgesamt verringerte Verbreitung von COVID-19 dienen dem Schutz des Gesundheitsinfrastruktur, den der Verfassungsgerichtshof in seiner mit Erkenntnis vom 14.07.2020, V 411/2020 beginnenden Rechtsprechung als legitimes Schutzziel anerkennt.“ Dem ist zu widersprechen.

Der „Schutz des Gesundheitssystems“ ist kein Selbstzweck, sondern ist das Gesundheitssystem das Mittel, mit dem die Gesundheit der Bevölkerung, mithin jedes von einer Krankheit Betroffenen, geschützt wird. Schutzziel ist und bleibt die Gesundheit des Einzelnen und der Bevölkerung.

Der Verfassungsgerichtshof formuliert dies auch so, wenn er ausführt wie folgt (VfGH vom 14.07.2020, V363/2020): „Das COVID-19-Maßnahmengesetz ist eine Reaktion des Gesetzgebers auf eine krisenhafte Situation durch das Auftreten des Coronavirus SARS-CoV-2 und die dadurch ausgelöste Coronavirus-Krankheit COVID-19. Betretungsverbote nach § 2 COVID-19-Maßnahmengesetz haben - gemeinsam mit einer Reihe weiterer staatlicher Maßnahmen in unterschiedlichen Rechtsformen und auf unterschiedlichen Ebenen - den Gesundheitsschutz durch Schutz der Funktionsfähigkeit der Gesundheitsinfrastruktur zum Ziel.“

Es geht also um einen „Gesundheitsschutz durch Schutz der Funktionsfähigkeit der Gesundheitsinfrastruktur“.

Es kann also nicht darum gehen, durch Maßnahmen die „Gesundheitsinfrastruktur“ zu schützen, sondern muss es darum gehen, durch Maßnahmen im Bereich der Gesundheitsinfrastruktur die Gesundheit des Einzelnen und der Bevölkerung zu schützen.

Soweit die Impfung dem Ziel dienen soll, die Ansteckung mit der Krankheit und die damit verbundenen schweren Verläufe durch Erreichen einer Herdenimmunität hintanzuhalten und damit die Gesundheit des Einzelnen und der Bevölkerung zu schützen, ist diesem Ziel (bei Erfüllung auch der weiteren erforderlichen Voraussetzungen gemäß der Entscheidung des EGMR) zu folgen.

- (4) Eingriffe in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte sind nur dann zulässig, wenn sie verhältnismäßig sind, das bedeutet, sie müssen zur Erreichung des Zieles geeignet, notwendig und angemessen sein.

Die gegenwärtig vorherrschende Virusvariante ist (nicht mehr) diejenige mit der Unterbezeichnung „Delta“. Die Virusvariante mit der Bezeichnung „Omikron“ nimmt derzeit im Pandemiegeschehen nämlich rasant an Bedeutung zu.

Fraglich ist, ob die derzeit bestehenden Impfungen auch ausreichenden Schutz gegen die Virusvariante „Omikron“ bieten. Wäre dies nicht der Fall, dann ist die Impfung nicht geeignet, das beabsichtigte Ziel einer effektiv Schutz bietenden Durchimpfungsquote zu erreichen und somit unzulässig. Sollte auch bei „Omikron“ durch die Impfung ein ausreichender Schutz für Personen und das Gesundheitssystem gegeben sein, so wäre dies in den Erläuterungen zum Gesetz nachvollziehbar unter Hinweis auf die medizinisch-virologische Forschung (Studien) zu begründen.

Es ist dem Gesetzgeber allerdings im Sinne des erforderlichen Ermessensspielraumes zuzugestehen, dass es Umstände geben kann, wonach Maßnahmen auch dann bereits gesetzt werden müssen, wenn deren Auswirkungen noch nicht verlässlich beurteilt werden können. Im Fall von „Omikron“ kann eine derartige Situation vorliegen. Ganz besondere Bedeutung kommt in einer derartigen Situation der transparenten Veröffentlichung des zugrundeliegenden Datenmaterials und der Expertenmeinungen sowie ein breiter öffentliche Diskurs zu.

- (5) Gemäß § 3 Abs. 1 des Entwurfes besteht eine Impfpflicht nicht
- für Schwangere (Z 1),
 - für Personen, die nicht ohne Gefahr für Leben oder Gesundheit geimpft werden können, sofern dieser Gefahr auch nicht durch die Wahl des Impfstoffs durch den Impfpflichtigen begegnet werden kann (Z 2) und
 - Personen, die eine bestätigte Infektion mit SARS-CoV-2 überstanden haben, für die Dauer von 180 Tagen ab dem Tag der Probenahme (Z 3).

Gemäß § 3 Abs. 6 wird der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister ermächtigt, mit Verordnung von § 3 Abs. 1 abweichende

Regelungen erlassen, sofern dies zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erforderlich ist. Dabei können neue Ausnahmen geschaffen oder - mit Ausnahme von § 3 Abs. 1 Z 2 - bestehende Ausnahmen gestrichen oder im Hinblick auf Voraussetzungen oder Dauer geändert werden.

Die in § 3 Abs. 6 geschaffene Regelung ermöglicht dem für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesminister die Erlassung gesetzesändernder Verordnungen. Besonders kritisch ist, dass vom Gesetzgeber für notwendig erachtete Ausnahmen von der Impfpflicht im Verordnungsweg (abseits jener der Ziffer 2) gestrichen oder im Hinblick auf Voraussetzungen oder Dauer geändert werden können. Damit wird der zuständige Minister u.a. ermächtigt, Personen in die Impfpflicht einzubeziehen, die vom Gesetzgeber bisher ausgenommen waren. Die Ermächtigung ist dabei unbestimmt, da sie auf in der Zukunft liegende Änderungen der Rechtslage hinsichtlich der Zulassung von Impfstoffen und auf eine in der Zukunft liegende Änderungen des Standes der Wissenschaft abzielt, ohne die Kriterien und den Maßstab zu bestimmen, nach denen der zuständige Minister eine derartige gesetzesändernde Verordnung erlassen können soll. Mit anderen Worten wäre es dem Ordnungsgeber etwa erlaubt, Schwangere der Impfpflicht zu unterwerfen gleichwohl diese in (momentaner) gesetzgeberischer Wertung von der Impfpflicht auszunehmen sind. Eine solche Regelung reduziert das im Gesetz Beschlossene *de facto* auf eine Momentaufnahme und erscheint daher unter dem Legalitätsprinzip gemäß Art 18 Abs. 1 B-VG kritisch. Sie wäre daher hinreichend zu determinieren. Eine Lösung könnte etwa in der gesetzlichen Verankerung der mit dem Gesetz verfolgten Durchimpfungsquote liegen (siehe oben). **Denn eine Verordnungsermächtigung, die dem Ordnungsgeber zwar Änderungsspielraum bei der Festlegung von Ausnahmen von der Impfpflicht einräumt (etwa um neu gewonnenen wissenschaftlichen Erkenntnissen zu entsprechen), diesen Spielraum aber dem gesetzlichen Ziel einer determinierten Impfquote unterstellt, entspricht eher dem Legalitätsprinzip als eine Verordnungsermächtigung, die an keinem gesetzlich determinierten Ziel gemessen werden kann.**

- (6) Der Entwurf des Impfpflichtgesetzes legt in § 2 insbesondere die nachfolgenden Begriffsbestimmungen fest (Legaldefinitionen):

- „2. Schutzimpfung gegen COVID-19: eine aus mehreren Impfungen bestehende Impfserie mit einem anerkannten Impfstoff oder einem zentral zugelassenen Impfstoff gegen COVID-19.
3. Zentral zugelassener Impfstoffe gegen COVID-19 sind:
 - a) Comirnaty/BNT162b2/Tozinameran (INN) von BioNTech Manufacturing GmbH BioNTech/Pfizer,
 - b) ChAdOx1_nCoV-19/ChAdOx1-S/AZD1222/Vaxzevria /COVID-19 Vaccine AstraZeneca von AstraZeneca AB,
 - c) COVID-19 Vaccine Janssen von Janssen-Cilag International NV,
 - d) Covid-19 Vaccine Moderna/mRNA-1273 von ModernaSpikevax von MODERNA BIOTECH SPAIN, S.L., und
 - e) zentral zugelassene Impfstoffe gegen COVID-19 gemäß einer Verordnung gemäß § 4 Abs. 7,

wobei die Impfsreihe bei Impfstoffen gemäß lit. a bis d aus drei Impfungen besteht.

4. Anerkannte Impfstoffe gegen COVID-19: Impfstoffe gemäß einer Verordnung gemäß § 4 Abs. 7, denen hinsichtlich ihrer epidemiologischen Wirksamkeit eine den in Z 3 genannten Impfstoffen vergleichbare Wirksamkeit und Sicherheit zukommt.“

Gemäß § 1 Abs. 1 des Entwurfes besteht die Impfpflicht darin, „sich einer Schutzimpfung“ zu unterziehen.

§ 4 Abs. 1 des Entwurfes regelt den „Umfang der Impfpflicht“ genauer dahingehend, dass die Pflicht, sich einer Schutzimpfung gegen COVID-19 zu unterziehen eine Erstimpfung, eine Zweitimpfung und eine Drittimpfung umfasst.

Unklar bleibt, mit welchen Impfstoffen der Impfpflicht entsprochen wird, ob es sich also um einen Impfstoff gemäß § 2 Ziffer 2 (Schutzimpfung gegen COVID-19), um einen Impfstoff gemäß § 2 Ziffer 3 (zentral zugelassener Impfstoff) oder um einen Impfstoff gemäß § 2 Ziffer 4 (anerkannter Impfstoff) handelt.

Die nähere Ausgestaltung des § 4 spricht eher dafür, dass nur eine Impfung mit einem Impfstoff gemäß § 2 Ziffer 3 (zentral zugelassener Impfstoff) die Impfpflicht erfüllt, indem in den Absätzen 1 bis 6 ausdrücklich von einer „Erstimpfung“, „Zweitimpfung“ und „Drittimpfung“ die Rede ist und diese Begriffe bei den Begriffsbestimmungen nur auf die in § 2 Ziffer 3 (zentral zugelassener Impfstoff) genannten Impfungen zutrifft (vgl § 2 Ziffer 3 letzter Satz).

Dem widerspricht allerdings die Begriffsdefinition in § 2 Ziffer 2 „Schutzimpfung gegen COVID-19“, die eben die dort genannten Impfstoffe als „Schutzimpfung gegen COVID-19“ bezeichnet. In der Ziffer 2 wiederum sind sowohl die „anerkannten Impfstoffe“ gemäß Ziffer 4 als auch die „zentral zugelassenen Impfstoffe“ gemäß Ziffer 3 genannt.

Noch unklarer wird das Regelungsgefüge durch die Bestimmung des § 4 Abs. 7, die es dem für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesminister ermöglicht, von den Vorgaben der Abs. 1 bis 6 abweichende Regelungen zu erlassen. Denn soweit dem Gesundheitsminister per Verordnung ein Abweichen hinsichtlich der erforderlichen Anzahl der Impfungen (auch) bei den zentral zugelassenen Impfstoffen erlaubt sein soll, gleichwohl in § 2 Z 3 (und damit außerhalb der von der Verordnungsermächtigung erfassten gesetzlichen Regelung) die Impfsreihe bei den zentral zugelassenen Impfstoffen mit drei Impfungen festgelegt ist, widerspricht die Verordnungsermächtigung des § 4 Abs 7 dem Gesetz. Der ÖRAK regt daher an, die erforderliche Impfsreihe (dh die Anzahl der erforderlichen Impfungen) in ein klareres Verhältnis zu den zentral zugelassenen und sonst anerkannten Impfstoffen zu setzen und insofern auch die Verordnungsermächtigung des § 4 Abs 7 hinreichender zu determinieren.

- (7) Die Frage der Zulässigkeit der Impfpflicht hängt nach der Entscheidung des EGMR vom 08.04.2021 (Vavřicka u.a. gegen Tschechien) auch maßgeblich

davon ab, dass ein Konsens über die Wirksamkeit und Sicherheit des einzusetzenden Impfstoffes besteht. Im Fall der gegenständlichen Entscheidung des EGMR handelte es sich um Impfstoffe, die bereits langjährig erprobt und unter entsprechender Aufsicht der medizinisch verantwortlichen Behörden gestanden sind, wohingegen dies bei den im Entwurf genannten und derzeit verfügbaren Impfstoffen gerade nicht gesagt werden kann. Hinzu kommt, dass bei bestimmten Impfstoffen, nämlich den mRNA-Impfstoffen von BioNTech/Pfizer und Moderna, auch bisher neuartige Impftechnologien zum Einsatz kommen und eben im Rahmen der COVID-19 Pandemie am 02.12.2020 weltweit erstmals ein mRNA-Impfstoff durch eine staatliche Regulierungsbehörde zugelassen wurde.

Die verfügbaren und im Gesetzesentwurf genannten Impfstoffe wurden zwischenzeitig weltweit millionenfach verimpft und die Regulierungsbehörden haben bisher keinen Anlass gefunden, von der Zulassung und weiteren Verimpfung Abstand zu nehmen. Der Impfstoff kann daher im Einklang mit der herrschenden medizinischen Meinung wohl als ausreichend wirksam und sicher angenommen werden. Dennoch bleibt festzuhalten, dass eben noch keine langjährigen praktischen Erfahrungen mit den Auswirkungen des Impfstoffes bestehen (diese Aussage gilt sowohl für die derzeitigen Vektorimpfstoffe als auch für die neuartigen mRNA-Impfstoffe).

Es stellt sich daher doch auch entschieden die Frage, ob bei dieser Situation die Normierung einer Impfpflicht noch durch den Gesetzesvorbehalt des Art 8 Abs. 2 EMRK gedeckt ist. Im Gegensatz zur Entscheidung des EGMR vom 08.04.2021 Vavříčka u.a. gegen Tschechien kommt hier der Besorgnis über die Wirksamkeit und Sicherheit auf Grund der Neuartigkeit der Impfstoffe eine erhöhte Bedeutung zu. Dem steht allerdings ebenso die Neuartigkeit von SARS-Cov-2 und die durch die Verbreitung des Virus gegebene Gesundheitsgefährdung der Bevölkerung gegenüber, die bis hin zu krankheitsbedingten Todesfällen führt.

Diese Unterschiede im Sachverhalt gegenüber der Entscheidung des EGMR zu Vavříčka u.a. gegen Tschechien bedeuten nach Meinung des ÖRAK nicht, dass im Umkehrschluss die mit dem gegenständlichen Gesetz angestrebte Impfpflicht unzulässig ist. Sie müssen aber jedenfalls dazu führen, dass auch andere Möglichkeiten, wie insbesondere **Anreizsysteme** zur Inanspruchnahme einer freiwilligen Impfung, **ärztliche Aufklärungsmaßnahmen** und eine entsprechend **nachvollziehbare und belegbare Transparenz** der Entscheidungen der Gesundheitsbehörden begleitend ergriffen werden müssen, um eine Impfpflicht im Sinne des Art 8 EMRK zulässig zu machen.

- (8) Gemäß § 7 Abs. 2 kann der Nachweis für die Erfüllung der Impfpflicht oder des Vorliegens eines Ausnahmegrundes durch eine Eintragung im zentralen Impfreister erbracht werden. Die Erfüllung der Impfpflicht kann darüber hinaus durch Vorlage des Impfpasses oder einer ärztlichen Bestätigung erbracht werden.

Gemäß der vorliegenden Bestimmung ist es nicht möglich, das Vorliegen eines Ausnahmegrundes durch Vorlage einer ärztlichen Bestätigung zu erbringen. Wenngleich der die Bestätigung ausstellende Arzt die Bestätigung im zentralen Impfreister einzutragen hat (§ 3 Abs. 3 und 4), können Gründe außerhalb der

Sphäre des Betroffenen vorliegen, die dazu führen, dass diese Eintragung unterbleibt, beispielsweise ein fehlerhafter Eintrag oder das Unterbleiben des Eintrags durch den Arzt aus welchen Gründen auch immer. In diesem Fall ist es nicht sachgerecht, dass es gemäß der Bestimmung des § 7 Abs 2 dem Betroffenen verwehrt sein soll, den Nachweis durch ein bloßes ärztliches Attest zu erbringen. Damit zwecks Abgleichs der Daten eine Eintragung des Ausnahmegrundes im zentralen Impfregister dennoch erfolgen kann, sollte eine Regelung geschaffen werden, dass der Betroffene den Nachweis des Vorliegens eines Ausnahmegrundes auch mit einem ärztlichen Attest nachweisen kann und die Bezirksverwaltungsbehörde in ihrer Rolle als öffentlicher Gesundheitsdienst vergleichbar der Regelung des § 7 Abs. 3 den Ausnahmegrund entsprechend im zentralen Impfregister einzutragen hat.

- (9) Bei einem Verstoß gegen die Impfpflicht ist als verwaltungsstrafrechtliche Sanktion die Verhängung einer Geldstrafe vorgesehen (§ 7). Eine Umwandlung der Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe findet auch im Falle der Uneinbringlichkeit nicht statt (§ 7 Abs. 1 letzter Satz).

Des Weiteren ist das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, wenn der Impfpflicht nachweislich nachgekommen wird (§ 7 Abs. 4).

Im Hinblick auf die Maßhaltigkeit der Verwaltungsstrafe zur Durchsetzung der Impfpflicht wird die vorangeführte Regelung (keine Umwandlung der Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens bei Erfüllung der Impfpflicht) begrüßt. Diese Regelungen erscheinen auch im Lichte der Entscheidung des EGMR vom 08.04.2021, Vavříčka u.a. gegen Tschechien als ausreichend maßhaltend und auch notwendig.

Unklar ist hingegen die Formulierung des verwaltungsrechtlichen Straftatbestandes in § 7 Abs 1. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

„§ 7. (1) Wer nach dem Abgleich gemäß § 5 Abs. 3 am Impfstichtag und in weiterer Folge in Abständen von je drei Monaten der Verpflichtung, sich einer

1. Erstimpfung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1, Abs. 2 oder Abs. 6 Z 1,
2. Zweitimpfung oder weiteren Impfung gemäß § 4 Abs. 1 Z 2, Abs. 2 oder Abs. 6 Z 2,
3. Drittimpfung oder weiteren Impfung gemäß § 4 Abs. 1 Z 3, Abs. 2 oder Abs. 3 oder
4. auf der Grundlage des § 4 Abs. 7 verordneten weiteren Impfung zu unterziehen,

zuwiderhandelt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 3 600 Euro zu bestrafen. ...“

Die Strafbestimmung ist so formuliert, dass anhand des Textes (Wortinterpretation) die Tatbestandsmerkmale „*Wer nach dem Abgleich gemäß § 5 Abs. 3 am Impfstichtag*“ und „*in weiterer Folge in Abständen von je drei Monaten der Verpflichtung, sich einer 1. Erstimpfung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1, Abs. 2 oder Abs. 6 Z 1, ...*“ alternativ oder kumulativ nebeneinander stehen.

Die Bestimmung kann daher einerseits als Dauerdelikat ausgelegt werden, sodass nur dann ein Verstoß gegen die Impfpflicht vorliegt, wenn der Betroffene am Impfstichtag die Impfung nicht in Anspruch nimmt und darüber hinaus auch zu den nachfolgenden Stichtagen die Erstimpfung, etc. nicht in Anspruch nimmt.

Die Bestimmung kann aber auch so ausgelegt werden, dass es einen eigenen in sich abgeschlossenen Tatbestand bildet, wenn der Betroffene am Impfstichtag (das ist gemäß § 2 Ziffer 7 der 15.03.2022) die Impfung nicht in Anspruch genommen hat und es jeweils einen weiteren in sich abgeschlossenen Tatbestand bildet, wenn der Betroffene nachfolgend zu den jeweiligen weiteren Stichtagen die Erstimpfung, etc. nicht in Anspruch nimmt.

An dieser Stelle soll keine Interpretation der Strafbestimmung, jedoch sehr wohl der Hinweis erfolgen, dass verwaltungsstrafrechtliche Bestimmungen, insbesondere wenn sie eine Verpflichtung auferlegen, die in die Rechte des Betroffenen gemäß Art 8 EMRK direkt eingreifen (auch wenn die Maßnahme selbst gemäß Art 8 Abs. 2 EMRK für zulässig erachtet werden kann) ein ausreichendes Maß an verlässlicher Bestimmtheit aufzuweisen haben, andernfalls zugunsten der Betroffenen wohl die für den Betroffenen günstigere Auslegung heranzuziehen ist und gegebenenfalls auch mangels Transparenz der gesetzlichen Verpflichtung im Zusammenhang mit den diese Verpflichtung durchsetzenden verwaltungsstrafrechtlichen Bestimmungen die Maßnahme insgesamt als nicht mehr mit Art 8 EMRK in Einklang zu bringen ist.

In diesem Zusammenhang ist auch zu hinterfragen, ob bei der zweiten denkbaren Auslegung, nämlich dahingehend, dass zu jedem weiteren Stichtag eine neuerliche verwaltungsstrafrechtliche Sanktion gesetzt werden kann, diese gemäß § 7 Abs. 1 einen Betrag von jeweils 3.600,00 EUR erreichen kann, was bei 4 Stichtagen pro Jahr einen Betrag von 14.400,00 EUR ergibt, hier noch von einer maßhaltenden verwaltungsstrafrechtlichen Sanktion im Sinne der Entscheidung des EGMR vom 08.04.2021 Vavříčka u.a. gegen Tschechien gesprochen werden kann.

- (10) Der Entwurf trifft keine Festlegungen über die Auswirkungen der Verletzung der Impfpflicht in anderen Rechtsbereichen. Denkbar wären Auswirkungen einer Verletzung der Impfpflicht etwa dahingehend, dass bei Krankheitsverläufen, die ohne die Verletzung der Impfpflicht nicht eingetreten wären, eine **Regressverpflichtung** gegenüber dem Krankenversicherungsträger für die aufgelaufenen **Behandlungskosten** besteht.

Der Gesetzgeber sollte diese Fragestellung nicht der Auslegung und Rechtsprechung überlassen, sondern sollte hier klare Regelungen treffen.

Eine allfällige Verpflichtung zum Ersatz von aufgelaufenen Behandlungskosten wäre allerdings wohl nicht mehr als maßhaltende Konsequenz einer Verletzung der auferlegten indirekten Impfpflicht zu verstehen und im Hinblick auf die Entscheidung des EGMR vom 08.04.2021 (Vavříčka u.a. gegen Tschechien) nicht mehr in Einklang mit Art 8 EMRK zu bringen.

Eine derartige Konsequenz wäre auch schwer mit dem Gedanken einer Solidargemeinschaft in Einklang zu bringen, auf welchem der moderne Sozialstaat beruht. Aus den gleichen Gründen wäre es beispielsweise auch abzulehnen, wenn Verletzungen im Bereich des Freizeitsports nicht mehr im System der allgemeinen Sozialversicherung behandelt werden würden. Es erscheint daher unbedingt notwendig, dass der Gesetzgeber hier eine klare Entscheidung trifft und formuliert. Vorgeschlagen werden darf eine Bestimmung dahingehend, dass abgesehen von den Konsequenzen, die sich unmittelbar aus dem Impfpflichtgesetz selbst ergeben, darüberhinausgehend keine rechtlichen Folgen aus einer Verletzung der Impfpflicht ableitbar sind.

- (11) Spezifisch betreffend die Mitglieder der freien Berufe, die vom „Opting Out“ aus der allgemeinen Sozialversicherung Gebrauch gemacht haben wird angemerkt, dass diese nicht im staatlichen Krankenversicherungssystem, sondern über eine private Krankenversicherung krankenversichert sind. Demzufolge nehmen die betreffenden Mitglieder der freien Berufe nicht notwendigerweise die ärztlichen Dienstleistungen der „Vertragsärzte“, sondern von Ärzten ihres Vertrauens in Anspruch, die oft keine Kassenärzte sind.

In den Ausnahmeregelungen der bisherigen COVID-19-Bestimmungen (vgl zB § 21 Abs 10 iVm § 22 Abs 2 § 6. COVID-19-SchuMaV; § 9 Abs 6 COVID-19-EinreiseV 2021 iVm Anlage A oder B; § 1 Abs 5 letzter Satz iVm Abs 5d COVID-19-MG uam) war die Glaubhaftmachung des Ausnahmegrundes durch „eine von einem in Österreich oder im EWR zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachzuweisen“.

Die nunmehr geplante Bestimmung des § 3 Abs. 3 sieht hingegen eine Bestätigung eines „Vertragsarztes“ oder eine „amtsärztliche Bestätigung“ vor: *„Die Ausnahmegründe des Abs. 1 Z 1 und 2 sowie das Fehlen der erforderlichen Entscheidungsfähigkeit gemäß § 173 Abs. 1 ABGB sind durch eine ärztliche Bestätigung eines Vertragsarztes oder einer Vertrags-Gruppenpraxis für Allgemeinmedizin, für ein internistisches Sonderfach, für Psychiatrie, für Haut- und Geschlechtskrankheiten, für Gynäkologie oder für Kinder- und Jugendheilkunde oder eine amtsärztliche Bestätigung nachzuweisen.“*

Damit werden nicht nur alle Nicht-Kassenärzte zu „Ärzten 2. Klasse“, sondern man zwingt auch alle Patienten, die bei Nicht-Kassenärzten in Behandlung stehen, zu solchen Kassenärzten, bei denen sie nicht in Behandlung stehen (und zu denen sie uU gar kein Vertrauen haben) oder gar zum Amtsarzt zu gehen, um die entsprechende Bestätigung zu erlangen.

Für diese Unterscheidung in „Vertragsärzte“ und „Nicht-Vertragsärzte“ besteht keine Notwendigkeit und ist diese Unterscheidung auch sachlich nicht gerechtfertigt. Dies insbesondere auch gemessen daran, dass es bisher auch für nicht notwendig erachtet wurde, zu einem „Vertragsarzt“ oder einem Amtsarzt gehen zu müssen. In Österreich besteht das Recht auf freie Arztwahl nach § 47a Abs 3 letzter Satz ÄrzteG (aber auch § 52a Abs 3 Z 11 ÄrzteG; siehe auch OGH 25.06.2019, 10 Ob S 72/19i (T 3; Rudolf Mosler, Die freie Arztwahl, DrdA 2015, 139; VfGH 05.10.2016, G435/2015, V 124/2015).

Die Problematik kann relativ einfach mit sachlichen Mitteln derart gelöst werden, dass auch den „Nicht-Vertragsärzten“ die Möglichkeit und Ermächtigung zur Eintragung in das Impfregister in gleicher Weise gegeben wird, wie den Vertragsärzten. Seitens des ÖRAK wird daher die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das Impfpflichtgesetz gefordert, die es auch den „Nicht-Vertragsärzten“ ermöglicht und gestattet, die erforderlichen Eintragungen im zentralen Impfregister vorzunehmen. In diesem Zusammenhang ist auch auf § 5 Abs 5 des Gesetzesentwurfs hinzuweisen, welcher Auswertungen der Einträge in das zentrale Impfregister zwecks Identifikation von Unregelmäßigkeiten erlaubt und insofern eine mitigierende Schutzmaßnahme bildet. Den erläuternden Bemerkungen ist in diesem Zusammenhang kein Hinweis zu entnehmen, wonach Unregelmäßigkeiten bei den Einträgen im zentralen Impfregister mit höherer Wahrscheinlichkeit bei Vertragsärzten als bei Nicht-Vertragsärzten identifiziert werden könnten, sodass auch in dieser Betrachtung kein Grund für die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung erblickt werden kann. Sollte die Ausstellungsbefugnis von Nicht-Vertragsärzten an anderen Erwägungen scheitern, so wären diese im Sinne der Nachvollziehbarkeit der gesetzlichen Regelung in den erläuternden Bemerkungen darzutun.

Zu begrüßen sind die Regelungen in § 6 (**Erinnerungsschreiben**) nach dem Grundsatz „Beraten statt Strafen“ und in § 9 des Entwurfes betreffend die **Zweckwidmung** der Verwaltungsstrafen für die Träger von Krankenanstalten, womit diese Gelder dem zentralen Schutzgut, der Gesundheitsinfrastruktur zugutekommen.

Datenschutzrechtliche Erwägungen

Die Umsetzung der mit dem Gesetzesentwurf angestrebten Impfpflicht soll vornehmlich datenbasiert erfolgen. Insbesondere die Ermittlung jener Personen, die sich im gesetzlichen Sinn einer COVID-19-Schutzimpfung unterziehen sollen, wie auch der gemäß den gesetzlichen Ausnahmegründen von dieser Pflicht befreiten Personen erfolgt auf Basis des Abgleichs personenbezogener Daten. Angesichts der in den letzten Jahren massiv gestiegenen Bedeutung des Werts personenbezogener Daten werden die datenschutzrechtlichen Erwägungen zu dem vorgeschlagenen Gesetz gesondert dargelegt. Ungeachtet dessen ist das Recht auf Datenschutz ein Grundrecht, sodass die zuvor dargelegten Erwägungen auch hinsichtlich des Datenschutzrechts Gültigkeit haben.

Datenschutzrechtliche Erwägungen zum vorliegenden Entwurf eines Impfpflichtgesetzes

- (1) In § 5 Abs 1 und 2 umschreibt der Gesetzesentwurf den Zweck des Datenabgleichs durch den Gesundheitsminister als jenen der Datenermittlung und der Erinnerung der impfpflichtigen Personen. Die Ermittlung (Erhebung) von Daten bildet aber lediglich einen von mehreren Schritten einer Datenverarbeitung iS des Art 4 Z 2 DSGVO. Sie ist kein datenschutzrechtlicher Zweck. Damit verbleibt als gültige Umschreibung des Verarbeitungszwecks jener der Erinnerung der impfpflichtigen Personen (Erläuterungen: „reminder und recall“). Als Folge dessen wäre die in § 5 Abs 3 statuierte Datenweitergabe an die

Bezirksverwaltungsbehörden, welche der Effektivierung der Impfpflicht dienen soll, vom gesetzlich definierten Zweck des Datenabgleichs nicht gedeckt. **Im Lichte dessen sollte der in § 5 Abs 1 und 2 umschriebene Datenverarbeitungszweck konsistenter und klarer dahingehend formuliert werden, als neben der Ermittlung zum Zweck der Erinnerung impfpflichtiger Personen auch die Ermittlung zum Zweck der Datenweitergabe impfpflichtiger Personen an die Bezirksverwaltungsbehörden bzw den zuständigen Landeshauptmann zur Einleitung eines Verfahrens angeführt werden sollte.**

- (2) Im Zusammenhang mit der Datenweitergabe an die Bezirksverwaltungsbehörden fällt auf, dass in § 5 Abs 3 die zur Weitergabe stehenden Daten als die „nach dem Abgleich verbliebenen“ Daten umschrieben sind. Eine konkrete Definition jener Daten, die an die Bezirksverwaltungsbehörden weitergegeben werden, ist dem Gesetz somit nicht entnehmbar. Demgemäß können sich diese Daten vom Namen der identifizierten Person über deren Adresse und / oder deren Geburtsdatum bis hin zu ihren Impf- und Ausnahmedaten erstrecken. Ist mit den „nach dem Abgleich verbliebenen“ Daten das gesamte Spektrum dieser Daten gemeint, dann würde der in § 5 Abs 2 Z 2 festgeschriebene Datenlöschungsauftrag obsolet. Denn die gemäß dem gesetzlichen Auftrag zu löschenden Daten und die nach dem Abgleich „verbliebenen“ und zur Weitergabe an die Bezirksverwaltungsbehörden bestimmten Daten wären diesfalls nahezu ident. Handelt es sich bei den „verbliebenen“ Daten hingegen um ein kleineres Datenspektrum so ist unklar, welche Daten dies sein sollen. Nicht nur verfehlt das Gesetz damit den gem Art 18 B-VG geforderten Determinierungsgrad, auch die Wirkung seiner Schutzmaßnahmen (wie zB das Weiterverwendungsverbot der Daten) ist gemindert, wenn unklar ist, auf welche Daten sich diese Maßnahmen beziehen. **Der ÖRAK regt daher an jene Daten im Gesetz aufzulisten, die gemäß dem derzeitigen Entwurf mit den „nach dem Abgleich verbliebenen“ Daten gemeint sind.**
- (3) Dies erscheint auch deshalb geboten, weil personenbezogene Daten zur Impfpflicht als Gesundheitsdaten iS des Art 9 DSGVO zu qualifizieren sind. Demgemäß greifen im gegenständlichen Kontext die Vorgaben des Art 9 Abs 2 lit i DSGVO, wonach die Verarbeitung solcher Daten (unter anderem) auf der Grundlage des Rechts eines Mitgliedstaats nur dann erfolgen darf, wenn dieses Recht angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten der Betroffenen vorsieht. Grundvoraussetzung hierfür ist, dass das Gesetz die zur Verarbeitung stehenden Daten klar umschreibt.
- (4) Offen ist auch, wie lange die nach dem Abgleich verbliebenen Daten aufzubewahren sind. Zwar spricht § 5 Abs 2 Z 2 letzter Satz davon, dass die Daten unverzüglich nach dem Abgleich zu löschen sind, allerdings bezieht sich dies offenkundig nur auf die zu den Abgleichszwecken herangezogene Datenbasis, nicht aber auf die dadurch gewonnenen („verbliebenen“) Daten.
- (5) In § 5 Abs 5 wird dem Gesundheitsminister die Befugnis eingeräumt, die Protokolleinträge der ärztlichen Zugriffe auf das Impfregister zu Zwecken der Qualitätssicherung auf personenbezogener Basis vorzunehmen. Grundsätzlich ist dazu festzuhalten, dass es nicht dem datenschutzrechtlichen

Verhältnismäßigkeitsgebot entspricht, wenn Maßnahmen zur Qualitätssicherung anhand personenbezogener Auswertungen vorgenommen werden. Um Doppelzählungen zu vermeiden oder um sonst die zur Qualitätsauswertung erforderliche eindeutige Identifizierung eines Zugriffs zu gewährleisten, kann mit einer Pseudonymisierung der Daten das Auslangen gefunden werden. Aus § 5 Abs 5 ergibt sich aber, dass die Protokolleinträge nicht nur zur Qualitätssicherung, sondern auch zur Identifikation von Unregelmäßigkeiten bei den ärztlichen Einträgen verwendet werden sollen. Dies hat mit einer Qualitätssicherung nichts zu tun und sollte daher als eigener Verarbeitungszweck im Gesetz formuliert werden. **Im Zuge dessen wäre auch zu begründen, wieso trotz der Möglichkeit protokollbasierter Verdachtsfallauswertungen den Nicht-Vertragsärzten kein Zugriff auf das zentrale Impfregister und damit keine Möglichkeit der Ausnahmenspeicherung eingeräumt wird. Andernfalls könnte – eben mit der Begründung zur Möglichkeit der protokollbasierten Verdachtsfallauswertung – auch den Nicht-Vertragsärzten diese Möglichkeit eingeräumt werden** (siehe dazu auch die Ausführungen im grundrechtlichen Teil dieser Stellungnahme). **An dieser Stelle sei nochmals betont, dass das vorgeschlagene Gesetz zweifellos einem zulässigen Zweck dient, nämlich jenem der Bekämpfung einer Pandemie. Seine Ausgestaltung muss jedoch hinreichend transparent sein.**

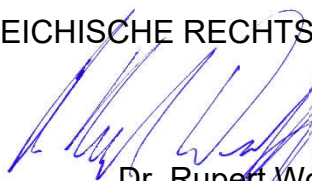
- (6) Verfehlt erscheint der Hinweis in den erläuternden Bemerkungen, wonach aufgrund der zum e-Impfpass bereits erfolgten Datenschutz-Folgenabschätzung eine solche für den gegenständlichen Datenabgleich entfallen könne. **Die Datenverarbeitung des e-Impfpasses ist mit jener des gegenständlichen Gesetzes nicht vergleichbar. Dies zeigt sich alleine schon angesichts des mit dem Impfpflichtgesetz gegenüber dem e-Impfpass ungleich stärker ausgeprägten Sanktionshintergrunds. Aber auch in anderen Bereichen ist der vorgeschlagene Gesetzesentwurf vom Rechtsrahmen des e-Impfpasses verschieden, sodass eine eigenständige Datenschutz-Folgenabschätzung im gegebenen Zusammenhang geboten erscheint.**

Zusammenfassung

Abschließend ist festzuhalten, dass die Einführung einer Impfpflicht grundsätzlich zulässig ist, der gegenwärtig vorliegende Entwurf jedoch im Hinblick auf die vorausgeführten Punkte überdacht und nachgeschärft werden sollte. Im Hinblick auf die aktuellen Diskussionen rund um die technische Umsetzbarkeit der Impfpflicht vertritt der ÖRAK die Meinung, dass eine solche Maßnahme mit dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens jedenfalls auch faktisch durchführbar sein muss.

Wien, am 10. Januar 2022

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

